DIREITO CONCRETO

Sentenças que fizeram história

Bernardino Machado Leituga
Carlos David Santos Aarão Reis
Conceição Aparecida Mousnier
Cyro Marcos da Silva
Denise Frossard
Denise Levy Tredler
Edson Aguiar Vasconcelos
Edson de Arruda Câmara
Eduardo Mayr
Fábio Dutra
Francisco Djalma da Silva
Gérson Silveira Arraes
Henrique Nelson Calandra
Jairo Vasconcelos do Carmo
Jessé Torres Pereira Júnior
Jorge Américo Pereira de Lira
José Armando Pinheiro da Silveira
Luis Felipe Salomão
Luiz Fux
Manoel Alberto Rebelo dos Santos
Marcelo Guimarães Rodrigues
Maria Ines da Penha Gaspar
Nilton Mondego de Carvalho Lima
Nilza Bitar
Nizete Antonia Lobato Rodrigues
Roberto de Abreu e Silva
Rudi Loewenkron
Sidney Monteiro Peres
Valéria da Silva Rodrigues

REEDIÇÃO 2026


IMB

INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL
Triênio 2025/2028

Diretoria Executiva

Desembargador Jean Albert de Souza Saadi - Presidente
Desembargador Roberto Guimarães - 1º Vice-Presidente
Desembargadora Regina Lúcia Passos - 2ª Vice-Presidente
Desembargador Eduardo Augusto Paurá Peres (PE) - 3º Vice-Presidente
Desembargador Bernardino Machado Leituga - Secretário-Geral
Desembargador Roberto Luis Felinto de Oliveira - 1º Secretário Adjunto (*in memoriam*)
Juiz de Direito Wladimir Hungria - 1º Tesoureiro
Juiz de Direito Jairo Vasconcelos Rodrigues Carmo - 2º Tesoureiro
Desembargador Luiz Eduardo Cavalcanti Canabarro (RJ) - 3º Tesoureiro

Conselho Fiscal
Membros Efetivos

Desembargador José Roberto Lagranha Távora - Presidente
Desembargador Custódio de Barros Tostes - Secretário
Juiz de Direito Antonio Alves Cardoso Junior - Vogal

Membros Suplentes
Desembargador Pedro Saraiva de Andrade Lemos
Desembargadora Isabela Pessanha Chagas
Desembargador Ricardo Braga Monte Serrat

Conselho Editorial

Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres - Presidente
Desembargador Carlos Gustavo Vianna Direito - 1º Vice-Presidente
Desembargador Paulo Wunder de Alencar - 2º Vice-Presidente
Desembargador Luciano Silva Barreto - Secretário

Membros
Desembargador Adriano Celso Guimarães
Desembargador Fernando Antônio de Almeida
Desembargadora Ivone Ferreira Caetano
Juíza de Direito Maria Cristina B. Gutierrez Slaibi
Juiz de Direito Carlos Sérgio dos Santos Saraiva

DIRETORIAS

Diretoria Literária
Desembargador Alexandre Eduardo Scisinio

Diretoria Internacional
Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes

Diretoria de Relações de Comunicação
Vaga

Diretoria de Métodos Alternativos
Desembargador César Felipe Cury

Diretoria de Integração Judiciária
Juiz Federal Militar Edmundo Franca de Oliveira

Diretoria de Relações com a Justiça Federal
Juiz Federal Fabrício Fernandes de Castro

Diretoria de Relações da Magistratura com Tribunal de Contas
Conselheira Substituta do TCE-RJ Andrea Siqueira Martins

Diretoria de Relações com o Tribunal Marítimo
Desembargador Marcelo David Gonçalves

Diretoria de Estudos Especiais
Desembargador Guaraci de Campos Vianna

Diretoria de Aposentados
Desembargador Índio Brasileiro Rocha

Diretoria Cultural
Juiz de Direito João Marcos de Castello Branco Fantinato

Diretoria de Turismo
Desembargador Jorge Luiz Habib

Diretoria de Relações Interestaduais
Desembargador Marcelo Castro Anátocles da Silva Ferreira

Diretoria Artística
Juiz de Direito Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães

Diretoria de Relações Acadêmicas
Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres

Diretoria de Relações com a Justiça do Trabalho
Desembargador do Trabalho Maurício Paes Barreto Pizarro Drummond

Diretoria Institucional
Juíza de Direito Renata Gil de Alcântara Videira

Diretoria de Cursos e Conclaves
Desembargador Rogério de Oliveira Souza

Escola Nacional Superior do IMB – ENSIM

Diretoria Executiva
Desembargador Nagib Slaibi Filho - Diretor-Geral
Juiz de Direito Marcelo Cavalcanti Piragibe Magalhães - Vice-Diretor-Geral
Juiz de Direito Wladimir Hungria - Secretário
Juiz de Direito Felipe Consonni Fraga - Assessoria Especial da Diretoria

Membros do Conselho Consultivo
Desembargador Marcos Alcino de Azevedo Torres
Desembargador Fabio Dutra
Desembargador Federal André Ricardo Cruz Fontes
Desembargador Sérgio Ricardo de Arruda Fernandes
Desembargador Antônio Carlos Esteves Torres
Desembargador Guilherme Pedrosa Lopes

DIREITO CONCRETO

Sentenças que fizeram história





SÉRIE DIREITO CONCRETO - Reedição 2026

Responsável: Jean Albert de Souza Saadi - Desembargador Presidente do IMB

Coordenação: André Maia

Revisão: Conceição Sá

Supervisão Gráfica: Imagination Produções Audiovisuais

Capa, Diagramação e Edição: Celso Goulart
Rafaelle Maciel
Felipe Loureiro

Impressão: WalPrint Gráfica Editora

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito concreto : sentenças que fizeram história. --
Rio de Janeiro : Ed. dos Autores, 2024.

Vários autores.

ISBN 978-65-00-95624-5

1. Artigos - Coletâneas 2. Jurisprudência - Brasil 3. Sentenças (Direito).

24-221801 CDU-347.951.0

Índices para catálogo sistemático:
1. Sentenças : Direito 347.951.0
Cibele Maria Dias - Bibliotecária - CRB-8/9427

Apresentação

O Instituto dos Magistrados do Brasil reedita, com enorme satisfação, a coletânea "Direito Concreto – Sentenças que fizeram história". A coletânea de sentenças de 1ª Instância do Judiciário fluminense teve a sua edição histórica publicada e lançada em setembro de 2024.

Fonte de estudos aos jovens estudantes de Direito, mas também inspiração para Magistrados que buscam alcançar as melhores decisões jurídicas e entregar aos jurisdicionados a tão sonhada justiça, a seleção de sentenças é fruto de pesquisa e discussão aprofundada do grupo de Magistrados que se debruçaram sobre os 12 volumes das edições anteriores até a avaliação final do que está aqui publicado.

O projeto de criação da coletânea teve início em setembro de 1980, coordenado pelos Magistrados Eduardo Mayr e Geraldo Magela Martins da Rocha, à época, respectivamente, Presidente e Diretor Cultural do Instituto.

Esperamos com essa reedição possibilitar mais um guia de pesquisa aos operadores do Direito e contribuir com a disseminação da cultura jurídica junto à sociedade de um modo geral.

Jean Albert de Souza Saadi
Desembargador Presidente do IMB

Apresentação

Em 1994, o colega Geraldo Magela Martins da Rocha, então diretor do Conselho Editorial, assim apresentou a 10ª edição da revista Direito Concreto, já então marco indelével da Justiça nacional:

Alcança o DIREITO CONCRETO a edição de seu volume décimo.

É bom que se recordem os primórdios do aparecimento do DIREITO CONCRETO, coletânea de sentenças de magistrados de todo o país propiciadora da divulgação do Direito na palpitante vivência da solução quotidiana dos litígios.

De há muito observara a dificuldade dos juízes em publicar suas sentenças, à falta de oportunidade, nas revistas jurídicas, cujo espaço é ocupado quase exclusivamente pelas decisões dos tribunais.

Em boa hora, em 1980, ocorreu a criação e o funcionamento do Instituto dos Magistrados do Brasil, através de cujo patrocínio veio a se corporificar a ideia da edição de um livro exclusivamente dedicado à publicação de sentenças.

Com denodo, entusiasmo e pertinácia, foi encetada a tarefa da publicação do primeiro volume, a que se seguiram sucessivas edições anuais, sem qualquer interrupção.

Perpassando os olhos pelos volumes publicados, deparamos com sentenças de juízes que ulteriormente passaram a integrar os Tribunais de Alçada e de Justiça. A exemplo, no primeiro volume, encontramos sentenças dos então juízes Anaudim Freitas, Itamar Barbalho, Décio Xavier Gama, Luiz Murilo Fábregas e Pedro Fernando Ligiero, hoje desembargadores. No mesmo volume, podemos ler sentenças dos juízes Fernando Pinto (já falecido) e Nilton Mondego de Carvalho Lima, os quais alcançaram a segunda instância como juízes de Alçada.

A partir do terceiro volume, começaram a aparecer sentenças de juízes de todos os estados da Federação, em crescente número e de excelente qualidade, atestando a pujança da união de forças vivas da magistratura nacional sob a bandeira do Instituto dos Magistrados do Brasil.

Vem a lume agora o décimo volume, consagrando a gestão do presidente Arruda França, integrante do Tribunal de Alçada Cível do Rio de Janeiro, a comprovar o apoio da segunda instância a esta obra de divulgação do pensamento e da ação dos juízes singulares. Parabéns aos ilustres autores das sentenças que integram e ornam este décimo volume de nosso DIREITO CONCRETO, obra de grande utilidade para advogados, serventuários, estudantes e para quantos se dedicam à pesquisa do Direito em sua vigorosa fonte criadora.

Sob a liderança do presidente Peterson Barroso Simão, retorna-se agora à publicação da revista, com a certeza de que, por incrível que pareça, nesta Era Digital, com a difusão da internet e das comunicações, os juízes da 1ª instância ainda não encontram facilidade para divulgar suas decisões, tanto porque os sistemas eletrônicos de processamento dos feitos judiciais, hoje amplamente disseminados, não previram tal divulgação, ainda nos feitos de direitos transindividuais, como pelo fato de que as associações de magistrados atentaram para tal.

E mais, muito mais.

O processo judicial hodierno é instrumento de proteção da parte mais fraca, que lá encontra paridade de armas com as forças que muitas vezes o oprimem, como proclamou o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, ratificado pelo Brasil em 1992, em seu art. 14:

Todas as pessoas são iguais perante os tribunais e as cortes de Justiça. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida publicamente e com as devidas garantias por um tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido por lei, na apuração de qualquer acusação de caráter penal formulada contra ela ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil.

É evidente que retorna o IMB à publicação do DIREITO CONCRETO por meios digitais, custo bem menor que os caríssimos livros em papel dos primórdios, como também pela facilidade de divulgação não só aos magistrados, ativos ou inativos, como a todos os integrantes da comunidade forense.

A Justiça da 1ª instância processa e julga aproximadamente 95% de todos os feitos distribuídos e as suas decisões não podem ser escamoteadas aos demais integrantes da sociedade.

O juiz é paradigma da atuação da Justiça; todos anseiam por conhecer as decisões que acorrem prontamente a quem pede Justiça.

A Constituição de 1988, instituindo o Estado Democrático de Direito, proclamou, nos §§ 1º e 2º do seu art. 5º, que as normas de direitos e garantias dos direitos fundamentais têm aplicabilidade imediata e que os direitos e as garantias expressos na Constituição não excluem outros decorrentes dos princípios que ela adota, do regime democrático de poder e das declarações internacionais de direitos ratificadas pela República Federativa do Brasil.

Ao juiz cabe aplicar o Direito com fonte na Constituição e nas leis, e não mais depende da benevolência do legislador em aplicar eficácia aos textos legais. A interpretação literal que ornava a hermenêutica do século XX agora foi substituída pela interpretação axiológica, decorrente dos valores e dos princípios que garantem a dignidade da pessoa humana.

Saudemos o ressurgimento da revista DIREITO CONCRETO, honrando quem constrói o Direito e concretiza a Constituição como expressão da vontade popular.

NAGIB SLAIBI FILHO
Diretor-Geral da ENSIM

Prefácio Histórico

da 2ª Edição de 1987

VITÓRIA SOBRE O MEIO

"Só aproveita o que é proveitoso."
Emerson

DIREITO CONCRETO, essa elogiável antologia de sentenças de primeira instância, não é um ponto de chegada, mas um ponto de partida. Foi um singular momento espiritual, um admirável movimento cultural, a que todos devemos prestar nosso assentimento e reconhecimento, dado o valor novo que a obra veio emprestar ao nosso meio forense. Como o Advogado CAMUS disse sobre seu livro "LETTRES SUR LA PROFESSION D'A VOCAT": esse volume é uma criação de família, uma obra de comunhão, também o dirá o homem de pensamento e realizações que, acorrentando as forças contrárias, naturais em todo movimento renovador, trouxe à luz da publicidade essa obra pioneira, que marcou definitivamente o ano judiciário de 1980.

Ao INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL é que devemos tamanha conquista, num meio altamente intelectualizado, de significativos valores individuais, mas um mundo fechado, misoneista, conservador e individualista, como é o FORO. Toda criação renovadora ou inovadora soa como rebeldia do espirito. É necessária muita decisão e coragem para um empreendimento da natureza e das proporções de DIREITO CONCRETO. A excelência da obra está, tanto quanto posso entender o pioneirísmo da coletânea de sentenças, em ser ela uma obra de comunhão. E de comunhão é a vida do INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL. Há nele um fervor de trabalho e de solidariedade que, ao primeiro súbito de vista, espanta, admira, para, depois, então, ganhar, no espírito do observador, um lugar de tranqüila satisfação, que aquieta o sobressalto inicial. No CONTO CHINÊS do Dr. Francisco Campos está a exata imagem do mundo forense do nosso tempo. Aqueles três políticos que buscavam na experiência de uma alta personalidade da política inglesa, as razões por que, no Parlamento chinês, nada acontecia, apesar da regularidade de seu funcionamento e da assiduidade de seus membros, obtiveram a resposta de que nada acontecia no Parlamento chinês porque nada acontecia em nenhum Parlamento no mundo. O sentido político da resposta escapa-me inteiramente. O que do dito CONTO me ficou foi que, em nosso FORO nada acontecia, porque nada acontecia em FORO algum, por motivos fáceis de conceber e difíceis de expor. O mundo forense vive submetido e modelado pelo mito da COISA JULGADA, que, com sua característica imutabilidade, esculpe os homens do Direito e lhes comunica institivamente uma força negativa, que se opõe a tudo que pareça inovação ou mudança. Os

Juízes, por sua essencial independência funcional, na soberba tarefa de julgar; na concentração pessoal dos problemas de sua jurisdição e no árduo trabalho de professores de si mesmos, nas intermináveis vigílias de estudo e meditação, terão de ser, querendo ou não, necessariamente individualistas. Vivem no mundo dos autos e fora desse mundo exclusivista não têm tempo de seu para pensar em Associações e reuniões de classe, fora dos momentos em que os altos problemas comuns os convocam a uma união sinérgica de pensamento e força coesiva.

Por outro lado, o procedimento regrado pela forma, pelo modo, pelo tempo e pela ordem dos atos processuais, envolve os Juízes nas malhas augustas do formalismo e os converte em vigias e guardas da disciplina processual, pela qual são os diretos responsáveis. Isso, que é a rotina da vida judiciária, toma as proporções duma prisão e acorrenta e manieta os Juízes, tornando-os exclusivistas, por amor de seu próprio trabalho. As Associações de classe têm sua alta importância, mas a noção do dever que invade a consciência dos Juízes os afasta de toda obra comum e de conjunto. Esse aparato de circunstâncias cria e alimenta o individualismo forense. Há que haver um LÍDER, um companheiro que aglutine às aspirações dos Colegas, e se faça atuante, como representante e expoente do pensamento geral. Iniciada a obra de coesão, aliciam-se as vontades consentidamente, e nasce um nobre espirito de emulação e de colaboração que opera o milagre duma obra coletiva, de comunhão, e, sobretudo, inovadora, num ambiente individualista e conservador, como antes ficou dito.

Não é uma crítica: é uma constatação daquilo que ocorre no meio forense. É, segundo estou pensando, um alto elogio dos Juízes.

DIREITO CONCRETO é uma experiência fascinante. As sentenças dos Juízes singulares, de regra, nascem e morrem nos autos. Soberbas peças de jurismo e sentimento de justiça, percorrido o caminho normal dos recursos, vão para o pó dos arquivos cartorais. Sentenças exemplares passam despercebidas dos Colegas e da elegante e sapiente classe dos Advogados. Só as partes e seus patronos ficam sabendo dos tesouros e das excelências da obra do Juiz que, entre vigílias e sofrimentos, passou ao papel a criação afanosa de seu espirito. Era realmente preciso que houvesse um órgão que expressasse e desse a medida do valor individual e coletivo da magistratura de primeira instância. É lição ordinária que a sentença não deve apenas convencer as partes, mas também a opinião pública. Daí, a publicidade das audiências e a faculdade de publicação das sentenças em jornais e revistas. Os repertórios de jurisprudência só se interessam pelos pronunciamentos dos Tribunais. Têm em menos conta a sentença de primeiro grau, deslembrados de que se há uma jurisprudência dos órgãos superiores da jurisdição, ela só se torna possível, porque há sentenças de primeira instância recorridas. Os grandes Juízes do passado publicavam seu livro de sentenças. Era um instante romântico na vida do Juiz novo. E tal romantismo aparecia nitidamente visto até no titulo que, ordinariamente davam ao volume, como esse de "MINHAS PRIMEIRAS DECISÕES ". Havia em tal denominação a ternura

do homem por seu trabalho, uma como que afeição paternal pelo primeiro filho de seu espírito de julgador. Eram as primícias da alma do Juiz enamorado da profissão e encantado com a nobreza de sua alta função. Depois, envelhecido na arte de julgar, a pouca repercussão da obra, o aparente descaso do meio por ela, paralisava a mão do sentendador e raramente aparecia um segundo volume, já agora com títulos menos modestos, mais seguros e menos românticos. Volumes de ACÓRDÃOS, esses surgiram até em série de muitos tomos, como entre nós ocorreu uma vez, em quarenta anos. O FORO reclama tais obras dos colegiados. É que todos querem conhecer o pensamento dos Tribunais, por necessidade profissional. Lê-se um belo trabalho de defesa ou de recurso, e, raramente, os profissionais da advocacia se autorizam com as sentenças dum Juiz singular. O que aparece é o ACÓRDÃO. A razão é fácil de intuir: a sentença do Juiz singular não tem publicidade fora da processual e obrigatória. A realidade é a de que a diligente classe dos Advogados corre em busca do Venerando ACÓRDÃO que cai de molde, que esforça a posição da causa que defende. Achando-o, cobre-o, então, de elogios; em tomo dele desenvolve larga argumentação demonstrativa de que nele está a solução da espécie posta perante o órgão que a irá julgar. Mas esquecem-se todos que aquele caso decidido em segundo grau e que vem apoiar a pretensão do recorrente é obra escondida, oculta, que não aparece, dum modesto e afanoso Juiz singular. Ê a primeira instância que sustenta a segunda e lhe oferece ocasião de brilhar. A matéria-prima da obra admirável e construtiva dos Tribunais é tirada das oficinas simples e esquecidas dos Juízes singulares. Esses é que vão buscar pessoalmente os custosos materiais de construção. Elaboram-nos, esculpem-nos em bem elaboradas e fundadas sentenças, fazem primores de argumentação lógica, sentem os tremores da mão ao lançarem o tormentoso "JULGO", no seu trabalho solitário, sem ajuda, sem contar com assessores, lavrando a terra árida, rasgando caminhos novos, sozinho, criticado, por vezes, ferido pela incontinência verbal de recorrentes pouco delicados, e ficam esquecidos, na via dolorosa dos que julgam sozinhos, trabalham sozinhos, vivem no isolamento de seu gabinete, nas longas noites indormidas, fatigados pelo estudo, em busca da justiça no caso que lhes coube julgar. Ê muito claro que os Tribunais conhecem a obra dos Juízes singulares e sabem dar o valor que cada um tem; conhecem tudo que eles sabem e podem. Raramente, um ACÓRDÃO traz o nome do Juiz da sentença confirmada ou reformada. O trabalho dos juízes singulares é trabalho de raízes que ficam debaixo da terra, alimentando a árvore e sua bela e ramalhosa fronde que se vai expandir nas amplas salas dos Tribunais. Um ACÓRDÃO canta a canção da Justiça; mas o canto que essa canção canta ressoa da sentença de primeira instância. Ela é que fornece o barro plástico para a obra de estatuários do Direito, que são os Tribunais. É o Juiz solitário e afanoso duma Vara singular que lavra o mármore, que afeiçoa o bronze, que alisa a pedra, dando os primeiros lineamentos da peça primorosa que os Tribunais aperfeiçoam e lhe dão fim e acabamento. Não é o Juiz singular um injustiçado. Nunca eu afirmaria tal coisa. Mas, é um operário cuja obra permanece

na sombra, Ele, o Juiz solitário, é que lavra o campo; que o semeia, que o ceifa, só e desajudado. E quando a seara loureja e seus maduros frutos cobrem a plantação que cresceu nas orvalhadas das madrugadas das solitárias vigílias do semeador, ninguém pergunta pelo lavrador, quem foi ele, que fadigas suportou, que riscos e perigos enfrentou, escoteiro e desprotegido. Mas de agora em diante, nada poderá igualar a recompensa que terão os Juízes, podendo, como poderão, apresentar aos companheiros de toda parte, aos mais diversos leitores as riquezas de seu saber. De agora avante, terão os Juízes o instrumento que faltava, para nele dedilharem a canção da Justiça, que até hoje solfejavam, em surdina, quase que para si mesmos, ou para as partes, Estas, em boa verdade, só querem ouvir o final da sentença. Isso é o que lhes aguça os ouvidos e faz bater apressado o Coração. Do finíssimo favor da ourive-saria, da forma é da motivação; dos primores de argumentação buscados e aprendidos do manuseio diuturno de autores e livros, disso elas nem se dão conta. Do longo trabalho de construção lógica e doutrinária que dá vida e força à sentença, isso lhes passa despercebido, por não terem olhos de ver. Se a obra do Juiz é assim tão incompreendida e desprezada pelos que mais a deviam valorizar, é indispensável que haja um órgão que lhes divulgue o custoso saber e a todos leve a voz do Juiz que fala na sentença. Um Juiz fala por sentenças, decisões e despachos. E se sua voz não é ouvida, senão pelos interessados na espécie? Necessariamente vem o desânimo, a descrença, diminui o anseio de melhorar, de progredir. Todos desejamos ter o nosso auditório. Quem fala quer ser ouvido, e encontra na própria voz o embalo que o acalenta de seus dissabores, isso de que é tão cheia a vida do Juiz. DIREITO CONCRETO é, pois, o alto-falante, que levará até os ouvidos da multidão a voz potente do Juiz, a quem as circunstâncias fizeram um quase mudo, e de suas sentenças, um solilóquio entre quatro paredes. Terão agora os Juízes seu auditório desejado, que os ouvirá e compreenderá sua fala. Um Colega não inveja outro Colega; ao contrário, ufana-se de ter irmãos que valham ao ver de todos. Não faço o elogio do ufanismo, mas encareço a necessidade da emulação, entre homens de saber, já que penso que os homens crescem por comparação. Dai o valor das biografias que estimulam. Um jurista-filósofo aventou a idéia de que haveria de haver nas Faculdades de Direito uma sala repleta de bustos e estátuas de egrégios homens que deram sua vida ao estudo do Direito, com a obrigação, para os alunos, os jovens estudantes, de passarem um período de aula, passeando, silentes, entre aqueles vultos da nobreza jurídica do passado. Passearão os Juízes, lendo a antologia de sentenças suas e dos Colegas, entre companheiros do mesmo caminho, saudando-se muda e mutuamente, num continuo esforço de superação de si mesmos, para o bem da classe. Não só nisso, mas principalmente nisso, residirá o imenso serviço que a todos prestará o compêndio de sentenças que servirá de lição a todos.

Fico em que DIREITO CONCRETO não servirá tão-somente a classe dos Magistrados. O filósofo, o sociólogo, o estudioso dos temas sociais, alguma hora encontrarão na obra os materiais de que necessitam para construírem seu

pensamento, pois acharão nela um depoimento vivo e verdadeiro sobre nosso meio e nosso tempo. A nobre classe dos Advogados, quando se der conta de que a sentença do Juiz singular ensina mais e melhora pensar juridicamente, dada a forma de exposição minudente da espécie, passará à categoria de leitores obrigatórios dessa formosa e ensinante coleção de sentenças. Nas Faculdades jurídicas terão os Professores em DIREITO CONCRETO um eficiente método de ensino, através do caso concreto. Um ACÓRDÃO ensina, mas ensina aos doutos. O lacotiismo e o autoritarismo conaturais às decisões dos egrégios Tribunais prestam-se menos ao estudo e ao ensino do direito vivo, aos estudantes e iniciantes da empolgante disciplina jurídica. Acredito-que, se houver um trabalho de aperfeiçoamento do ensino jurídico, entre nós, um livro de sentenças de primeira instância será o indispensável manual de classe.

Um dos males de que enferma o ensino do Direito é ser excessivamente teórico. O estágio para pouco servirá, se o estagiário já não trouxer consigo os conhecimentos propedêuticos e práticos que apenas terão de melhorar em contato com a vida vivida no FORO. O FORO é como o albergue da lenda, no qual o viajante só encontrava o que levasse consigo. No FORO é assim: só se encontra o que se traz. Creio na força renovadora a que está destinada essa obra de idealismo e desprendimento que nasceu do pensamento penetrante dum quase visionatário.

No caminho de Falero para Atenas, Apolodoro contava a seus companheiros de viagem o banquete havido em casa de Agatão. Assim começou o Banquete de Platão. Eu conto aos futuros homens do FORO o banquete espiritual que houve na Casa da Justiça, e continuará a haver, enquanto houver homens de crença nos valores culturais da Magistratura, a mais gloriosa e, possivelmente, a mais sofrida de todas as altas classes sociais.

E reafirmo convicto: DIREITO CONCRETO não é um ponto de chegada, mas um ponto de partida. O que importa é não ficar a meio do caminho do empreendimento, mas nele prosseguir com as forças generosas do espirito. Não é proibido chover no deserto, nem retirar do caminho dos homens as pedras que estorvam o caminhar. O tempo é de semear. Não importa que outros colham da nossa semeadura.

Uma obra de comunhão, uma criação de família. Aqui a beleza insuperável da obra. O mais difícil e, para muitos, impossível, está feito. Agora importa que prossigamos sem desfalecimentos, nem paradas. O programa de ação de DIREITO CONCRETO está apenas nos tímidos começos de suas aspirações. As bases, porém, estão lançadas. Se quisermos, sobre elas ergueremos um monumento para a admiração e estímulo dos que, depois de nós, virão mais fortes e mais aparelhados, para a fecunda e indispensável obra da Justiça,



Eliezer Rosa

Sumário

Sociedade Anônima
Bernardino Machado Leituga 23

Opção de Nacionalidade
Carlos David Santos Aarão Reis 36

Transexualismo Jurídicos e Médico-Legais do Problema
Conceição Aparecida Mousnier 42

Estupro e Tentativa de Homicídio
Cyro Marcos da Silva 81

Caso dos Banqueiros do Jogo do Bicho
Denise Frossard 85

Consignação em Pagamento
Denise Levy Tredler 133

Servidor Público
Edson Aguiar Vasconcelos 136

Reclamação Trabalhista
Edson de Arruda Câmara 143

Adultério
Eduardo Mayr 146

Procedimento Sumaríssimo
Fábio Dutra 153

Honra — Crime Tipificado na Lei de Imprensa
Francisco Djalma da Silva 156

Tráfico de Entorpecente
Gérson Silveira Arraes 161

Transexualismo
Henrique Nelson Calandra 167

Condomínio Imobiliário
Jairo Vasconcelos do Carmo 180

Liberdade Religiosa
Jessé Torres Pereira Júnior 192

Responsabilidade Civil
Jorge Américo Pereira de Lira 201

Homicídio Qualificado
José Armando Pinheiro da Silva *215*

Responsabilidade Civil de Estatabelecimento Hospitalar
Luis Felipe Salomão *223*

Cotas Condominiais
Luiz Fux *231*

Partilha
Manoel Alberto Rebelo dos Santos *234*

Indenização por Ato Ilícito
Marcelo Guimarães Rodrigues *243*

Tráfico de Entorpecente
Maria Inês da Penha Gaspar *254*

Denúncia Vazia
Nilton Mondego de Carvalho Lima *258*

Crime de Imprensa
Nilza Bitar *265*

Falsificação de Documentos para Averbação de Imóvel
Nizete Antônia Lobato Rodrigues *270*

Ação Ordinária
Roberto de Abreu e Silva *274*

Adoção
Rudi Loewenkron *286*

Responsabilidade Civil. Risco Administrativo
Sidney Monteiro Peres *289*

Menor Infrator Conduzindo Veículo. Aplicação de Medida SócioEducativa por Prática Infracional
Valéria da Silva Rodrigues *300*

13ª Vara Cível da Comarca da Capital Rio de Janeiro-RJ
Proc. n.° 1.569

SOCIEDADE ANÔNIMA — As deliberações das Assembléias Gerais só se legitimam quando observados os requisitos impostos pela lei, entre os quais avuita a convocação regular dos acionistas, mediante convites ou anúncios, publicados no órgão oficial. Nula é a assembléia quando se evidencia a inexistência de tais convites ou anúncios e não se demonstra o comparecimento unânime dos acionistas. Sendo nula a assembléia, nenhuma eficácia têm as deliberações nela tomadas. Decadência do direito de demandar o reconhecimento de tal nulidade: inocorre no presente caso, até porque se trata de atos ineficazes, que são imprescritíveis. Negócio fiduciário simulado, ocorrente no caso. Renúncia ao direito de subscrição de capital, ineficaz, já que o Autor não foi convocado para as assembléias e a elas não compareceu pessoalmente ou por intermédio de legitimo procurador.
(Sentença do Juiz de Direito Bernardino Machado Leituga)

Vistos etc.

FRANCISCO JOÃO BOCAYUVA CATÃO, qualificado na peça vestibular, ajuizou a presente Ação Ordinária contra a TOURINTER DO BRASIL S/A — EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E IMOBILIÁRIOS, com sede nesta Cidade, à Avenida Beira-Mar, n° 262, 4º andar, alegando em resumo, o seguinte:

1. Que, é acionista da Suplicada desde a sua constituição, quando se denominava EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS E DE TURISMO DE CABO FRIO — TURICA S/A, denominação que foi alterada para a atual pela Assembléia Geral Extraordinária de 26 de outubro de 1973, arquivada na Junta Comercial do então Estado da Guanabara, sob o n° 71.517, em 20 de novembro de 1973;

2. Que, conforme se depreende da certidão dos registros de acionistas da Suplicada, desde 17 de maio de 1973 e sem alteração até a presente data, o Autor detinha 732.490 ações ordinárias nominativas do capital dela, Suplicada, o qual, em 4 de março de 1974, era dividido em 2.930.000 ações ordinárias nominativas, todas registradas nos competentes livros da sociedade em causa;

3. Que, naquela data de 4 de março de 1974, pretextando presença unânime de seus acionistas, que dispensaria prévia convocação, bem como a renúncia expressa do direito de preferência na subscrição de aumento de capital pelos mesmos acionistas, a Suplicada, através da Assembléia Geral Extraordinária, deliberou aumentar seu capital social de Cr$ ..... 2.930.000,00 para Cr$ 4.160.300,00, que foi subscrito no ato, por terceiro não acionista e integralizado mediante conversão de créditos em conta corrente que esse terceiro alegava ter com a mesma Suplicada;

4. Que, a referida ata foi arquivada na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, mas não há notícia da publicação da mesma ata no Diário Oficial ou na imprensa particular;

5. Que, em 20 de agosto de 1974, repetiu-se o esquema e, em Assembléia Geral Extraordanaria, não convocada na forma da lei, o capital social da Suplicada foi aumentado de Cr$ .. 4.160.300,00 para Cr$ 5.871.600,00, subscrito pelo mesmo terceiro não acionista, porque os acionistas presentes, mais uma vez, renunciaram ao direito de preferência, sendo que as novas ações subscritas, foram integralizadas com o que alegou o terceiro, ser o restante de seu crédito;

6. Que, a seguir, pretextando erro no cálculo do saldo do crédito do terceiro, a Suplicada, depois de ter arquivado na Junta Comercial, em 5 de setembro, a ata da Assembléia Geral Extraordinária de 20 de agosto de 1974, fez realizar uma nova Assembléia Geral Extraordinária, em 10 de setembro de 1974, sem qualquer convocação prévia, onde procedeu à "re-ratificação" da deliberação anterior e, mesmo sem proposta formal de sua Diretoria, reduziu o capital antes aumentado;

7. Que, em 4 de março e 20 de agosto de 1974, para justificar a sua validade, as atas das citadas Assembléias Gerais Extraordinárias, transcreviam trechos de cartas de convocação. A ata da AGE de 19 de setembro de 1974, não contém sequer tal transcrição;

8. Que, o Autor, detentor de quase 25% (vinte e cinco por cento) do capital social em 4 de março de 1974, representado por ações ordinárias com direito de voto, jamais recebeu a referida carta de convocação, que de qualquer forma, não substituiria o edital de convocação exigido por lei;

9. Que, embora as atas arquivadas na Junta Comercial indiquem a presença da totalidade dos acionistas da Suplicada, o Autor jamais compareceu a qualquer daquelas assembléias como, aliás, se verifica da simples leitura das assinaturas dos presentes ao fim das respectivas atas, e bem assim da certidão tirada do Livro de Presença de Acionistas;

10. Que, por tal fundamento, o seu direito de preferência na subscrição dos aumentos de capital jamais foi objeto de qualquer renúncia;

11. Que, a ausência do Autor às citadas assembléias, inegavelmente vicia e torna nulas as deliberações nelas tomadas, porque:

a) a dispensa de convocação — que o Registro de Comércio entende validar as citadas deliberações está necessariamente vinculada à presença unânime dos acionistas da Suplicada às suas assembléias, o que não ocorreu, permanecendo íntegra e descumprida a obrigação formal-essencial de convocação das assembléias através de editais publicados na imprensa, na forma do art. 88, em especial seu § 3.°, do Decreto-lei n° 2.627, de 26 de setembro de 1940;

b) por outro lado, nenhum aumento de capital pode ser oferecido a terceiros sem o respeito ao direito de preferência estabelecido no art. 78, alínea *d* da mesma lei, o que não ocorreu na assembléias da Suplicada, cuja declaração de nulidade se impõe.

Requereu a procedência da ação, para ver anuladas as citadas Assembléias Gerais Extraordinárias, realizadas em 4-3-74, 20-8-74 e 10-9-74, determinando à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro que torne sem efeito o arquivamento das respectivas atas, condenando a Suplicada ao pagamento das despesas processuais e honorários de 20% (vinte por cento) do valor do capital anulado.

A petição inicial veio instruída com os documentos de fls. 06/23.

Citada, a Ré contestou o feito às fls. 29/31, alegando em resumo:

1. Que, o Autor pleiteia a anulação das deliberações tomadas nas assembléias indicadas na peça vestibular, sob os fundamentos de que houve ausência de publicação dos editais de convocação das referidas assembléias, a que não compareceu e, preterição do seu direito de preferência, consagrado no art. 78 da Lei das Sociedades Anônimas;

2. Que, não procede qualquer dos argumentos. Inicialmente, cabe lembrar Trajano de Miranda Valverde, para quem, nos aumentos de capital de sociedades por ações, com incorporação de bens ou conversão de créditos, não há que se falar em direito de preferência. Além disso, o prazo de preferência estaria sujeito a um prazo de 30 dias de decadência, que caducou, pois que as atas foram arquivadas na Junta Comercial há mais de

dois anos, não podendo o Autor alegar o seu desconhecimento para reabrir tal prazo;

3. Que, mesmo que estivesse presente e como dispunha, por ocasião das primeiras assembléias impugnadas, de apenas 25% do capital social votante, seu voto seria minoritário e não impediria a deliberação tomada;

4. Que, cumpre ressaltar a boa-fé da administração, então confiada ao Diretor Gustavo Umberto Fortunati;

5. Que, é comum nas sociedades fechadas, que as deliberações dos sócios sejam consubstanciadas em atas após terem sido entre eles discutidas e normalmente tais assembléias se "realizam" com a unanimidade dos presentes, isto é, depois de lavradas as atas, são colhidas as assinaturas dos sócios, independentemente de terem sido recolhidas as assinaturas dos sócios ou acionistas, tais atas são levadas a registro na Junta Comercial e publicadas;

6. Que, no caso em tela, o procedimento, de responsabilidade daquele Diretor, não levou em conta o fato de que o Autor era acionista da Ré e, em conseqüência, as atas foram lavradas e levadas a registro e publicadas sem a submissão das mesmas ao Autor, mas sem qualquer intuito de prejudicá-lo, face ao que já foi exposto no item 7.

Requereu a improcedência da ação, com as cominacões legais, juntando procuração.

Réplica às fls. 34/37.

O processo foi sentenciado às fls. 41/44.

Houve recurso de ambas as partes. Já no E. Tribunal de Justiça em recursos, peticionou como interveniente a TOURINTER — SOCIETÉ POUR LA PROMOTION DU TOURISME INTERNATIONAL S/A, sustentando legítimo interesse no resultado da lide, porque a pretensão do Autor a atingiria. A peça está às fls. 86/103, com os documentos de fls. 104/140.

Com base em tal intervenção, a sentença foi cassada, admitida a interveniente como litisconsorte passiva necessária, a quem deveria ser deferido o prazo para defesa e produção de provas, prolatando-se nova sentença. O acórdão respectivo está às fls. 141/149.

Contestando às fls. 154/166, disse a litisconsorte, em resumo:

1. Que, foi exatamente através da subscrição de capital deliberado na AGE de 4-3-74, que a Contestante ingressou como acionista da ora Ré, TOURINTER DO BRASIL S/A — EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E IMOBILIÁRIOS. Prova-o a ata de fls. 11;

2. Que, a ora Contestante é a segunda maior acionista da Tourinter do

Brasil, pois passou a ter 1.230.000 das 4.160.300 ações, representando 29,5% do capital social;

3. Que, na resposta apresentada, a Tourinter do Brasil confessou os fatos alegados pelo Autor e protestou pela produção de qualquer prova;

4. Que, não obstante, a sentença prolatada não deu pela nulidade das assembléias, dando apenas ao Autor o direito de subscrever o aumento de capital verificado nas ditas assembléias;

5. Que, ocorreu colisão das partes, incidindo o art. 129 do CPC, pois o ingresso da Tourinter de Luxemburgo, ora Contestante, como acionista da Tourinter do Brasil S/A, vinha sendo tratado com o Autor, que era o principal acionista da empresa nacional e o grupo estrangeiro (Montedor Corporation e Tourinter de Luxemburgo, havendo a primeira ingressado como consta de fls. 7 e a segunda ingressaria pela assembléia de 4-3-74, sendo que para tanto a Tourinter do Brasil, assumiu aquela razão social, porque antes era Empreendimentos Imobiliários e de Turismo Cabo Frio Turicá S/A. A Tourinter de Luxemburgo, seria a acionista majoritária da empresa nacional, porque traria investimento regularmente remetido do Exterior;

6. Que, sabedor dos fatos e iniciador dos entendimentos, aos quais esteve presente pelo procurador Alfredo Lamy Filho (fls. 106/107), o Autor e Theophilo de Azeredo Santos, combinaram anular as assembléias, o que explica a omissão deste último em não comunicar à ora Contestante a existência desta ação;

7. Que, o Autor e Theophilo de Azeredo Santos têm intimidade negocial, a tal ponto que este último, sem consultar os acionistas, transferiu todo o ativo da Tourinter do Brasil para a Imobiliária Nora-Lage, da qual o Sr. Catão é acionista indireto, já que é acionista majoritário da holding Nora-Lage. A transferência foi feita pela quantia de Cr$ 1.000.000.00, ao passo que os bens valiam Cr$ 175.000.000,00, segundo avaliação do Sr. Theophilo, o que provocou protesto judicial e noticiário pela imprensa;

8. Que, a confissão de um dos litisconsortes não atinge os demais;

9. Que, pela atual Lei das Sociedades por Ações, as atas não precisam ser assinadas por todos os presentes (art. 96 da Lei n° 6.404, de 15-12-76);

10. Que, o Autor não trouxe o Livro de Presença, nem foi requisitado da repartição dos Correios a prova da entrega da convocação epistolar, nem observou que tais formalidades são dispensáveis se todos os acionistas comparecerem;

11. Que, mesmo que o Autor provasse sua ausência àquelas assembléias, os fatos evidenciam que soube do que nelas foi deliberado. Por outro lado,

se compareceu, não lhe cabe argüir de nulidade ou irregularidade o ato convocatório.

Requereu a extinção do processo, apenando-se as partes em conluio, com os arts. 129, 16 e 18 do CPC, ou a improcedência da ação, com as cominações legais.

Despacho saneador às fls. 183/184, determinando que se esclarecesse quanto à prova pericial. Os esclarecimentos vieram às fls. 185/6, pela litisconsorte, que se referiu a uma ação que corre na 6ª Vara Civil. Diante dos esclarecimentos, a perícia contábil foi deferida pelo despacho de fls. 187.

O despacho saneador foi alvo de agravo de instrumento, segundo certidão de fls 184 v.

O agravo de instrumento foi provido parcialmente para deferir prova oral, com expedição de carta rogatória com o prazo de trinta dias, bem como, prova documental complementar.

Foi expedida a carta rogatória (fls. 230).

Seguiram diversas petições, vindo a de fls. 242/243 com cópia de laudo pericial contábil, levado a efeito na 6ª Vara Cível, em ação proposta pela Tourinter de Luxemburgo, que é litisconsorte destes autos contra a Tourinter do Brasil.

O laudo pericial contábil, mandado juntar nestes autos e determinada por este Juízo, tal perícia, encontra-se às fls. 264/277, com os documentos de fls. 278/297. Foi complementado às fls. 304/306.

O laudo da litisconsorte passiva está às fls. 324 a 358.

O perito juntou os documentos de fls. 366/374.

A litisconsorte juntou peças da ação da 6ª Vara Cível, às fls. 386/468.

As partes falaram sobre os laudos e peticionaram seguidamente nos autos.

Em apenso, encontra-se o Processo nº 17.061/80, pelo qual, a Empresa KRISTALLINA AKTIENGESELLSCHAFT, antes denominada KRISTALLINA ANSTALT, move idêntica ação contra as duas Rés da ação antes relatada.

O pedido foi feito como na ação anterior, mediante idêntica peça vestibular e visando o mesmo fim. Juntou a documentação básica, além de outras cópias de documentos, salientando-se a medida preparatória de protesto. Por se tratar de empresa estrangeira, caucionou o que consta do termo de fls. 124, como garantia das despesas processuais.

Contestando, a Tourinter do Brasil reportou-se à contestação produzida na ação à qual esta encontra-se em apenso.

Tourinter Societé Pour La Promotion Du Tourisme International S/A, conhecida nestes autos como Tourinter de Luxemburgo, contestou, dizendo em resumo:

1. Que, a ação está prescrita, pois a Autora a antecedeu de dois protestos, um de 25-11-77 e outro de 22-11-79;

2. Que, quando do primeiro protesto, já haviam decorrido 3 anos, 8 meses e 21 dias — 3 anos, 3 meses e 5 dias e 3 anos, 2 meses e 11 dias, respectivamente, da realização daquelas AGEs. Entre os dois protestos houve um interregno de mais de 2 anos. Da segunda notificação à propositura desta ação, decorreu mais um ano;

3. Que, a prescrição consumou-se, não só em face do artigo 178, § 9°, V, do Código Civil, que marca o prazo de 4 anos para a anulação dos atos jurídicos em geral, quer em virtude da Lei n° 2.627, de 26-9-40, que não consagra prazo maior para a prescrição;

4. Que, a Autora não provou ser acionista da lª Ré, pois tal empresa Autora é a roupagem usada por João Catão, que dela é acionista, segundo depoimento de Flávio Pécora, em outro processo;

5. Que, a ação é temerária, pois as assembléias que pretende anular, foram convocadas e realizadas regularmente e que há colusão entre Autor e 2ª Ré, como previsto no art. 129 do CPC, já que houve na ação à qual esta está apensada, confissão de parte da Tourinter do Brasil.

Seguindo a mesma linha da contestação do outro feito, igualmente pleiteou a extinção do processo ou a improcedência da ação, juntando os documentos de fls. 153/4.

Réplica às fls. 157/169, onde salienta que a prova de ser acionista da Tourinter do Brasil, está na sua declaração de fls. 133.

Seguiram-se diversas petições com documentos.

Despacho saneador às fls. 178, deferindo entre outras provas, a de exibição de documentos, que foi feita consoante termo de fls. 179, cujas cópias foram extraídas e formam o volume anexo.

Finalmente, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, como consta de fls. 487/491, do Processo n° 1.569/76, vindo as alegações finais por escrito, em forma de memorial.

Após, vieram os autos conclusos para a sentença.

É O RELATÓRIO.

Tudo bem visto e examinado, passo a decidir;

Trata-se de duas ações ordinárias, que em face da conexão devem ser decididas em conjunto, nesta sentença. A questão versada é simples, não obstante os enormes volumes que este processo mereceu, injustificadamente,

resultando apenas em maior trabalho para quem o tiver que examinar, como ora está sendo feito. O Autor, ou melhor, os Autores das duas ações pleiteiam a anulação das Assembléias Gerais Extraordinárias de 4 de março, 20 de agosto e 10 de setembro, todas do ano de 1974 e conseqüente invalidação do arquivamento de suas atas na Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro. Este é o pedido autoral. Como fundamento do pedido, dizem que não foram convocados para tais reuniões assembleares e por isso elas não podiam ser realizadas sem convocação regular, já que não estiveram presentes todos os acionistas. Aduzem ainda, que diante de tal estado de coisas, não puderam exercer o seu direito de preferência para subscrição do aumento de capital. A 1ª Ré, Tourinter do Brasil S/A — Empreendimentos Turísticos e Imobiliários, defendeu-se dizendo; a) que aumento de capital mediante incorporação de bens ou conversão de créditos, não enseja direito de preferência; b) que, ainda que presente o Autor da lª ação, seria minoritário e não impediria a aprovação das propostas; c) que em tais sociedades fechadas é comum lavrar-se as atas para depois serem colhidas assinaturas dos acionistas, mas, que no caso presente, o administrador da empresa contestante não levou o fato de ser o Sr. Catão um dos acionistas e por isso as atas foram levadas a registro sem serem a ele submetidas, mas sem intenção de prejudicá-lo. A Tourinter — Societé Pour La Promotion Du Tourisme International S/A, alega também a ocorrência de prescrição.

Inicialmente cabe examinar duas questões, que são a da qualidade de acionistas dos Autores e a prescrição alegada contra a segunda Autora. Dúvida não há nestes autos de que Francisco João Bocayuva Catão seja acionista da Tourinter do Brasil S/A — Empreendimentos Turísticos e Imobiliários. Quanto à segunda Autora, sua qualidade de acionista é admitida pela lª Ré, às fls. 133 da segunda ação, bem como às fls. 396 v. do presente processo. Portanto, a legitimidade ativa está presente, o que de resto, ficou precluso no despacho saneador. Quanto à prescrição argüida em relação ao segundo processo, verifica-se que não ocorreu porque, não tendo sido publicadas as atas respectivas, o possível prazo deixou de ter início, a não ser no momento em que deles tiveram conhecimento, ensejando estes procedimentos. Mas, ainda por outro modo, não ocorreria a prescrição em face das duas iniciativas tomadas, através de protestos judiciais, como nos dá notícia os autos. Aliás, duvidosa seria a aplicação de tal prazo de prescrição ao caso presente. Se, com relação àqueles que estiveram presentes, poder-se-ia admitir tal prazo, pois souberam das reuniões e de seus resultados. Mas, como querer que os ausentes soubessem disso, se não foram convocados para as assembléais? Afinal, como será visto, Francisco Catão não estava à frente da Tourinter do

Brasil para saber do que se passava em sua administração. A outra Autora é empresa estrangeira e por isso mesmo, maior razão tem para sustentar que a tudo estava alheia.

O caso dos autos, retrata hipótese de atos ineficazes que por isso mesmo, são imprescritíveis. Através das deliberações que se pretende invalidar, os Autores perderam sua condição de acionistas de grande porte, reduzindo sua proporcionalidade no capital social, sendo que os dois Autores, em conjunto, possuíam quase metade do capital social. Igualmente, os presentes ao ato dispuseram do direito de preferência dos Autores, em favor de terceiro não acionista, que foi privilegiado com um convite não feito aos Autores, para comparecer e até subscrever todo o aumento de capital social. O caso nem é de nulidade, mas de ineficácia daqueles atos deliberativos, portanto imprescritíveis, consoante entendimento, dentre outros, de TULLIO ASCARELLI em sua obra *Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, fls. 372 e seguintes, 2ª edição, Saraiva.

Quanto ao mérito, temos o seguinte, quanto à qualidade dos presentes às assembléias impugnadas, forma de sua convocação, pretenso crédito utilizado para a subscrição, por quem não provou qualquer qualidade para lançar mão dos tais recursos, que em verdade encobrem negócio fiduciário. Veremos ainda, que tudo socorre o apelo dos Autores.

O Autor Francisco Catão, segundo se comprovou com os depoimentos de fls. 488/491, não tinha participação ativa na administração dos negócios da Tourinter do Brasil que era gerida por Gustavo Umberto Fortunati, que era procurador, com amplos poderes até para vender imóveis (fls. 489), sendo que com sua ida para a Europa, ficou à frente daquela empresa o Dr. Theophilo de Azeredo Santos. As três assembléias, todas extraordinárias, foram realizadas sem a presença de Francisco Catão, que não assinou o livro de presença de acionistas, segundo se depreende de fls. 230v. a 233, dos autos apensos, que contêm documentos exibidos em Juízo, conforme termos contidos nos autos. Da mesma forma, de tais documentos verificamos que não assinaram aquele livro a segunda Autora e nem tampouco o tão decantado e falado procurador de Francisco Catão, Dr. Alfredo Lamy Filho.

Não veio aos autos a prova da convocação dos acionistas e a prova competia às Rés. Não juntaram comprovante da publicação de avisos ou editais pela imprensa e/ou da remessa de correspondência epistolar. Sequer, veio aos autos, qualquer cópia da carta transcrita nas atas das duas primeiras assembléias, já que da última nem tal transcrição consta. Em verdade, tudo foi feito como sustentam os Autores ou seja, ou para deliberadamente

prejudicá-lo, ou imaginando que pudesse posteriormente anuir com o que foi feito, Foi a própria lª Ré, que às fls, 30, desavisadamente, confessou a irregularidade, ao dizer:

> "O último aspecto que cumpre levantar na presente contestação diz respeito à boa-fé da administração, então confiada ao Diretor Gustavo Umberto Fortunati".

E acrescenta:

> "É comum, nas sociedades fechadas, que as deliberações dos sócios sejam consubstanciadas em atas após terem sido entre eles discutidas e normalmente tais assembléias se "realizam" com a unanimidade dos presentes, isto é, depois de lavradas as atas, são colhidas as assinaturas dos sócios. Independentemente de serem recolhidas as assinaturas, tais atas são levadas a registro na Junta Comercial".

E acrescenta ainda:

> "No caso em tela, o procedimento de responsabilidade daquele Diretor, não levou em conta o fato de que o Autor era acionista da Ré e, em conseqüência, as atas foram lavradas e levadas a registro e publicadas sem a submissão das mesmas ao Autor, mas sem qualquer intuito de prejudicá-lo, face ao que já foi exposto no item 7 supra".

Se todos os acionistas estivessem presentes às assembléias impugnadas, certamente que não haveria de ser discutida a legalidade da forma de convocação. No caso, seria dispensada qualquer forma de convocação. Não foi o que ocorreu. Os Autores não foram cientificados das assembléias e certamente por isso não compareceram. Sendo grandes acionistas, jamais estariam ausentes às reuniões que, segundo as pretensas cartas de convocação, tratariam de aumento e redução de capital. Se presentes não estiveram por falta de convocação, a reunião não tem valor, ainda mais que não concedido o direito de preferência, acabaram os Autores, que tinham o mesmo número de ações (25%), reduzidos a acionistas de quase nenhuma expressão. O Dr. Lamy não esteve presente, igualmente, mas se lá estivesse, não poderia agir em nome do 1° Autor. A procuração de fls. 107, foi outorgada em 8 de fevereiro de 1971, pela então Empreendimentos Imobiliários de Turismo Cabo Frio Turicá Ltda., não lhe dando, portanto, poderes para comparecer a assembléias gerais da lª Ré, subscrever ou renunciar ao direito de preferência.

Aspecto curioso da questão e dos fatos é que em assembléia de

sociedade fechada, onde segundo se confessou, primeiro fazem a ata para depois colherem assinaturas, estivesse presente, por haver sido convidado, o aludido Gustavo Umberto Fortunati, para por duas vezes subscrever as ações do aumento de capital, diante da repetida ocorrência de renúncia de todos os acionistas. Ao que consta das atas aquele senhor compareceu como procurador da 2ª Ré, sem no entanto, constar das atas ou destes autos, a prova de sua qualidade. O seu direito de subscrição não poderia ocorrer sem que os demais acionistas — todos — renunciassem a tal benefício.

Com relação ao direito de preferência, não se argumente que não teria cabimento, porque se tratou de conversão de crédito. A lei não distingue a tal respeito e, se observada a discutida carta-convocação inserida nas atas, verifca-se constar do seu item l, que o aumento do capital seria feito "mediante a subscrição de ações em moeda corrente no País". Portanto, o aumento de capital era para ser feito mediante subscrição, com prazo a ser fixado em pelo menos trinta dias, como manda a lei.

No que tange a dizer que os Autores não tiveram prejuízo, eqüivale a menosprezar qualquer inteligência. De fato, o capital social da lª Ré, até a primeira das assembléias realizadas irregularmente e ora impugnadas, era de Cr$ 2.930.000,00, dividido em 2,930.000 ações. Francisco Catão possuía 732,490 ações e Kristallina possuía 732.500. Ambos, somavam quase 50% do capital. Com a manobra de que foram vítimas, tiveram sua participação societária bastante reduzida. Onde a ausência de prejuízo?

Outro aspecto de que se reveste o resultado desses aumentos de capital é o da violação de nossa legislação agrária, já que agora, a segunda Ré viria a ser proprietária de terras em área rural brasileira, o que é vedado entre nós, pela Lei n° 5.709 de 1971.

Finalmente, resta analisar a origem dos recursos utilizados para a subscrição de capital. Disse o subscritor que se tratava de créditos que a 2ª Ré tinha contra a lª Ré. Francisco Catão e Theophilo de Azeredo Santos, depondo na audiência de instrução e julgamento, disseram tratar-se de simples empréstimos, que vinham como numerário destinado à compra de ações, para fugirem ao percentual mínimo de vinte e cinco por cento, que deveria ser retido pelo Banco Central do Brasil. Essa matéria foi brilhante e exaustivamente examinada pelo eminente Desembargador Newton Doreste Baptista, examinando a Apelação n° 16.551, intenxista da sentença proferida pelo Juízo da 6ª Vara Cível, em ação entre as mesmas partes e que abordou a questão do negócio fiduciário, como consta de fls. 431/467.

Naquele acórdão, aos quais esta sentença se recorta, ficou demonstrado que o dinheiro que teria sido utilizado, ingressou no País de uma forma,

mas tinha outra finalidade, não podendo ser utilizado como o foi. De fls. 281 a 293 e dos detrimentos de Catão e Theophilo, extrai-se a certeza do que se acaba de afirmar.

Em sua obra Alienação Fiduciária em Garantia, 2ª edição, Borsoi, Oswaldo Opitz e Sílvia C. B. Opitz, dizem às fls 147:

> "3 — Os negócios fiduciários podem ser classificados em, três tipos, tendo em vista sua natureza jurídica: a) típicos; b) atípicos; c) simulados".

Seguindo, explica que negócio fiduciário típico é o previsto em lei, tais como o fideicomisso e a alienação fiduciária, entre nós. Negócio fiduciário atípico, ocorre quando não há regras especiais, de modo que a propriedade da coisa se transfere realmente, apesar da fidúcia, não se podendo evitar a deslealdade do *accipiens*.

E, continua às fls. 149:

> "O negócio fiduciário simulado, pode tomar a forma fraudulenta ou inocente, como na simulação, daí sua divisão em fraudulentos e inocentes. São fraudulentos, quando visam infringir preceito de lei ou prejudicar terceiros. São nulos, como os simulados, porque representam uma fraude à lei, com v. g. o compromisso de compra e venda de um imóvel para ocultar um mútuo, com juros usurários, proibidos pela Lei de Usura".

E segue:

> "Neste caso, porém, não é por ser fiduciário que é nulo, mas por violar preceito imperativo de lei".

O caso dos autos é de negócio fiduciário simulado e fraudulento, eis que o capital ingressou no País, sob a forma de investimentos em ações de empresas, para burlar a legislação pertinente, que obrigaria ao recolhimento de vinte e cinco por cento no Banco Central do Brasil. Adquiridas as ações, se fosse o caso, seriam recompradas por quem as vendeu, ficando a quantia livre. Sendo fraudulenta a manobra, nula é ela, eivando de nulidade até mesmo o conteúdo da resolução adotada pela lª Ré, quanto à subscrição de capital.

O laudo do perito oficial, mostra que os Autores estão com a razão. Às fls. 264/5, prova que não compareceram às reuniões impugnadas; que não encontrou o perito nenhuma cautela, canhoto ou talonário referente às novas ações; que com a subscrição a 2ª Ré (estrangeira) passou a acionista

de empresa possuidora de terras situadas em área rural (fls. 270). Por tudo quanto foi dito e pelo muito mais que dos autos consta, não há como deixar de acolher as pretensões dos Autores.

EX POSITIS:

JULGO PROCEDENTES as ações ordinárias propostas por FRANCISCO JOÃO BOCAYUVA CATÃO e KRISTALLINA AKTIENGESELLSCHAFT contra TOURINTER DO BRASIL S/A — EMPREENDIMENTOS TURÍSTICOS E IMOBILIÁRIOS e TOURINTER — SOCIETÉ POUR LA PROMOTION DU TOURISME INTERNATIONAL S/A, para declarar nulas as Assembléias Gerais Extraordinárias de 4-3-74, 20-8-74 e 10-9-74, determinando que se oficie à Junta Comercial do Estado do Rio de Janeiro, para que torne sem efeito o arquivamento das atas respectivas. Condeno as Rés ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa de ambos os processos.

P.RI.

Rio de Janeiro, 24 de dezembro de 1984.

BERNARDINO MACHADO LEITUGA
Juiz de Direito
(Sentença confirmada)

3ª Vara Federal
Proc. n° 3.686/70
Requerente: José Joaquim Valente Ramos
(Adv. Dr. Aloizio Destri)
Requerida: União Federal
(Proc. Rep. Dr. Sílvio Fiorêncio)

OPÇÃO DE NACIONALIDADE — A maioridade referida no art. 145, I. c da Constituição é a capacidade civil, não a política. A emancipação torna a pessoa capaz e maior, sendo-lhe possível optar pela nacionalidade brasileira, preenchidos os demais pressupostos constitucionais. (Sentença do Juiz Federal Carlos David Santos Aarão Reis)

SENTENÇA

JOSÉ JOAQUIM VALENTE RAMOS, representado por sua mãe, Florinda da Conceição Valente, em 1970, requereu registro provisório de nacionalidade brasileira, com fundamento no art. 145, I da Constituição.

O requerente nasceu cm Portugal, sendo sua mãe brasileira.

A petição inicial foi instruída com:

1) certidão de nascimento do requerente, ocorrido a 15 de janeiro de 1955, na freguesia de Tabuaço, Portugal (fls. 3), onde se verifica ser Florinda da Conceição Valente sua mãe.

2) certidões de casamento e de nascimento de Florinda da Conceição Valente (fls. 4/5);

3) certidão de óbito do pai do requerente (fls. 6);

4) atestado de residência, no Brasil, do requerente (fls. 7).

Contadas e pagas as custas (fls. 9 e 9-v.), manifestou-se o Ministério Público federal (fls. 11), declarando nada ter a opor ao requerimento.

Em virtude do despacho de fls. 12, apresentou o requerente original de sua certidão de nascimento (fls. 14/15).

A fls. 17, a mãe do requerente pediu a juntada de procuração por ela outorgada a advogado (fls. 18), ratificando os atos anteriormente praticados, o que foi reiterado a fls. 24.

A 9 de maio de 1973, o interessado requereu opção definitiva pela nacionalidade brasileira, tendo em vista ter sido emancipado (fls. 26, escritura de fls. 28/29).

O Ministério Público federal manifestou-se, novamente, a fls. 30-v., declarando concordar com o requerido a fls. 26.

Pelo despacho de fls. 31, foram conferidas as fotocópias (fls. 35), o que

era desnecessário, dado que as cópias já estavam autenticadas por tabelião.

Após a juntada do substabelecimento de fls. 33, exigiu-se procuração do interessado, com ratificação dos atos anteriormente praticados (fls. 36).

A fls. 38 foi apresentada procuração, outorgada pelo requerente, inclusive com poderes para ratificar os atos já praticados.

Feitas as devidas ratificações, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

— I —

Noto, inicialmente, que a última ratificação (fls. 38) era, *data venia*, dispensável. Isto porque já havia ratificação anterior (fls. 17 e 24), o requerimento de transformação do procedimento de registro provisório para opção definitiva estava subscrito pelo advogado que ratificara os atos anteriores (e pelo próprio requerente, fls. 26) e o novo advogado (fls. 33) não praticou qualquer ato.

De qualquer forma, entendo possível o requerimento do registro provisório de nacionalidade brasileira (assim como a opção pela mesma) pelo próprio interessado, ou seu "representante" legal (considero, mesmo, que é o próprio interessado que deve requerer ou optar).

Embora ao contrário do rigorismo romano clássico, a interposição pessoal seja atualmente amplamente possível, seguindo-se a orientação canônica (*potest quis per alium, quod potest facere per se ipsum, qui facit per alium, est perinde ae si faciat per se ipsum*), às vezes mesmo obrigatória (como o ingresso em juízo através de profissional habilitado), *modus in rebus*.

Há certos negócios jurídicos nos quais, por sua índole personalíssima, não é admissível qualquer espécie de interposição pessoal.

A índole do próprio ato pode não conportá-la ou uma declaração expressa de lei pode exigir a declaração pessoal (De Ruggiero, "Instituições de Direito Civil", 1, § 28, p. 299).

A natureza do próprio negócio jurídico da opção ou do registro provisório (como, por exemplo, a da opção pelo regime do FGTS, ou do testamento), implicando na aquisição da nacionalidade, situação personalíssima, não se coaduna com a interposição (ainda que de advogado).

No caso presente, quem inicialmente requereu o registro provisório foi o representante legal e quem manifestou a vontade de conservar a nacionalidade brasileira foi o próprio requerente (fls. 26).

Assim, seja exigindo-se a intervenção de advogado, seja entendendo-se ser ela dispensável, o requerimento está regular.

— II —

Os documentos oferecidos em cópias estão conferidos com os originais, sendo pois dispensável a apresentação dos respectivos originais, pois valem como certidões (art. 384 do Código de Processo Civil).

A certidão de nascimento do requerente foi até apresentada no original (fls. 14/15) e as cópias foram conferidas em cartório (fls. 35).

— III —

A opção pela nacionalidade brasileira (opção com o significado de escolha, não de vinculação unilateral da vontade), prevista no art. 145, inciso I, letra *c* da Constituição, é faculdade jurídica dependente dos seguintes pressupostos, relativos ao optante:

1) nascimento em país estrangeiro;

2) filiação a pai brasileiro, mãe brasileira, ou pais brasileiros, comprovada mediante documento indicativo da nacionalidade brasileira de um dos pais, na data do seu nascimento (Lei 818/1949 com redação da Lei 5.145/1966);

3) residência em território nacional brasileiro antes de alcançada a maioridade, e

4) prazo de quatro anos, cujo início é contado a partir da data da maioridade, para seu exercício.

— IV —

A expressão "maioridade", utilizada no art. 145, I, *c* da Constituição, pode ser designativa de dois conceitos diferentes: ou capacidade civil ou capacidade política.

Na opinião de Pontes de Miranda ("Comentários à Constituição de 1967 com a emenda nº 1 de 1969", tomo *IV*, p. 445), trata-se da maioridade de direito público, aos 18 anos, uma vez que a nacionalidade independe da vontade dos pais e o serviço militar é, normalmente, antes da maioridade de direito privado.

Entendo, no entanto, que a maioridade, referida no art. 145, I, *c* da Constituição e a capacidade civil, e isto, pelo menos, por dois argumentos.

Em primeiro lugar, pela interpretação histórica: no texto projetado, a expressão era "maioridade política", ficando apenas maioridade", na redação final (a informação é encontrada em "Direito Internacional Privado" de H. Valadão, 3ª ed., p. 294).

Em segundo lugar, porque não se pode afirmar que, aos 18 anos, há maioridade ou capacidade política, mas apenas *início* dessa ou, no máximo, capacidade eleitoral, capacidade para votar. Para *ser eleito*, e apenas ser

eleito deputado, a capacidade só ocorre aos 21 anos (art. 39, Constituição). Só pode ser eleito Senador ou Presidente da República o maior de 35 anos (art. 41 e 74 da Constituição).

Ora, se nem aos 18, nem aos 21 anos o cidadão tem *plena* capacidade (ou maioridade política), mas só aos 35 anos, ter-se-ia uma situação singular: a entender que a maioridade referida no texto é a política, então deve ser a maioridade plena, não a parcial. Desta maneira, só aos 35 anos o nascido em território estrangeiro, na situação do art. 145, I, *c* poderia optar pela maioridade brasileira. Em consequência, durante 17 anos ver-se-ia impedido de exercer seus direitos políticos.

Criar-se-ia uma desigualdade entre brasileiros natos, contrária à Constituição, e a própria finalidade da opção — integrar cedo o optante na vida política brasileira — ficaria frustrada.

— V —

A capacidade civil não ocorre, necessariamente, aos 21 anos de idade. Há outras causas, pelas quais *antes* desta idade a pessoa torna-se civilmente capaz, como está no Código Civil:

> "Art. 9. Aos vinte e um anos completos acaba a menoridade, ficando habilitado o indivíduo para todos os atos da vida civil.
> § 1º — Cessará, para os menores, a incapacidade:
> I — Por concessão do pai, ou, se for morto, da mãe, e por sentença do juiz, ouvido o tutor, se o menor tiver dezoito anos cumpridos.
> II — Pelo casamento.
> III — Pelo exercício de emprego público efetivo.
> IV — Pela colação de grau científico em curso de ensino superior.
> V — Pelo estabelecimento civil ou comercial, com economia própria."

Portanto, ainda que a pessoa não tenha 21 anos, ocorrendo uma das causas enumeradas nos incisos do § 1º do art. 9º do Código Civil, cessa a incapacidade. Assinale-se, aliás, ser a capacidade que se inicia e a incapacidade que termina; a maioridade é causa da capacidade, assim como a menoridade o é da incapacidade. O § 1º do art. 9º está correto, enquanto a redação do *caput* do artigo é defeituosa (nunca é demais indicar o uso correto das palavras, com o que são compreendidos os fenômenos; em tempos corrompidos, a primeira coisa a se corromper é a linguagem, já foi dito). Consequentemente, a capacidade pressupõe tenha cessado juridicamente a menoridade e que exista maioridade.

A emancipação é uma das causas pelas quais cessa a incapacidade dito

de outra maneira pela qual se inicia a capacidade (pressupondo cessação da menoridade e o início da maioridade, do ponto de vista jurídico).

Como no art. 145, I, *c* está escrito que alcançada a maioridade a pessoa poderá optar pela nacionalidade brasileira e como a emancipação implica em capacidade e maioridade, segue-se que o emancipado pode optar pela nacionalidade brasileira.

— VI —

Afirmam alguns que realmente a Constituição referiu-se à maioridade civil, mas entendem que a emancipação não repercute na opção pela nacionalidade, pois o prazo de 4 (quatro) partir de 21 anos, o que é contraditório.

Ora, como já foi visto, a capacidade civil (logo, a maioridade) não tem como única causa o completar 21 anos. A pessoa pode tornar-se capaz com menos de 21 anos por alguma das outras causas previstas no art. 9º § 1° do Código Civil — entre elas, a emancipaçao como ficou visto antes.

Quem afirma que a referência constitucional é à maioridade civil deve ser coerente, devendo aceitar, como consequência lógica, a repercussão da emancipação na opção, dado que o emancipado, embora menor de 21 anos, é capaz e maior.

— VII —

A mesma solução é encontrada no seguinte acórdão do Supremo Tribunal Federal:

> "Nacionalidade. Opção. Capacidade civil. A Constituição exige, para a opção pela nacionalidade brasileira, a maioridade, sendo que esta pode ser obtida, também, no caso de emancipação. Recurso extraordinário não conhecido." (2ª Turma, rel. para o acórdão Sr. Ministro Bilac Pinto, *in* DJU de 8 de junho de 1973, p. 4.077).

No mesmo sentido também já decidiu a 1ª Turma do Tribunal Federal de Recursos (Remessa ex-officio nº 39.932-RS, rel. Sr. Ministro Jorge Lafayette Guimarães, *in* DJ de 26 de agosto de 1976, p. 6.017: "O menor emancipado, como reconhece a jurisprudência, pode optar pela nacionalidade brasileira", 2ª parte da ementa do acórdão).

— VIII —

No caso presente, o requerente foi emancipado (tornou-se capaz e maior) por concessão da mãe, por ser falecido o pai (fls. 6). A emancipação ocorreu

a vinte e quatro de abril de 1973 (fls. 29), quando o optante já tinha dezoito anos cumpridos, tendo sido feita por escritura pública, devidamente inscrita (fls. 29).

Desta maneira, pode optar pela nacionalidade brasileira, pois já alcançou a maioridade, ao tornar-se capaz (note-se, aliás, que, no caso em exame, o requerente também já alcançou o início da capacidade política, pois completou 18 anos).

Os pressupostos constitucionais para a opção estão verificados.

O requerente nasceu em Portugal, na Freguesia de Tabuaço (certidão de fls. 3 e 14/15), estando pois preenchido o pressuposto 1.

O mesmo acontece com o segundo pressuposto, dado que o requerente é filho de brasileira (certidão de fls. 3, 14/15 e 5).

A residência em território brasileiro, antes de alcançar a maioridade (como foi visto, a emancipação do requerente implicou em sua capacidade e maioridade), está comprovada pelo documento de fls. 7.

Uma vez que alcançou a maioridade em 1973 e, no mesmo ano, manifestou a vontade, optando pela nacionalidade brasileira (fls. 26), o último pressuposto também está preenchido.

— DISPOSITIVO —

Diante disto, *defiro o requerimento* de fls. 26, autorizando a lavratura de termo.

Transitada em julgado esta sentença, expeça-se mandado ao lº Ofício de Registro Civil de Pessoas Naturais desta Cidade.

Com fundamento no § 4º do art. 7º da Lei 818/1949, com redação dada pelo art. 6º da Lei 6.014/1973, submeto esta decisão ao duplo grau de jurisdição. Remetam-se os autos ao Tribunal Federal de Recursos.

Custas da lei.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 1º de julho de 1976.

CARLOS DAVID SANTOS AARÀO REIS
Juiz Federal Substituto da 3ª Vara

JUIZADO DO REGISTRO CIVIL
Comarca da Capital — RJ

TRANSEXUALISMO JURÍDICOS E MÉDICO-LEGAIS DO PROBLEMA — Deferimento do pedido civil de alteração de registro civil do autor, autorizando-o a adotar nome civil feminino, após intervenção cirúrgica modificadora de sua anatomia genital.
(Sentença da Juíza de Direito Conceição Aparecida Mousnier)

Vistos etc.

Trata-se de procedimento de alteração de Registro Civil em que L. R. G. M., brasileiro, solteiro, ator, residente e domiciliado nesta cidade do Rio de Janeiro, sito Avenida Nossa Senhora de Fátima n° 74, ap. 401 — Centro, portador da carteira de identidade sob n° 834.061.237-91, alegando em síntese o abaixo aduzido, para afinal requerer retificação de nome e alteração de sexo, no registro civil.

1 — O requerente desde a mais tenra idade, onze anos, exibia comportamento tipicamente feminino, revelando-se, a sua psique, diametralmente oposta ao sexo com que foi registrado na Circunscrição do Registro Civil.

2 — Há aproximadamente 5 anos, o requerente iniciou na carreira artística, notabilizando-se como mulher, pública e notoriamente, conhecido nacional e internacionalmente pelo nome artístico de R.C.

3 — A contradição vivenciada pelo requerente, estabelecida entre o sexo biológico e o sexo psicológico, fenômeno conhecido na ciência como transexualismo, há longos anos vem lhe acarretando sofrimento e ansiedade, uma vez que jamais se aceitou como homem; o autor, após tratamento psiquiátrico adequado, foi submetido a cirurgia para mudança de sexo, realizada em Londres — Inglaterra em 16.09.89, como faz prova a declaração do cirurgião inglês Dr. James O. Dalrymple (doc. n° 4), devidamente consularizada, buscando com o processo de emasculação alcançar o ajustamento sexual, a dignidade e o equilíbrio interior.

4 — Resta ao requerente obter junto ao Judiciário a regularização e oficialização de um estado fático, causador de grande aflição psicológica ao requerente, por tanto tempo suportando uma dicotomia, exposto a ridículo e humilhação, constrangimentos de toda ordem, toda vez que se

vê obrigado a exibir sua identidade em lugares públicos, cujos dados estão em flagrante contraste com a sua aparência.

5 — Por fim, o requerente trazendo à colação os argumentos expendidos pelo Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito — Marco Antônio Ibrahim — Comarca de Mangaratiba — Estado do Rio de Janeiro — Processo nº 0 2.698/88. alega não haver qualquer lógica em se impedir a retificação de um prenome que à época do registro era considerado normal, mas que após certo tempo, em virtude de determinada circunstância, viesse a se tornar risível, tornando seu portador verdadeiro jogral na sociedade em que vivesse.

6 — Por todo exposto, o autor, finalmente, requer com fulcro no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal combinado com o parágrafo único do artigo 58 e artigo 59, ambos da Lei 6.015/76, seja deferida a mudança de seu nome para Roberta Gambine Moreira, bem como seja retificado seu assento feminino, protestando, ainda, pela apresentação de certidões negativas dos distribuidores cíveis e criminais e juntada de outros documentos, prova testemunhal e pericial, e pela abertura de vista ao ilustre representante do Ministério Público, a fim de que intervenha no feito.

7 — Instruindo a petição exordial vieram os documentos de fls. 05/08, dos quais constam a certidão de nascimento do requerente, declaração do Dr. James O. Dalrymple FRCS — Médico Cirurgião — Urological — 36 Weymouth Street — London — WIN3LR — devidamente autenticado e reconhecido pelo Cônsul-Adjunto brasileiro em Londres — Ronaldo Edgar Detnlop — encarregado do Consulado- Geral; fotos da *Playboy Especial* n° 177-B, Editora Abril.

8 — Às fls. 10 parecer do Ministério Público no sentido de entender não ter atribuição e tampouco sendo competente o Juízo da 4ª Circunscrição do Registro Civil das Pessoas Naturais da Justiça do Estado do Rio de Janeiro, para conhecer e julgar o pedido, devendo declinada a competência para uma das Varas de Família da Capital. Isto porque a petição inicial foi primeiramente distribuída para aquele Juízo supramencionado, sendo que por força do acórdão proferido pela 8ª Câmara Cível do Egrégio Tribunal de Justiça deste Estado, no Agravo de Instrumento n° 1.000/90 interposto pelo Ministério Público, foi o feito redistribuído para esta 8ª Vara de Família — fls. 31.

9 — Despacho de fls. 11 nomeando peritos, facultando indicação de assistentes técnicos e determinando apresentação de honorários, que foi mantido em parte pelo despacho de fls. 41 e verso, este último proferido já por este Juízo da 8ª Vara da Família.

10 — Termo de compromisso dos peritos às fls. 23; esclarecimento

quanto aos honorários às fls. 28; quesitação às fls. 19/21 e 42/46 e verso, respectivamente interpostos pelo interessado e pela Curadoria de Família, requerendo este órgão, ainda, diligências diversas.

11 — Laudo pericial de fls. 51/73, elaborado por equipe médica, integrada pelo Dr. Luís Eduardo C. de Lima — clínico-geral, Dra. Rufa Donath da Rocha — ginecologista e Dr. Luís Fernando de Melo Campos — psiquiatra.

12 — Despacho de fls. 76, designando audiência para oitiva pessoal do autor, sua genitora, bem como determinando o comparecimento dos peritos para os esclarecimentos necessários, e ainda determinando expedição de ofícios ao Conselho Federal de Medicina e ao Instituto de Psiquiatria da UFRJ e à Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do ERJ, despacho este que sofreu complementação às fls. 76.

13 — Ofícios expedidos às fls. 88/89, cujas respostas se encontram acostadas às fls. 92/105, 107 e 109/111.

14 — Ata de audiência às fls. 77/79 e verso na qual foram coligidos os depoimentos pessoais do autor e de sua genitora, com oitiva dos peritos, inclusive, fornecendo declarações esclarecedoras.

15 — Manifestação do Ministério Público às fls. 117/122, oficiando pelo indeferimento do pedido, em consonância com as razões expendidas.

16 — Conclusos os autos proferi despacho de fls. 122, devidamente cumprido às fls. 125/130 (fotografias) e fls. 132/144 — cert. negativas, título eleitoral, etc.

RELATEI. Passo a decidir, articulando em itens a fundamentação, eis que complexa a problemática a ser examinada.

I — *DOS FATOS DO PEDIDO*

I.I — DO TRANSEXUALISMO — DEFINIÇÃO

1 — O bem lançado artigo do Dr. Jean-Claude Nahoum inicia-se com explicações acerca da definição dos termos masculino e feminino:

> "Os costumes sociais, a lei e os dicionários reconhecem a existência de dois sexos. Na grande maioria dos casos o sexo se exibe de tal forma a dispensar definição. A cada sexo, diz-se, corres pondem morfologia somática peculiar, genitália externa, gônadas e gametas específicos, determinadas características psicológicas e de comportamento, posição definida na sociedade.

> Os termos masculino e feminino são considerados opostos no sentido de que os atributos de um deles implicam na obrigatória ausência dos recíprocos. O indivíduo é "homem" ou "mulher" e, ao se caracterizar como uma das duas hipóteses, passa a ter todos os atributos desse sexo, somático, anímicos e de comportamento" ("Determinismo Sexual - Estados Intersexuais", Jean-Claude Nahoum, *Enciclopédia Médica Brasileira - Ginecologia*, vol. II).

2 — No terreno das sexualidades a mitologia greco-romana tem se demonstrado fecunda, nela buscando, a psicanálise, a compreensão das fantasias sexuais primitivas e inconscientes, ora manifestas, ora simbólicas.

Desta forma nos deparamos com o bissexualismo de Apoio (ou Febo), amante ardente tanto das mulheres quanto dos homens; o afastamento do protótipo feminino por parte de Atena (Minerva), a deusa guerreira, sendo seus atributos os instrumentos de luta; a paixão de uma pobre ninfa por Hermafrodita, filho de Mercúrio e Vênus. o que levou aquela a implorar aos deuses a fusão de seus corpos, dando origem a um ser com dois sexos.

3 — De uma maneira simplista, e tomando-se por base o comportamento sexual de eleição, costuma-se dividir os seres da raça humana em dois grandes grupos: os heterossexuais e os homossexuais.

4 — Os heterossexuais, como é do conhecimento de todos, caracterizam-se por uma perfeita adequação entre o sexo físico e psíquico, elegendo para as práticas íntimas pessoas do sexo oposto.

5 — Por seu turno a homossexualidade é traduzida por uma atração impulsiva para indivíduos do mesmo sexo, obtendo os homossexuais nessas relações anormais entre si, resposta e gratificação.

6 — Contudo, a complexidade da nomenclatura médica em relação à atribuição sexual, os processos de seleção para o ato prazeroso e suas múltiplas variantes, nos leva a identificar dois outros fenômenos a saber: a intersexualidade e a transexualidade. que guardam diferenças entre si, e são absolutamente distintos da homossexualidade.

7 — Elucidativa a página de Antônio Chaves sobre o tema:

> "Estabelece Matilde Josefina Sutter Hojda distinção entre o intersexuado e o transexual, possuindo este último perfeita único sexo, respondendo porém, genitália externa e interna de um psicologicamente, aos estímulos de outro".
>
> E prossegue referindo-se aos intersexuados:

"Não sendo a diferenciação sexual suficientemente precisa — sobretudo quando a genitália externa é ambígua — . surge certa dificuldade em definir o sexo da criança quando de seu nascimento, não apenas por parte dos pais. mas até do médico, quando não está habituado a lidar com intersexuados.

O registro da criança como sendo do 'sexo correspondente ao da genitália externa leva a enganos, cuja correção se torna difícil (*Intersexualidade e Transexualidade — Direito à Vida e ao Próprio Corpo*, Editora Revista dos Tribunais, 1986, Antônio Chaves).

8 — O Dr. Roberto Farina (*Transexualismo — Do Homem à Mulher Normal Através dos Estados de Intersexualidade e das informa que nos primórdios das Parafilias*, Novalumar, pág. 23) nos vida intra-uterina não há diferença entre gônada masculina ou feminina. Após algumas semanas a gônada primordial evolui para testículo ou ovário.

"A classificação padrão de indivíduos com intersexualidade obedece à morfologia gonadal. De acordo com essa terminologia, um hermafrodita verdadeiro possui tecido ovariano e testicular.

Um pseudo-hermafrodita masculino possui testículos, mas a genitália externa e às vezes interna assumem aspectos fenotípicos femininos, e um pseudo-hermafrodita feminino possui ovários, o desenvolvimento genital apresenta características masculinas" (*Endocrinologia Ginecológica Clínica e Infertilidade*, Leon Speroff, Roberto H. Glass e Nathan G. Kase. Editora Manole Ltda., 4ª edição, 1991).

9 — Atribui-se a Cauldewell o emprego da expressão latina *pychapathia transexualis*, em 1949, quando se dedicou ao estudo do estado psiquico do indivíduo cuja meta de vida é a mudança de sexo.

A expressão mais tarde viria a ser empregada em 1953. por Harry Benjamin, utilizada em sua obra notabilizante *The Transexual Phenomenon.*

Em 1976 a *Revue Trimestrielle de Droit Civil* publicou a tese minuciosa de Jacqueline Petit denominada ''L'Ambiguité du Droit Face du Syndrome Transsexuel". na qual é citado o renomado caso do ex-soldado George Jorgensen, que após a cirurgia da ablação adotou o nome de Christian Hamburger.

10 — A valiosa matéria sobre a questão do transexualismo da autoria do Professor Doutor Holdemar Oliveira de Menezes, citada no relatório do IV Congresso Brasileiro de Medicina Legal, assim preleciona:

"O transexual de alta intensidade se constitui por indivíduos d*e total inversão psicossexual*, que vive como mulher, desejando intensamente e urgentemente a mudança do sexo..." (Processo - Consulta CFM — nu 0617/90 — Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais — grifos nossos).

11 — Publicado na *Revista Brasileira de Medicina* – volume 33/1976. encontra-se excelente monografia sobre a matéria, de cuja leitura se depreende detestar, o transexual, ser confundido com os homossexuais, inclusive a estes repudiando para o seu relacionamento afetivo.

12 — A Associação Paulista de Medicina conceitua o transexual como sendo o indivíduo com identificação psicossexual oposta aos seus órgãos genitais externos com o *desejo compulsivo* de mudança dos mesmos.

13 — Ainda sobre a transexualidade pronunciou-se o Dr. Claremesso Machado, *in verbis*:

"O problema de transexualidade reside na não aceitação de identidade sexual, na busca desesperada pela transformação sexual pela ação cirúrgica ou obtida por hormônios; na procura incansável pela harmonia entre o sexo psicossexual e a atividade sexual desejada, como se pertencesse ao sexo oposto" (Processo-Consulta CFM nº 0617/90 — Conselho Regional de Medicina do Estado de Minas Gerais).

14 — A Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do Estado do Rio de Janeiro, em esclarecimentos prestados ao Juízo, acostados às fls. 109/111 dos autos, mencionando os diferentes prismas pelos quais deve ser considerado o sexo, nos fala da cisão entre o sexo morfológico e o psicológico, explicitando:

"...Quando o sexo cromossômico, gonádico, a genitália e o sexo do registro civil são todos harmônicos, isto é, com todas as características de determinado sexo, mas o sexo psíquico, ou seja aquele que o indivíduo atribui a si mesmo, é do sexo oposto, caracteriza-se o transexualismo.

O transexualismo é, portanto, a *mais importante alteração na harmonia dos diversos segmentos que caracterizam o sexo em toda a sua amplitude. O transexual é como se fosse a alma de homem aprisionada num corpo de mulher ou a alma de uma mulher aprisionada num corpo de homem"* (Dr. Hildoberto C. de Oliveira — presidente da Sociedade de Ginecologia e Obstetrícia do Estado do Rio de Janeiro — grifos nossos).

15 — O abalizado laudo compila preleções doutrinárias de festejados *experts* estrangeiros, enfatizando o enfoque dado pela psiquiatria moderna à matéria versada, estabelecendo preliminarmente a diferenciação clínica entre o transexualismo, o homossexualismo e o transvestismo (fls. 53/73).

Segundo se pode deduzir da peça técnica, caracteriza-se o travesti por um comportamento fetichista, com o uso de roupa cruzada, em uma alternância de papéis masculinos e femininos, levando vida dupla, manifestando tolerância em relação a ambos os comportamentos.

16 — Reconhecendo-se como homem ou mulher, em consonância com os seus órgãos sexuais, o travesti não apresenta o desejo compulsivo de reversão sexual detectado no transexual.

17 — Os homossexuais, por seu turno, convivem bem com o próprio sexo e estão conscientes de a ele pertencerem, embora tenham manifesta preferência pelas relações sexuais do mesmo sexo.

18 — Em geral o travesti é homossexual, mas nem todo homossexual é travesti. Alguns cultivam atributos eminentemente masculinos, tais como vestuário, barba e outros costumes que lhes confiram aparência máscula, embora outros, denominados homossexuais efeminados, além de sua preferência pelo coito anal, podem revelar uma tendência ao transvestismo, quando então cultuam uma aparência bizarra, excêntrica, parodiando grotescamente as mulheres, sem contudo nutrirem interesse em se parecer com uma mulher normal.

19 — Em contraste, o transexual é essencialmente fêmea, embora o sexo biológico seja de um macho. Ele não tem prazer sexual real proveniente de seu pênis, e não detém o sentido de masculinidade por saber que o mesmo é parte integrante do seu corpo. *Enquanto a genitália do homossexual é órgão de prazer, no transexual é motivo de profundo desconforto e repulsa. Enquanto os homossexuais possam ser efeminados, os transexuais são femininos.*

20 — Citando Dagner, a peça técnica aduz elucidações valiosas para a compreensão do fenômeno:

> "Dagner (1977) *entende o transexualismo feminino como a condição clínica em que se encontra um indivíduo ou biologicamente normal*, antes de tudo do ponto de vista sexual (portanto sem qualquer alteração do sexo cromossomial ou genético, do sexo cromatínico, citológico ou nuclear, do sexo gonadal ou hormonal e do sexo germinal, do sexo tenotípico. somático ou corporal, com características secundárias bem

ou mais ou menos desenvolvidas), *que, segundo sua história pessoal clínica e segundo exame psiquiátrico, apresenta sexo psicológico incompatível com a natureza de seu sexo somático*. ... Por este motivo *vive constantemente atormentado pela idéia e pelo desejo de se submeter às intervenções cirúrgicas plásticas e ao uso de substâncias hormonais, com a finalidade de transformar sua estrutura anatômica sexual, tanto quanto possível, dando a ela características do sexo oposto*" (grifos nossos — fls. 67 dos autos).

21 — Prosseguindo nas citações a Dagner, acrescenta o laudo:

"... o transexual vivência sua genitália de maneira *irrelevante e geralmente com um colorido desprazeroso, ou mesmo aversivo, tanto do ponto de vista de sua conformação anatômica quanto de sua funcionalidade.*

Num grande número de casos, *não são experimentadas a excitação prazerosa ao nível da genitália, nem a ereção por automanipulação, nem nas relações sexuais*. Este tópico, na opinião de muitos autores, diferencia nitidamente o transexual de todos os tipos homossexuais para os quais a genitália desempenharia um papel importante na obtenção do prazer" (grifos nossos — fls. 68); e por esta razão *só o transexual à elegível para a cirurgia*.

22 — Dado capital mencionado na peça técnica é o fato do transexualismo ser classificado no DSM-III-R (*Diagnostic and Sta tistical Manual for Mental Disorders*), documento que no momento constitui a classificação mais utilizada em todo o mundo, entre as desordens da identidade de gênero, cuja característica essencial é uma incongruência entre o *assigned sex*, isto é, o sexo que figura na certidão de nascimento, e a identidade psíquica de gênero.

23 — Segundo DSM-III-R. a identidade de gênero é definida na infância ou na adolescência, esclarecendo o texto classificatório que algumas formas de distúrbio de gênero podem ser discretas, enquanto outras distribuem-se em um *continuum*, como no transexual, quando a pessoa padece de um profundo e irreversível desconforto com o sexo atribuído, possuindo a convicção íntima de pertencer ao sexo oposto.

24 — Aracy Klabin, enfocando o transexualismo, nos fala da evolução dessa tendência, passível de se instalar ainda no útero materno:

"A maior parte dos especialistas em identidade sexual concorda que a condição de transexual se estabelece antes da criança ter capacidade de discernimento, provavelmente nos primeiros dois anos de vida, afirmando alguns que isso pode ocorrer até mais cedo, antes do nascimento, durante o período fetal" ("Transexualismo ", Aracy Klabin, *in Revista de Direito Civil*, nº 17, pág. 28).

25 — Especialistas europeus, como Dagner, Stoller e Money, adotam a concepção que prevalece no DSM-III-R, distinguindo a síndrome transexual de outras desordens do gênero. Na opinião de Dagner, por exemplo, a condição *sine qua non* para a delimitação do conceito, é tratar-se, o indivíduo transexual, de pessoa em pleno estado de lucidez, com nível intelectual dentro da média da normalidade e sem exemplificativamente, a idéia esquizofrênica delirante de metamorfose sexual, mostrando-se perfeilamente capaz e seguro na apreensão, discernimento e julgamento dos fatos ligados a sua realidade externa.

26 — Outro aspecto que detém a concordância da literatura médica consultada, em razão da experiência vivenciada em diversos países, é a inutilidade do tratamento psicoterápico, sem resposta benéfica, em nada alterando o estado mental do transexual adulto.

27 — Nesse sentido, Stoller (1968), após comparar e criticar as diversas abordagens psicanalíticas, bem como os resultados a que chegaram, conclui que as diferentes técnicas terapêuticas são de pouca valia para o transexual:

"*... Na medida em que nenhum tipo de terapia tem demonstrado a possibilidade de mudar a orientação sexual de um transexual adulto*, a questão se coloca em um tipo de terapia que o auxilie a lidar, tanto com a perspectiva da cirurgia, quanto modificações que esta estabelecerá" (fls. 64 e 65 do parecer médico — grifos nossos).

28 — Do mesmo entendimento o médico brasileiro, professor da Faculdade de Medicina da Universidade de São Paulo, Hilário Veiga de Carvalho:

"Demais não será lembrar que a ciência médica, e especialmente sexológica, *identificou essa síndrome como se instalando nos estágios mais precoces do desenvolvimento da pessoa;* e, assim sendo, *é de caráter irreversível*, de molde a tornar baldados todos os esforços terapêuticos, sendo indicado como tratamento único eficaz aquele em que se procura compatibilizar o antagonismo entre a estrutura morfofisiológica e a

conformação mental. E essa única forma de tratamento é a via cirúrgica, à qual não se neces sita acrescentar adjetivações *como "estética" ou "restauradora*" etc.; trata-se de uma técnica cirúrgica única, que, através das possibilidades, atende às exigências constantes da referida síndrome (grifos nossos — "Transexualismo — Diagnóstico — Conduta médica a ser adotada", RT 545, pág. 297).

29 — Finalmente esboçado um pequeno leque de opiniões especializadas sobre a problemática em epígrafe, merecem ser destacados alguns tópicos clínicos de grande significação no diagnóstico do transexualismo cuja compreensão, em particular, nos preocupa no momento presente e que são encontradiços nos diversos autores citados:

a) normalidade biológica do sexo natural;

b) lucidez plena e ausência de distúrbios psíquicos;

c) convicção íntima de pertencer ao sexo oposto, desde a primeira infância;

d) incompatibilidade entre o sexo morfológico e o psíquico, com conseqüente aversão, em maior ou menor grau, aos órgãos genitais externos;

e) negação da homossexualidade;

f) identificação com o papel sexual feminino;

g) desejo compulsivo de reversão sexual, como meta de vida;

h) curso clínico incessante;

i) refratariedade às técnicas psicoterápicas.

II — *DO CONSTRANGIMENTO SOFRIDO PELO AUTOR*

O autor tendo buscado na emasculação parte da solução para o seu drama existencial, refere-se ao real sofrimento vivenciado no dia-a-dia, por não possuir uma identidade civil que o referencie frente a seus semelhantes e à sociedade, exposto a situações vexatórias e inesperadas, a reações anímicas de terceiros, agigantando-se os seus sentimentos de decepção e tristeza, mormente por se tratar de um artista, empreendendo frequentes viagens nacionais e internacionais, ocasiões em que tem de exibir os seus documentos em desacordo com a sua aparência e psique.

III — *DA CIRURGIA DE REATRIBUIÇÃO SEXUAL*

1 — O requerente submeteu-se a uma cirurgia de reatribuição sexual, visando compatibilizar a sua estrutura morfofisiológica com a sua

conformação mental feminina e alguns demais componentes corpóreos, também deste sexo.

A prática cirúrgica realizada dentro do rigor científico reduziu a tensão provocada pela percepção cotidiana da incongruência entre um psiquismo inarredavelmente feminino e a genitália original. A ablação dos genitais externos de tipo masculino e a plástica de uma neovagina, garantiu ao paciente a realização de relações sexuais compatíveis com o seu perfil psicológico, em conformidade com o asseverado pelo laudo às fls. 54 *in fine*.

2 — Previamente submetido a um diagnóstico interdisciplinar, consoante exige a caracterização da síndrome transexual, o paciente recebeu a investigação e apoio psicoterápico necessário, o que indicou a elegibilidade da cirurgia de conversão sexual.

IV — *DOS ASPECTOS MÉDICOS E LEGAIS*

1 — O caráter ilícito ou lícito do procedimento cirúrgico para reatribuição de sexo é temário de acirradas controvérsias, estando distante a pacificação do enfoque etico-jurídico da entidade transexual.

2 — Conquanto não seja tal aspecto da questão o objeto imediato da presente ação, apresentando-se consumado o procedimento de ablação do falo, torna-se indispensável a compreensão do dissenso doutrinário, tratando-se a cirurgia, como se vê, de causa próxima na qual se lastreia a pretensão deduzida em Juízo.

3 — A história registra a admissão da castração e de esterilização em diversas regiões do planeta, por razões que favoreçam o aperfeiçoamento da reprodução humana, em pacientes portadores de doenças incuráveis, degenerativas e transmissíveis. Na atualidade a matéria ganha nova dimensão despertando interesse em decorrência da mudança artificial de sexo, permitida pelo avanço de tecnicidade médica.

4 — O Conselho Regional de Medicina esposa posição contrária à cirurgia de conversão de sexo, considerando-a ilícita e mutiladora, por infringência ao C. Penal e ao Código de Ética Médica, exteriorizando sua opinião ao aprovar o Parecer CFM nº 26/75 da lavra do Conselheiro Clarinesso Machado Arcuri.

5 — A orientação do CFM, todavia, não reflete a unanimidade dos entendimentos conhecidos acerca da validade da correção cirúrgica, sendo extensa a fileira em contrário.

6 — Entidades nacionais e internacionais, *experts pátrios* e estrangeiros, apontam a cirurgia de reversão sexual como terapêutica, e o único

tratamento eficaz nos casos da síndrome transexual, conforme, a exemplo, na síntese abaixo:

"...Já ficou delineado, e agora necessita ser reafirmado, que, no caso vertente, tudo foi feito com escrupulosa minúcia e severa obediência ao mais alto padrão ético e científico. O Código de Ética Médica, vigente no País, não torna irrito o que vim afirmar. Diz o art. 32 do referido código que "não é permitido ao médico indicar ou executar terapêutica ou intervenção cirúrgica desnecessária ou proibida pela legislação do País ". Ora, bem manifesta se ofereceu a indicação terapêutica (no caso, cirúrgica) como necessária à paciente; mais do que necessária: a única a adotar, face do conhecimento científico mais atualizado sobre em matéria.

Nenhuma intervenção cirúrgica é proibida pela legislação do País, desde que seja escudada em conhecimento científico bem definido dentro da arte médica. No caso de ablação de genitais externos (porque sejam tais), ela se impõe se uma patologia tumoral, p. ex., neles se assesta. Assim, não é este ou aquele órgão que dita a proibição (a não ser os de absoluta necessidade para a manutenção da vida); a proibição é existente para os métodos não aceitos, ou mesmo repelidos pela ciência médica. Necessária era a intervenção, pelo consenso unânime dos clínicos que estudaram o caso em tela.

Atenderam eles, certamente, *ao conceito atual de saúde, que não cogita da caracterização de doenças, estas ou aquelas, mas, sim do bem-estar físico, psíquico ou social do paciente em exame. Este conceito moderno da Organização Mundial de Saúde rege a conduta hodierna da Medicina em face do que se entende como doença"* (os grifos, na última parte do texto, são nossos — "Transexualismo", Dr. Hilário Veiga de Carvalho, *RT* n° 545).

"Ora como tal tratamento (técnicas psicoterapêuticas) falha sistematicamente, nesses casos, não nos resta outra solução senão seguir o caminho inverso, isto é, adaptar o corpo à sua mente feminina, que é inarredável, irreversível e inabalável. Isto só pode ser conseguido através da cirurgia" (Dr. Roberto Farina, cirurgião plástico de renome internacional).

"Stöller (1968) ressalta o fato de haver evidências suficientes na literatura médica para indicar que a cirurgia de reversão sexual pode

trazer benefícios, na medida em que diminui a incongruência entre a identidade de gênero e a estrutura corporal" (laudo técnico — fls. 65 dos autos, *in fine* — grifos nossos).

7 — O Conselho Médico de Brabant, Bélgica, é pela admissibilidade das opeações de emasculação e criação de neovagina, revelando-se o ato cirúrgico como um problema terapêutico e não deontológico.

8 — Não é de natureza diversa os argumentos adotados pelo Tribunal Correcional de Bruxelas, deixando de recriminar médicos que realizam a operação transexual, admitindo a necessidade psicológica da intervenção.

Em tese existe autorização legal para o médico realizar a agressão à integridade física da pessoa, desde que o rito cirúrgico esteja acobertado pela finalidade terapêutica, não sendo admissível, *a priori* e *in abstracto*, afastar tal finalidade.

9 — Os Estados Unidos e muitos países europeus optaram pela cirurgia, uma vez detectado que os tratamentos hormonal e psicanalítico não têm colhido resultados profícuos, em nada alterando o psique transexual.

10 — Publicações do "Justits Ministerictis" — *Bekendtgreese Sterilisation of Kastration* nº 98 af 12 marts — 1976, indicam que na Holanda, Suécia, Dinamarca e Inglaterra, a operação de redeterminação de sexo e o acompanhamento psicoanalítico são totalmente gratuitos.

11 — O espírito lúcido de Heleno Cláudio Fragoso fez, de sua voz, uma das primeiras a se levantar no cenário nacional a favor da descriminalização da cirurgia para mudança de sexo em resposta dada consulta a ele formulada, pertinente à ação penal transitada perante a 17ª Vara Criminal de São Paulo, movida contra o médico Dr. Roberto na Farina, cirurgião plástico, como incurso no crime previsto no artigo 129, § 2º , inciso II, do Código Penal, em razão de operação para mudança de sexo realizada em um transexual.

12 — No lapidar parecer, o ilustre penalista, antes de abordar o da problemática jurídica, acerca do caráter lícito ou ilícito do procedimento operatório, traz à colação copiosa literatura médica sobre o transexualismo, unânime em testemunhar a ineficácia do tratamento psicoterápico, porque o paciente o rejeita, concluindo o parecerista ser a cirurgia reabilitadora o único caminho indicado.

13 — H.C. Fragoso menciona os estudos de Douglas K. Smith ("Transexualism, Sex Reassignment Surgery, And The Law"), publicado na *Cornell Law Review*, vol. 56:963, 1971, trabalho de ampla revisão da opinião médica, no qual a intervenção cirúrgica aparece como solução

indicada para os pacientes transexuais, após dilargado exame e investigação interdisciplinar.

14 — Citando a experiência de Benjamin e Ihlenfeid ("Transexualism", *American Journal of Nursing*, vol. 73. nº 3, 197, 461) transcreve Fragoso a enfática afirmação dos especialistas, *in verbis*:

> "For the adult transexual, surgical sex reassignment is the final and confirming step in treatment".

15 — Prosseguindo, destaca as conclusões de Douglas Smith, que após extensa análise de resultados obtidos em suas pesquisas, pondera:

> "As declarações desses médicos atuantes e experimentados nesse campo deveríam pelo menos colocar um pesado ônus da prova, nos que dizem que a cirurgia não é terapêutica".

16 — Após tais incursões na doutrina médica especializada. H. Cláudio Fragoso adentra no enfoque legal, enfrentando com peculiar serenidade e precisão a esfera jurídica. O eminente jurista exclui a antijuridicidade nas práticas dessa natureza, que se legitimam à luz dos pressupostos caracterizadores do exercício regular de direito.

17 — Discorrendo sobre os pressupostos do exercício regular de direito, na intervenção cirúrgica, explana Fragoso:

> "... Esses pressupostos (do exercício regular de direito na intervenção cirúrgica) são dois.
> O primeiro é o consentimento; o segundo é o interesse ou recomendação médica.
> Assim, Vassali (ob. cit., pág. 51): "O critério primário é o consentimento". No mesmo sentido, com indicação de bibliografia, Maggiore, Diritto Penale. Bolonha, Zanichele, 1949, 334, Bettiol, Diritto Penale. Pádua. Cedan. 1976. 322.
> Muitos entendem que o consentimento opera, nesta hipótese, como causa autônoma de exclusão de ilicitude, proclamando a disponibilidade de integridade corporal, se não há ofensa ao que se convencionou chamar de moral e bons costumes. Assim, Bettiol (ob. cit., pág. 306):
> "Quando, invece, soggeto passivo dei presunto delitto di lesione è anche il soggeto che esprime il consenso, nessum limite legale dovrebbe suscitare alia libera disponibilità dei proprio corpo".
> O CP alemão (§ 226 *a*) expressamente exclui, pelo consentimento, a ilicitude da lesão corporal. O consentimento é expressamente previsto na legislação argentina como condicionamento de legitimidade de

intervenção curativa (cl. José Severo Caballero, "El Consentimiento del Ofendido". *Cuadernos de los Institutos,* n° 93, Univ. Nac. de Córdoba (1967), 107.

O segundo pressuposto é constituído pelo critério de recomendação médica ou do interesse curativo ou reparador. Costumava-se falar aqui em *necessidade*, mas é obvio, diante da cirurgia plástica, que necessidade nesta matéria tem de ser entendida como recomendação ou interesse médico, que abrange também a cirurgia reparadora de deformidades e, inclusive, a cirurgia estética. Neste sentido é que Paul Lombard (*Le Médecin devant ses Juges*, Paris, Robert Laffont, 1973, 129) se refere a "inlérêt médical".

No caso em exame estão presentes os pressupostos do consentimento e da recomendação médica. A prova quanto a esta última é uniforme, médica e autorizada. Os juristas não têm competência para discuti-la e não a podem pôr em dúvida, particularmente se não há controvérsia. Eminentes professores de Medicina Legal, como Arnoudo Ganger Rodrigues e Hilário Veiga de Carvalho avalizam a opinião comum, declarando que a cirurgia foi terapêutica" — Parecer de Heleno Cláudio Fragoso, publicado na *Revista de Direito* nº 25. págs. 25 e segs.).

18 — O insigne Juiz Djalma Lofrano, funcionando em grau de recurso na ação penal que deu margem ao parecer de Heleno Fragoso, transcrito acima em boa parte, comungava com a opinião do professor de Direito Penal, reconhecendo que o médico havia sido impelido por propósitos curativos, no exercício regular de sua profissão:

"A suposta vítima, de homem só possuía os órgãos extirpados, inúteis à sua destinação específica e que, no seu caso, de características psicossomáticas predominantemente femininas, facilmente perceptíveis desde a primeira infância, constituíam nota de repulsa, de obsessiva inconformidade. A não ser esta verdadeira deformidade, só lhe faltariam, para ser mulher, os órgãos reprodutores internos. Não se tratava de homossexual, de homem com tendência ao feminismo, em conseqüência do seu meio ambiente, de defeitos de educação, de problemas de ordem ental ou de deformação de natureza moral. Era um transexual. A cirurgia realizada pelo Dr. Roberto Farina não significava tão-somente mudança de sexo, mas recondução por motivos eminentemente terapêuticos e corretivos, ao sexo organicamente preponderante e psiquicamente exclusivo sem a menor nota de ambivalência" (Declaração de voto vencedor — Apelação n° 201.999, São Paulo).

19 — Exsurge, como se observa, das fontes citadas dois primados de capital importância autorizadores da operação de conversão sexual: o perfil terapêutico e o consentimento do paciente transexual, além da indagação nodal: poderia a espécie humana dispor livremente do corpo físico, sem limitação alguma?

20 — Escrevendo sobre as diversas teorias do consentimento, Cunha Gonçalves tomando por base o Direito português sustenta um amplo direito ao próprio corpo, excetuando-se os casos de suicídio e aborto, ‘‘quando na realidade não se exerce um direito sobre o próprio”, e sim um crime contra este, contra a sociedade e a moral.

21 — É interessante captar a linha de raciocínio do tratadista ao discorrer sobre as manifestações da personalidade, neste aspecto inserido o direito de disposição sobre a própria pessoa:

> “É inegável que o homem pode exercer direitos sobre a sua pessoa, não só nos atos de vida quotidiana (cortar o cabelo e as unhas), fazer a barba, fumar, medicar-se ou sujeitar-se a operações cirúrgicas etc.), impostas pelas regras do asseio, da moda, da convivência social, ou da comodidade ou *saúde pessoal*, mas também nos atos extraordinários, tais como: ceder o sangue para uma pessoa doente; atirar-se à água ou no meio das chamas para salvar uma vida alheia; *sujeitar-se à experiência de novas terapêuticas*, ou legar o cadáver ao teatro anatômico, ou olhos a uma clínica oftalmológica ou uma das vísceras a uma cidade, como fez D. Pedro IV, alistar-se voluntariamente para uma guerra, mesmo em país estrangeiro, contratar-se para arriscados serviços desportivos nos circos ou nas barras de saltimbancos, sujeitando-perigosas provas como faquir, jejuador ou atleta. Todos essesse a atos são direitos sobre o próprio corpo, com eles não se lesam direitos alheios, nem ofendem os superiores princípios de conservação e utilidade social, da moral pública ou dos interesses do Estado” (*Tratado de Direito Civil*, vol. I. tomo 1, Luiz da Cunha Gonçalves, 1955, 2ª edição — grifos nossos).

22 — No rol meramente exemplificative dos atos extraordinários, o civilista por certo não incluiu a possibilidade de submeter-se a operação de redeterminação de sexo, face ao desconhecimento da matéria à época, até mesmo pelo setor médico. Outrossim nesse rol indicava desde então condutas informadas pela finalidade terapêutica.

23 — Roberto di Ruggiero, na mesma linha de raciocínio, filiando-se a Windscheid, proclama a existência de um direito irrestrito sobre o próprio corpo, admitindo inclusive a comercialização de suas partes integrantes (*in*

Instituições de Direito Civil, volume I).

24 — Antes do advento da Lei 5.479, de 10.08.68, o corpo era tratado como um bem indisponível. Importante colaboração para a elucidação da questão traz o jurista Sérgio Ferraz, que sem sustentar um irrestrito direito ao próprio corpo, sustenta a admissibilidade da cirurgia, amparando-a na exegese do artigo 18 da Lei 5.479, de 10.08.68, *in verbis*:

> "Quando o art. 10 da Lei 5.479 de 10.08.68 admite a retirada de órgãos e parles do próprio corpo, para fins terapêuticos, por certo não há qualquer motivo para entender-se extraída do comando legal a terapia psíquica que exija a realização da integridade sexual" (*Manipulações Biológicas e Princípios Constitucionais: Uma introdução*, Porto Alegre, Sérgio Antônio Frabis, Editor, 1991 — grifos nossos).

25 — Sinalizando a evolução a Corte Constitucional alemã registra decisão datada de 11.10.1978, rejeitando a conotação de ser o processo de redeterminação sexual imoral, contrário aos bons costumes, uma vez que adequando a genitália externa ao psiquismo do indivíduo, coíbe desvantagens espirituais e físicas.

26 — Tratando-se o transexualismo de um desdobramento da personalidade, um drama existencial, as constantes e reiteradas solicitações formuladas pelos transexuais de todas as nacionalidades, com pleno nível de conscientização de sua cisão entre a personalidade psíquica e o sexo ditado pelo nascimento, reveste-se da conotação de pedido de ajuda.

27 — A compreensão acerca da extrema seriedade do problema tem logrado obter considerável parcela de pronunciamentos favoráveis por parte dos tribunais de Ética Médica.

28 — A larga experiência levada a termo em diversos países demonstra não responder o transexual ao tratamento hormonal e psicoanalítico, improfícuos, em nada modificando o determinismo mental do paciente, que considera sua genitália um anátema.

29 — A copiosa literatura médica vivenciada é unânime em positivar os resultados de harmonização da personalidade após a reversão sexual, considerando primordialmente a ótica subjetiva do transexual em razão de sua singularidade.

30 — Os ventos do pensamento universal sopram no sentido de não ser mutiladora toda e qualquer cirurgia agressora da integridade física, e via de conseqüência, embora não seja permitido ao homem uma disposição irrestrita do seu veículo físico, é livre no seu exercício sempre que a finalidade se revestir de cunho terapêutico, aqui se enquadrando a terapia

de reatribuição de sexo, visando a saúde mental do reatribuído.

31— As diversas vertentes do pensamento multidisciplinar recomendam o abandono de posições ortodoxas, possibilitando uma perspectiva real, pari passu com os acontecimentos e não à margem deles.

V — *DOS FUNDAMENTOS DE DIREITO*

1 — Urge no aspecto processual indagar se concorrem na presente ação as condições ao exercício legítimo do direito de agir, segundo a sistemática processual do direito brasileiro: a legitimação para a causa, o interesse processual e a possibilidade jurídica do pedido.

2 — Afigura-nos inquestionável no caso em tela, a *legitimatio ad causam* do autor, tendo em vista cuidar-se de transexual, assim definido após acurada investigação por junta médica, e após esta eleição submetido a procedimento cirúrgico de emasculação, singularidade psicofísica exclusiva e diferenciadora de outras desordens de gênero, capacitando-se desta forma o requerente a provocar a tutela jurisdicional.

3 — Manifesto, por seu turno, o interesse do autor na obtenção do pronunciamento jurisdicional acerca de sua necessidade primária e material (de ordem psicológica, moral e espiritual) em ver harmonizadas as suas identidades psicológica, física e civil.

4 — O exame da possibilidade jurídica do pedido inaugural, deduzido no sentido de se obter a retificação de nome e alteração de sexo, todavia, demanda apreciação de maior profundidade reflexiva. Se de relativa simplicidade o trato da pretensão de retificação do prenome, à luz do direito objetivo brasileiro vigente, o mesmo não se põe quanto ao segundo objeto do pedido: alteração de sexo no Registro Civil, mudança de estado, tema de alta relevância.

V.I — *DA RETIFICAÇÃO DO NOME*

1 — Washington de Barros Monteiro, respeitável professor e jurista do cenário pátrio, conceitua o nome como "um dos mais importantes atributos da pessoa natural, ao lado da capacidade civil e do estado " (*Curso de Direito Civil* — Parte Geral, Saraiva, 23ª edição, pág. 86).

2 — Josserand, a propósito, nos dá sugestiva definição reputando ser o nome "como uma etiqueta colocada sobre cada um de nós, ela nos dá a clava da pessoa por inteiro" (*Coins de Droit Civil Positif Français*, 1932, 1º vol.).

3 — O princípio legal adotado pela Lei de Registros Públicos, 6.013,

de 31.12.73. da imutabilidade do prenome, não é inflexível, comportando as exceções atinentes a correção de erros gráficos ou casos passíveis de submeter o portador à irrisão, *ex vi* dos artigos 55 e 58 e seus respectivos parágrafos únicos. A jurisprudência e a doutrina têm sido férteis em admitir retificações ou alterações do prenome quando suscetível de expor ao ridículo seu portador. É possível incluir o sofrimento residual de um transexual submetido a cirurgia de conversão, ao se ver identificado por apelidos masculinos, fonte de situações constrangedoras prejudiciais à vida do indivíduo.

Tais circunstâncias motivam o desejo de retificação do nome, que, em tese, pode encontrar amparo legal no parágrafo único do art. 58 da LRP.

V.II — *DA ALTERAÇÃO DE ESTADO*

1 — Tal pretensão, *a priori*, não encontra previsão no ordenamento jurídico nacional, o que traz à baila a discussão acerca da plenitude do ordenamento jurídico em contraposição â existência de lacuna na lei.

É acirrado o debate doutrinário travado nesta questão, alguns se propugnando pela impossibilidade jurídica do pedido, quando este não encontrar amparo no ordenamento jurídico. Outros asseveram que o essencial é não conter o ordenamento jurídico proibição ao exercício daquela pretensão, posto que no caso de omissão no direito positivo, o Juiz não se furtará ao adentramento no mérito, reportando-se o julgador aos costumes, à analogia e aos princípios gerais de direito.

2 — Nesse sentido a lição de Muniz de Aragão, *in verbis*:

> "... Sendo a ação o direito público subjetivo de obter a prestação jurisdicional, o essencial é que o ordenamento jurídico não contenha uma proibição ao seu exercício; aí, sim, faltará a possibilidade jurídica. Se o caso for de ausência de um preceito que ampare, em abstrato, o pronunciamento pleiteado pelo autor, ainda não se estará, verdadeiramente, em face da impossibilidade jurídica" (*Comentários do CP Civil* — volume II, Forense, 3ª edição, E. D. Muniz de Aragão).

3 — E enfocando o papel do Juiz na entrega da prestação jurisdicional, comenta:

> "Apesar das intermináveis disputas doutrinárias em torno do assunto, o certo é que o Juiz faz papel de legislador toda vez em que depara

com a ausência de norma legislada. Por maior que seja o empenho dos defensores da corrente oposta, o envio do Juiz aos costumes, à analogia e aos princípios gerais de direito nada mais é do que a recomendação que procede como, em idêntica situação, faria o próprio legislador, que se vale das necessárias fontes, pois as leis não são obras de invenção" (ob. cit., fls. 517/518).

4 — Deflui dos ensinamentos acima que o conceito de possibilidade jurídica do pedido não está atrelado à existência de uma norma expressa, específica, estando o Juiz adstrito ao seu conhecimento, mesmo em face dessa ausência no ordenamento legal.

VI - *O DIREITO, A JUSTIÇA E O JULGADOR*

1 — Embora o Direito brasileiro não consagre o sistema do *judge-made-law*, não ignora por outro lado o aspecto criativo de que se reveste a função judicante. Desde as Ordenações Manuelinas e Filipinas, o sistema jurídico nacional já considerava a possibilidade de brechas no ordenamento jurídico e a autorização para o Juiz recorrer a outros subsídios.

2 — Não se trata aqui de avocar o primado ultraliberal, como o adotado pela legislação suíça, que contém princípio autorizador para que o Juiz aplique regras, como se legislador fosse.

Trata-se, isto sim, de cumprir com o dever, como órgão do Poder Judiciário, compondo a lide *sub judice*, sendo o intermediário entre o direito e os casos concretos, em conformidade com o que reza o artigo 126 do diploma civil adjetivo, *in verbis*:

"O juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacunas ou obscuridades de lei. No julgamento da lide caber-lhe-á aplicar normas legais; não as havendo recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito".

3 — Lacerda de Almeida atribuiu "pernas curtas" ao legislador, em face da sua impossibilidade em descer ao casuísmo e prever as hipóteses que a realidade multifacetada apresenta.

4 — Abordando com acuidade a superação das leis. Por fenômenos imprevisíveis, Carlos Maximiliano assim discorre:

"Transformam-se as situações, interesses e negócios que o Código teve em mira regular, *surgem fenômenos imprevistos, espalham-se novas idéias, a técnica revela coisas, cuja existência ninguém poderia*

presumir quando o texto de lei foi elaborado. Nem por isso se deve censurar o legislador.

A letra permanece, apenas o sentido se adapta às mudanças que a evolução opera na vida social" (grifos nossos — *Hermenêutica*, pág. 19, ed. 1935).

5 — O próprio legislador atormentado pelo dinamismo das relações humanas cuja espiral progressiva vem percebendo, tem procurado em vários quadrantes da legislação imprimir normatividade mais flexível, capaz de adaptar-se às rápidas mutações, para tal objetivo empregando comandos cada vez mais abstratos e gerais, verdadeiros *standard* jurídicos, evitando desta forma ficar muito aquém da vida social, incapaz de intuir e sistematizar o futuro bem próximo.

Tal sistemática de elaboração legislativa acentua a tarefa de interpretação do Direito a ser executada pelo órgão jurisdicional, avocando os recursos subsidiários de aplicação da lei, individualizando-a a cada caso concreto que lhe é apresentado, com os olhos voltados ao conhecimento da vida, sob todos os aspectos.

6 — A genialidade de José Carlos Barbosa Moreira nos esclarece quanto a esta flexibilidade adotada pela tomada de consciência do legislador:

"Para não enrijecer de modo exagerado a disciplina das relações sociais, dificultando a sua indispensável adaptação às mutáveis condições econômicas, políticas, culturais, cujo incessante dinamismo caracteriza as sociedades contemporâneas, *abstém-se o legislador de descer a minúcias na configuração de hipóteses de incidência, limitando-se a inserir na norma legal alguns dados genéricos ou elementos de referência, que compõem um "quadro" a ser preenchido pelo aplicador da lei, mediante a utilização de padrões variáveis de acordo com as concepções dominantes no ambiente histórico e social*" (*Temas de Direito Processual*, 1977, Saraiva - grifos nossos).

7 — As normas constitucionais que segundo García Pelayo conceituam-se como "um processo de racionalização e planificação da vida estatal", encarnam, em razão de sua natureza intrínseca, essa tendência de abstração e generalidade.

Os constitucionalistas apontam dois critérios para distinguir a norma constitucional: pela matéria e pela forma.

As normas constitucionais materiais, consideradas constitucionais *stricto sensu*, referem-se à estrutura e organização do Estado, bem como ao exercício dos direitos políticos e individuais, ao passo que as normas formais regulam outras matérias que a vontade do Poder Constituinte julgou necessário colocar fora do alcance da legislação ordinária, para obter aquela tutela especial, típica e superior da Constituição.

O respeito aos direitos e garantias fundamentais do ser humano é expressão da constituição material, eclosão do nosso inconsciente coletivo, do ideário pátrio, do *sprit* nacional, exteriorizado no ápice da pirâmide hierárquica das leis: a Constituição Federal Brasileira.

8 — Nagib Slaibi Filho, versando sobre a hermenêutica constitucional, tece algumas ponderações sobre a interpretação das normas constitucionais:

> "A Constituição é ato jurídico e por si só produz alteração no mundo jurídico e fático.
>
> Sob o título "o negócio jurídico como regulamentação de consequências jurídicas " e como "situação de fato" ensinou Karl Larenz:
>
> "Os negócios jurídicos como já se acentuou anteriormente, não são situações de fato "neutrais", a respeito de suas conseqüências jurídicas, mas situações de fato, a que é inerente o sentido de produzir essas conseqüências jurídicas".
>
> E concluiu o renomado constitucionalista:
>
> "A Constituição, como todo negócio jurídico, *não é neutra a respeito de suas consequências jurídicas, pois o simples fato de se ter considerado determinada matéria importante o suficiente para adentrar no texto constitucional significa que uma determinada consequência é esperada*, por isso, pelo poder constituinte. Como ato político de decisão sobre o modo de existência e organização da sociedade, também não e a Constituição nenhuma esfinge a demonstrar imperturbável imparcialidade na seqüência dos fatos sociais: *na realidade a Constituição quer que a sociedade, o Estado, todos e cada indivíduo tenham uma conduta específica, de acordo com a situação abstrata que prevê*; coloca adjetivos expressos e implícitos que devem nortear toda a atuação da sociedade e do Estado, como se vê no art. 3° e no art. 5º , XLIV" (*Anotações à Constituição de 1988 — Aspectos Fundamentais*. Forense 1989 — grifos nossos).

9 - Na esteira desse raciocínio, festejados comentaristas têm vislumbrado nos elementos referenciais do mosaico constitucional a proteção a alguns interesses relevantes e intrínsecos da personalidade humana.

10 - Sérgio Ferraz busca na Constituição Federal o amparo para as transformações de sexo e a decorrente retificação do registro civil estado, estabelecendo parâmetro entre a nossa quanto ao nome e ao Magna Carta e a Lei Maior alemã:

> "... Já na hipótese da transexualidade, o que está em jogo é um desvelamento da real personalidade. A Constituição da Alemanha, em seu artigo 2°, dentre os princípios e direitos básicos da personalidade, arrola o que denomina "Entfaltung der Persõnlichkeit". ou seja. "o desenvolvimento da personalidade. À vista dessa previsão, não temos dúvida em afirmar, ali, a existência do conforto constitucional, principiológico, às intervenções transexuais, com sua coorte necessária de conseqüências (como, por exemplo, a retificação do registro civil)" (ob. citada anteriormente).

11 — Prosseguindo comenta o doutrinador que é de se vislumbrar no artigo 149 da C. Federal, proclamando o direito à saúde, o respaldo fundamental para que se recorra às práticas médico-cirúrgicas de reversão sexual, obtendo-se a superação da cisão da personalidade físico-psíquica, que em última instância realiza o propósito constitucional de assegurar o direito à saúde.

As colocações de Sérgio Ferraz nos parecem inarredáveis.

12 — A Constituição Federal em vigor declara "invioláveis o direito à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas", isto é, direito à "esfera íntima", direito à dignidade e a ser como é (art. 5º , inciso X, da Constituição Federal).

13 — O direito à preservação da intimidade recebe dos estudiosos inclusão na esfera dos direitos da personalidade, como se observa numa incursão a Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, volume VIII, pág. 124, Rio de Janeiro) e a Milton Fernandes, *in Proteção Civil da Intimidade*, São Paulo, 1977, pág. 44.

14 — O abrigo constitucional tem por escopo a integridade da esfera íntima, cujo elastério se estende aos fatos com ela relacionados e as plurifacetas do próprio ser. Tal previsão em sede constitucional revela a amplitude do comando, do qual se abscindiu minúcias, hipóteses de incidência, deixando ao prudente arbítrio do julgador "o trabalho de colorir esses espaços brancos deixados pelo legislador", na feliz expressão do

insigne mestre Desembargador José Carlos Barbosa Moreira.

15 — Willian Blackstone em seu clássico *Comentários sobre as Leis da Inglaterra* (1765), que tamanha influência exerceu nos constituintes dos EUA, expõe a teoria dos direitos e garantias individuais, classificando-os como "BÊNÇÃOS INESTIMÁVEIS".

16 — Batizados como Direitos Humanos de um modo geral, sua normalização remonta a textos históricos, desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, em 1799. Traduzem a valorização da pessoa humana, sendo o homem em sua inteireza o grande módulo da atividade estatal.

17 — O conteúdo ético purista das normas constitucionais que se dispõem a tutelar as garantias e os direitos individuais tem como centro o homem, a sua projeção como pessoa, sujeito de direitos.

18 - Miguel Reale, com felicidade, define a projeção da pessoa:

"... pessoa é a dimensão ou veste social do homem, aquilo que o distingue e o "presenta"e projeta na sociedade, para que ele possa ser, *de maneira autônoma*, o que corresponde às virtualidades do seu ser individual. *Pessoa é, por outras palavras, dimensão atributiva do ser humano*, ou seja, a qualificação do indivíduo como ser social enquanto se afirma e se correlaciona no seio da convivência através de laços éticos — jurídicos" (*Lições Preliminares de Direito*. Miguel Reale, Saraiva, 10ª edição, 1983 — grifos nossos).

19 - Podemos deduzir, portanto, que o autor é pessoa, projetado no meio social com sua dimensão própria, sujeito de direitos: à saúde, à inviolabilidade da esfera subjetiva, à vida privada, à honra, à própria imagem à dignidade, pelo princípio fundamental da igualdade de todos perante a lei - art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, independentemente de suas particularidades, de qualquer ordem.

VII - *O DETERMINISMO DE GÊNERO*

1 - Procedendo a leitura da ciência médica, ramo do conhecimento humano outro, diverso da ciência jurídica à qual estamos confortavelmente habituados, conseguimos com esforço concluir o que se segue:

O sexo, na espécie humana, é integrado por múltiplas com binações de ordem morfológica, somática peculiar, genitália externa e interna, cromossômica, gonadal, hormonal, social e psíquica.

2 - A observação estanque da genitália externa nos conduz a resultado simplista de definição masculina ou feminina, visto que há inúmeros

quadros ambissexuais onde se mesclam aquelas combinações.

3 - o avanço da ciência médica permite a abertura de novas perspectivas, demonstrando ser de transcendência a classificação do sexual, neste particular desafiando a argúcia dos profissionais da área, e exacerbando a disputa entre o determinismo biológico e um ente psíquico.

4 — Trilhando os caminhos da ciência especializada, há unanimidade quanto a não ser o sexo de um indivíduo uma entidade, em si, senão a impressão global de características diversas, até certo ponto independentes, não poucas vezes discordantes.

5 —Todo ser humano está fadado a um processo de humanização que o transformará em um sujeito psíquico, mergulhado num mundo de imagens e símbolos, organizados de forma a poderem constituir o seu perfil, inclusive em nível sexual. A escolha do sexo independe pois do determinismo biológico e resultará do tratamento que lhe coube desde a mais tenra infância. Nessa medida, ser homem ou mulher independe de ser macho ou fêmea. O sexo psicossocial se põe além do sexo morfológico ou hormonal e por estas razões, em termos psicanalíticos, a sexualidade não está absolutamente relacionada a aspectos biológicos.

6 — Neste campo fértil de investigação compete à ciência médica positivar a importância do sexo psíquico. O total respeito ao sexo psicossocial é a conduta ética preconizada nestes casos, por tantos expoentes daquela ciência, conforme testemunha o texto da lavra do Dr. Jean-Claude Nahoum, nos casos de genitália dúbia, casos de intersexualidade, já referenciados às fls. 6/7:

> "Nas crianças trazidas à consulta por genitália dúbia, a conduta é uma só. Ao entrar no ambulatório já está feita nossa decisão. Se o nome é João, se está vestido de João, João será! Isto independentemente da presença de ovário, de bolsa fendida que mais pareça grandes lábios, de orifício ou orifícios perineais. Do mesmo modo as Marias, mesmo que tenham testículos, falo volumoso, eminências lábio-escrotais soldadas.
>
> ...Essa é a norma, pelo fato de que o sexo psicossocial forma-se precocemente. Contrariá-lo é transformar o problema somático, por grave que seja, num mais grave ainda, e não haverá psicoterapeuta ou psiquiatra que o resolva" (*Enciclopédia Médica Brasileira — Obstetrícia e Ginecologia* "Ginecologia", vol. II — Determinismo sexual — Estados Intersexuais).

7 — No mesmo artigo, com uma gama complexa de injunções científicas, percebe-se que o tratamento coadjuvante dos intersexuais, também é o mesmo dos transexuais, com a ingestão de dosagens hormonais, após a cirurgia.

8 — Evidencia-se, pois, o surgimento de situações ligadas à sexualidade, desafiadoras da ordem moral, psicológica, médica e jurídica, nas quais o sexo psicossocial pode não corresponder ao sexo anatômico, legal, atribuído a um ser humano, a demandarem soluções de per si, individualizadas, de encontro à singularidade de cada ser humano, encarado como único.

9 — o parecer médico do Dr. Hilário Veiga de Carvalho, notável e saudoso professor de Medicina Legal, expressou:

> "A verdadeira Medicina, hipocrática, com as reafirmações do Prof. Alvarenga e do Prof. Miguel Couto, *deve enfocar cada caso, personalizadamente*. Daí, haverá casos, como o de Waldir Nogueira, que impõem uma conduta terapêutica cirúrgica; *outros casos haverá em que essa conduta não se justificará; logo, não se generalize sobre o que depende exclusivamente de apreciação clínica, científica e ética de cada evento sintomatológico*, avaliado com rigor e total prudência — como foi feito no caso em apreço" (alguns grifos são nossos — *Revista dos Tribunais*, n° 545 — pág. 296).

10 — O catálogo reavaliado da ciência médica detectou que ser homem não se ressume na dotação do falo, nem a vagina ou os ovários bastam, isoladamente, para fazer uma mulher, merecendo valorização psicossocial elaborado pela educação, pela família, pela escola e pela sociedade.

11 — A confirmação fática de ser o sexo um conceito plurivectoral, amálgama de fatores genéticos, psicológicos evidencia-se em incontáveis casos observados pela clínica médica. Esvaiu-se, desta forma, o sentido radical do sexo morfológico, diante da consciência de identidade, cuja compreensão em profundidade satisfatória revelará a resposta adequada à face meramente teorética da questão.

12 — O abalo da ótica médica, original e dogmática, somou dúvidas e descortinou novas verdades, passíveis de gerar reflexo no campo do Direito, na medida em que a concretude desses eventos nos impede de ignorá-los em nome de um ostracismo ético.

13 - Devemos sopesá-las enquanto realidade instalada nos dias atuais e sobre as quais as modernas tendências da compreensão médica espargiu luzes, não se tolerando mais o equívoco na avaliação do sexo psíquico, como mero aspecto secundário.

14 — Antônio Chaves, em artigo publicado na *Revista dos Tribunais*, *RT* 679, nos informou que desde 1938. no Congresso Internacional de Medicina Legal, os doutores já admitiam que os componentes físicos da sexualidade não são tão importantes quanto os fatores psíquicos, e transcreve Munos Sabaté no que tange a essa prevalência do psicossocial:

> "... Tratando del tema referente al cambio del estado civil, Knud Saud sostuvo que la investigación somática debe completarse com una minuciosa valoración de todas los caracteres psicosexuales, y en los casos dudosos debe atribuirse importancia preponderante al estado psicosexual sobre las condiciones somáticas genitales " (L. Munos Sabaté, *in Sexualidad y Derecho*, 1976, Ed. Hispano, Europa, Barcelona).

15 — Pietro Perlingieri acentua não ser na verdade relevante para o Direito somente o sexo psicólogico-social, ou biológico, mas qualquer elemento que concorra à sua complexa definição, uma vez que pode, para finalidades particulares, ter relevo jurídico, embora "per la maggior parte delle ipotesi è il profilo psicologico, ancor piü di quello strutturale e biologico, a prevalecer como criterio qualificante la disciplina dei rapporti" (texto *in totum* extraído da obra *Estudos de Direito Civil* — Antônio Chaves— pág. 141).

16 — O espírito filosófico de Pontes de Miranda nos adverte:

> "Meramente ilusória a divisão didática das ciências, que acreditamos independentes, quando na realidade todas se entrosam e entreauxiliam, como fatos do universo, que constituem o objeto delas" (*Revista de Direito,* Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, vol. 7).

17 — Merece ainda reflexão o legado do sábio professor, muito oportuno no presente contexto:

> "Quem vê o indivíduo não conhece o homem ... "
>
> "... É impossível a existência de verdades independentes do sujeito: não seriam conhecimento " (obra citada).

18 — A síndrome transexual levada às últimas consequências com a cirurgia de ablação, convoca a regularização por parte do instrumental jurídico.

A atuação do Direito, nesta problemática especialíssima da espécie humana, deve ser a busca de uma visão totalizadora dos múltiplos e facetados aspectos da síndrome de identidade de gênero, capacitando-se a

fornecer uma solução sem risco de anacronicidade.

19 — Reale Júnior, 1971, assevera que os imperativos científicos ampliam a esfera do Direito, e este não se pode opor à irresistível busca de novos caminhos para vencer a dor, a miséria e as contingências humanas.

20 — H. V. de Carvalho, em artigo acima referenciado, nos fala com espírito:

> "... As leis, regras, preceitos e demais aparelhos normativos têm a sua correspondente letra; mas têm, muito acima dela, *o espírito que as ilumina e as faz úteis*. Se assim não for, podem passar a ser até iníquas. É o momento de ver brilhar essa luz. de uma prudente mas atuante jurisprudência, que regule o bom exercício médico, mas não tolha o avanço cientificamente válido. E em apreciação da personalidade seja considerada acima de rótulos nosográficos, ou dogmatismos cegos ao melhor que a meros conhecimento do ser humano sofredor, em seu corpo ou em seu espírito" (*RT* 545 — grifos nossos).

VIII — *EVOLUÇÃO DO ENTENDIMENTO JURÍDICO DOUTRINÁRIO E JURISPRUDENCIAL*

1 — O progresso técnico-científico propulsor de resultados até pouco tempo inatingíveis, acabou por influenciar o pensamento jurídico, revelado através das exposições doutrinárias e das construções pretorianas.

2 — Estreme de dúvida o pronunciamento de Sérgio Sérvulo da Cunha sobre a determinação jurídica do sexo:

> "Parece que o Direito deverá se curvar, no futuro, às noções científicas modernas, que não reduzem a caracterização do sexo à configuração dos genitais, mas a uma complexão psicossomática em que fatores sociais são relevantes" (*Direito de Família - Mudança*, São Paulo, Ed. RT, 1985, págs. 183 e 184).

O magistério de Manoel A. Domingues de Andrade inclina-se, também, nesse sentido:

> "Como se deduz, com facilidade, integrando os procedimentos de jurisdição graciosa, o pedido de retificação de registro civil buscando mudança de sexo — nos assentamentos de nascimento — em que são interessados transexuais, assim comprovados, pode ter decisão que não esteja atrelada a critério estrito da legalidade, máxime se, como no caso, não há norma proibitiva a respeito" (*Noções Elementares de Processo Civil*, 1963, pág. 72).

4 — A despeito do nosso entendimento de tratar-se o pedido de retificação de assento de nascimento para neste fazer constar novo sexo, de ação relativa ao estado da pessoa, e portanto sendo a competência em razão da matéria da Vara de Família, o cerne da observação de M.A. Domingues de Andrade, nos parece oportuno, posto que se observada a inexistência de dispositivo legal específico dirigido à matéria, existem diversos outros comandos legais constitucionais e na legislação ordinária extraídos do Direito pátrio e já declinados, e que na opinião de tantos tem perfeita adequabilidade na questão, cabendo ao Juiz aplicar.

5 — É detectado no Direito Comparado, legislações que autorizam a cirurgia de redeterminação de sexo, gerando em decorrência a alteração do nome e do sexo no registro civil. Merece pois observação o Direito Comparado, posto que "outro elemento valioso de interpretação, teológica", conforme adverte Jesus (1982).

6 — Antônio Chaves, ainda, já que significativo o seu legado às letras jurídicas, nos traz à colação a legislação estrangeira sobre o temário *in casu*:

> "Segundo a lei sueca de 21.04.72, relativa à determinação do sexo em certos casos, § 1º, aquele que, transcorrida a juventude, demonstra não pertencer ao sexo no qual é registrado, que se comporta há muito tempo desta maneira e que se possa presumir que assim viverá para o futuro neste rol sexual, poderá, a seu pedido, obter a verificação de que pertence a outro sexo" (*V.R. Inf. Legisl.* , Brasília, jan./mar. 1981).

7 — Mister esclarecer que a legislação sueca impõe prescrições especiais de verificação, quando só então se poderá obter a intervenção nos órgãos genitais do requerente.

8 — O tratadista acrescenta:

> "A lei alemã de 15.08.69, sobre a castração voluntária e outros métodos terapêuticos, dispõe, no § 2º, que a mesma não é suscetível de ser reprimida penalmente, se este tratamento, a juízo da ciência médica, for indicado para prevenir, sarar ou aliviar a pessoa de doenças, perturbação ou sofrimentos psíquicos graves ligados à sexualidade anormal. O interessado deve ter 25 anos e manifestar consentimento livre e esclarecido sobre o ato oferecido, após informação sobre a natureza e gravidade dos riscos inerentes à operação".
>
> A lei dinamarquesa de 11.05.1935 permite a castração voluntária de pessoas cujos instintos sexuais, anormais apresentam riscos de impeli-

las ao crime, à decadência física, ou a graves sofrimentos morais. A transformação só pode ocorrer com a autorização do Ministério da Justiça e após um balanço clínico e endoclínico. O tratamento só é acessível aos dinamarqueses e só é praticado quando consequências sejam suscetíveis de serem reconhecidas no plano jurídico…"

"...A lei norueguesa de 01.06.34 admite explicitamente a esterilização de qualquer adulto cujo requerimento tenha por base "uma razão séria". O médico avalia somente a capacidade e o valor de consentimento do interessado e pode recorrer também à castração".

"... Na Suíça, a liceidade da operação fundada na finalidade terapêutica foi proclamada pelo Tribunal do Cantão de Neuchâtel em 27.07.45".

9 — No Brasil registra-se o Projeto de Lei n° 1.909-A/1979, da lavra do Deputado Federal José de Castro Coimbra, que acrescentava parágrafo ao art. 129 do Código Penal, *in verbis*:

"Art. 129…

... § 9° — Não constitui fato punível a ablação de órgãos e partes do corpo humano, quando considerada necessária em parecer unânime de junta médica e precedido de consentimento expresso de paciente maior e capaz".

Em suas razões de justificativa o autor do projeto fez menção expressa a hipótese do transexualismo e o projeto recebeu parecer favorável da Comissão de Constituição e Justiça — Turma A —, que opinou unanimemente pela constitucionalidade e boa técnica legislativa do mesmo. Registra-se ainda o fato de ter a Comissão de Justiça do Senado em 09.05.85 decidido pela tramitação urgente de um projeto no mesmo sentido, por sugestão do Senador Marcondes Gadelha.

10 — Não menos numerosos são os acórdãos, que admitem a possibilidade de obter o transexual a retificação do registro do estado civil: Tribunal de Pisa, 31.12.1968. inédito; Corte de Apelação de Roma, Seção I Civ., 26.01.1970 (*Giur. Pen*., 1971, págs 222 e segs.); Tribunal de Pisa, 09.03.1970 (*Giur.It*., 1971, I, págs 66 e segs.); Corte de Apelação de Milão, 29.01.1971 (*Temi*, 1971, págs. 92 e segs.); Tribunal Lucca, 17.04.1972 (*Giur. It.*, 1973, II, págs 374 e segs.); Tribunal Pádua, 16.07.1976 (*Giur. Men*, 1977,I. págs 6 e segs.); Tribunal Montepulciano, 10.02.1977 (*Giur. Mer.*, 1977, págs 701 e segs.); comparecimento conclusional do procurador da República Pisa, em data de 21.01.1976, e uma sentença do Tribunal de

Taranto, de 30.06.1976 (*Dir. Família*, 1976, págs 212 e segs.), relativa a um caso de evolução natural das características sexuais, evidenciada por sucessiva intervenção cirúrgica (citações *R. Inf. Legislativa*, Brasília, a. 18, nº 69, jan./março, 1981).

11 — Um balanço na jurisprudência, ainda, aponta a existência de muitos precedentes, decisões de primeiro grau e arrestos, admitindo a retificação de sexo, destacando-se o material coligido por Roger Nerson (*in Revue Trimestrielle de Droit Civil*, outubro-dezembro/81, págs. 840 e segs.).

12 — Na Inglaterra, como destaca Elida Lúcia B. Sá, a técnica operatória de ablação e de construção de uma genitália feminina é admitida, "e até por coerência também é possível a alteração do prenome e do sexo no assento de nascimento".

A advogada destaca ser esta "uma maneira menos ortodoxa de tratar a questão". Os cuidados adotados antes da operação, com rigor técnico consiste na perquirição dos enfoques psicológicos do transexual. Finalizando, ressume: "Enfim busca-se mais a saúde mental do que o apego a formalismos jurídicos".

13 — No Brasil, segundo indicação dos anais forenses, pontificam alguns julgados favoráveis à alteração do nome e do estado, respectivamente no Rio Grande do Sul, Pernambuco, São Paulo e Rio de Janeiro (recentemente em 1991).

Publicada na íntegra, a sentença proferida pelo Juiz Dr. Marcos Ibrahim, Comarca de Mangaratiba, Estado do Rio de Janeiro, pelo Instituto dos Magistrados Brasileiros — IMB — , *Direito Concreto* n° 8 — págs. 229/255, é uma página de erudição, cultura e consciência jurídica, a nos merecer admiração e respeito.

IX — *DO EXAME DA PROVA COLIGIDA*

1 — Restou provado, da prova coligida, documental, testemunhal e laudos técnicos, tratar-se o autor de um caso de transexualismo, síndrome, nos dias atuais, universalmente aceita, bem definida e perfeitamente caracterizada, elencada até mesmo no DSM, e claramente distinguida de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo, transvestismo, hermafroditismo e pseudo-hermafroditismos, em conformidade com todo o conhecimento científico especializado carreado nestes autos.

2 — Nesse sentido, de configuração da parte autora como um transexual, manifestaram-se os Drs. Peritos, na oportunidade de elaboração do laudo, e em audiência, prestando esclarecimentos ao Juízo:

"O paciente apresenta um perfil psicológico feminino, isto é, uma identificação completa com o papel do gênero feminino. Seus interesses, atitudes (*que são femininas e não efeminadas*), sua indumentária e a eleição amorosa e sexual que realiza são plenamente femininas" (grifos nossos, resposta ao quesito 17, fls. 55).

"Que no caso de L. Roberto, *o curso clínico sempre foi tendente para a feminilidade em todos os aspectos*; que a visualização externa do paciente o indica como feminino; que ao exame o paciente demonstra ser mulher, no comportamento, no maneirismo, na gesticulação, na postura" (depoimento do perito médico, Dr. Luiz Eduardo Coelho de Lima, fls. 85 — grifos nossos).

3 — E prosseguindo o nomeado clínico:

"Que L. Roberto é hoje ectoscopicamente uma mulher; psiquicamente também, e, sendo a operação a que se submeteu irreversível com a extirpação do membro e criação do conduto vaginal, está apta a ter um desempenho sexual de mulher; caso o Judiciário não possibilite a mudança de estado, as conseqüências de ordem psicológica são imprevisíveis, contudo seguramente prejudicial ao seu equilíbrio emocional" (fls. 85 — grifos nossos).

4 — Os cuidados adotados no processo de diagnóstico do transexualismo no paciente em tela se deram dentro do maior rigor científico, havendo concordância no raciocínio clínico dos médicos que compuseram a junta médica pericial, assim se exteriorizando o setor psiquiátrico:

"Que examinou R.C. (iniciais do nome artístico) após a castração; *que a nomenclatura na qual se enquadraria o descompasso entre o sexo biológico e o sexo idealizado por R.C. seria o transexualismo; que teve o cuidado de adotar os critérios de diferenciação para extremar o transexualismo de anomalias psíquicas outras*, de ordem sexual; que define R.C.como transexual, uma vez que embora biologicamente macho, se sente como mulher, *não tendo com o sexo natural qualquer prazer, sendo-lhe motivo de incômodo, o adendo pênis*, ao passo que no fenômeno homossexualismo o que temos é um homem efeminado que obtém prazer no sexo aberracionista" (depoimento do perito psiquiatra. Dr. L. Fernando de Mello Campos, fls. 86 — grifos nossos).

5 — Emerge da literatura médica mais atualizada, o conceito de instalar-

se a entidade transexual nos estágios mais precoces do desenvolvimento humano, eclodindo com intensidade na puberdade.

Se por um lado as diversas teorias que procuram explicar a origem do transexualismo, dentre elas a de origem divina, traumática, genética, endócrina, cerebral, psicológica ou psicanalítica, não foram ainda capazes de estabelecer sua causa fundamental, é certo, porém, serem todas acordes em erigir o histórico de vida do paciente, em nível de substancial importância, sendo aconselhável a busca de símbolos passados pelas pessoas que dele se aproximaram. E mais, não se registra dissenso teórico acerca da irreversibilidade da síndrome, não respondendo à psicoterapia ou a qualquer outra medida.

6 — Os autos corroboram a doutrina científica, revelando-a ajustada à realidade fática vivenciada no caso concreto de transexualismo, objeto deste processo.

Respondendo com seriedade às perguntas mais delicadas formuladas por este Juízo, revela-nos a parte interessada, sem exibicionismo com visível timidez e decoro, o seu drama existencial:

> "Que se define sexual, emocional e socialmente, após tudo o que passou, como mulher, tendo se submetido à operação de emasculação e se apresentado em sociedade como mulher" (fls. 77).

7 — E em resposta à formulação do Juízo no sentido de, após a conscientização da inadequação de gênero, ter envidado esforços para se adequar ao sexo morfológico, esclareceu:

> *"Foi tentado um tratamento psicoanalítico, não só com ela, mas com a família, o que não surtiu efeito, sendo nela mais forte o desejo de se realizar como mulher"….*
>
> "... Que antes da pré-adolescência, já tinha uma certa percepção de que pretendia ser mulher, período em que algumas vezes sonhou que poderia dormir e acordar mulher; e, à proporção que cresceu se informou, através da leitura, de que poderia ser ajudada pela medicina, *começou a delinear-se a vontade de tentar todos os recursos para lograr êxito em sua assunção como mulher"* (grifos nossos, fls. 77).

8 — Quanto à convivência com o falo extirpado, mencionou:

> *"Quase não se olhava no espelho para não ter que encarar aquela realidade da qual desejava fugir;* que o pênis era algo estranho ao seu corpo, que lhe incomodava, não sendo fonte de prazer; *que*

sempre urinava sentada: que não havia ereção quando manipulado o pênis, tendo se submetido a um tratamento hormonal e apoio psicoanalítico, *ocorrendo uma atrofia do membro que ficou infantilizado, não havendo possibilidade de ereção e nem de ejaculação"* (fls. 77 verso — grifos nossos).

9 — Indagando-se a respeito da constância do propósito em se submeter aos recursos da medicina para adequação da genitália externa ao sexo psíquico, informou:

"Que essa idéia sempre lhe perseguiu, lendo todas as matérias referentes ao assunto que lhe caíam nas mãos, tendo se empenhado no trabalho para adquirir o numerário suficiente para a realização da operação fora do País" (fls. 77 verso — grifos nossos).

10 — Referindo-se. desta feita, ao processo de irrisão a que se vê submetido há vários anos, bem como o seu núcleo familiar, traduziu:

"que é o terceiro filho de uma soma de quatro filhos homens havidos por sua mãe, tendo todos os irmãos assumido a identidade masculina, sendo casados e tendo filhos…"

"...*Que a mãe sofreu muito com tal situação*, uma vez que foi criada em colégio de freiras, sendo católica e com valores bem tradicionais, que admira muito sua mãe pelo perfil de mulher que possui, bem como admira seu pai; que logo ao assumir o seu lado feminino, *houve uma rejeição muito forte no seio familiar o que lhe acarretou intenso sofrimento* a ponto de ter fugido de casa aconselhada por uma amiga, mais velha, com a qual foi residir em São Paulo; que então a família foi obrigada a abrir o problema para outras pessoas fora do núcleo familiar, tais como tios e outras pessoas, sendo que um tio, pelo lado paterno, oficial da Polícia Militar, teve facilidade em encontrá-la em São Paulo, onde foi apanhada pelo pai que a trouxe de volta à família, *tendo na ocasião a depoente conversado com o seu pai* que se conscientizou de que era irreversível a situação, *tendo então consentido que levasse a vida que menor sofrimento lhe trouxesse*; que daí então toda a preocupação do núcleo familiar foi engajá-la para que não se tornasse *um ser a parte, sem identidade e sem suporte*" (fls. 78 — grifos nossos).

11 — No que concerne ao atual desempenho sexual, após ter se submetido à cirurgia de reatribuição de sexo, nos informa a respeito do sucesso da intervenção, em oposição flagrante ao estado anímico anterior;

"Que hoje se sente mais segura em relação a seu corpo, ao seu desempenho sexual, *sentindo-se então, do ponto de vista sexual, resolvida*; que, as relações anais a que anteriormente se via obrigada a manter, uma vez que não possuía a genitália feminina que desejava, lhe trazia depressão, agonia, constante intranquilidade, tendo algumas vezes até pensado em morrer, *no sentido de se indagar por que de vivenciar aquela situação, de ter sido jogada naquele problema, e não no sentido da morte física* (fls. 77/78 — grifos nossos).

"Que hoje sua dignidade e segurança interior caminham juntas" (fls. 78, *in fine* — grifos nossos).

12 — E prosseguindo refere-se ao desconforto residual pela permanência da inadequação entre sua atual condição e a identificação civil, rótulo que a submete a situações vexatórias:

"Que é constrangedor nos mínimos atos de vida civil; ao assinar um cheque, a estar em um aeroporto ou em um hotel; "que certa ocasião em um aeroporto houve a suspeita de que estivesse com identidade falsa, *uma vez que verificou ler inclusive conduto vaginal* e o passaporte em nome de Luiz Roberto e sexo masculino, tendo passado muita vergonha para relatar tudo o que já lhe aconteceu";

"que a vida profissional está sofrendo sérios prejuízos, com sério declínio, uma vez que como modelo fica difícil ser vinculada a sua imagem ao produto que pretenderia propagandear, já que é encarada como um travesti".

13 — A genitora de *L.R.* por seu turno, em expressivo depoimento discorre às fls. 79:

"Que desde tenra idade percebeu que *R* tinha traços mais delicados, não condizentes com o protótipo masculino, a ponto de confundir as pessoas na rua; que tinha em sua companhia uma sobrinha que ficou em sua casa quando se casou; que *R* sempre e sentiu atraído pelas brincadeiras de casinha dessa sobrinha…

14 — Relata ainda a depoente que ao perceber a diferença de comportamento de *R*, tal particularidade se tornou alvo de preocupação e conversas com o marido, acalentando a esperança de que as coisas mudassem com a puberdade, quando a problemática se acentuou, havendo inclusive delineamento de seios antes mesmo da ingestão de hormônios e que após a fuga de *R* para São Paulo é que ocorreu uma mudança na

postura inflexível até então adotada pelo marido, pai de *R*:

> "... na ocasião argumentou com o marido que era uma vida que se iniciava e que não poderia ser desperdiçada por questões de preconceitos e opiniões, devendo o amor dos pais prevalecer sobre todas essas questões".

15 — O exame médico-legal nos dá notícia de que *LR*, na inspeção quanto a sua genitália, submeteu-se a cirurgia de emasculação, revelando, via de conseqüência, ausência de testículos, pênis e bolsa escrotal, apresentando-se normal a implantação dos pêlos pubianos. No que se refere às mamas, informa o laudo serem ligeiramente assimétricas (fls. 71).

16 — O conduto vaginal, segundo explanação em audiência pela Dra. Rufa Donath da Rocha, ginecologista, foi realizado em *RC com emprego de seus próprios tecidos, prestando-se perfeitamcnte a uma relação sexual normal entre homem e mulher, não sendo passível de qualquer deterioração ou deformação* (fls. 78 verso *in fine*).

Às fls. 71, em resposta ao quesito 2, os peritos informam que "a neovagina formada permite o exame da mesma com espéculo vaginal", e esclarecendo ainda o laudo quanto à profundidade e elasticidade normal.

17 — Cabe-nos inserir aqui a aguda observação de Hilário Veiga de Carvalho, tantas vezes mencionado nesta sentença: "que mais se pode exigir de um tratamento em alguém que não tinha função sexual por inoperância instrumental de órgãos inúteis para tanto".

18 — O Ministério Público, em suas razões lançadas às fls. 117/121, se opõe ao pedido, posicionamento a nos merecer todo respeito, em que pese não esposarmos a mesma opinião, o que nos leva a tecer algumas ponderações.

19 — O exame cariótipo para detectar a cromatina sexual não acusou a presença de mosaico, que conforme nos esclarece a gametogênese, seria a presença de células masculinas e femininas em único ser. Explica-nos a Dra. perita Rufa Donath que tal exame foi realizado para se apurar a possibilidade de uma intersexualidade paciente, suspeita gerada pela atrofia da genitália. Contudo o resultado confirmou o diagnóstico de transexualidade e não de intersexualidade (fls. 78).

20 — R.G. não é portador de útero, ovários ou órgãos reprodutores, ausência que não devem causar, tal como no item 19 em relação à inexistência de mosaico, qualquer espécie, posto que se presentes, não seria diagnosticado como um transexual verdadeiro, e sim como exemplo de hermafroditismo feminino, conforme se depreende dos ensinamentos

científicos indexados sobre o temário.

21 — Não possuindo órgãos aptos à função procriadora não pode conceber. Todavia isto não o afasta de muitas mulheres que por múltiplas falhas na ovulação, patologia tubária, barreira cervical e até mesmo ausência total de útero e ovários (casos raros), não podem realizar o mais sublime ato de gestar uma nova vida ("Investigação de Infertilidade Feminina" i*n Endocrinologia Ginecológica Clínica c Infertilidade*, Drs. Leon Speroff, Dr. Robert H. Glass e Dr. Nathan G. Kase, Editora Manole Lida. 4ª edição, 1991, págs. 607/ 608; *Transexualismo — Do Homem à Mulher Normal Através dos Estados de Intersexualidade e das Parafilias, Novalumar* — Graf. e Editora Ltda., 1982, Prof. Dr. Roberto Farina, págs. 25 e segs. e 71 e segs.).

22 — Como é cediço, não constitui a impotência *concipiendi* erro essencial de pessoa, e não é de ser levada em consideração, já que todas as mulheres a possuem mesmo quando aptas ao ato copulador.

23 - A impotência *coeundi*, esta sim, constitutiva do erro essencial de pessoa, está afastada no presente caso, uma vez que a prova dos autos e no sentido de estar a parte dotada, funcionalmente, de instrumental genital, apta a realizar o ato de conjunção carnal como mulher, essencial para definir a potência sexual como existente.

24 — Neste aspecto, tormentosa indagação deverá ser realizada no caso de não se obter a adequação no registro civil. Supondo que o transexual operado e dotado do instrumental genital feminino, venha a ser vítima de uma violência sexual.

Tratando-se a cópula de um dos elementos integrantes do tipo previsto no art. 213 do Código Penal — estupro —, realizada a conjunção carnal mediante constrangimento, como se daria o enquadramento legal?

Parece-nos que o artigo 214 - atentado violento ao pudor – não poderia vir em socorro à tipificação, posto que acometido, *in casu*, de dupla heresia jurídica: a uma por não se tratar o ato consumado pelo agente, de "ato libidinoso diverso da conjunção carnal", e a duas porque importaria em beneficiar o réu cuja intenção dolosa encontrou plena satisfação, dando-lhe tratamento legal mais ameno, em razão da dosimetria da pena.

25 — O transexual feminino é um ser nascido homem em todos aspectos morfológicos primários, porém em seu psiquismo absoluto é irreversivelmente mulher. A compreensão deste conceito médico-científico é matéria de fundo, sendo os demais aspectos os seus secundários.

O autor, transexual operado, renasceu para a vida, vez que sua genitália inútil, que tanto repudiava, foi substituída por outra condizente com o

padrão psicológico do seu verdadeiro gênero, conforme enfatizou ao declarar "que hoje sua dignidade e segurança interior caminham juntas".

X — *DAS RAZÕES DE DECIDIR*

1 — A prova está nos autos. O convencimento, entretanto, a ela muito extrapola, resultante da consulta à ciência médica e a seus textos de ordem teórica e empírica, até onde a pudemos compreender, e da análise da ciência do direito nos seus diversos aspectos doutrinário, normativo, jurisprudencial. institutos jurídicos, princípios legais, naquilo que pertine ao caso concreto em epígrafe.

Em socorro complementar, foi utilizado o facultado no artigo 355 do C.P. Civil, as chamadas "regras de experiências", as noções de fato genéricas que nos permitiram complementar as normas jurídicas avocadas, colocando em contato com a causa submetida a nossa aferição.

2 — Proferimos esta sentença após profunda reflexão e convencidos de que o mundo jurídico não pode ignorar o fato novo de caráter médico-científico, o transexualismo, quedando-se inerte ante a irreversibilidade da configuração psíquica e da adequação anatômica obtida pela parte requerente.

3 — Manter-se um ser amorfo, por um lado mulher, psíquica e anatomicamente reajustada, e por outro lado homem, juridicamente, em nada contribuiría para a preservação da ordem social e da moral, parecendo-nos muito pelo contrário um fator de instabilidade para todos aqueles que com ela contactasse, quer nas relações pessoais, sociais e profissionais, além de constituir solução amarga, destrutiva, incompatível com a vida.

4 — Não se iludam, porém, aqueles que julgam poder se tornar o Judiciário o apanágio de "transformismos fantasiosos " e de "levianas castrações"; somente os casos comprovados clinicamente de transexualidade poderão ser objetos de conhecimento pela esfera judicial, que decidirá neste ou naquele sentido, de acordo com a prova dos autos e convencimento formado no caso concreto.

5 — Estamos seguros, outrossim, que nem a ciência médica, tão pouco a ciência jurídica, nem o bisturi do cirurgião ou a pena do magistrado, poderão conduzir a parte suplicante aos estágios da felicidade e da paz. Tais valores de ordem metafísica, transcendental só poderão ser atingidos por ela própria, vislumbrando através do colorido aparente do exterior, o interior, nele mergulhando a procura da máxima expressão: Deus!

Do quanto ficou exposto. JULGO PROCEDENTES os pedidos

formulados na petição inicial, com fulcro nos artigos 3º , inc. IV, art. 5º *caput* e inc. X, ambos, da Constituição Federal, artigo 5º do Decreto-lei 4.657/42 (Lei de Introdução ao Código Civil) e parágrafo único do art. 55 da Lei n° 6.015/73 (Lei de Registros Públicos).

Isto posto determino a expedição de mandado para alteração quanto ao sexo, no registro de nascimento de L.R.G.M., devidamente qualificado na exordial, nele figurando de agora em diante a parte requerente corno sendo do sexo FEMININO e retificando-se o nome ali consignado para o nome indicado a saber: R.G.M., mantendo-se os demais dados, constantes quanto à naturalidade, à data de nascimento e filiação.

Determino em resguardo a possíveis interesses de terceiros, conste à margem do registro anotação quanto ao fato de que alteração de nome e de estado se deram por força de sentença.

Expeçam-se ofícios à Secretaria da Receita Federal, à Secretaria de Segurança Pública — RJ. ao Instituto Félix Pacheco e à 16ª Zona Eleitoral do Município do Rio de Janeiro, comunicando-se a presente decisão constitutiva, para a adoção das medidas necessárias.

Publique-se edital pelo prazo de 60 dias em órgão de imprensa de grande circulação.

Após o trânsito em julgado, cumpra-se na íntegra.

Ciência ao Ministério Público.

Custas na forma da lei; e sem fixação de honorários pela inexistência de parte *ex-adversa*.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 10 de dezembro de 1992.

CONCEIÇÃO A. MOUSNIER
Juíza de Direito

Paraíba do Sul - RJ
Tribunal do Júri

ESTUPRO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO — Veredictum ao Conselho de Sentença.
(Sentença do Juiz de Direito Cyro Marcos da Silva)

Vistos etc.

Relatados estes autos em Plenário, etc., etc...

Considerando que o Conselho de Sentença, por unanimidade reconheceu que em 23 de novembro de 1983, por volta de 19 horas, o Réu Francisco Semeão, qualificado às fls. 7 verso, na Rua Barão do Piabanha, debaixo da "Ponte Preta", obrigou a menor Lucilene dos Santos Pacheco, mediante ameaça de faca, a acompanhá-lo até um matagal próximo e aí, ainda mediante ameaças e violência real, obrigou-a a manter consigo relações sexuais, estuprando-a e desvirginando-a;

Tendo em vista que o mesmo nobre Conselho de Sentença, por cinco votos contra dois, obrou no reconhecimento de que o Réu, em seguida ao desvirginamento da vítima, obrigou-a a caminhar até o meio da "Ponte Preta", ali voltando a com ela obter congresso carnal, sempre sob ameaças e violências reais;

Dado que o Conselho de Sentença reconheceu que, na mesma ocasião e local referidos, e ainda com ameaças e violências, o Réu subtraiu para si os objetos referidos às fls. 66, todos de propriedade da vítima (seis votos contra um);

Atento ainda ao reconhecimento pelo Conselho de Sentença de que nas condições de tempo e local referidos, o Réu, após saciar-se sexualmente, mandou que sua vítima se sentasse na ponte e gritasse, pois ele iria matá-la, havendo o Réu, ato contínuo, empurrado a menor em direção às águas do rio Paraíba do Sul, conseguindo a vítima nadar até às margens (seis votos contra um);

Visto também que o Conselho de Sentença admitiu que o Réu, assim agindo, deu início a um crime de homicídio, o qual deixou de consumar-se por motivos alheios à sua vontade (cinco votos contra dois);

Considerando mais, que por cinco votos contra dois o Conselho de Sentença inadmitiu a qualificadora do motivo torpe e por quatro votos contra três repudiou a tese de que o Réu atentara contra a vida da vítima, também para assegurar a ocultação e a impunidade dos crimes de estupro e roubo contra ela cometidoso;

Dado que por cinco votos contra dois o Conselho de Sentença deu como

improcedente a incursão delituosa do Réu no delito de desobediência;

Visto que, por unanimidade, o Conselho de Sentença não reconheceu atenuantes a favor do Réu em nenhum dos delitos cometidos, ressalvando que apenas um jurado reconheceu atenuante na imputação delituosa do art. 157 do Código Penal;

E considerando, finalmente, que por quatro votos contra três o Conselho de Sentença inadmitiu ser o Réu reincidente:

JULGO PROCEDENTE em parte a pretensão punitiva lançada contra o Réu FRANCISCO SEMEÃO e condeno-o nas penas dos arts. 213 *caput*, 157 *caput* e 121 *caput* vinculado ao art. 12, II do Código Penal, todos combinados com o art. 69 do Código Penal, *caput*.

Para determinar a pena base aplicável ao Réu, tenho que examiná-lo frente à tipicidade de cada delito a que foi condenado. Assim, para cada delito, precisarei a pena base e partirei à definitiva. Esta, a metodologia que adotarei.

ESTUPRO: Não se questiona mais: o Réu é primário, frente à decisão do Conselho de Sentença. Contudo, não é de se ignorar seus antecedentes nesta espécie. Sabe-se que o mesmo tem forte impulso sexual, desviado da normalidade do comun dos homens, com curiosa fixação em adolescentes. Quanto às circunstâncias e principalmente quanto à conseqüência do delito, tenho que considerá-las à luz de uma gravidade indescartável. O próprio Conselho de Sentença reconheceu que não apenas por uma vez o Réu deu vazão à sua libido, despejando sobre a vítima a exacerbação dos seus instintos sexuais. Por outro lado, não há como olvidar a mácula e marca e trauma que agora estão cravados na psique da jovem vítima. Viu-se pelo seu modo de reagir, hoje aqui frente ao Réu, que a mesma acha-se realmente sob estado de forte descontrole emocional.

Também não é para menos. Lulcilene ainda é jovem e como toda adolescente do meio urbano quase que médio ainda alimenta sonhos róseos de namoro, como bem se constatou das anotações sonhadoras lançadas em seu caderno que tiveram as páginas amareladas pelas águas sujas em que foram lançados. Pode-se realmente calcular o que padece uma jovem violentada profundamente na sua liberdade e disponibilidade sexuais. Ainda jovem, sem a devida formação psíquica e quase que mesmo anatômica, esta ainda acalentava sua entrega de amor ao homem que um dia a cativasse, a conquistasse, enfim, a amasse. Isto porque não se cogitou nos autos fosse Lucilene leviana e irresponsável. Era jovem, apenas sonhadora e inconseqüente, docemente inconseqüente como todos os jovens. No entanto, brutalmente agredida, soberanamente submetida, a jovem vítima

vê todos os seus pudores invadidos e ultrajados pelo apetite indócil do Réu, ávido de sexo, de sexo, de sexo! Há que se preservar a liberdade sexual. Mesmo a mais irresponsável prostituta tem direito a se entregar a quem eleger para tal. A ninguém é permitido violar tal liberdade, sobretudo nos dias de hoje, onde o sexo se oferece cerimon, nada cerimoniosamente, a troco do primeiro impulso físico, da primeira atração súbita, da primeira invitação aventureira. O Réu desrespeitou esta liberdade da vítima. Aviltou seus pudores de maneira imperiosa e impediu-lhe sonhar. Vê-se desde já que a vítima custará a readquirir o controle de si mesma e talvez tenha agora uma visão deturpada do sexo, proibindo-se de concebê-lo como um passaporte para a felicidade. Por estes motivos, fixo a pena base referente a este delito, um pouco acima do mínimo previsto, o que seria possível fazer — no mínimo — esquecida a análise acima. Assim, aplico ao Réu a pena base de 5 (cinco) anos de reclusão. Não foi reconhecida a alegada agravante de reincidência. Também não se reconheceram atenuantes. Como não há na espécie especial causa de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a pena aplicada ao Réu, pelo delito de estupro, em *cinco anos de reclusão*.

ROUBO: O Conselho de Sentença reconheceu autoria do delito de roubo na pessoa do Réu. Frente ao art. 59, passo às análises dos indicadores. Roubo houve. No entanto, foi mínimo o grau de culpa (*lato sensu*) neste desígnio. As circunstâncias em quê o mesmo foi cometido, indicam que tal se deu como componente da violência em que o estupro se viu envolto. Dado que tem-se o Réu como primário e não se noticiam maus antecedentes seus quanto ao roubo, fixo sua pena base no mínimo previsto à espécie, qual seja, *quatro anos* de reclusão e multa no valor mínimo de dez dias-multa, cada qual valendo 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo mensal vigente ao tempo *do fato*. A brandura da multa deve-se ao fato de que não são de grande valor os objetos furtados, bem como à precária situação econômica do Réu, Ausentes, porque não alegadas, as agravantes — não se reconheceu reincidência — e ainda não admitidas atenuantes, visto que não há especiais causas de aumento ou diminuição de pena, torno definitiva a pena base aplicada ao Réu, por este delito.

Assim, pelo delito do roubo, fica o Réu condenado à pena de QUATRO ANOS DE RECLUSÃO e MULTA como acima determinado.

TENTATIVA DE HOMICÍDIO

Passo à análise dos indicadores do art 59 do Código Penal. Temos a

incursão delituosa agora, no homicídio simples, vez que o Conselho de Sentença repudiou as qualificadoras propostas. Tal homicídio não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do Réu. Estamos portanto diante de hipótese de tentativa de homicídio. Não vislumbro alto grau de culpa — *lato sensu* — neste desígnio. A tentativa de homicídio deu-se como o que seria, às avessas, o *grand finale* do odioso estupro. Viria coroar a tragédia para servir de manto da impunidade. No entanto, este não era o desígnio preponderante do Réu, dado que seus impulsos criminosos situam-se no campo da libido acentuadamente excitada.

Assim, dado que a vítima safou-se sem dificuldades da morte, posto que nadadora embora não confessada ao Réu, não foram graves as conseqüências deste delito, isoladamente considerado. Por isto determino seja a pena base, no mínimo corninado à espécie, qual seja, seis anos de reclusão. Como já considerado frente aos delitos anteriores, não há incidência de agravantes ou atenuantes na espécie. Há sim, especial causa de redução obrigatória de pena, qual seja, a determinada pelo parágrafo único do art. 14 do Código Penal. Assim, à pena base aplicada de seis anos de reclusão, faço incidir uma redução de 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em *dois anos de reclusão*.

Portanto, tendo que obedecer ao disposto no art. 69 do Código Penal, FRANCISCO SEMEÃO está condenado ao cumprimento total, pelos delitos acima anumerados, da pena de reclusão de *ONZE ANOS* e, quando livre, ao pagamento da multa de dez dias, valendo cada dia um trigésimo do SMR à data do fato.

Lance-se o nome do Réu no rol dos culpados.

Condeno o Réu nas custas processuais.

Dou esta por publicada em audiência e dela intimadas as partes. Registre-se.

Plenário do Tribunal do Júri, Sala de Sessões, aos vinte e cinco de abril de mil novecentos e oitenta e cinco.

CYRO MARCOS DA SILVA
Juiz de Direito

14ª VARA CRIMINAL
Rio de Janeiro —
Capital Autos nº 28.104

EMENTA: Caso dos banqueiros do jogo do bicho. Formação de quadrilha ou bando (art. 288, par. único do Código Penal) e associação para o tráfico de entorpecentes. Procedência parcial da denúncia.
(Sentença da Juíza de Direito Denise Frossard)

"Creio não haver exceção à regra geral de que os cidadãos devem saber o que precisam fazer para serem culpados, e o que precisam evitar para serem inocentes." — Marquês de Beccaria.

Vistos etc.

l. RELATÓRIO

O Ministério Público denunciou a este Juízo os réus:
01 CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE SILVA, vulgo "CASTOR"
02 ANIZ ABRAÃO DAVID, vulgo "ANÍSIO"
03 AILTON GUIMARÃES JORGE, vulgo "CAPITÃO GUIMARÃES"
04 RAUL CORRÊA DE MELLO, vulgo "RAUL CAPITÃO"
05 CARLOS TEIXEIRA MARTINS, vulgo "CARLINHOS MARACANÃ"
06 WALDEMIR GARCIA, vulgo "MIRO"
07 ANTÔNIO PETRUS KALIL, vulgo "TURCÃO"
08 JOSÉ PETROS, vulgo "ZINHO"
09 JOSÉ CARUZZO ESCAFURA, vulgo "PIRUINHA"
10 HAROLDO RODRIGUES NUNES, vulgo "HAROLDO SAENZ PENA"
11 LUIZ PACHECO DRUMOND, vulgo "LUIZINHO DRUMOND"
12 EM1L PINHEIRO,
13 WALDEMIR PAES GARCIA, vulgo "MANINHO"
14 PAULO ROBERTO DE ANDRADE SILVA, vulgo "PAULINHO ANDRADE",
todos qualificados nos autos, porque:

"Em termos pretéritos, teve início na cidade do Rio de Janeiro a prática de determinado jogo de azar, baseado no sorteio de números vinculados a nomes de certos animais, o qual se tornou popularmente conhecido como "jogo do bicho".

Mais recentemente, nas últimas décadas, com o referido jogo já na ilegalidade, vieram seus "banqueiros" — inclusive alguns já falecidos — a constituir verdadeiras fortunas à base de corrupção e da violência, eis que na disputa de "pontos", inúmeras vezes recorreram à prática de homicídios, por eles próprios ou a seu mando, conforme dá notícia a crônica judiciária ("CANDONGA", "CHINA CABEÇA BRANCA" e tantos outros).

Nessa luta pelo domínio da contravenção, foram prevalecendo os mais violentos e ousados que acabaram por fazer deste Estado um verdadeiro "loteamento" das áreas contravencionais que veio a se tornar conhecido como "Geopolítica do Jogo do Bicho".

Buscando manter o império dos "feudos" conquistados, os grandes "banqueiros do bicho" sempre impediram, à força, o ingresso daqueles que se aventurassem a concorrer em suas áreas, como foi exemplo o caso de MARIEL ARAÚJO MARISCOT DE MATTOS, que acabou assassinado, estabelecendo-se, a seguir, verdadeira "guerra" na contravenção, com a conseqüente morte de dezenas de "bicheiros" dentre os quais FRANCISCO DE QUEIROZ RIBEIRO ("Chiquinho"), WILSON CARDOSO DA COSTA ("Wilson Chuchu"), SEBASTIÃO SANTORO, FRANCISCO SANTORO, e outros mais.

Ocorre, no entanto, que nos últimos anos — situação que perdura até a presente data — os maiores "banqueiros" desse jogo, vale dizer, os denunciados, em inegável *pactum sceleris*, vieram a associar-se para a prática de crimes, objetivando, com isto, a manutenção do domínio de suas áreas de contravenção e a ampliação de suas atividades ilícitas, constituindo, assim, uma verdadeira organização criminosa, que se tornou conhecida, eufemisticamente, como a CÚPULA DO JOGO DO BICHO.

Visando à consecução dos referidos objetivos, tem a aludida organização, à toda evidência, o fim de cometer crimes, dentre os quais se incluem a corrupção de funcionários públicos, o seqüestro, a tortura e a eliminação de pessoas que se contraponham e seus negócios escusos, bem assim o tráfico de entorpecentes, dentre outros.

A demonstrar que a finalidade da quadrilha é a prática de ilícitos penais, vale registrar que os seus integrantes, em sua totalidade, corrompem funcionários públicos dos mais diversos escalões da Administração Pública, notadamente policiais civis e militares, ora mantendo-os a seu soldo, como "seguranças" matadores profissionais, ora fazendo com que deixem de praticar atos de ofício, mediante pagamento de "propinas", o que, no jargão contravencional, é conhecido como "PP", ou seja, pagamento da polícia ou propina policial.

Nesse sentido, é de se registrar, dentre outros elementos probatórios constantes dos autos, a existência dos depoimentos acostados às fls. 152/4, 155/9, 191/2, 201, 204/9, 243/4 e 296/8 do inquérito policial ns 003/86, que revelam a corrupção de policiais civis e militares, mediante envolvimento com a contravenção do "jogo do bicho" e com a prática de homicídios.

De igual modo, tem-se, às fls. 69, as declarações prestadas por CARLOS ALBERTO DA CONCEIÇÃO, em 16/06/1985, perante o Juiz de Direito da 25ft Vara Criminal da Comarca da Capital, nas quais reconhece ter "trabalhado" para "RAUL CAPITÃO", tendo, na oportunidade, a incumbência de dar "propina" à polícia, sendo o dinheiro entregue a policiais de uma "patrulhinha da P.M." e a "policiais da Delegacia da Praça Mauá".

De outra parte, surge evidente a implicação dessa organização criminosa com o tráfico de entorpecentes, como se deflui dos elementos probatórios constantes tanto dos inquéritos como dos anexos, os quais revelam envolvimento de dois notórios contraventores (CÉSAR TEIXEIRA DUARTE, vulgo "Boquinha" e SEBASTIÃO ALBANO DE LIMA, vulgo "Tião"), com o comércio ilícito de drogas, pessoas essas relacionadas com o 1 e 4 denunciados CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE e "RAUL CAPITÃO")

Induvidosamente, nesse sentido, há os depoimentos de PAULO TEIXEIRA DUARTE, às fls, 275 do inquérito n° 003/86 e de ALMIR MARQUES MARTINS, às fls. 95/8 do anexo II, além de outras provas.

De consignar, ainda, que a associação dos denunciados — revestida do caráter de permanência e estabilidade — encontra-se evidenciada no fato de existir, por delegação do "grupo", alguém que se expresse por ele, pessoa essa que, sob nome imaginário ou real, intitula-se o "porta voz da contravenção".

No passado se apresentava como LUCIANO CARLOS PEREIRA (fls. 36 e 75 do inquérito ne 003), nome fictício que escondia um grande "banqueiro". Hoje, de forma mais ousada, apresenta-se com o nome real: JOSÉ PETRUS, o "ZINHO", vale dizer, o 8. denunciado.

Dos fatos aqui narrados, conclui-se que os quatorze denunciados encontram-se associados em quadrilha para o fim de cometer crimes, inclusive para o tráfico de entorpecentes, sendo a associação, quanto aos diversos ilícitos penais e quanto ao comércio ilícito de drogas, resultante de desígnios autônomos — ou seja, manter a exploração da contravenção do "jogo do bicho" e ampliar os negócios escusos do grupo — quadrilha essa que, por suas características e pelos crimes a que se destina (seqüestros,

torturas e homicídios, dentre outros), é evidentemente, armada."

A exordiaí capitulou os fatos supra narrados como infração aos artigos 288 parágrafo único do Código Penal c/c art. 8, da Lei 8.072, de 25.07.90 e art. 14 da Lei 6.368/76, na forma do art. 70, 23 parte, do Código Penal, tendo indicado 10 (dez) testemunhas e vindo acompanhada dos inquéritos 003/86 e 002/86, e de dois apensos, sendo o primeiro consubstanciado pelo processo nº 28.103, com quatro volumes e o segundo consubstanciado por dois anexos. (Relatório resumido com permissão da MMa. Juiza prolatora).

2. FUNDAMENTAÇÃO

1. BREVE HISTÓRICO DOS INQUISITÓRIOS

Esta Ação Penal foi detonada em 26.11.91, tendo por suporte dois procedimentos investigatórios registrados sob nºs 002/86 e 003/86, inaugurados por requisição do então Procurador-Geral da Justiça Dr. Antônio Carlos Silva Biscaia, inicialmente, através do ofício que se vê acostado às fls. 10 do *l. volume*, de 20.09.85 e reiterado através do ofício que se vê acostado às fls. 02F do mesmo volume.

O primeiros deles — 002/86 — teve por objetivo apurar as atividades contravencionais relativas aos jogos de azar, notadamente o denominado "jogo dos bichos". Já o segundo — 003/86 — teve por escopo a apuração de crimes conexos às referidas modalidades contravencionais.

O Inquérito 003/86 embasou a denúncia quando já contava com 04 (quatro) volumes e ao tempo da apresentação — e recebimento — desta, foi tombado neste Juízo sob nº 28.104, permanecendo o Inquérito 002/86 (nº 28.103) com seus quatro volumes e dois anexos, com peças informativas em apenso a este feito.

Em 21.06.85, S. Exa. o então Governador deste Estado, Dr. Leonel de Moura Brizola, em memorando dirigido ao então Sr. Secretário de Justiça, acostado às fls. 21 — *l volume*, com os documentos de fls. 22/24 — *l volume*, assim se manifestou, *verbis*:

"A imprensa vem divulgando notícias e comentários os quais, se verdadeiros, constituem denúncias e críticas muito graves e que comprometem e atingem as próprias instituições policiais do Estado.

. . . . . .

. . . . . .

Por outro lado, manifesto a minha insatisfação pelo andamento das investigações e identificação dos responsáveis pelo funcionamento dos diversos centros de jogatina que a própria imprensa vem denunciando. A

opinião pública está adquirindo a convicção de que ocorre cumplicidade de funcionários da polícia. Ainda mais quando as investigações se arrastam insatisfatoriamente, sem a firmeza e eficácia que eram de esperar.

Determino, pois, a V. Excia., que articule as medidas e iniciativas necessárias com os Srs. Secretários da Polícia Civil e Militar e com o Sr. Procurador-Geral da Justiça, a fim de que esses casos venham a ser elucidados, com a identificação dos responsáveis, quanto também estabelecendo planos de ação e mecanismo preventivos em relação a tais ocorrências. Segue assinatura (grifei).

Os documentos mencionados outros não são senão aqueles que relacionam 54 (cinqüenta e quatro) locais referidos como de funcionamento de cassinos, nas cidades do Rio de Janeiro, Niterói, São Gonçalo, Campos, Três Rios, Barra do Piraí, Bom Jardim, Duque de Caxias, Nilópolis e São João de Meriti, todas neste Estado.

Tal memorando, no âmbito da Procuradoria-Geral da Justiça, foi alvo do seguinte despacho do então Procurador-Geral da Justiça, Dr. Antônio Carlos Silva Biscaia, em data de 12.09.85, que merece ser parcialmente transcrito, *verbis*:

"3. A ilegalidade do jogo do bicho fez com que nascesse uma *organização ilegal*, perfeitamente estruturada e funcionando em moldes capazes de fazer inveja a muitas organizações legais! Apenas para fornecer uma idéia, os "banqueiros do bicho" têm uma espécie de registro do comércio onde são anotados os ponto de jogo, seus proprietários, o local de descarga, etc,etc…

4. Ao que se sabe, durante muito tempo essa organização esteve voltada apenas para o jogo do bicho, empregando uma formidável mão-de-obra ociosa. No entanto, por razões ainda não muito claras, mas provavelmente por força da COLOSSAL QUANTIDADE DE DINHEIRO, que é movimentada a partir do jogo, a organização passou a dedicar-se a outras formas de criminalidade: contrabando, tráfico de tóxicos, furto de automóveis...

5. Exemplo marcante do estado a que chegou o jogo do bicho está na *forma de ascensão* — bastante recente, aliás — de urna pessoa ligada à cúpula diretiva da contravenção, Oficial das Forças Armadas trabalhando na perseguição do chamado "movimento subversivo" dos idos de 1968, passou, depois, à repressão ao contrabando. Depois de aliar-se aos contrabandistas, exonerou-se de sua função pública, passando como que num passe de mágica, à cúpula do jogo. Fica patente, assim, o vínculo íntimo existente hoje entre a contravenção do jogo do bicho e outras formas delituosas.

6. Tudo isso para não falar na incontável série de *homicídios* cuja raiz está no jogo do bicho. A cobiça, despertada nas pessoas em razão da grande quantidade de dinheiro que o jogo movimenta, faz com que se acirrem as disputas pelo domínio de áreas de exploração. A teor do que ocorre com a Máfia norte-americana, a forma eleita para resolver os conflitos é a da eliminação física do concorrente ou do mero candidato a concorrente. Para ilustrar a assertativa, basta que se lembre do episódio MARIEL MARISCOT ou do "China da Saúde" ou, ainda, do "China Cabeça Branca", todos eles assassinados, sendo que suas mortes determinaram outros inúmeros homicídios" (grifos no original).

Por determinação ainda do Procurador-Geral da Justiça, o expediente foi remetido à sua Assessoria Criminal, vendo-se, às fls. 11/13 o parecer datado de 17.09.85, do então Assistente Dr. Afrânio Silva Jardim, quem opinou pela instauração de inquérito para apuração dos fatos.

Tal parecer foi acolhido pelo Procurador-Geral da Justiça, vendo-se, às fls. 16, a conseqüência natural — a "requisição de instauração de Inquérito Policial" dirigida ao então Secretário de Estado da Polícia Civil, Dr. Arnaldo de Poli Campana.

No âmbito daquela Secretaria — da Polícia Civil — foi encaminhada a *requisição* da Chefia do *Parquet* Estadual à assessoria criminal, vendo-se às fls. 17/19, parecer do Assessor Chefe Luiz Noronha Neto, resistindo ao atendimento da *requisição* (prevista no art. 5 do Diploma dos Ritos), não por motivo legalmente previsto — v.g., por absurdo, fosse a ordem manifestamente ilegal — e sim treitento, aludindo a dada "...política adotada até o momento..." que seria a de relegar "...a um plano menos prioritário o ataque à contravenção do 'jogo dos bichos', que seria, no dizer ainda do parecerista, decorrente de posicionamento do então Governador do Estado.

Esse parecer concluiu pelo retorno da requisição ao Procurador-Geral da Justiça para uma espécie de "reflexão" de S. Exa. diante do fato contraposto, restando integralmente acolhido pelo então Secretário de Estado da Polícia Civil, Dr. Arnaldo de Poli Campana, em data de 16.10.85, conforme se verifica nas fls. 20.

Devolvido o expediente ao âmbito da Procuradoria-Geral da Justiça, mereceu veemente repúdio do Chefe do *Parquet*, Dr. Antônio Carlos Silva Biscaia, que foi claríssimo ao determinar o reenvio do expediente ao mencionado Secretário, *verbis*:

"O Ministério Público é totalmente estranho a qualquer política oriunda do Poder Executivo, que sugira um afrouxamento na repressão de um ilícito penal. ... Assim, deverão ser instaurados procedimentos investigatórios

para apuração cabal dos fatos, inicialmente com referência aos cassinos clandestinos relacionados às fls. 14/16 e aos homicídios e outros crimes conexos com a contravenção".

Diante disso, outra alternativa não teve o então Secretário de Estado da Polícia Civil, Dr. Arnaldo de Poli Campana, senão atender a requisição do Ministério Público. E tamanha má vontade em atendê-la ao depois tornou-se compreensível, em razão do envolvimento do referido policial com a atividade contravencional do "jogo dos bichos", passando a ter seu nome elencado na relação remetida pela Secretaria de Estado da Polícia Civil, como um dos investigadores disciplinarmente em razão da prefalada ligação, conforme se vê às fls. 4.676/4.678.

Consigne-se apenas, que o envolvimento do titular daquela Secretaria de Estado Policial não se resumiu a isto, como aliás foi fartamente noticiado nos mais amplos veículos de comunicação, no tocante à sua participação direta no Vídeo-Pôquer, modalidade maquiada do contrabando, não sendo coincidência que se trate aqui de outra das modalidades ilícitas que orbitam em face da contravenção do "jogo dos bichos". Não podia ser de outra forma que em razão do fato político daí derivado tenha sido ele afastado de sua função diretiva.

Assim, os sinais de resistência à apuração dos fatos, no âmbito da Polícia Civil e que exsurgem dos autos do processo, em sua fase inquisitorial, é perfeitamente compreensível, dado o entrelaçamento promíscuo que ao longo dos anos amadurece e se fortalece, entre autoridades às quais incumbe o dever de coibir atos ilícitos e a aparentemente "inofensiva" prática contravencional aludida — atividade ilícita.

Acompanhou o caminhar dos inquéritos, como *custus legis*, o ínclito Promotor de Justiça Dr. Raphael Cesário, o qual, em 0l.04.86, em promoção por cópia às fls. 389/406 — *2. volume*, percebendo o confuso rumo das investigações, buscou unificá-las nos dois feitos — 28.103 e 28.104 —, pois um só era o objetivo declarado da Procuradoria-Geral da Justiça — desbaratar a organização dos denominados "bicheiros", constituída nos moldes de verdadeira *societas delinquentium*, para, mantendo o "jogo dos bichos" em mãos de poucos, auferir de forma concentrada o lucro fácil que jorra abundante da ilícita atividade.

Naquela oportunidade e às prefaladas fls., S. Exa. elencou (cinqüenta e três) nomes de "bicheiros", alguns, travestidos de policiais, que foram assassinados, vítimas de tentativas de homicídio ou desaparecidos misteriosamente, de Carlos Vieira da Rocha, vulgo Candonga, a Mariel Mariscot de Mattos, passando por "China Cabeça Branca", "China da

Saúde", os policiais/bicheiros Irmãos Santoro, Pingüim, “Chiquinho” etc...

Em 19.03.87, o *custus legis* em acompanhamento aos inquéritos lançou sua última promoção nos autos, em razão de ter requerido a designação de outro Promotor de Justiça para acompanhar os feitos, pelos motivos que elenca às fls, 717/722 — *3. volume*.

“Para mim não dá mais.

...Toda a atual alta cúpula do "jogo do bicho" só chegou a ser grande banqueiro depois de matar e mandar matar, mandar seqüestrar, promover guerras com outros "banqueiros", corromper autoridades.

Os “banqueiros”, além de exercerem contravenção e praticarem crimes, ofendem a nós todos, inclusive a toda a sociedade. Impõem-se como Presidentes de Escola de Samba, Presidentes ou Diretores de Clubes de Futebol, patrocinam candidaturas para Deputados Estaduais e Federais, apresentam até candidato próprio.

... Eles só foram "banqueiros" porque mataram, seqüestraram, corromperam. Agora usam o poder a que chegaram a custas de crimes, para tornarem-se “legítimos” exploradores de atividade ilícita.

... Homicídio é crime. Seqüestro também. Corrupção também. E foram às custas destes crimes que os "banqueiros"ganharam as zonas que exploram.

... Se “RAUL CAPITÃO”, “CASTOR”, ANÍSIO”, “CAPITÃO GUIMARÃES”, “LUIZINHO”, “MIRO”, “MANINHO”, “PAULINHO ANDRADE” e muitos outros serão agora considerados honestos comerciantes e todo um passado criminoso será “esquecido”, de nada adiantará a minha permanênca na instrução destes inquéritos.”

Seja como for, as investigações prosseguiram, adentrou-se 1991 e ao final do mês de novembro, foi oferecida denúncia contra os réus, recebida às fls. l.008 e v. — *3. volume*. Após o recebimento da denúncia os atos processuais prosseguiram no processo 28.104, permanecendo em apenso o feito 28.103, referente ao inquérito 002/86, com quatro volumes e dois Anexos, como peças informativas, conforme promoção de fls. 1.406 — *4. volume* do feito nº 28.103.

2. AS PRELIMINARES

2.1. INÉPCIA DA DENÚNCIA

2.1.a. Ausência de Justa Causa

É notória e antiga a discussão sobre o *thema: justa causa*. Arrasta-se desde o Código de Processo Criminal do Império (1832) até o natimorto

Projeto de Lei nº 633, de 1975 (Mensagem nº 159/75), relativo ao futuro Código de Processo Penal.

Com o advento do Diploma dos Ritos em vigor, em 1941, ficou assente, no nível doutrinário, que a matéria não comportava um conceito abstrato, deixando-se para o Juiz, à vista do caso concreto, a tarefa, sempre difícil, de decidir sobre a existência ou não de justa causa.

A partir de então, coube à jurisprudência o relevante papel de conceituar a justa causa, nos vários *habeas corpus* impetrados, dês que fundado o pedido no art. 648, I, do Diploma dos Ritos.

Tantos foram os casos deduzidos, em sede de *habeas corpus*, que ampliou-se o conceito, chegando-se mesmo, à discussão de prova, em diferentes graus de profundidade, voltando-se, sem sombra de dúvida, para o mérito da acusação, distanciando-se do sentido histórico da expressão, que outro não é senão aquele que a vincula à prisão ilegal.

Desenganadamente, não é matéria fácil de se abordar, abstratamente, mas a função do Juiz, à luz do Diploma dos Ritos, é examiná-la no caso concreto e *in casu*, os fatos descritos na denúncia são definidos como infrações penais e havia, no momento do oferecimento da vestibular, a possibilidade de estarem os réus associados ilicitamente, à vista das peças informativas que lhe serviram de lastro. É o *quantum satis* para se verem processar.

Para o oferecimento da denúncia, no dizer abalizado de VICENTE GRECO FILHO bastam "a) que o fato seja definido como infração penal" e "b) que haja, em tese, a possibilidade de ser o investigado ou indiciado o autor da infração" (*Manual de Processo Penal*, Editora Saraiva, 1991, Pag. 86). No mesmo sentido GAMA MALCHER, *in Manual de Processo Penal*, Editora Freitas Bastos, 1980, I, vol. pág. 310/311.

Em outras palavras: para a ausência de justa causa, não poderia existir qualquer vestígio da fumaça do bom direito que autoriza a instauração da *persecutio criminis* em sua fase processual. E tanto há que houve o despacho de delibação, provisório e simples, recebendo a denúncia, que, submetido ao segundo grau de jurisdição através do *habeas corpus* nº 845 impetrado pelo réu PAULO ROBERTO DE ANDRADE SILVA, vulgo "PAULINHO ANDRADE" perante a E. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça, foi mantido ao ser denegada a ordem, à unanimidade, em acórdão lapidar, *vebis*:

"Denega-se *habeas corpus* visando trancar ação penal, por falta de justa causa, quando a denúncia imputa ao paciente a prática de crimes apurados em inquérito... Os atos imputados ao paciente constituem

crime. A denúncia faz um histórico da atividade da indigitada quadrilha, mencionando atividade iniciada a longos anos... iniciada até por ancestrais dos acusados..."

Há justa causa.

2.1.b. Atingimento da cousa julgada

Carece de seriedade, dando por barato, *data venia*, a arguição de preliminares que beiram a raia da heresia jurídica, como aquelas que pretendem embasar a alegada inépcia da exordial pelo atingimento da cousa julgada, em razão de resultados absolutórios pela prática de crimes diversos atribuídos a alguns dos réus. Ora, é certo que os réus jamais foram processados pelas práticas das condutas delituosas que lhes são imputadas neste processo, vale dizer, o crime de banda armada (art. 288 parágrafo único do CP) e a associação para o tráfico de entorpecentes (art. 14 da Lei 6.368/76).

É assente na doutrina, inclusive alienígena, que sendo — como são — os delitos de associação criminosa, autônomos e permanentes, independem dos crimes que vieram a ser cometidos pelo bando, conforme a exata exegese do art. 288 do Diploma Penal e do art. 14 da Lei 6.368/76.

COLHO em *SOLER*:

"Aqui no se trata de castigar la participación a un delito, sino la participación a una associación o banda destinada a cometerlos con independência de la ejecución o inejecución de los hechos planeados o propuestos" (*Derecho Penal Argentino*, Sebastian SOLER, Tipográfica Editora Argentina, Tercera Reimpresion, 1956, Tomo IV, pág. 642).

VEJO em *RANIERI*

"... e se commetesse altri diversi delitti se avrebbe il concorso anche con quest" (*Manuale di Diritto Penale*, Silvio RANIERI, Editrice Padova, 1952, Volume Secondo, pág. 160).

... e em *MIRABETE*:

"O crime de quadrilha ou bando tem completa autonomia jurídico-penal e, portanto, existência própria, independendo, assim, da condenação dos agentes pela prática de outra infração... O crime de quadrilha ou bando é sempre independente daqueles que na *societas delinquentium* vierem a ser praticados..." (*Manual de Direito Penal*, Júlio Fabbrini Mirabete, Editora Atlas, 5ª Edição, 1991, 3. vol. pág. 190).

Salta aos olhos que inexiste cousa julgada.

2.1.c. Não descrição da participação de cada réu nos fatos delituosos.

Quanto a alegada não descrição da participação dos réus nos fatos delituosos, impende observar que a natureza plurissubjetiva das condutas associativas imputadas prescindem da individualização reclamada, bastando o fato da integração associativa criminosa, como, aliás, é mister de se verificar na especificidade dos crimes dessa natureza. Erigiu a lei à categoria de crimes a mera participação em atos preparatórios, em claríssima exceção à regra consubstanciada no art. 31 do Diploma Penal. No dizer de *MIRABETE*, "*...se nota claramente a impaciência do legislador ao incriminar fato que consistiria apenas ato preparatório de crimes*" (ob. cit. 3. vol. pág. 187).

Neste sentido, cabe destacar que em se tratando se crime de perigo e pela extensa e relevante ofensa ao bem jurídico tutelado em questão, o legislador não aceitou de observar, inerte, o desenvolvimento de tal conduta de molde a considerá-la simplesmente como ato preparatório, e portanto impunível, do *iter criminis* de delito próprio e autônomo.

2.2. OBRIGATORIEDADE E INDIVISIBILIDADE DA AÇÃO PENAL

Ao ser abordado, em preliminar, o *thema* acima, afirma-se, por via oblíqua, a existência de uma quadrilha, apresentada apenas com parte de seus integrantes a julgamento. Em outras palavras: *há integrantes do banco que ainda não foram denunciados*...

Seria o caso de se recordar que face a indisponibilidade dos bens jurídicos em exame e bem assim aqueles afetos ao próprio e amplo exercício de defesa, em sede penal, infelizmente, não se pode presentificar aqui o reconhecimento parcial do pedido autoral.

A apuração do fato concreto não observa, como se gostaria e como pretende o legislador, fases ideais para a consecução dos seus objetivos, e, como primeira de suas conseqüências, a identificação primária, a partir dos imprescindíveis indícios dos autores que teriam até então em tese, violado tipo penal consagrado.

Neste sentido e não se olvidando as características de amplitude pessoal, temporal e espacial dos delitos em tela, e considerando-se a grande divisão de lideranças no seu exercício, inicialmente por esta Unidade da Federação e já hoje por todo o Território Nacional, como é fato público e notório, utópica a consideração de se pretender coletar, num único momento, *todos* os possíveis autores daqueles fatos puníveis.

Em sendo assim, doutrina e jurisprudência, atentas à razoabilidade da aplicação prática dos princípios da obrigatoriedade e da indivisibilidade da ação penal, além de não buscar um estímulo ao retardo maior da prestação jurisdicional, permitem, com o bom senso sistematizado na norma, que se procedem aditamentos em processos desmembrados, sobre o mesmo fato. Outra não deve ser a hipótese em tela.

2.3 AUSÊNCIA DO PROMOTOR NATURAL

A preliminar sob enfoque já foi objeto de decisão pelo Segundo Grau de Jurisdição, através do *habeas corpus* n° 845 impetrado pelo réu PAULO ROBERTO DE ANDRADE SILVA, vulgo "PAULINHO ANDRADE" perante a E. 3ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça (cf. fls. 3.989/3.991), denegada a ordem, à unanimidade, em acórdão lapidar, *verbis*:

"É licito ao Exmo. Procurador-Geral da Justiça designar promotores para funcionarem em determinados processos. Quanto à matéria da sustentação oral, essa Câmara já se pronunciou, por unanimidade, no sentido de ser possível ao Dr. Procurador Geral de Justiça designar um ou mais promotores para funcionarem em qualquer processo. A medida é de interesse público e não viola os predicamentos da instituição".

Acrescente-se que o Judiciário não pode ser considerado fiscal desta atividade administrativa, mercê do mérito nela inserido, que compete à Autoridade que a proferiu, distanciando-se, assim, de um pretendido controle externo desta, sem relevantes reflexos processuais.

Faço integrar esta decisão, por irrepreensível, a sustentação Ministerial às fls. 6.981/6.982 sobre o *thema*:

"No que concerne a alegada ausência do Promotor Natural, questão institucional amplamente discutida e recentemente decidida pelo Supremo Tribunal Federal, tem hoje os seus limites norteadores no art. 24 da Lei n. 8.625 de 12.02.93 — Lei Orgânica Nacional do Ministério Público — que condiciona à concordância do Promotor de Justiça Titular — o Promotor Natural — à designação de outro Promotor para funcionar em feito de sua atribuição.

No presente caso, desde o início das investigações, face à complexidade dos fatos apurados, o Ministério Público esteve sempre representado por 3 (três) Promotores de Justiça que se sucederam e se revezaram na prática dos atos relativos aos procedimentos policiais instaurados.

Quanto à circunstância de 03 (três) Promotores de Justiça terem assinado a peça inaugural, foi também alvo de apreciação na decisão

supramencionada, conforme se depreende de seus judicio-sos termos, *verbis*:

'Não acarreta nulidade a circunstância de três promotores assinarem uma denúncia, embora se reconheça uma excentricidade. Ao que tudo indica, Suas Excelências assim procederam a fim de ficar bem expresso que os três assumiram igualmente a responsabilidade pela denúncia'.

Já a alegada participação de outro Promotor de Justiça nos interrogatórios dos réus, em expressa alusão a este Promotor que subscreve as alegações finais, mister se diga, foi o mesmo designado em auxílio ao órgão de atuação do MP junto a essa 14ª Vara Criminal, tendo atuado em todos os atos da instrução criminal e, inclusive, em outras ações penais em curso nessa Vara.

Acrescente-se que a eminente Promotora de Justiça titular do órgão de atuação do MP junto a essa 14ª Vara Criminal, declarou-se impedida para atuar no presente feito, conforme se constata da promoção da fl. 1 .059 — 4. volume".

2.4 NÃO APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.072/90

Trata-se de matéria que claramente permeia-se com o *meritum causae,* de forma que terá apreciação e decisão em momento oportuno e subsequente desta

2.5. PRESCRIÇÃO

Quanto a esta argüição talvez não tenha sido atentado, com a precisão necessária, um simples aspecto da classificação de crimes, que a põe por terra, qual seja: estamos diante de crimes permanentes, onde, por definição, as respectivas consumações se protraem no tempo, de sorte que os atos materiais a eles vinculados sofrem uma peculiar seqüência temporal, não admitindo a determinação do termo *a quo* do lapso prescricional pretendido. A prescrição, repise-se, é inocorrente em razão da natureza dos delitos imputados .

Sinto-me *bem* acompanhada a respeito, com *WESSELS* e *WELZEL*, *in Direito Penal — Parte Geral*, numa tradução do Professor *JUAREZ TAVARES*, pág. 9 e *Derecho Penal Aleman — Parte General*, numa tradução dos Professores *JUAN BUSTOS RAMIREZ* e *SÉRGIO YAÑEZ PEREZ*, 11ª ed. alemã e 2ª ed. castellana, 1976, pág. 358, *verbis*:

"Nos *delitos permanentes* a manutenção do estado ilícito depende da vontade do autor, assim que não somente a sua produção, mas também

a sua duração realiza o tipo legal. O fato punível, que aqui se renova continuamente de certo modo, já está 'consumado' com a verificação do estado ilícito, mas somente estará 'acabado' com a abolição deste estado, *importando para início da prescrição* — último grifo meu.

"La prescripción de los delitos de omisión propia comienza con Ia cesación dei deber de actuar, en los deiitos permanentes, con ei agotamiento dei hecho penal...".

2.6. *NE BIS IN IDEM*

Conduz a narrativa a que se trata da discussão polêmica que se travou ao tempo do advento da Lei 8.072/90, conhecida como a *Lei dos Crimes Hediondos*, que em seu art. 8, majora a penal, *in abstrato* quando visa a quadrilha roganizada aos crimes que a referida lei especifica.

É meu entendimento que esta matéria deverá alcançar sua precisa determinação quando da análise dos conteúdos típicos das normas que entende o *Parquet* tenham sido violadas e no conseqüente processo tipicamente jurisdicional de tipificação.

2.7. AUSÊNCIA DO INTERESSE DE AGIR

No que tange à alegada falta de uma das condições da ação, consubstanciada no interesse de agir, faz-se mister seja colocada a questão nos exatos termos jurídicos, eis que ao tolerar-se a imprecisão dos termos, seremos conduzidos ao erro conceitual.

A ação é um direito público, genérico, abstrato, incondicionado, de exigir-se, do Estado, a entrega da prestação jurisdicional, de inegável natureza Constitucional. E em assim sendo — como é — melhor seria, ao referir-se às condições da ação, que se o fizesse como as condições para o legítimo exercício desse direito (cf. *Manual de Direito Processual Civil*, Enrico Tullio Liebman, Forense, 1984, Tradução do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, vol. I).

Vedada que é, salvo em casos excepcionais, a autodefesa, limitadas que estão a autocomposição e a arbitragem, reservando-se o Estado moderno, para si, o exercício da função jurisdicional, tem-se a ação, em última essência, no dizer de *COUTURE*, como "...o substitutivo civilizado da vingança".

Para o seu *legítimo* exercício está submetida a ação, pelo legislador ordinário, a condições que se consubstanciam na *legitimidade*, no *interesse de agir e na possibilidade jurídica do pedido*.

Significa o *interesse de agir* a compatibilidade, em tese, "*... da relação entre a situação lamentada pelo autor ao vir a juízo e o provimento jurisdicional concretamente solicitado*" (cf. *Teoria Geral do Processo*, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pelegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco — Editora Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1983, pág, 223).

No processo penal, contudo, o *interesse de agir* não se apresenta com o mesmo relevo com que surge no campo do processo civil. Não pode o Estado tornar efetivo seu direito de punir senão através do Juiz, em razão do princípio "*nulla poena sine judicio*".

Assim, nos casos de ação penal pública incondicionada — como o presente — o interesse processual do Ministério Público decorre do próprio princípio da legalidade, verdadeiro refíexo do resguardo do contraditório sobre a expressão democrática do princípio da reserva legal na imprescindibilidade de se recorrer ao Judiciário para a solução de uma pretensão resistida.

"*Só há interesse de agir*", assinala GAMA MALCHER, "*quando se pode, concretamente, obter o que se pretende com a decisão. Seria inútil, por exemplo*", continua o Mestre, "*que fosse proposta uma ação penal visando obter a condenação por utn fato cuja punibilidade estivesse extinta pela prescrição, ou fosse impunível*" (*Manual de Processo Penal Brasileiro*, José Lisboa da Gama Malcher, Editora Freitas Bastos, 1980, pág. 306/307).

"Só a necessidade constrange os homens a ceder uma parte de sua liberdade; daí resulta que cada um só consente em pôr no depósito comum a menor porção possível dela, isto é, precisamente o que era necessário para empenhar os outros em mantê-lo na posse do resto. O conjunto de todas essas pequenas porções de liberdade é o fundamento do direito de punir" (*Dos Delitos e das Penas*, Cesare Bonesana, Marquês de Beccaria, Ediouro, pág.31).

É esta a hipótese.

Pelos motivos expostos, REJEITO as prefaciais argüidas.

3. O MÉRITO

Abstenho-me de tecer considerações mais abrangentes e aprofundadas sobre o histórico e cronologia dos fatos que aqui são tratados, por entender que tal abordagem distancía-se da ótica e do equilíbrio jurisdicional, de molde a acreditar que tal iniciativa possa ser levada a perfeito termo numa crônica jornalística especializada.

A exordiaí imputa aos réus duas condutas delituosas. A primeira refere-se ao crime tipificado no art. 288, parágrafo único, do Diploma Penal, nominado de QUADRILHA OU BANDO ARMADO.

A segunda refere-se ao crime tipificado no art. 14 da Lei 6.368/76, nominado de ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES.

3.1. A QUADRILHA OU BANDO ARMADO (ART. 288 DO CÓDIGO PENAL)

MATERIALIDADE

A *materialidade* delitiva, no crime sob enfoque, como não podia deixar de ser, dês que atentos à peculiaridade do mesmo, não deixa vestígios, de forma que, conforme estatui o art. 158 do Diploma dos Ritos, numa interpretação a contrario *sensu*, deriva da prova testemunhal colhida, a qual confirma os termos propostos na exordial, particularmente no que tange ao envolvimento inconteste de todos os acusados deste processo em diversos, sucessivos e freqüentes crimes praticados contra a administração pública e relacionados à corrupção do aparelho policial, sem prejuízo do braço armado que se fez presente no extermínio dirigido à criação e manutenção de um verdadeiro império paralelo, de molde a causar infeliz reverência, fundado temor e cínica notoriedade ao grupo em questão.

Secundando todo o arcabouço probatório, que a esta altura já considero, neste aspecto, monolítico, relembro a presença nos autos das peças referentes a alguns dos infindáveis processos que correm ou já correram, independendo de seus resultados, em Varas Privativas do Júri, por todo este Estado, sempre envolvendo fatos de extrema, infeliz e para alguns, exemplar violência, onde estão presentes vítimas, que de qualquer forma, mantinham interesses conflitantes ou estranhamente coincidentes como grupo de indivíduos que vieram a ser chamados neste processo, como réus.

Neste sentido e fulcrado na prova material dos autos, encontro as raízes de minha missiva na farta documentação aposta às fls. 4.586/4.593 — *17 volume*, 4.676/4.678 — *17 volume* e 6.324/6.328 — *23 volume*, que com a força característica dessa espécie de prova, apenas robustece os depoimentos colhidos em ambas as fases do procedimento, dos quais destaco, particularmente, em se tratando de quem o prestou, pela autoridade moral e isenção de comportamento no exame da matéria, como um estudioso além de ser um dos alicerces basilares da Segurança Pública do Estado, aquele do Excelentíssimo Senhor Secretário de Estado da Polícia Militar, Coronel PM Carlos Magno Nazareth Cerqueira.

Note-se que esta testemunha, já tendo sido ouvida em sede extrajudiciária, dispôs largamente e em termos genéricos sobre os fatos agora em julgamento, vindo a ser convocado a repeti-los, particularizá-lo e esclarecê-los, tudo sob o crivo do contraditório, dando às Defesas Técnicas a oportunidade do exercício da ampla defesa, para reperguntarem, sendo certo que nenhuma delas entendeu por bem exercer tal faculdade.

Vale transcrever trechos do depoimento judicial da testemunha, às fls. 4.335/4.339 — *16 volume*, *verbis*:

"... que realmente tem conhecimento de corrupção de policiais civis e militares com a ligação direta destes aos contraventores do jogo do bicho... que se recorda que o fato mais recente envolvendo tais circunstâncias aconteceu durante as últimas eleições municipais, no Município de Duque de Caxias, quando dois policiais militares trocaram tiros com candidatos daquela área, sendo certo que estes policiais faziam a segurança do irmão do Sr. MESSIAS SOARES que complementando o que já acima foi consignado, tem o depoente conhecimento de que além dos policiais militares, praças, envolvidos na corrupção derivada da prática contravencional, propinas recebidas ou segurança desenvolvida para os contraventores, também estão envolvidos nestas atividades alguns Oficiais da Corporação, que também ratifica manifestação anterior no sentido de que o jogo do bicho desenvolvido neste Estado 'é a versão tupiniquim do crime organizado', que 'dizer que não há corrupção é tapar o sol com a peneira'; que fazendo uma análise comparativa do desenvolvimento da atividade contravencional do jogo do bicho, desenvolvida, por exemplo nos Estados do Rio de Janeiro e da Bahia, afirma o depoente que peia repressão estabelecida contra esta atividade no primeiro daqueles Estados, o Rio de Janeiro, apenas pessoas mais 'audazes' e 'afeitas ao crime' vieram a aqui desenvolvê-la, ... que 'a corrupção na polícia começa pela atividade do jogo de bicho', ... que ratifica os termos de manifestação sua produzida quando foi ouvido na CPI do Narcotráfico, no sentido de que o modelo desenvolvido pela contravenção do jogo de bicho deste Estado baseia-se na 'corrupção e acumpliciamento', entendendo o depoente que estas duas circunstâncias estão intimamente ligadas e se completam..."

Quanto aos crimes afetos ao Tribunal do Júri, desenha-se igualmente significativo e até porque não dizer, imprescindível, na própria caracterização da materialidade da majorante especial da quadrilha *Armada*. Isto sem considerar os coincidentes antecedentes criminais, a respeito já ostentados pelos réus JOSÉ CARUZZO ESCAFURA, vulgo "PIRUINHA", RAUL

CORREIA DE MELLO, vulgo "RAUL CAPITÃO", LUIZ PACHECO DRUMOND, vulgo "LUIZINHO DRUMOND"e WALDEMIR PAES GARCIA, vulgo "MANINHO", conforme se vê, respectivamente, às fls. 1.264/1.267, 1.252/1.255, 1.271/1.272 e 1.275.

AUTORIA

No que tange à *autoria*, esta, no crime agora em exame, é o que se me afigura como mais certa, já que os próprios acusados, por características pessoais e peculiares de comportamento, nunca negaram à opinião pública, em todas as oportunidades e canais que lhe foram abertos, inclusive a CPI do Narcotráfico, a sua condição de liderança organizada da contravenção lotérica do Estado, circunstância esta que apenas omitem em sede Judicial, graças ao respeito devido à Jurisdição, nos seus interrogatórios neste processo, bem como e agora por motivos financeiramente óbvios, nas declarações de bens e rendimentos.

Em verdade, entendo que todos eles admitem extraprocessualmente e de forma não menos oficial, suas posições na já institucionalizada "Cúpula da Contravenção", apenas furlando-se às conseqüências materiais, causals e históricas de tal condição, as quais perfazem exatamente o objeto mediato desta prestação jurisdicional.

Note-se que todos os réus que foram ouvidos na CPI da Câmara Federal, quanto ao Narcotráfico, admitem que são "banqueiros"do "jogo dos bichos", sendo certo que um deles, aquele conhecido por "HAROLDO SAENZ PEÑA", chega, inclusive, a indicar, com indisfarçável vaidade do exercício de atividade, para dizer ao menos irregular, um período que se confunde com a ritualística sacra de bodas de ouro. Aliás, trata-se de comemoração de insuspeita imortalidade, em meio — como já se verificou acima — onde a atribuição de adicional de periculosidade não seria vista como benesse ou liberalidade, ou, uma licença poética de cunho metafórico, daquela atividade, porque não dizer, "insalubre". Relembre-se que menção relevante a respeito foi feita por Arlete, filha do extinto *China da Saúde*, referida às fls. 3.234 — *5 volume* — naturalmente, com a maquiagem protetora, que lhe garantiu uma aliviada sobrevida.

TIPICIDADE

Passo ao exame de *tipicidade* da conduta em tela.

Sob o titulo de CRIMES CONTRA A PAZ PÚBLICA inseriu o legislador o delito de Formação de quadrilha ou bando juntamente com outros dois,

ou seja, a incitação ao crime e a apologia de crime ou criminoso, tutelando a paz pública.

No tocante à individualização das características típicas do delito agora em exame e diante da fluidez e indeterminação de conteúdo sustentada para os mais desavisados, cabe lembrar a gênese conceitual derivada do maior artífice da Escola Clássica, respeitante às peculiaridades da objetividade jurídica violada correspondente: refiro-me ao grande Mestre da Universidade de Pisa, *FRANCESCO CARRARA*, *verbis*:

"La parola *tranquillità* sotto il punto di vista interiore esprime uno stato reale deli 'animo consistente nell 'assenza di ogni commozione violenta che Io agiti specialmente per ira, per dolore o per timore. Sotto il punto de vista esíeriore esprime quel corrispondente stato dei corpo consistente nell 'assenza di movimenti straordinari impetuosi e convulsi. Quando tali stati se contempiano in un numero indefinito di cittadini e possibilmente in tutti, si usa la formula *tranquillità pubblica*. Quei fatti pei quali si desta nell 'animo di un numero indefinito di cittadini un concitamento di affetti dolorosi o trepidanti pei quali ne consegue lo agitarsi di una moltudine, si dicono offensivi della *pubblica tranquillità*" (*Programma del Corso di Diritto Criminale*, Francesco Garrara, Editrice "Fratelli Cammelli", 1906, 6. vol., pág 150).

Sempre oportuna a lembrança da idéia *mater* sobre as peculiaridades de uma figura delitiva como essa, como a que colho em *BECCARIA*, *verbis*:

"Supondo-se a necessidade da reunião dos homens em sociedade, mediante convenções estabelecidas pelos interesses opostos de cada particular, achar-se-á uma progressão de crimes, dos quais *o maior será arquele que tende à destruição da própria sociedade*. Os menores delitos serão as pequenas ofensas feitas aos particulares. Entre esses dois extremos estarão compreendidos todos os atos opostos ao bem público, desde o mais criminoso até ao menos passível de culpa" (ob. cit. pág. 127).

Ao verificar a insuficiência da tutela legal oferecida contra a incriminação de dadas condutas que atingem materialmente o cidadão ou a própria sociedade, o legislador ordinário pátrio entendeu de prevenir, buscando evitar fatos causadores de intranqüilidade, alarme e insegurança social, incriminando, como já disse acima, atos preparatórios, que passam a constituir, em si mesmos, os três crimes descritos no título IX ida parte especial do diploma penal.

In casu, interessa-nos o último deles, vale dizer a "Formação de quadrilha ou bando armado".

Eis a conduta que o direito não quer que ocorra, *verbis*:

"Art. 288 l Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena — reclusão de um a três anos. Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado".

Registra o dispositivo um delito formal de perigo, eis que o risco à paz pública é considerado presente pela simples constituição de uma sociedade criminosa.

Crime coletivo, plurissubjetivo exige a lei Brasileira a associação de pelo menos quatro pessoas, guardando estreito paralelismo como o do tipo do art. 416 do Código Penal Italiano — "*Quando tre o più persona si associano allo scopo di commetere più delitti*..."

Outra característica relevante sobre esta especialidade típica aparece emoldurada por *WESSELS* (ob. cit. pág. 08/09), *verbis*:

"Os *delitos de perigo concreto* baseiam-se na ponderação de que um comportamento contrário à norma pode ser perigoso para o objeto protegido e será punível *tão logo* o perigo, no caso em espécie, se apresente de modo *concreto*. A ocorrência do perigo é aqui *elemento do tipo* e, portanto, necessita, em caso de punição, ser determinada pelo juiz".

O núcleo do tipo é a associação dos sujeitos ativos.

DEPARO, sobre o *thema*, em *FRAGOSO*:

"Associação é o acordo de vontades, de modo permanente, para consecução de fim comum. Como bem diz *MAGGIORE*, 'no fato associativo há algo mais do que acordo. O simples 'acordo'para cometer um crime não é punível. O que transforma o acordo em associação e o torna punível pelo crime em exame, é a organização com caráter de estabilidade'. É assim, uma certa permanência ou estabilidade o que distingue o crime em exame da simples participação criminosa (*societas sceleris* ou *societas in crimine*) (*Lições de Direito Penal*, Parte Especial, Ed. Forense, art. 288).

... e em *HUNGRIA*,

"Reunião estável ou permanente (*que não significa perpétua*), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes. A nota de estabilidade ou permanência da aliança é essencial. Não basta, como na co-participação criminosa, um ocasional e transitório concerto de vontades para determinado crime, é preciso que o acordo verse sobre uma duradoura atuação em comum, no sentido da prática de crimes não precisamente individuados ou apenas ajustados quanto à espécie..." (*Comentários ao Código Penal*, 3ª ed., Editora Forense, pág. 177 — grifei).

Analisando o preceito similar Italiano, *MANZINI* observa que, *verbis*:

"Não é preciso, portanto, uma organização formal, resultante de um

ato constitutivo, de estatutos, regulamentos, disciplinas, cargos, etc..., mas é necessária e suficiente a organização rudimentar inerente à delituosa convenção..."(*Trattato di Diritto Penale Italiano*, atualizado por Pisapia, Turim, 1962, vol, VI, pág. 182).

... e *MAGGIORE*,

"La società non deve essere insomma legata ad alcuna forma giuridica (statuti, ordinamenti, atti) nè ad alcuna organizzazione gerarchica (i capi, i promotori, possono esistere o mancare): basta che esista un concerto, a carattere permanente, d'intenti e di azioni" (*Diritto Penale*, Guiseppe Maggiore, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 4ª ed., 1950, vol. II, pág. 360).

Ainda sobre o *thema*, também observa o Mestre da Universidade de Torino, *ANTOLISEI*,

"La forma di organizzazione adottata è indifferente, tanto piü che, trattandosi di un 'attività illecita, è ben naturale che di regola si rifugga dalle tipiche forme associative" (*Manuale di Diritto Penale*, Francesco Antolisei, Giuffrè Editore, Milano, 3ª ed., 1957, vol. II, pág 574).

No mesmo passo seguem *VANNINI — Manuale di Diritto Penale* — Parte Speciale, Milão, 1954, pág 143; *SABATINI — II Codice Penale Ilustrato Articolo per Articolo* — Milão, 1934, 2. voi. pág. 684, *SANTANIELLO — Manuale di Diritto Penale* — Milão, 1967, pág. 408 e *PISAPIA — Instituzioni di Diritto Penale* — Pádua, 1965, págs. 321/322, dentre outros.

MAGALHÃES NORONHA, examinando a *ação física* do crime em foco, fala em certa "organicidade"que se revela "principalmente por estabilidade e propósito". Todavia, continua o Mestre, "não se quer com isso dizer que ele exige organização, regulamentação ou estatutos e regimentos internos. É suficiente organização rudimentar que seja capaz do fim em vista" (*Direito Penal*, Ed. Saraiva, 1971, vol. 4., pág. 125).

A propósito da pretensa indeterminação dos crimes, assim se manifesta o mesmo autor:

"Lê-se em alguns autores que os crimes devem ser indeterminados. Tal não é exato. O que se exige é o propósito de cometer vários crimes. O desígnio de praticar apenas um não daria a tonalidade necessária ao delito. A quadrilha se caracteriza pela multiplicidade de planos ou projetos criminosos, o que importa crimes certos e determinados. A exigência de delinqüir indeterminadamente poderia até levar à chocante conclusão da falta de tipicidade da associação sempre que houvesse planos estudados e predeterminados. Estes, pois, não se opõem à finalidade do bando ou

quadrilha, cuja atividade, entretanto, não se esgota com isso. É que a elaboração de um propósito criminoso, de um plano delituoso, procede e precede a outros, tudo, em seu complexo, dando vida e existência à *societas delinquentium*

Desnecessário também que a reunião tenha, desde a sua constituição, o fim de delinqüir. Pode ela degenerar e transformar-se em criminosa e pode, além do fim ilícito que lhe deu origem, juntar-se o de cometer crimes: haverá o tipo em questão"(ob. cit., págs. 126/ 127).

Em outras palavras: o que a lei quer punir especificamente, conforme ressalta *PUGLIA* é o propósito deliberado do grupo organizado, como figura delituosa *per sé stante*, que objetiva maior força delituosa, mais segurança individual e mais êxito operacional, desimportando saber se o bando tem líder ou chefe, se houve reunião prévia para formação da quadrilha ou se seus componentes se reúnem eventualmente para planejar uma ação delituosa.

De outro modo, consuma-se o delito sob enfoque com a simples associação de quatro ou mais pessoas para a prática de crimes, o que já ofende o bem juridicamente tutelado — a paz pública — e protrai-se no tempo enquanto durar a *societas delinquentium*, eis que se trata, no dizer abalizado de *MAGGIORE*, "*... infatti di delitto tipicamente permanente*"(ob. cit., pág. 362) (grifei).

Averbe-se, contudo, a pertinente consideração traçada a respeito pelo Eminente Penalista Argentino *CARLOS FONTÁN BALESTRA in Tratado de Derecho Penal* — Parte Especial, Tomo VI, 2ª ed., 1981, pág. 469, *verbis*:

"El delito *se consuma* con el solo hecho de formar parte de la asociación, y esa consumación se prolonga hasta que la asociación concluya, sea por disolución, sea por arresto de los asociados o de alguno de ellos que reduzca el número a menos de três"

Comentando o art. 288 do Diploma Penal, *FRAGOSO* observa que, *verbis*:

"O crime consuma-se no momento e no lugar em que mais de três pessoas se associam ou em que se ingressa na quadrilha já existente..." (ob. cit. 3. vol.)

Desnecessário que o bando execute ou inicie a execução de algum crime. A desistência do agente, ainda que voluntária, não lhe aproveita, não lhe exclui a responsabilidade.

No que se relaciona a uma das características mais marcantes desta figura delitiva — tratar-se de um crime permanente — independentemente

de citações anteriormente produzidas, socorro-me aqui, uma vez mais, de *FONTÁN BALESTRA* (ob. cit. pág. 469), que por sua vez se inspira em *MAGGIORE*, *verbis*:

"Es un delito tipicamente permanente. La permanencia no se altera, y por ello el delito queda único e idéntico, cuando una persona forma parte simultánea y sucesivamente de varias asociaciones para delinquir. Y no desaparece la indentidad por el hecho de que el agente se asocie, ora con unas, ora con otras personas, ya que las personas de los asociados no tienen valor ante la ley, que solo considera el número".

No que tange à circunstância qualificadora, visa atender à maior potencialidade agressiva da *societas delinquentium*.

Ainda em *FONTÁN BALESTRA*, cultivo a seguinte característica pertinente à espécie (ob. cit. pãg. 476), *verbis*:

"Esta circunstancia agravante se caracteriza por el hecho de que la *asociación disponga de arma de fuego*. No es preciso que se las utilice, y menos aún en la ejecución de un delito hecho que cae fuera del tipo. Tampoco es necesario que las tengam em su poder alguno o algunos de los asociados, porque *es la asociación* como sujeto colectivo la que debe disponer de ellas".

No cerne da questão, agora alcançado, relembre-se aqui, por sempre oportuno, que o tipo penal enquanto instituto jurídico configura-se insuspeito como a mais importante garantia da liberdade individual e da democracia, expressão cristalizada direta do princípio da reserva legal, de molde a separar com transparência e ao mesmo tempo firmeza, o joio do trigo na sociedade, ou, no nosso caso, aqueles que merecem arcar com a reprovabilidade cominada no preceito secundário da norma em questão, diante do malferimento do preceito primário negativo não observado.

Como não poderia deixar de ser, a análise de tão imprescindível aspecto está intimamente conjugado com os fatos que, em última instância, são o próprio objeto de apreciação e decisão aqui, o que se passa a proceder.

No processo tombado no II Tribunal do Júri sob n. 9.822/81 e detonado contra Francisco de Queiroz Ribeiro, vulgo Chiquinho, policial civil envolvido com a contravenção, conforme consta da relação de fls. 6.327 — *23 volume*, pronunciado, com prisão decretada por força da decisão de pronúncia e "desaparecido" há vários anos, alguns depoimentos são eloqüentes e confirmam a *societas delinquentium*, conforme narra a vestibular.

Nesse processo, que veio ao contraditório, aqui, por cópias autenticadas às fls. 5.349/5.648 — *20 volume* e 5.649/5.825 — *21 volume*, a vítima

outra não é senão o policial / albergado / aspirante a bicheiro Mariel Araújo Mariscot de Mattos, assassinado no dia 08.10.81 defronte ao nº 29 da Rua Alcântara Machado, vale dizer, diante do "bunker"de "RAUL CAPITÃO", por onde passava, coincidentemente, o Delegado Bucker, se assim me permitem os trocadilhos impostos pela História.

No dia seguinte ao homicídio, ou seja, em 09.10.81, foi inquirido pela Autoridade Policial o responsável pelo estacionamento então existente na Rua Alcântara Machado nº 40, Antônio Eustáquio da Silva, o qual declarou naquela oportunidade, às fls. 5.386 *20 volume*.

"... que ontem, cerca das 17h, o declarante viu o carro *PASSAT* de seu conhecido *MARIEL MARISCOT* que procurava local para estacionar, que o declarante imediatamente procurou manobrar um carro que estava na porta para abrir vaga para o *PASSAT* de MARIEL... que nesse momento o declarante viu um homem de cor amulatada, encorpado... vestido com um casaco bem escuro, o qual se emparelhou com o carro de MARIEL, do lado da direção e disse: "MARIEL"; que MARIEL, olhou para esta pessoa e imediatamente recebeu mais de um tiro disparados por esse indivíduo; que neste momento um outro indivíduo se colocou à frente do carro e com uma metralhadora fez diversos disparos para dentro do carro através do vidro dianteiro... que em seguida à ação criminosa, o homem da metralhadora correu na direção da Rua Mayrink Veiga mas tropeçou na esquina, caiu no momento em que começaram a ser disparados diversos tiros vindos do passeio em frente à Imobiliária CAPRI RIO, na Rua Alcântara Machado nº 29; ... que várias pessoas que se encontravam na calçada em frente ao nº 29 da Rua Alcântara Machado atiraram usando armas de grosso calibre, uns para o ar e outros na direção do criminoso que usara a metralhadora;... que um dos homens que estavam na porta do nº 29; chamado EUGÊNIO, que trabalha na CAPRI RIO, correu atrás do criminoso amulatado; que o indivíduo que conhece pelo nome de MARCOS desceu até a rua com uma arma, mas não sabe se ele também atirou; que MARCOS é o filho do Sr. "RAUL CAPITÃO"; que o declarante não chegou a avistar o Sr. "RAUL CAPITÃO", mas é bem possível que ele estivesse no escritório da CAPRI RIO, que o declarante sabe que ocorreu uma reunião na CAPRI RIO, iniciando por volta das 16h, pois o funcionário JUCÁ, daquela empresa, alertara ao declarante para que arranjasse vaga para o pessoal, que o declarante não conhecia as pessoas que foram à reunião de ontem, mas que por vezes são banqueiros de bicho, tais como ANÍSIO da "BEIJAFLOR", LUIZINHO, "WILSON CHUCHU"; que de um mês para cá MARIEL vinha estacionando o seu carro com o declarante e dirigindo-

se ora à EMBRAFILME ora à CAPRI RIO... que quando há reunião de banqueiros de bicho na CAPRI RIO, o banqueiro sobe e o seu motorista fica no carro, aguardando; que não sabe se o motorista também é segurança do banqueiro..."

Outra testemunha insuspeita, uma balconista de uma loja de aparelhos eletrodomésticos situada próxima à "fortaleza" de "RAUL CAPITÃO", Rosane Valéria, inquirida em 23.10.81, declara às fls. 5.430 — *20 volume*, *verbis*:

"... que perguntada se conhecia algum dos elementos que passaram pela frente da loja nos momentos que antecederam aos disparos, a depoente respondeu que se lembra de ter visto o contraventor ANÍSIO, o qual a depoente conhece dos ensaios da Escola de Samba Beija-Flor de Nilópolis... que viu ANÍSIO cerca de vinte minutos antes de começar o tiroteio".

Um comerciante estabelecido na Rua Alcântara Machado nº 40, Nilson Macedo, também inquirido, em data de 03.11.81, às fls. 5.440 — *20 volume*, nos informa:

"...que logo após os tiros de metralhadora, o depoente ouviu mais cerca de quatro ou cinco tiros isolados, mas não viu quem atirou, pois ficou refugiado no interior de seu estabelecimento; que os dois elementos que entraram na loja do depoente por ocasião dos tiros, saíram pouco depois e o depoente não sabe o destino por eles tomado, assim como do restante do grupo... que depois do crime, surgiram comentários de ser aquele grupo integrante da segurança do banqueiro ANÍSIO, um dos presentes na "Capri Rio".

A esposa do vendedor de uma das armas utilizadas no homicídio praticado contra Mariel, Da. Maria Luíza de Araújo, também foi inquirida, em data de 25.11.81 e declara às fls. 5.470 — *20 volume, verbis*:

"... que somente depois desse fato é que a depoente tomou conhecimento das razões da preocupação de seu marido, que este então lhe disse ter emprestado ao seu amigo, Detetive "CHIQUINHO", uma arma de sua coleção, a qual "CHIQUINHO" posteriormente quis comprar pela importância de quatrocentos mil cruzeiros; que adiantou mais o marido da depoente ter encontrado em Nova York "CHIQUINHO", TITO e LAGES, ocasião em que "CHIQUINHO" teria dito a todos ter usado a arma no crime que vitimou MARIEL;... que "CHIQUINHO", para mostrar ao marido da depoente que não tinha o propósito de cometer qualquer crime com a arma, deu a explicação de que somente se vira compelido a cometê-lo, por ter descoberto que MARIEL matara o contraventor "CHINA DA SAÚDE" e corria o risco de ser o próximo a morrer também nas mãos de MARIEL..."

O vendedor em questão é Augusto Corsino de Araújo, o qual confirma

os termos das declarações prestadas por sua esposa, notadamente, às fls. 5.514 — *20 volume*. O delegado referido, *Lages*, é *Dr. José Alberto Pires Lage*, então lotado na 14ª DEPOL, no Leblon, e *Tito* é o detetive *Tito Floriano Pereira Filho*.

Em data de 03.12.81, ouviu-se Hélcio de Aguiar, "bicheiro", o qual declara, às fls. 5.499 — *20 volume*, *verbis*:

"...que trabalhou com o banqueiro JOSÉ BATISTA DA COSTA, conhecido pelo vulgo de "CHINA DA SAÚDE", o qual está desaparecido desde a noite de trinta e um de agosto do corrente ano; que a função do depoente na contravenção era de funcionar na apuração dos resultados... que na noite do desaparecimento de "CHINA", o declarante chegou ao seu local de trabalho por volta das onze horas e trinta minutos, de lá só saindo cerca de uma hora de madrugada; eis que era uma segunda-feira, dia de corrida noturna no Jóquei Clube;... que "CHINA" chegou à noite... lembrando-se todavia que, por volta das vinte e duas horas, também no local onde se faz a apuração, chegou o Detetive FRANCISCO DE QUEIROZ RIBEIRO, conhecido do declarante pelo vulgo de "CHIQUINHO"; que "CHIQUINHO" era uma espécie de guarda-costas de "CHINA", acompanhando-o a vários lugares, como por exemplo, para o Jóquei ou para a fazenda de propriedade do banqueiro; que o declarante conheceu "CHIQUINHO" na própria contravenção, sendo certo que, há cerca de três anos, "CHIQUINHO" vinha exercendo a função de guarda-costas de "CHINA"..."

Outro "bicheiro" ouvido foi Eduardo Marinho, em data de 22.12.81, o qual informa às fls. 5.545v. —*20 volume*, ter trabalhado para o "CHINA DA SAÚDE", como também para vários outros "bicheiros", inclusive "RAUL CAPITÃO", *verbis*:

"... que dentre os vários contraventores para os quais o depoente trabalhou figura também o banqueiro "RAUL CAPITÃO", cujo nome é RAUL CORRÊA DE MELLO, e há vários anos atrás, "CHIQUINHO" trabalhou junto a este último, terminando por conquistar uma mulher de RAUL... que na época, "CHIQUINHO" chegou a pedir indenização para deixar dita mulher constando ter recebido trezentos mil cruzeiros para tanto..."

Continuando pelos subterrâneos do submundo desse processo, foi inquirido outro "bicheiro", Eduardo P. Guimarães, às fls. 5.546/7 — *20. volume*, o qual declara, em 22.12.81, *verbis*:

"... que na qualidade de liberado condicional, comparecira regularmente a Vara de Execuções Criminais e ali via com freqüência

a vítima MARIEL MARISCOT DE MATTOS, a quem já conhecia de longa data; que alguns dias depois do crime de que foi vítima MARIEL, o depoente teve oportunidade de ouvir comentários de que a vitima fora assassinada a mando de dirigentes da contravenção do "Jogo dos Bichos", de Niterói, pois constava que MARIEL pretendia apoderar-se de pontos da referida contravenção; que ditos comentários foram feitos num ponto de contravenção existente na Rua Xavier da Silveira, esquina de Rua Leopoldo Miguez, onde o depoente costumava fazer apostas em corridas noturnas de cavalos; que o gerente do dito ponto chama-se ARY e também participou dos comentários; que o depoente sabe que o banqueiro daquela área é o contraventor de nome MIRO, juntamente com um filho conhecido por "MANINHO"; que um dos nomes citados teria sido o de um Capitão, parecendo tratar-se do CAPITÃO GUIMARÃES, como um dos possíveis interessados na morte de MARIEL; que era comentário também ter MARIEL saído da Vara de Execuções Criminais por volta das dezessete horas para ir participar de uma reunião com outros banqueiros do "Jogo dos Bichos", na "fortaleza" do contraventor conhecido por "RAUL CAPITÃO", em frente à qual veio a ser assassinado..."

No mesmo sentido, outro "bicheiro", inquirido às fls. 5.548/9 — *20 volume*, Luiz Carlos Leal Câmara.

Outro "empregado" antigo de "China da Saúde" foi ouvido às fls. 5.552, em data de 08.01.82 e vale destacar trechos do depoimento de Haroldo Vannier Filho, *verbis*:

"... que desde mil novecentos e setenta e dois foi empregado do contraventor "CHINA DA SAÚDE", JOSÉ BATISTA DA COSTA, exercendo suas funções na apuração das apostas;... que após o desaparecimento de "CHINA" o jogo passou a ser dirigido pelo filho deste, o já mencionado LUIZ CARLOS, juntamente com sua mãe ZAIRA; que também "CHIQUINHO" ainda foi visto pelo depoente umas duas vezes na "apuração". ... que após a morte de MARIEL MARISCOT DE MATTOS, ... soube o depoente a descarga de "CHIQUINHO" foi transferida de "RAUL CAPITÃO" para "TURCÃO" ou "ZINHO", desconhecendo as razões desse procedimento... que o depoente não sabe quanto "CHIQUINHO" recebia de "CHINA", pois, não sendo gerente, isto não chegava ao seu conhecimento; que sabe, porém, que "CHIQUINHO" tem participação, denominada "levados", na Seção do contraventor JAIME, de Botafogo, cuja apuração também era feita no local da apuração de "CHINA", onde o depoente trabalhava;..."

Foi igualmente inquirida pela Autoridade Policial, às fls. 5.394 — *20*

volume, quatro dias após o fato, a companheira de Mariel ao tempo em que este foi assassinado, a psicóloga Maria Luiza Ventura, então lotada na Secretaria de Estado de Justiça, a qual declarou, *verbis*:

"... que, se não se engana, em junho deste ano um grupo de banqueiros do jogo do bicho comprou "pontos" em Niterói de um banqueiro daquela contravenção: que MARIEL contara para a declarante que por sua participação receberia dez por cento do movimento dos "pontos" que MARIEL era ligado ao grupo comprador; que o vendedor chegou a receber um sinal em dinheiro; que em l de setembro MARIEL esteve em uma reunião de banqueiros do bicho em BANGU, da qual, segundo MARIEL, participou a "CÚPULA"; que nessa reunião ficou acertado que o negócio feito com os "pontos" de Niterói estava desfeito... que não sabe se houve devolução do sinal dado pelo comprador; que quando MARIEL se referiu ao banqueiro de Niterói disse "aquele velho burro não vai agüentar a continuar com os 'pontos', pois os problemas que o levaram a vendê-los iriam continuar;..."

Meses após, em 03.03.82, foi ouvida Isabel Cristina de Carvalho, às fls. 5.580/5.583 *—20. volume*, dançarina da Boite Barbarella e uma das amigas de "China da Saúde", quem esclarece, *verbis*:

"... que pouco antes de "China" desaparecer, fez um comentário com a depoente sobre uma possível venda de seus pontos de "bicho", sem todavia mencionar qualquer nome e alegando que talvez não fechasse qualquer negócio, pois aquilo era a vida dele; que, como a depoente não é familiarizada com o assunto, não fixou exatamente se se tratava de uma proposta concreta de venda ou se ainda iria realizar-se uma reunião para esse fim..."

Já no dia 28.10.81 foi inquirido Ilson Fernandes, 3. Sargento reformado da PM o qual menciona, às fls. 5.436v. *—20. volume*, *in verbis*:

"... que o declarante é sabedor de que alguns dias antes do homicídio que se apura nestes autos houve uma desavença entre MARIEL e um policial civil, ligado ao contraventor Capitão Guimarães, de nome LUCIMAR; que a tal desavença, segundo os comentários ouvidos pelo declarante, se prendia à compra de pontos de bicho da Seção de Niterói, negócio que teria sido desfeito; que tais comentários o depoente ouviu de pessoas ligadas ao Capitão Guimarães, dentre as quais pode apontar o policial VINÍCIUS, vulgo "PAULÃO"; que cerca de quinze dias antes do homicídio e apuração neste feito, o declarante viu MARIEL em companhia do contraventor conhecido pelo nome de Capitão Guimarães, em um campo de futebol situado no bairro chamado Barreto... que neste mesmo ano corrente o declarante teve oportunidade de ver, por diversas vezes,

MARIEL em companhia do mencionado Capitão Guimarães, sendo certo que todos os encontros se realizavam no campo de futebol acima aludido; que o declarante conhece alguns policiais ligados ao Capitão Guimarães, podendo apontar o Detetive Serginho, além dos já referidos; que o policial VINÍCIUS está lotado na Delegacia n. 78, Fonseca."

Naturalmente, ouviu-se nos autos o "bicheiro" e ora réu "RAUL CAPITÃO", às fls. 5,726 — *21. volume*, em sede judicial e seu depoimento é curioso, eis que insistiu em respisar que não havia qualquer reunião em seu "bunker" no dia em que Mariel foi assassinado, aduzindo que a vítima jamais estivera na referida "fortaleza", sendo pessoa quase desconhecida a ele, "RAUL CAPITÃO". No que tange à morte de Mariel, afirmou que "*... apesar de ocorrida nas imediações da Imobiliária ignora que tenha havido comentários a respeito*. Quanto a ter conhecido Mariel, afirmou tê-lo conhecido "...de encontros eventuais quando o mesmo freqüentava umas boates de Copacabana..."

No mesmo passo segue o réu "ANÍSIO", aduzindo que a sua presença na Imobiliária Capri Rio deveu-se a um negócio de automóvel que ali fora realizar com "*... o Capitão Raul*". Afirma ter conhecido a vítima "*... de apenas um contato*".

Ora, Mariel dirigia-se exatamente à "fortaleza" do réu, "RAUL CAPITÃO", para a reunião da "Cúpula", onde já se encontrava "ANÍSIO" e quem faz tal afirmativa é o Detetive Reynaldo Cerqueira Silva, inquirido em 29.09.82 às fls. 5.677/5.678 — *21 volume*, *verbis*:

"Que no dia do crime que vitimou MARIEL MARISCOT DE MATTOS o depoente estava lotado na DC-Polinter na Av. Marechal Floriano e havia ido depor no Fórum, pretendendo voltar à sua repartição, pois estava escalado para uma "operação" noturna no 6. SORF, em Senador Câmara; que ao sair do Palácio da Justiça, mais ou menos por volta das dezessete horas, o depoente encontrou casualmente MARIEL, que lhe disse que estava indo para a "Capri Rio" onde ia resolver um negócio numa reunião;... que a convite de MARIEL, pegou carona no seu carro e desceu do mesmo na esquina da Rua do Acre com Av. Marechal Floriano..."

Essa testemunha, igualmente reinquirida ao crivo do contraditório, em data de 19.03.87, confirmou suas declarações prestadas em sede inquisitorial, conforme se vê às fls. 5.812 — *21 volume*, já então, anos após o fato, fornecendo um dado a mais: "*... que os comentários então eram de lamentação pela morte da vítima, porque ele era muito querido no meio policial; que se comentava também que ele morrera porque se metera com os contraventores*..."

Prosseguindo noutra vertente probatória, não menos interessante, embora abandonando o critério cronológico, que não tem maior importância face as características do delito em questão, porque de natureza permanente, deparo-me com as seguintes circunstâncias, ainda no universo inquisitorial, aqui analisado, já sob o crivo do contraditório.

Na trilha deixada pela morte mais uma vez violenta de outro então subalterno líder da atividade contravencional do "jogo dos bichos", de onde toda a luta pelo poder sempre emanou, encontro-me diante do assassinato de Euclides Panar, mais conhecido no meio próprio como o "China Cabeça Branca", cujos elementos de convicção encontram-se para a devida pesquisa no *21 volume* — I.P. nº 615/76 da Delegacia de Homicídios, às fls. 5.828/5 955.

Aqui se está diante da prova tomada na efervescência natural da subseqüência dos fatos relativos à disputa de poder e liderança no meio peculiar de convivência dos acusados, em circunstâncias de tal proximidade com o evento correspondente que não deixa margem que possa macular sua credibilidade.

Deparo às fls. 5.583 com as declarações que prestou Ruth Seda Panar, viúva desta vítima, *verbis*:

"que a declarante é esposa de Euclides Panar, mais conhecido como"China Cabeça Branca", com quem se casou há vinte e sete anos, sendo que há cerca de seis anos vive separada do mesmo;... que seu marido vivia exclusivamente da contravenção do "jogo dos bichos", que exercia na Praça da Bandeira, além de rendimentos provenientes de três salas que possuía do Edifício Avenida Central, alugadas ao Dr. Wilson Lopes dos Santos, advogado, e uma terceira advogada cujo nome não se lembra..."

Às fls. 5.843/5.844 foi ouvido José Panar, irmão de "China Cabeça Branca", *verbis*:

"... que o falecido "China" ingressou na contravenção do Jogo do Bicho, no ano de 1937, com ponto na rua Doutor Ezequiel, que é transversal à Av. Pres. Vargas, onde recolhia o movimento e entregava ao banqueiro "Tonico Pepé", já falecido; que dali, por volta do ano de 1945 "China" saiu para um ponto próximo ao restaurante Sereia;... que dias antes de 15 de novembro, o depoente esteve na casa de "China", por volta das 18 horas, recordando-se que neste dia "China" comentou com o depoente que ia publicar no jornal uma denúncia a respeito do Jogo do Bicho; que o depoente procurou melhor esclarecimento sobre isto mas "China" disse "leia o Jornal do Brasil que você vai saber", que dias depois, à tarde, estava tomando cerveja em um botequim da Lapa com amigos quando chegou um

rapaz que ali estava com um recorte na mão mostrando a várias pessoas, tendo o depoente perguntado o que era aquilo e recebeu como resposta "é sobre o seu irmão"

A vítima agora em exame entrevistou-se com Jorge Campos Lopes, ex-motorista do *Jornal do Brasil*, às fls. 5.847/5.848, sendo certo que quando este foi ouvido a respeito, informou, *verbis*:

"... que cerca de dois ou três meses, PANAR, porque soubesse que o declarante trabalhara no *Jornal do Brasil*, solicitou conseguir naquele periódico, entrevista na qual ele queria "ABALAR O SISTEMA DO JOGO DO BICHO"; que PANAR acrescentou que a entrevista iria obrigar a Zooteca (ilegível) uma orientação sobre o sistema do jogo dos bichos; que o declarante prontificou-se a consegui-la e procurou o repórter "PÉ NA COVA", do *Jornal do Brasil*... que anteriormente PANAR já tivera sido entrevistado na televisão (ilegível) para apresentar no Canal 4, não o conseguindo;..."

Como se vê do desfecho deste subepisódio, faltou àquela vítima uma atenção premonitória na escolha de um repórter com um condinome tão macabramente expressivo...

Há mais. Waldemar da Costa, vulgo "Moco", motorista e "homem de confiança de China", às fls. 5.861/5.842, declara:

"que o depoente era amigo do falecido EUCLIDES PANAR desde a idade de quatorze anos;... que no mês de novembro ou outubro deste ano, CHINA disse ao depoente que estava estudando uma entrevista para os jornais a fim de desmoralizar a "PARA TODOS" com o propósito de preparar o terreno para a Zooteca; que nessa ocasião a vítima ainda mandou que o depoente procurasse ler o que ele ia dizer aos jornais; que posteriormente a entrevista apareceu no *Jornal do Brasil* e o depoente não se interessou em lê-la, sabendo dela através de terceiros, que depois desse fato CHINA, certo dia, fez um comentário com o depoente nos seguintes termos: "INTERESSANTE! ESTE POVO GOSTA DE SER ROUBADO, EU DEI ENTREVISTA CONTRA A PARA TODOS E ELA ESTÁ VENDENDO MAIS"; que CHINA dava a descarga do jogo para o "banqueiro" da Ilha do Governador; que soube que CHINA tinha "bronca" do Haroldo da Saens Pena, por causa de localização de pontos de jogo;... que CHINA às vezes dizia ao depoente que ia se encontrar com a "CÚPULA" da contravenção para acertar os "ponteiros", não dizendo os locais de encontro..."

No "outro lado da moeda" estão agrupados aqueles que, segundo elementos de convicção acostados aos autos, eram os controladores da "PARA TODOS", os quais não são outros senão os que figuram como

réus neste processo, alguns dos quais denunciados por Euclides Panar, quais sejam, “RAUL CAPITÃO”- fls. 5.893/5.895 e 5.937; “HAROLDO SAENZ PENA” — fls. 5.931 “MIRO” — fls. 5.932; “CASTOR” — fls. 5.933/5.934 e “CARLINHOS MARACANÃ” — fls. 5.941. Entretanto, todos estes sustentaram não ter qualquer proximidade com “China Cabeça Branca”, de quem seriam apenas meros conhecidos.

Decodificando para os ainda leigos na matéria, a expressão "PARA TODOS” significa o sorteio interno da atividade contravencional já institucionalizado para gerar os resultados que têm validade sobre períodos próprios dentro do dia. Essa “liberdade toda” na produção de resultados só interessa — como não podia deixar de ser — a quem eles aproveitam, de forma que a fraude reside na respectiva manipulação, sendo certo que a publicação destes escusos expedientes, por alguém tão intimizado com a matéria, pois nela atuava desde 1937, realmente provocaria uma comoção sem precedentes e com resultados imprevisíveis, porém sempre nefastos à famosa “cúpula”, variando aí apenas a expectativa na intensidade do prejuízo.

Neste diapasão, encontro subsídios no depoimento prestado por Osmar Valença, ex-policial e "bicheiro", posterior e igualmente assassinado, ouvido às fls. 5.890/5.891, quem declara, *verbis*:

“... que o depoente presentemente, possui apenas um “ponto de bicho”, localizado na rua Pereira Nunes com rua dos Artistas, na via pública, estando momentaneamente fechado, em conseqüência da perseguição policial. ... que segundo lhe parece, EUCLIDES PANAR achava-se em boa situação financeira tanto assim que já colocara de seu bolso quase trezentos mil cruzeiros na Escola do Salgueiro... que tomou conhecimento das declarações efetuadas por CHINA CABEÇA BRANCA na imprensa desta cidade quando afirmou que havia fraude no jogo de bicho, sendo este desonesto, que evidentemente tais afirmações partindo de um contraventor, fatalmente iria atingir o conceito de credibilidade que goza a citada contravenção e tanto isso é verdade que nos dias seguintes o movimento de apostas caiu, voltando à normalidade posteriormente.”

Ainda não é tudo. Hélio Joaquim de Oliveira, igualmente "bicheiro”, foi também ouvido às fls. 5.871, demonstrando sua intimidade com o meio, *verbis*:

“que trabalha na contravenção do jogo do bicho desde 1958 já tendo sido autuado por 5 vezes... que durante esse tempo trabalhou para vários patrões, sendo que para China Cabeça Branca trabalhou desde 1972 até 1973, ... que também trabalhou para outros banqueiros, notadamente

em Campo Grande e Padre Miguel, sendo que nesta última para uma tal de Helena e em C. Grande para Mário Stábile, que não sabe o nome do responsável (pelo jogo) e se soubesse não poderia dizer sob risco de poder aparecer morto."

O desfecho deste episódio veio com a eliminação física do "China Cabeça Branca", resultando daí mera convulsão intestina no meio contravencional, que como se pode observar buscou ser sutilizada, mas cujos resíduos evidenciais continuam a apresentar os coloridos reais além dos significativos contornos para aquele homicídio.

Referentemente à modalidade mais conhecida e aparente da "cúpula do jogo dos bichos" sobre a administração pública, caracterizando os acusados que a consubstanciam como os perfeitos e legítimos integrantes da "nata" do crime organizado neste Estado, chega-se diante da corrupção pelos mesmos patrocinada junto ao meio policial, nas suas duas vertentes. Senão, vejamos:

Carlos Alberto da Conceição, ouvido às fls. 69 — *l volume*, declara, *verbis*:

"Que o declarante trabalha há 11 anos com o jogo do bicho; que o declarante era o elemento encarregado de dar "propina" à polícia; que o declarante trabalha para "Raul Capitão"; ... que o dinheiro era entregue geralmente pelo declarante a policiais que vinham em uma patrulhinha da PM, mas não pode dar nomes porque variava muito; que também policiais da delegacia da Praça Mauá recebiam o dinheiro levado pelo declarante..."

Edson Martins Lopes, detetive então lotado na 20ª DEPOL, ouvindo às fls. 152/154 — *l. volume*, refere, *verbis*:

"... que pouco antes de terminar os trabalhos da apuração do Jogo dos Bichos, por volta das vinte e três horas, o declarante e os demais foram procurados pelos Detetives SCOVINO, OTONIEL, LUIZ CLÁUDIO, conhecido como "GIBI" e ADELSON, se dizendo a mando do banqueiro de bicho conhecido por "TURCÃO", propondo um encontro com TURCÃO naquele mesmo dia no Club Guanabara..."

Já Arlete Batista da Costa, filha do "China da Saúde", às fls. 152/154 — *1. volume*, informa, *verbis*:

"... que a declarante expôs o caso ao Detetive SEBASTIÃO SANTORO e este achou por bem ajudá-la; para isto, iria convocar o seu irmão FRANCISCO SANTORO e outro colega de nome EDSON MARTINS LOPES, o "CHUCA", para irem à apuração do jogo com a finalidade de conversarem com LUIZ CARLOS; que a declarante juntamente com os três mencionados foram de táxi à apuração, e em lá chegando, fazendo

uso de uma chave, entrou a declarante na sala de apuração, situada na Rua da Glória, no prédio onde funciona o consulado da Noruega;... que a declarante perguntou ao funcionário responsável no momento, o gerente de nome GETÚLIO, para que ligasse chamando LUIZ CARLOS, o que foi feito tendo LUIZ CARLOS comparecido acompanhado de um segurança, o PM TEODORO..."

Finalmente, Antonia Melo da Silva, sogra de "Miguelzinho", bicheiro que trabalhava para "China da Saúde" e assassinado em tiroteio no Morro de São Carlos, foi ouvida às fls. 5.912/5.913 — *21 volume*, em 12.09.77 e declara, *verbis*:

"... que Miguelzinho recebia ajuda financeira de banqueiros do jogo do bicho, seus amigos particulares incluindo-se entre eles TURCÃO, JAIME, de Botafogo, ANÍSIO de Nilópolis, CASTOR DE ANDRADE, TUFI, além do finado CHINA CABEÇA BRANCA... que pelo noticiário MIGUELZINHO era considerado suspeito... que dos policiais que privam da amizade de MIGUELZINHO, considerado por ele como maior amigo, causava certa preocupação à declarante, que era o policial que atende pelo nome de GERALDO, lotado na 38ª Delegacia Policial, onde por duas vezes a declarante o encontrou, pois MIGUELZINHO comumente permanecia naquela dependência policial;... que GERALDO era tão amigo de MIGUELZINHO que lhe levava até entorpecente, o que a declarante viu, pessoalmente, em Santa Tereza, na rua Áurea, 16, onde MIGUELZINHO, de regresso de São Paulo, estava residindo; que nessa ocasião foi que a declarante ficou sabendo que Geraldo era Policial... que Geraldo mora em Anchieta, numa verdadeira mansão, ignorando a depoente de que meios possui para a vida de ostentação que leva, sendo um simples APJ; que segundo consta, Geraldo possui carro de alto valor, importado, marca Camaro;"

O Geraldo referido, outro não é senão Geraldo dos Santos Lima APJ matrícula nº123.116, então lotado na D.A., o qual foi ouvido, às fls. 5.92/15.922 — *21. volume*, em 17.05.78, tendo declarado, conhecer Miguelzinho ao tempo em que confirma sua amizade com o mesmo, aduzindo despossuir qualquer outra fonte de renda que não aquela oriunda do seu salário enquanto policial e conclui afirmando que, à época em que foi inquirido, estava respondendo a três inquéritos administrativos, distribuídos, respectivamente, às 5ª, 7ª e 9ª Comissões de Inquérito Administrativo, sendo que um deles prendia-se à morte de Ivo Brandão da Cunha, outro ao desaparecimento de Carlos Berto e o terceiro referente a desaparecimento de valores "... *da casa de um marginal*", aduzindo não

responder a qualquer inquérito policial.

Após o cotejo da testemunhal colhida, a robustez da prova dá mostras da sua presença a partir da conjugação com os relatórios documentais das Polícias a respeito do envolvimento de seus membros com a corrupção produzida e perpetuada pela "cúpula do jogo dos bichos".

Note-se que da relação remetida pela Secretaria de Estado da Polícia Civil, referente a policiais envolvidos com a contravenção do "jogo dos bichos" e com os contraventores dessa modalidade de jogo, que remonta a 1973, sequer consta o nome do policial Geraldo dos Santos Lima, conforme se pode verificar dos documentos acostados às fls. 4.677/4.678 *17. volume* e 6.326/6.328 — *23 volume*.

Já no que se relaciona aos policiais militares envolvidos em corrupção, em razão do "jogo dos bichos" encontro a relação de fls. 4.587/4.593 — *17. volume* — derivada de informação oficial prestada pelo próprio Comando da Corporação.

A existência de uma unidade grupal, coesa e coincidente nos seus princípios e notadamente na consecução dos seus objetivos, envolvendo *todos* os réus deste processo, dentre outros ainda não identificados, afigura-se-me indiscutível já que os próprios réus sempre se mantiveram unidos até à luz dos refletores, eventualmente acreditando na impunidade que até agora os agasalhou.

Trata-se de circunstância global de conhecimento público, certo que toda vez que alguns dos integrantes do grupo não obtinham o espaço de divulgação gratuito da mídia, reafirmavam sua unidade de pensar e agir de uma forma muito peculiar, singela e porque não dizer, institucional: *um porta-voz!*

De viva voz declarou o réu JOSÉ PETROS, vulgo "ZINHO" na oportunidade em que foi interrogado que, no passado, desempenhando seu mister de porta-voz da contravenção, usava o nome fictício de Luciano Carlos Pereira e hoje, de forma ousada, no desempenho das mesmas funções, usa o nome real, inclusive publicando notas em periódicos de larga circulação. É o que está lá, às fls. 1.088 — *4 volume*.

Acrescente-se, por mais do que oportuno que a "fábula" orquestrada por todos os acusados em seus interrogatórios judiciais — no sentido de que não se conheciam com maior proximidade, vez por onde apenas se viam na "Passarela do Samba" — cai por terra diante de inexpugnável prova documental, consistente na escritura de compra e venda de nobre sala comercial erigida sobre conhecido centro educacional no coração desta cidade, onde figuram como seus legítimos proprietários, em sonoro regime

de condomínio, cinco dos réus deste processo: AILTON GUIMARÃES JORGE, vulgo "CAPITÃO GUIMARÃES", ANTÔNIO PETRUS KALIL, vulgo "TURCÃO", CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE SILVA, vulgo "CASTOR", HAROLDO RODRIGUES NUNES, vulgo "HAROLDO SAENZ PENA e WALDEMIR GARCIA, vulgo "MIRO", às fls. 6.882/6.885 — *26. volume*.

Convenha-se que um local com estas peculiares características, acomodando estes precisos proprietários cria uma situação congregacional que fala por si só.

No que tange à argüição de que os enunciados e as correspondentes sanções previstas na Lei nº 8.072, de 25/07/90, não alcançariam os fatos em tela, em razão destes serem anterior à sua égide, de forma a entender que a sua aplicação aqui importaria numa retroatividade mais gravosa para os réus, entendo, *permissa maxima venia*, não ser este o caso, pois, em se tratando de crime de natureza permanente, que continua se consumando até a prisão daqueles, conforme doutrinariamente já especificado acima, de forma que tudo que se desenvolveu até a respectiva segregação mantém uma segura unidade delitual, apesar da longevidade temporal.

Apesar disso e entendendo como prevalente o princípio básico e comezinho da hermenêutica penal, quanto ao aspecto de seu buscar, sempre, a interpretação menos gravosa para os acusados, o que reforça a segurança e a tranqüilidade da Magistrada quem prolata esta Sentença, inspirada numa solução de equilíbrio e sem excessos por acolher essa tese defensiva para rejeitar a incidência à espécie da Lei que ficou conhecida como da prática de crimes hediondos.

Cuida-se aqui de tipo penal a que se denomina, com muita propriedade, de natureza cerrada, encontrando-se a ilicitude já indiciada na tipicidade e ausentes as causas justificadoras, perfazendo-se o injusto característico.

Averbe-se a culpabilidade dos agentes eis que não só imputáveis como também, desenganadamente, demonstravam a plena consciência da ilicitude do ato praticado. De outro modo, deles era exigível que pautassem suas condutas em conformidade com o direito concretizado na norma afrontada.

3.2. A ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 14 DA LEI 6.368/76)

Pelo que consta dos autos não existem elementos de prova em suficiência de molde a constituir um decreto condenatório pelo crime em questão,

pertinente à associação para a prática do tráfico interno de entorpecentes.

A partir do que se colheu não se pode afirmar, com a exatidão que se exige, que este crime, no tocante à traficância interna e nos limites deste Estado, considerando-se ainda, até a data presente, efetivamente aconteceu.

E isto porque o processo criminal guarda peculiaridades indesejáveis para aqueles que acreditam que o ideal da Justiça não deve ser refém de uma normatividade procedimental obsoleta, consistente na circunstância de que qualquer ação nesta matéria jurisdicional, salvo algumas exceções, deve estar submetida a uma fase instrutória primária a cargo de um aparelho policial que, por diversos motivos, apresenta resultados insatisfatórios, quando não inócuos, pelas deficiências que são do conhecimento de todos.

Neste processo em particular, onde inclusive é causa de pedir do *Parquet* a própria corrupção que grassa naquele aparelho policial, alimentado por uma estrutura de poder paralelo, montada e dirigida pelo grupo que agora afigura individualmente no banco dos réus, tal situação potencializou-se até as raias do insuportável, considerando-se para tanto a moral média do homem de sociedade, que se sente agredido com isso, além do que merece o repúdio de qualquer cidadão a corrupção institucionalizada em órgãos da administração pública, ainda mais naquele que deveria ser conhecido como o legítimo braço da Justiça e da Segurança Pública, primeiro baluarte apuração e no combate de fatos criminosos.

Este último sentimento, relembre-se por oportuno, fez cair um presidente e instalou na Itália — berço e escola do crime organizado e hierarquizado, cujo modelo, até hoje, é tão exportado, admitido e copiado em vários países e porque não dizer, infelizmente também aqui — um processo nunca visto de depuração das Instituições, na busca pelo retorno da dignidade e da moralidade, únicos substratos possíveis para dar autoridade à administração, bem como consagrar em atos concretos, devidamente tutelados pela Política e pelo Judiciário, do ideal de Justiça, essência imprescindível do equilíbrio social.

Em outras palavras, não fosse a iniciativa da Procuradoria-Geral da Justiça de ofertar denúncia no caso em questão, mesmo e apesar da rarefeita e portanto significativa prova até então colhida sobre este delito, sem qualquer dúvida não se teria qualquer expectativa quanto à deflagração desta ação penal, quiçá de seu deslinde. Lamentável, para não dizer mais, a inércia criminosa sustentada na pretensa apuração policial deste crime em particular, onde o peculiar desinteresse (?!) foi por demais eloqüente.

Por força do exposto, e com o sentido devido pelo adequado exercício da Jurisdição e do meu Dever de Ofício aí inerentes, determino a extração

de peças para a apuração das responsabilidades devidas, nas esferas administrativas e criminal, sendo que o primeiro dos ofícios deverá ser entregue direta e pessoalmente ao Senhor Secretário de Estado da Polícia Civil e o segundo ao Eminente Procurador-Geral da Justiça, procurando com isto acreditar a Magistrada quem prolata esta Sentença, que estes procedimentos cheguem enfim a bom termo, com a responsabilização de quem de direito.

3. DECISÃO

Ex positis, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva vertida na exordial e via de conseqüência CONDENO os réus às penas do art. 288 parágrafo único do Diploma Penal.

Atenta aos dizeres do art. 59 do Código Penal e levando em consideração as circunstâncias nele previstas, passo à individualização e dosimetria das penas a serem impostas a cada um dos réus.

Para o réu CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE SILVA, vulgo "CASTOR", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em suas FACs/IFP/INI e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientam a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia (é pai do réu "PAULINHO ANDRADE"), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência

à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu ANIZ ABRAÃO DAVID, vulgo "ANÍSIO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em suas FACs/IFP/INI e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientam a realização da figura típica — sede desmensurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu AILTON GUIMARÃES JORGE, vulgo "CAPITÃO GUIMARÃES", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a

qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu RAUL CORRÊA DE MELLO, vulgo "RAUL CAPITÃO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em suas FACs/IFP/INI e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o eforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica, sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder poíítico paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal e bem assim a circunstância atenuante genérica por ser este réu maior de setenta anos na data desta Sentença — art. 65, I, segunda figura, do Diploma Penal — entendendo a Magistrada quem prolata esta Sentença, que à luz do que dispõe o art. 67 do Diploma Penal, a circunstância agravante prepondera, por ser de caráter subjetivo, sobre aquela que se refere à circunstância atenuante, com o que ganha foros de definitividade a pena imposta à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu CARLOS TEIXEIRA MARTINS, vulgo" CARLINHOS MARACANÃ", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então

confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu WALDEMIR GARCIA, vulgo "MIRO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientam a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contraven-cionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia, (é pai do réu “MANINHO”), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação

— art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu ANTÔNIO PETRUS KALIL, vulgo "TURCÃO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia aquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia (é irmão do réu "ZINHO"), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a. segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu JOSÉ PETROS, vulgo "ZINHO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo da apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de

estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia (é irmão do réu "TURCÃO"), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu JOSÉ CARUZZO ESCAFURA, vulgo "PIRUINHA", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo quanto a repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede des-mesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadoras de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu HAROLDO RODRIGUES NUNES, vulgo "HAROLDO SAENZ PENA", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema

do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu LUIZ PACHECO DRUMOND, vulgo "LUIZINHO DRUMOND", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da

torpeza da motivação — art. 61, II. a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu EMIL PINHEIRO, considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal, — e bem assim a circunstância atenuante genérica por ser este réu maior de setenta anos na data desta Sentença — art. 65, I, segunda figura, do Diploma Penal — entendendo a Magistrada quem prolata esta Sentença, que à luz do que dispõe o art. 67 do Diploma Penal, a circunstância agravante prepondera, por ser de caráter subjetivo, sobre aquela que se refere à circunstância atenuante, com o que ganha foros de definitividade a pena imposta à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu WALDEMIR PAES GARCIA, vulgo "MANINHO", considerando que o mesmo registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP e levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto

à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencionais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia (é filho do réu "MIRO"), além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena base no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art. 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado, ganha foros de definiti-vidade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Para o réu PAULO ROBERTO DE ANDRADE SILVA, vulgo "PAULINHO", considerando que o mesmo não registra antecedentes desabonadores em sua FAC/IFP mas levando-se em conta a intensidade extrema do dolo com que se houve, sua personalidade distorcida, eis que até então confiante na impunidade de forma a desenvolver sua conduta reprovável com foros pretendidamente naturais, bem como sua conduta social duvidosa que, pelo exercício reiterado de prática contravencional, beirou o esforço de alcançar projeção a partir do cultivo de apologia àquela atividade ilícita, aduzindo-se quanto à repugnância dos motivos que orientaram a realização da figura típica — sede desmesurada de poder, formação de fortunas incalculáveis e derivadas de práticas contravencíonais, caracterizando um império, atualmente de estatura nacional, na constituição de um verdadeiro poder político paralelo a serviço da impunidade, da hegemonia e da perpetuação de sua dinastia, ele próprio herdeiro de "CASTOR", seu pai, além dos conhecidos e violentos meios e circunstâncias utilizados para a consecução dos nefastos resultados ou conseqüências daí advindos, fixo-lhe a pena no máximo legal, qual seja, em TRÊS ANOS DE RECLUSÃO, a qual DUPLICO, por força do contido na forma qualificada e consagrada no parágrafo único do prefalado artigo, tornando-a em SEIS ANOS DE RECLUSÃO, considerando-se caracterizada a circunstância agravante genérica da torpeza da motivação — art, 61, II, a, segunda figura, do Diploma Penal —, sendo certo que ao não ser possível majorá-la além do máximo cominado,

ganha foros de definitividade à ausência de incidência à espécie de outras causas modificadoras.

Determino que *todos* os réus iniciem o cumprimento da pena ora imposta em regime fechado, face às características pessoais dos agentes, além da extensão e da extrema gravidade dos resultados e conseqüências da reiterativa atividade criminosa pelos mesmos desenvolvidas, que recomenda a segregação integral dos mesmos.

Condeno-os, ainda, ao pagamento das custas do processo e taxa judiciária proporcionais.

De outro modo, ABSOLVO-OS da imputação referente ao art, 14 da Lei 6.368/76, referente à associação para o tráfico interno de substâncias entorpecentes, nesta Unidade da Federação, e o faço por insuficientes as provas até aqui produzidas, impróprias para embasar um decreto condenatório e com fulcro no art. 386, VI do Diploma dos Ritos.

Expeça-se ofício ao Senhor Secretário de Estado da Policia Civil para os fins já expressos na parte final da fundamentação desta.

Extraia-se ofício ao Excelentíssimo Senhor Presidente da Seccional Rio de Janeiro da OAB, informando-se-o quanto ao teor da presente, para os devidos efeitos.

Remeta-se, por ofício, cópia desta Decisão às Delegacias Regionais da Receita Federal Centro / Norte e Centro / Sul, para a adoção das medidas mais do que necessárias e afetas à sua parcela de atribuição legal, no que concerne a cada um dos acusados.

Oficie-se à LIESA e à RIOTUR, remetendo-se cópia da presente, para os devidos fins.

Atendendo-se ao que foi oportunamente postulado pelo atento, combativo e diligente Dr. Promotor de Justiça que oficiou nestes autos, determino a extração de peças para remessa ao Ministério Público Federal em razão da existência de indícios da prática de tráfico internacional de substância consideradas entorpecentes pela legislação vigente, para as iniciativas compatíveis com o seu *munus*.

Recomendem-se os doze réus que já se encontram presos, nos cárceres onde já se encontram recolhidos, informando-se por ofício que a respectiva custódia agora decorre de sentença condenatória, convolando-se aquela determinação de prisão preventiva, em definitiva, por força, da presente, sendo certo que como ainda permanecem hígidos e inalterados os motivos que levaram a prolação daquela Decisão, não há que se falar aqui na libertação de qualquer daqueles, a qualquer título.

E incontinenti, mandados de prisão relacionados aos dois únicos réus que

ainda se encontram soltos, devendo-se esta circunstância, exclusivamente, ao fato de que quando da decretação preventiva dos demais, estes dois, CASTOR GONÇALVES DE ANDRADE SILVA, vulgo "CASTOR"e RAUL CORRÊA DE MELLO, vulgo "RAUL CAPITÃO", encontravam-se enfermos, o que agora não apresenta condições para elidir a adoção desta conduta isonômica. Isto para não falar nos péssimos antecedentes que ambos ostentam, aspecto este que os afastam da incidência de benesse previstas na parte final ao art. 594 do Diploma dos Ritos.

Por derradeiro e a título de mera observação coincidente, consigne-se que há um ato falho a impulsionar uma sigla bastante conhecida deste meio, conforme se observa do significado que assume as iniciais precisas da Liga Independente das Escolas de Samba, no idioma inglês, desde que se retire o último "A", perfazendo a eloqüente palavra *LIES*.

Transita em julgado a presente, determino sejam lançados os nomes dos réus no rol dos culpados, expedindo-se os ofícios de praxe, inclusive ao TRE, IFP e INI e a seguir, Carta de Sentença à VEP.

Publique-se, registre-se e intime-se

Rio de Janeiro, 21 de maio de 1993.

DENISE FROSSARD
Juíza de Direito

Quarta Vara Cível
10º Ofício
Comarca de Niterói
Proc. nº 17.953/84

CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO — Pedido de consignação em pagamento cuja procedência é reconhecida por estar a recusa liderada em cláusula potestativa pura de verdadeiro contrato de adesão.
(Sentença do Juiz de Direito Denise Levy Tredler)

SENTENÇA

1. Trata-se de ação de consignação em pagamento movida por DELIO BEN-SUSSAN DIAS, em face de VENERÁVEL IRMANDADE DO SANTÍSSIMO SACRAMENTO DA FREGUESIA DE SÃO JOÃO BATISTA DE NITERÓI.

2. Aduz o autor, em seu pedido inicial e, em resumo, que, por locação verbal levada a efeito em 1946, vem pagando um aluguel anual, efetuado sempre pelo período de dois anos, do "carneiro n° 633", do cemitério de propriedade da Entidade Suplicada e no qual foram sepultados seus pais e uma irmã e que, injustificadamente, a suplicada se recusa a receber tal aluguel, correspondente ao biênio compreendido entre 31-03-1984 e 31-04-1986, pelo que requereu fosse consignada a respectiva importância e julgada esta procedente a final.

3. Com a peça vestibular foram juntos os documentos de fls. 04/06.

4. Designada data para o recebimento do valor ofertado, sob pena de depósito, foi este último realizado, de acordo com fls. 14/15.

5. Regularmente citada a ré contestou, às fls. 17/19, anexando os documentos de fls. 21/47 e alegando, em síntese, que se trata de associação civil de fins religiosos, com o compromisso regulador de suas atividades aprovado em maio de 1956 destinando-se, entre outros serviços, ao de sepultamento de associados irmãos e parentes destes e que a ocupação de carneiro ou catacumba é assegurada pelo prazo de 4 anos, para adultos, podendo ser renovado, por igual ou menor período mediante o pagamento da taxa respectiva, sendo que tal renovação fica ao exclusivo arbítrio da ré, não havendo a alegada locação, pelo que requeria, a improcedência.

6. Sobre a resposta e documentos juntos com a mesma pronunciou-se o autor às fls. 49 *usque* 50, requerendo nestas últimas, *in fine*, fosse autorizado depósito complementar da quantia de Cr$ 10.346 (dez mil trezentos e quarenta e seis cruzeiros), face ao alegado pela contestante, o que lhe foi deferido, às fls. 51 e cumprido às fls. 52.

7. Ordenada a especificação das provas requereu a ré o julgamento antecipado da lide e o autor a produção de prova documental, apenas, levando-a a efeito com a juntada das peças de fls. 61 *usque* 66 e sobre as quais disse a ré, às fls. 68.

8. É o relatório.

9. Tudo visto e bem examinado, passo a decidir, por aplicação do disposto no inciso I, segunda parte, do artigo 330 do Código de Processo Civil.

10. Versam os autos acerca de situação *sui generis*, pois que o autor, tendo sepultado seus parentes mais caros, num túmulo do Cemitério do Maruí, de propriedade da ré, assim procedendo desde o ano de 1946, viu-se impedido, após o decurso de mais de 37 (trinta e sete) anos, de efetuar o pagamento referente à utilização e manutenção do mesmo.

11. A singularidade do presente processo, na verdade, causa espécie, seja sob o ângulo da moral, como o de nossa educação sócio-cultural, religiosa e, como não poderia deixar de ser, do direito.

12. Com efeito, afora a defesa do direito adquirido *in casu*, que salta aos olhos, há que se considerar o teor das "normas reguladoras" da Entidade Ré.

Certo é que uma cláusula, onde se estipula que "a renovação do prazo de utilização de um túmulo" fica *ao exclusivo arbítrio da ré*, por tanto, de uma só das partes é, sem sombra de dúvida, de natureza leonina e que, em doutrina, recebe o nome de condição potestiva pura, assim definida na Lei, artigo 115 do Código Civil, *in verbis*:

> "São lícitas, em geral, todas as condições que a lei não vedar expressamente. *Entre as condições defesas se incluem as que privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes*."

E, no dizer de Caio Mário da Silva Pereira, *in* "Instituições de Direito Civil", Forense, 1976, págs. 496/7:

> "A lei destaca, de entre as condições que invalidam o ato aquela que o sujeita ao arbítrio exclusivo de uma das partes. É a chamada condição potestiva pura, que põe todo o efeito da declaração de vontade na dependência do exclusivo arbítrio daquele a quem o ato interessa: o *si volam* ou *si volueris,* dos exemplos clássicos é uma cláusula que nega o próprio ato. Não há, com efeito, emissão válida de vontade, e a rigor não há mesmo emissão nenhuma, desde que fique o ato na dependência de lhe atribuir ou não o interessado qualquer eficácia (grifos da signatária destas).

13. O autor vinha efetuando, corretamente, os pagamentos relativos à manutenção do túmulo de seus genitores e irmã, é o que deflui do documento acostado aos autos, pela própria ré, às fls. 43.

14. A recusa, pela ré, de tal continuidade, é não só injusta, como ilegal, ante os termos da cláusula contratual em que se encontra embasada e cuja única "justificativa" é o arbítrio.

15. O autor depositou o valor devido e atinente ao biênio em curso, de 1984/1986, em Juízo, tal como aduzido pela ré, às fls. 19. Esta última reconhece, ademais, nestas mesmas folhas, a existência de um contrato verbal relativo ao sepultamento dos mencionados familiares do autor para quem fora aberta uma exceção. Ora, quem excepciona deve arcar com as conseqüências de seu ato e não repassá-las ao beneficiário do mesmo, caso as entenda contrárias aos seus interesses.

16. Ante todo o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com o que declaro extinta a obrigação a que o mesmo se refere.

17. Condeno a ré ao pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios, estes à razão de Cr$ 1.500.000 (quinhentos mil cruzeiros) considerando o disposto no § 4.° do art. 20 do Código de Processo Civil, os quais são expressos, na data de hoje, à razão de 14,634102 ORTN's.

18. P. R. I.

Niterói, 29 de abril de 1985.

DENISE LEVY TREDLER
Juiz de Direito

6ª VARA CÍVEL
Comarca de Niterói — RJ
Processo nº 14.421

SERVIDOR PÚBLICO — DINSTINÇÃO ENTRE FUNCIONÁRIO PÚBLICO "STRICTO SENSU" E EMPREGADO DA ADMINISTRAÇÃO PARA O FIM DE ENQUADRAMENTO EM PLANO DE CARREIRA. A Lei de enquadramento deve ser interpretada pelo método sistemático. (Sentença do Juiz de Direito Edson Aguiar Vasconcelos — Confirmada)

Vistos, etc.

HAMILTON DOS SANTOS COELHO, qualificado na inicial, propôs a presente AÇÃO ORDINÁRIA em face do Exmº Sr. Prefeito Municipal de Niterói, pleiteando seu enquadramento no cargo de ASSISTENTE ADMINISTRATIVO e a conseqüente percepção retroativa da diferença dos vencimentos do aludido cargo e dos referentes ao cargo de AGENTE ADMINISTRATIVO, que ora ocupa. Alega, em síntese, que ingressou nos quadros funcionais da Prefeitura de Niterói, através de concurso público, em 25 de junho de 1976, no cargo de escriturário-datilógrafo, sob o regime da CLT; que a lei municipal nº 340, de 11 de fevereiro de 1982, estabeleceu reclassificações no serviço público do Município e, em conseqüência, foi enquadrado no cargo de agente administrativo, em total desacordo com a lei mencionada, uma vez que a Tabela de série de classes norteou sua condição funcional, estabelecendo no art. 2º, Tabela "b", o seguinte: "Nesta série de classes são enquadrados os escriturários-datilógrafos, estes nomeados por concurso, que exerciam esses cargos antes da Lei 124, de 23 de novembro de 1977."; que preenchia todas as exigências de reclassificação em questão, mas apesar disso, sua reclassificação se deu de forma incorreta; que do enquadramento pleiteado já se beneficiaram funcionários de igual categoria à do autor, por força de decisão prolatada em mandado de segurança impetrado, tendo, inclusive, ocorrido o trânsito em julgado. A inicial veio instruída com os documentos de fls. 05 *usque* 23.

Regularmente citado, o réu contestou o pedido, sustentando que o autor não é amparado pela norma ínsita no art. 2º da lei municipal nº 340/82 e Tabelas correlatas, especialmente a designada pela letra "b", enquadrando-se a situação do mesmo na hipótese prevista no art. 3º § 2º, I, do referido diploma legal. Prevaleceu, portanto, o princípio de que o enquadramento do

autor teria que se verificar na classe final de cada série de classe, porque, apesar de pertencer o mesmo ao quadro celetista e ter ingressado através de concurso público, não era integrante do quadro permanente. Foi, assim, adotada a norma do art. 4º da precitada lei, eis que se tratava de escriturário-datilógrafo (fls. 29/31).

O culto representante do Ministério Público emitiu pronunciamento às fls. 33/36, inclinando-se pela procedência do pedido.

EXAMINADOS, DECIDO.

Trata-se de causa madura, nos exatos termos do art. 330 nº I do CPC, tornando-se, pois, desnecessária a realização de audiência.

Dito isto, faço um escorço da questão controvertida para seu melhor entendimento:

O autor pretende, através deste comentimento judicial, a revisão do ato administrativo que o enquadrou no cargo de AGENTE ADMINISTRATIVO. Antes do enquadramento exercia ele as funções de ESCRITURÁRIO-DATILÓGRAFO, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho, tendo sido admitido na Prefeitura em 25 de junho de 1976, através de concurso público. Afirma o autor que sua postulação é amparada pela lei municipal nº 340, de 11 de fevereiro de 1982, que reclassificou os quadros do Poder Executivo Municipal, ficando estatuído no artigo 2º, Tabela correlata III, "b", que na série de classes de ASSISTENTE ADMINISTRATIVO do Quadro Permanente enquadram-se os escriturários-datilógrafos nomeados por concurso e que exerciam o cargo antes da Lei nº 124, de 23 de novembro de 1977. Em face do dispositivo em referência, entende o autor preencher os dois requisitos do enquadramento desejado, quais sejam, o ingresso mediante concurso e o exercício anterior a 23 de novembro de 1977.

Colocada a matéria fática, é de se mencionar que a questão *sub examen* foi anteriormente apreciada neste Juízo, em 1982, quando do julgamento de mandado de segurança impetrado por servidoras que se encontravam em situação idêntica à do autor. Naquela oportunidade, houve sentença favorável às impetrantes, tendo sido o respeitável *decisum* confirmado em segundo grau de jurisdição (v. fls. 06/13). Sem questionar ou criticar a V. decisão, que se lastreou em critério de interpretação eminentemente literal, permito-me dela divergir, *concessa venia*.

E assumo tal posicionamento por adotar o processo sistemático de interpretação da lei, que entendo mais adequado à hipótese em exame. Preleciona Carlos Maximiliano, em sua obra clássica, que o método em pauta encontra fundamento na lei da solidariedade entre os fenômenos coexistentes e consiste "em comparar o dispositivo sujeito a exegese, com

outros do mesmo repositório ou de leis diversas, mas referente ao mesmo objeto. Por umas normas se conhece o espírito das outras. Procura-se conciliar as palavras antecedentes com as conseqüentes, e, do exame das regras em conjunto, deduzir o sentido de cada uma" (*in Hermenêutica e Aplicação do Direito*, Forense, 9ª edição, págs. 128).

Assentadas essas premissas, verifica-se, do exame da legislação específica, ser infundada a irresignação do autor, posto que seu enquadramento funcional se deu de forma escorreita.

Em verdade, a aparente dificuldade de equacionamento do problema deve-se basicamente à grande indecisão de que se reveste a terminologia do direito administrativo, decorrente, a meu sentir, da deficiente sistematização desse ramo jurídico no Brasil, o que está a exigir a codificação das normas administrativas, já há muito reclamada por autores da estatura de Hely Lopes Meirelles, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, Themístocles Brandão Cavalcanti, Guimarães Menegale, José Cretella Júnior, Armando de Oliveira Marinho e Zairo Lara Filho, dentre outros. Os dois últimos afirmam, com muita propriedade, que a "codificação ordena as normas jurídicas, tipifica e conceitua os diversos institutos de direito, limita os campos de ação, facilita a aplicação da lei e, conseqüentemente, a distribuição da Justiça. Facilita, também, a ação dos hermeneutas, dos aplicadores da lei" (*Programa de Direito Administrativo*, Freitas Bastos, 3ª Edição, pág. 52).

Apesar da imprecisão terminológica apontada, o tema em discussão encontra solução em pontos já perfeitamente pacificados na doutrina administrativa pátria, sendo hoje consagrados no direito positivo. Refiro-me ao regime jurídico do funcionário público, mais especificamente à estrutura do serviço administrativo, abrangendo os conceitos de funções e cargos públicos e quadros funcionais. Nessa seara reside a *vexata quaestio*.

Passo, agora, ao enfrentamento da questão:

Estatui o art. 2º da Lei Municipal nº 340/82:

"As séries de classe singulares do Quadro Permanente do Poder Executivo são distribuídas em Grupamentos Ocupacionais, na forma estabelecida nas Tabelas I a VIII, que integram esta lei".

A Tabela III, "b", que cuida do enquadramento na série de classe de ASSISTENTE ADMINISTRATIVO do Quadro Permanente, especifica que nela são enquadrados os:

"*Escriturários e os Escriturários-Datilógrafos, estes últimos nomeados*

por concurso, que exerciam esses cargos antes da Lei n° 124, de 23 de novembro de 1977, os Operadores de Máquinas Especializados, todos do Q.S., na forma do art. 3º e seus parágrafos e os Assistentes Administrativos, regidos pela CLT, na forma do art. 4º e seus parágrafos, desta Lei, assim: os de nível I, na classe intermediária e os de nível II na classe inicial".

Já a Tabela III, "c", referente ao enquadramento na série de classe de AGENTE ADMINISTRATIVO, cargo em que foi enquadrado o autor, estatui que na mesma são classificados:

"*Os Arquivistas e os Escriturários do Q.S., que não ocupavam estes cargos antes da Lei nº 124, de 23 de novembro de 1977, que tenham pelo menos o curso primário completo, na forma do art. 3º e seus parágrafos desta Lei, e os Escriturários, Escriturários-Datilógrafos, Técnicos Especializados e os Redatores sem curso de jornalismo, regidos pela CLT, na forma do art. 4º e seus parágrafos desta Lei, ressalvados quanto aos Técnicos Especializados em assuntos de Educação e Desportos, que serão enquadrados no Grupo Magistério, na forma que for indicada pela SME*".

Como se vê, as duas Tabelas tratam de enquadramento de escriturários-datilógrafos, função que era exercida pelo autor, sendo a III, "b", no cargo de ASSISTENTE ADMINISTRATIVO e a III, "c" no de AGENTE ADMINISTRATIVO.

Indaga-se, pois: Em que Tabela se enquadra a situação jurídica do autor? *Quid juris*?

Pode parecer, à primeira vista, que o autor preenche os requisitos estabelecidos na Tabela III, "b", eis que foi admitido por concurso, em 25 de junho de 1976.

Mas não é essa a real inteligência da Lei nº 340/82, senão vejamos:

A Tabela III, "b", alude expressamente a ESCRITURÁRIOS-DATILÓGRAFOS, pertencentes ao QUADRO SUPLEMENTAR, que ocupavam os CARGOS respectivos em data anterior a 23.11.1977. Esta Tabela, inegavelmente, encampa apenas os escriturários datilógrafos estatuários, funcionários públicos *stricto sensu*, que atendessem às duas exigências previstas; nunca os servidores que desempenhavam idêntica função, por força de relação de emprego com a Prefeitura, sob o regime da Consolidação das Leis do Trabalho. Para chegar-se a esta conclusão basta que se fixem os conceitos de FUNCIONÁRIO PÚBLICO, CARGO e QUADRO FUNCIONAL, questões que já não apresentam polêmica entre os estudiosos, com definições, inclusive, insertas no Estatuto dos

Funcionários Públicos da União (Lei n° 1.711, de 28 de outubro de 1952), diploma adotado como paradigma na estruturação administrativa funcional dos estados e municípios.

Assim é que a lei suso mencionada estabelece:

Art. 2º— "Funcionário é a pessoa legalmente investida em cargo público; e cargo público é o criado por lei, com denominação própria, em número certo"... (omissis)

Art. 8º — "Quadro é um conjunto de carreiras e cargos isolados".

E os doutrinadores não discrepam a respeito: Sérgio de Andréa Ferreira anota que o núcleo do conceito de funcionário público é o cargo público (*in Direito Administrativo Didático*, Forense, 2ª edição, pág. 151). Hely Lopes Meirelles, rastreando a definição legal, concorda em que "funcionários públicos são os servidores legalmente investidos nos cargos públicos da Administração Direta e sujeitos às normas do Estatuto da entidade estatal a que pertençam. O que caracteriza o funcionário público e os distingue dos demais servidores é a titularidade de um cargo criado por lei, com denominação própria, em número certo e pago pelos cofres da entidade estatal em cuja estrutura se enquadra" (v. *Direito Administrativo Brasileiro*, Revista dos Tribunais, 5ª edição, pág. 370).

No que tange à conceituação de QUADRO, Themístocles Brandão Cavalcanti também não se arreda do texto da lei, afirmando que "quadro é um conjunto de carreiras e cargos isolados, segundo define o art. 8º do Estatuto. A expressão pode também ser tomada em sentido genérico, usado pela Constituição, compreendendo todos os que exerçam cargos públicos criados por lei. Dá uma idéia de estabilidade, permanência, efetividade, constância" (*Curso de Direito Administrativo*, Freitas Bastos, 10ª edição, pág. 169). No particular, o eminente publicista é coadjuvado por Hely Lopes Meirelles, que define quadro como "o conjunto de carreiras, cargos isolados e funções gratificadas de um mesmo serviço, órgão ou poder" (ob. citada, pág. 382).

Com base no exposto, resulta induvidoso que a interpretação da Lei nº 340/82, que contém listas de enquadramento específico, há de eperar-se de acordo com seu próprio contexto, sem qualquer ampliação, até porque é perceptível o rigor terminológico adotado pelo legislador, que faz clara distinção entre servidores estatutários e celetistas. Verifiquem-se, a propósito, o art. 3º, §§ 2º, I e 4º, bem assim as diversas Tabelas integrantes, máxime a III, "b"e "c", ora objeto de análise. Percebe-se facilmente'que quando há menção de cargo, a referência é de funcionário estatutário; em

se tratando de celetista, a norma os vincula a emprego, designando-os empregados. A distinção, portanto, é da própria lei. E, por isso, aqui inverte-se a parêmia *ubi lex non distinguit*, uma vez que, se a lei faz a distinção, defeso é ao interprete deixar de distinguir.

Repisando, o texto da lei é explícito sobre o caso em apreço, valendo, neste passo, lembrar a assertiva de Hely Lopes Meirelles: "Em nenhuma hipótese, o servidor não investido em cargo público se equipara ao funcionário amparado pelo estatuto próprio da entidade a que pertença"(ob. cit, pág. 381).

Verdadeiramente, o autor, através do ato condição consubstanciado na Lei nº 340/82, ingressou no *status* de funcionário público, sob a égide de um estatuto. Antes era tão-somente empregado público, contratado pelo regime da CLT, não sujeito, portanto, às normas estatutárias que regem o funcionalismo municipal. Não era titular de qualquer cargo, e não integrava o quadro funcional da Prefeitura de Niterói, pelas razões já exaustivamente expendidas. A Tabela III, "b", repita-se, só abrange os funcionários que pertenciam ao *QUADRO SUPLEMENTAR* e exerciam o *CARGO* de escriturário-datilógrafo. A Tabela III, "c", no entanto, abarca a condição de celetista que era ostentada pelo autor.

Dúvidas não há de que o autor apenas exercia a *FUNÇÃO* cometida pela Administração Pública Minicipal aos escriturários-datilógrafos celetistas. Por outro lado, é de ser enfatizado que tal função tinha natureza transitória, conforme se depreende do magistério de Hely Lopes Meirelles, que observa o seguinte: "Função é a atribuição ou o conjunto de atribuições que a Administração confere a cada categoria profissional, ou comete individualmente a determinados servidores para a execução de serviços eventuais. Todo cargo tem função, mas pode haver função sem cargo. As funções do cargo são definitivas; as funções autônomas são, por índole, provisórias, dada a transitoriedade do serviço a que visam atender. Daí porque as FUNÇÕES PERMANENTES da Administração devem ser desempenhadas pelos titulares de CARGOS, e, as TRANSITÓRIAS por servidores deslignados, admitidos ou contratados precariamente" (idem, pág. 381). No desempenho de suas funções, o autor executava um serviço público LATO SENSU, mas isso não o tornava um funcionário público, já que serviço de natureza pública também é executado por pessoas não investidas em cargo, ajustando-se aqui como uma luva a observação de Kanmerer, citado por Themistocles Brandão Cavalcanti: "Tout fonctionnaire effectue un service public, mais tout service public n'este pas effectué par un fonctionnaire. Par suite, le fait de rendre un service

públic ne confère pas toujours la qualité de fonctionnaire"(idem, pág. 264).

Conclui-se, destarte, que a pretensão autoral é absolutamente insubsistente.

Por tais fundamentos, JULGO IMPROCEDENTE o pedido de revisão de ato administrativo vinculado formulado por HAMILTON DOS SANTOS COELHO em face do Exmº. Sr. Prefeito Municipal de Niterói para que se operem os jurídicos efeitos.

Em face da sucumbência, condeno o autor no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, fixados estes em 20% (vinte por cento) do valor atribuído à causa, devendo observado o estabelecido no artigo 34 do Decreto-lei nº 2.283, de 27 de fevereiro de 1986.

Publique-se, registre e intimem-se.

Niterói, 21 de março de 1986.

EDSON AGUIAR DE VASCONCELOS
Juiz de Direito

JCJ NAZARÉ DA MATA
Nazaré da Mata, PE
Recl. 1.338/87

RECLAMAÇÃO TRABALHISTA - Ato de indisciplina e/ou insubordinação. Não o comete o empregado que descunpre ordem do seu empregador se a mesma implica em existência de riscos físicos e materiais em sendo cumprida, ainda que outros trabalhadores estejam a cumprir tal ordem.
(Sentença do Juiz do Trabalho Edson de Arruda Câmara)

Vistos etc.

NATANAEL FELICIANO MARTINS, qualificado nos autos, reclama contra a REPUBLICANA TRANSPORTADORA COM. REP. LTDA., postulando, por condenação, os títulos da inci, digo: inicial de fls. 2/3. Junta documentos.

Citada, a Reclamada compareceu e, sem acordo, contestou o feito e juntou documentos.

A alçada foi dada pelo valor dado à inicial de Cz$ 100.000,00.

Interrogadas as partes e duas testemunhas de cada uma delas (fls. 26/30).

Encerrada a instrução com razões finais das partes que mantiveram-se inconciliáveis.

O feito foi dado como maduro para decidir.

É O RELATÓRIO.

DECIDINDO:

PRELIMINARMENTE, não há falar-se em prescrição, mercê do entendimento deste Juiz consubstanciado no trabalho doutrinário de sua lavra em anexo e que passa a integrar o presente julgado. Resumidamente, temos que a prescrição (geral) do Direito do Trabalho (art. 7º XXIX "a" e "b" da Constituição Federal) é de dois anos, contados do desate. E, nessa ótica, vê-se que, relativamente a nenhum dos títulos pleiteados, sobre estes não se debruçou o cutelo prescricional.

NO MÉRITO: O cerne da questão está em que o obreiro, recebendo do empregador a incumbência de, dirigindo um caminhão, deveria subir, por primeira vez em quase um ano uma trilha sulcada no canavial, indo, até o local onde se encontrava uma carregadeira e, lá, receber da mesma 7 a 8 toneladas de cana e, voltando pelo mesmo caminho, retomar à estrada, onde completaria a carga até 15 toneladas. O Reclamante recusou-se a fazê-lo o que aqui, digo: o que para o empregador, teria se insubordinado,

dando azo a ser dispensado por justa causa. Estes, resumidamente, os fatos apurados no curso da instrução.

A prova testemunhal produzida pelo Reclamante em nada o favorece. A da Reclamada, por seu turno, coerente com os elementos factuais dos autos é altamente esclarecedora. Só que ao invés de favorecer a quem a produziu lhe é adversa: sua primeira testemunha, *v.g.*, nos dá por elemento conclusivo o fato de que em terreno por onde teria de trafegar o caminhão dirigido pelo Reclamante, era em realidade, acidentado e, *ipso facto*, ensejador de possibilidade de um infortúnio pelo qual (vd depoimento do preposto), se ocorrera, por ele responderia o Reclamante — que não teria por que se nortear pelo comportamento de seus outros companheiros que se aventuravam pelo mesmo caminho, arriscando-se a um acidente o qual, ainda que se considere a meia-carga do caminhão ao descer a ladeira não estaria elidido por essa meia carga. Esta, ao menos matematicamente, estaria apenas a reduzir à metade o risco de um possível acidente pelo qual repita-se se responsabilizaria o empregado que, cautelosamente, viu por bem não compactuar com os riscos criados por seu patrão, este apenas preocupado em minimizar seus custos sem, obviamente, a necessária preocupação com a segurança do trabalho e, conseqüentemente, com a vida humana.

Em realidade, o carregar o caminhão com meia carga para completá-la ao atingir a base da ladeira não coloca o patrão em posição tão favorável assim (e o empregado em posição desfavorável, como contrapartida) no sentido de que estaria propiciando a seus empregados condições ideais de trabalho no que diz respeito a segurança. Esta, a segurança, deve ser estabelecida em mais alto nível, jamais em termos de cinqüenta por cento (caminhão com meia carga sobre terreno improvisado em via de rolamento, inclusive com inclinação lateral, além da inclinação no sentido topo/base) como é o caso dos autos, para dar completude a carga ao chegar à base.

A atitude patronal foi leviana, imprudente. A do empregado, ao revés, foi madura, cautelosa consubstanciada pela recusa em atender ao desiderato do Senhor de Engenho cuja visível cupidez parece tê-lo cegado.

E não vale, aí, que se diga que, apesar de tudo, do trabalho vir sendo realizado por outros empregados, nenhum acidente haja ocorrido. Como diz o velho adágio, "Deus ajuda às crianças, aos animais e aos tolos...".

De se enfatizar, em quase um ano de trabalho o Reclamante jamais foi punido (vd depoimentos) o que evidencia que antes nunca se recusara a cumprir uma ordem, sendo injusto que, por esta primeira e única vez tenha que ser punido com a dispensa sumária por justa causa. Cumpria,

evidentemente, ordens enquanto lhe fora possível, sem riscos para si e por seus companheiros.

Por tudo, dúvidas não tem este Juízo: o temor do Reclamante quanto à ocorrência de um evento infortunístico era ponderável e é de ser aceito como justificativa de sua recusa em alçar-se ao topo de uma estrada ladeirosa e acidentada, construída precariamente e apenas para atender (como faziam seus colegas) ao império de seu patrão. Seu medo pelo que é de se temer teria superado o temor reverencial — o que certamente não ocorrera a seus colegas que, por certo, ainda continuam no emprego...

Não há justa causa para a dispensa e a Reclamada deve ser condenada pela totalidade do pleito exordial já que trata, digo: toda a sua defesa se apoia na ocorrência de uma pretensa justa causa, nada tendo oferecido como opção secundária de justificativa pela não prestação quanto aos pleitos vestibularmente formulados.

Descabem honorários, uma vez que o Reclamante não se encontra assistido por seu Sindicato de Classe.

ISTO POSTO, decide a JCJ de Nazaré da Mata, à unanimidade, julgar a reclamação PROCEDENTE para condenar a Reclamada a pagar ao Reclamante os títulos da exordial, com os acréscimos legais e constitucionais do art. 7º, no que couber, tudo num *quantum* a ser fixado em liquidação do julgado.

Custa de Cz$ 4.531,00 pela Ré sobre a alçada de Cz$ 100.000,00.

INTIMEM-SE, eis que esta decisão está sendo proferida por antecipação em razão do recesso do Regional que terá seu início no dia 20 próximo. É decisão que não merece ser protraída no tempo, já que correspondente a uma insuportável realidade social onde se defrontam a fragilidade do hipossuficiente, de um lado, e do outro o resquício do coronelismo, infeliz fantasma que ainda ronda sutilmente os canaviais.

EDSON DE ARRUDA CÂMARA
Juiz do Trabalho

33ª VARA CRIMINAL
Capital, RJ
Proc. 5.270

ADULTÉRIO — Incriminaçâo. Se o ofendido exerce licitamente direito de recorrer ao Poder Judiciário, não há como se questionar a oportunidade ou conveniência da incriminaçâo. Prova do crime, inexistindo flagrante.
(Sentença do Juiz de Direito Eduardo Mayr)
* Reformada para diminuir o valor das multas impostas, por excessivas.

Vistos etc.

REGINALDO LUIZ PIRES DE SOUZA AGUIAR, regularmente qualificado, propõe a presente queixa contra FERNANDA MARIA DE FLORES MACEDO DE SOUZA AGUIAR e ANTÔNIO FERREIRA DO NASCIMENTO, igualmente qualificados na exordial, imputando-lhes a prática do crime capitulado no art. 240 do Código Penal, afirmando, em resumo, que após viver em concubinato com a primeira, então solteira, até 18 de julho de 1978 quando então com ela se casou, tendo o casal quatro filhos, tendo o segundo sido contratado como motorista para dirigir o automóvel de uso da família; havendo o menor Reginaldo, um dos filhos do casal, no dia 13 de dezembro de 1987, nas condições descritas na querela, surpreendido sua mãe quando era abraçada por trás pelo segundo que lhe beijava na nuca, havendo ocorrido a interpelação desta, que acabou por abandonar o lar conjugal em companhia daquele, fato este registrado na 16ª DP; e após o abandono, teria descoberto manuscritos com a descrição da conduta de ambos, bem como bilhete incriminatório escrito pelo motorista, a confirmar o relacionamento extramatrimonial, tudo conforme explicitado na minuciosa inicial.

Com a querela vieram os documentos de fls. 10/34, manifestando-se o MP a fls. 37.

Os querelados foram ouvidos a fls. 42 e 43, negando a imputação, vindo as alegações preliminares de fls. 46 e 48.

Ouviram-se na instrução criminal Rogério Álvaro Serra de Castro, Jua-rez Tavares, Hailton Carmo e o menor Reginaldo Luiz Pires de Souza Aguiar Filho, fls. 52 a 57.

Atendendo a determinação do Juízo, o querelante trouxe aos autos o documentos de fls. 61 e, posteriormente, fez juntar os documentos de fls.

65/66.

Folhas de antecedentes, sem anotações, fls. 70 e 71.

Veio aos autos o exame de fitas magnéticas gravadas de fls. 100/131.

O manuscrito de fls. 61 foi objeto de perícia, encontrando-se a fls. 135/169 o exame grafotécnico particular e a fls. 172 o laudo oficial.

Foram ouvidos os menores Macedo de Souza Aguiar, Fernando Antônio Macedo de Souza Aguiar e Maria Antônia de Souza Aguiar a fls. 178/181, em audiência especial.

A audiência de julgamento transcorreu conforme ata de fls. 198, fazendo o querelante juntada de memorial, pugnando pela condenação dos querelados nos termos da inicial, entendendo-a provada, defendendo-se os querelados oralmente, pedindo a absolvição por precariedade probatória, pugnando o segundo querelado, ainda, pela extinção da punibilidade pelo perdão judicial, e vindo posteriormente memorial da primeira, com os argumentos lá expendidos.

Examinados, decido:

1 — Imputa-se aos querelados crime de adultério.

2 — Não há como se discutir no caso concreto a conveniência ou oportunidade da incriminação do adultério: o delito existe na lei e o querelante exerceu um legítimo direito ao recorrer ao Judiciário colimando a punição dos que o cometeram.

3 — Ponto nodal, portanto, é a afirmação de estar ou não o mesmo caracterizado, no contexto probatório trazido à colação, em que a primeira querelada teria sido surpreendida pelo filho do casal em abraço lascivo, a precipitar a separação do casal com a sua saída de casa, em companhia do seu parceiro, o motorista contratado para prestar serviços à família, culminando com a descoberta de escritos e fitas gravadas a corroborar a atitude da mulher.

4 — É certo que o nosso Código Penal, a exemplo da maioria das legislações contemporâneas, não definiu expressamente o adultério, decorrendo o seu conceito das preceituações culturais de cada povo, prendendo-se sua incriminação à profunda perturbação trazida à ordem familiar, base da nossa organização social ocidental, o que, aliás, é a linguagem da Exposição de Motivos que acompanhou o projeto do Código Penal:

> "Não há razão convincente para que se deixe tal fato à margem da lei penal. É incontestável que o adultério ofende um indeclinável interesse

de ordem social, qual seja o que diz com a organização ético-jurídica da vida familiar. O exclusivismo da posse sexual dos cônjuges é condição de disciplina, harmonia e continuidade do núcleo familiar. Se deixasse impune o adultério, o projeto teria mesmo contrariado o preceito constitucional que coloca a família sob a proteção especial do Estado".

5 — Tal fundamento é o mesmo invocado por Manzini, o interesse do Estado em garantir a ordem jurídico-familiar e, mais precisamente, a ordem jurídico-matrimonial contra a perturbação causada pelo adultério, ou, como diz Maggiori, "l'interesse pubblico di tutelare l'ordinamento etico giuridico del matrimonio monogamico" (*Principii di Diritto Penale*, 2ª ed., vol. II, pág. 549).

6 — Há que se entender que o fundamento da punibilidade, em nosso direito positivo, é o dever de fidelidade recíproca. A fé conjugai é o bem jurídico a proteger. Se a fidelidade conjugal configura um dever jurídico, a violação de tal dever configura o delito. O seu elemento subjetivo é induvidosamente a vontade livre e consciente de quebrar tal dever de fidelidade conjugal, com o cometimento de conjunção carnal ou a prática de atos libidinosos outros, de desenfreio da lascívia.

7 — A conceituação restrita de carrara, a exigir como elemento material do delito a conjunção carnal, tão-somente, ou seja, a cúpula completa — buscando o Mestre ensinamentos vetustos do *nudus cum nuda, solus cum sola, in eodem lecto*, posteriormente transmudado para *nudus cum nuda*, *solus cum sola*, *in solitudinem* (*Programma*, III, pág. l .884) foi afastada mesmo na Itália, onde tal ponto de vista é classificado como uma "chineserie senza buon senso giuridico ni morale" (expressão de Manfredini, em seu *Manuale di Diritto Penale*, págs. 551/552), pois estaria sendo valorizado tão-somente um ato, com abstração de todo o espírito que animou a conduta adulterina.

8 — É evidente que inexiste adultério por infidelidade espiritual ou platônica. Só a Igreja admite o pecado por pensamentos. Na sarça ardente do Direito Penal, o pecado tem que se manifestar por palavras e ações, pois a punição do pensamento seria impossível faticameme além de configurar a mais terrível ditadura, a da imaginação e do espírito.

9 — Assim, o adultério não pode ser circunscrito a um só e único ato, a cópula. É muito mais que isto, é uma grave violação de um dos deveres fundamentais do casamento, que é a fidelidade conjugal, na *vox populi*, a

"conduta desonrosa" de um dos cônjuges, honra esta que não se aloja entre as pernas de um homem ou de uma mulher, mas em toda a sua individualidade, até mesmo em um beijo voluptuoso e lascivo colimando quebrar os votos matrimoniais (cf. "O Beijo perante o Direito Penal Brasileiro", Des. Abeylard Pereira Gomes, *in Revista da OAB-RJ*, ano 2, nº 3).

10 — O caso dos autos.

11 — Exsurge da farta prova dos autos: que a primeira querelada se satisfazia sexualmente com o segundo querelado — o que é indiciado pelos manuscritos de fls. 18 a 29, *verbis*:

"Fecha a porta.

Vem ficar comigo.

Quero sentir os meus lábios no seu corpo. Quero ficar de quatro à sua espera. Fecha a porta. Deixa lá fora a sua veste. Venha misturar o seu grito de prazer ao meu. Fecha a porta e impetuosamente penetra-me macho fecundo" — fls. 18

"...a distância só faz aumentar o meu desejo o meu amor por você macho meigo, feroz" — fls. 19

"...minhas mamas se alargam a respiração aumenta sou fêmea no cio à sua espera. Meu corpo navega ao seu encontro sua língua linda serpente me enlouquece toda dominada embarco a caminho do país dos sonhos..." - fls. 20

etc. etc.

12 — Este, por sua vez, retribuía da mesma forma, conforme documento de fls. 61, por cópia a fls. 30, e cuja autenticidade foi confirmada pericialmente:

"Fernanda meu amor.

Tenho você sempre nos meus sonhos,

Tenho você nos meus desejos.

Tenho você como amante fiel

Tenho você na minha vida com amor especial (sic)

Só não quero ter você como uma outra

..."

13 — A conduta presenciada pelo filho do casal confirma que não se

cuidaria de simples tertúlia literária ou extravasamento poético platônico — ou como afirmou a primeira querelada, poesia erótica, *verbis*: "... tratando-se de poesias, não dirigidas a pessoa determinada; que desde jovem a interrogada se dedica a escrever versos...", fls. 42. A conduta descrita por Reginaldo Filho, de 11 anos, a fls. 54, não pode ser fruto de imaginação infantil:

> "...que viu quando Antônio, na cozinha, abraçou sua mãe, por trás, e assim comunicou o ocorrido ao seu pai, que quis saber com Fernanda o que tinha acontecido... respondido... "que não agüentava mais a mentirada, que gostava dele, Antônio, e não tinha condições de ficar ... que não foi a primeira vez que viu Antônio tomar intimidades com sua mãe ... com Roberta ... viram os dois se abraçando, quase se beijando, e então se separaram, tendo a mãe ...dizendo... "que não havia acontecido nada, que eram apenas amigos…"

14 — Da mesma forma, os demais filhos do casal incriminam os querelados inapelavelmente. Fernando Antônio, relatando as conversas entre ambos, os ciúmes de sua mãe com relação a Antônio, as brincadeiras de "empurra-empurra", o fato de ambos os querelados se trancarem no quarto, bebendo do mesmo copo, fumando do mesmo cigarro, as gravações, tudo sendo reforçado por Roberta, de 14 anos, a fls. 179 e pela pequenina Maria Antônia, de 8 anos.

15 — A gravação de fls. 100/131, que não foi contestada pela primeira querelada, também gera a certeza do adultério, certo que após abandonar o lar conjugal, a mesma passou a residir ao menos transitoriamente em companhia do segundo querelado, onde foram encontrados juntos pelo sr. Oficial de Justiça, conforme certidões de fls. 48/v, e fls. 189/v.

16 — O crime de adultério é um daqueles em que a prova é privilegiada, e salvo situação do flagrante delito, há que ser pacientemente cuidada com a conjugação de indícios que em sede penal são provas. No caso dos autos, não se está a lidar com meras suspeitas, e exigir-se a prova inequívoca de coito seria adotar a tese de que o adultério deveria ser descriminalízado pela impossibilidade de configurá-lo na prática.

17 — Assim, entendo provada a denúncia. A prova, suficiente para um édito de censura, se constituiu dos documentos, notadamente o bilhete manuscrito de autoria do segundo querelado, e cuja autenticidade ambos tentaram negar. Afirmar-se que alguém é sua "amante fiel", nas

circunstâncias retratadas nos autos, é confissão, e além disso, as declarações dos filhos do casal incriminam a ambos. Fernanda Maria e Antônio, de forma irremediável, além da gravação transcrita. As defesas não abriram ao julgador outra alternativa, pois a tese central foi a negativa de autoria. Lembramos os ensinamentos da brilhante Profª Ester Kosovski, em seu livro *Adultério* (Ed. Codecri, ed. 1983) ao discorrer sobre a evolução e emancipação feminina, de Roberto Lyra, brilhante Mestre de saudosa memória, que mencionava o adultério "benévolo" e aquele que ocorre, *verbis*, "...por falta de lealdade afetiva e até de gratidão", acrescentando, no tocante à mulher adúltera, que esta "...bem sabe que expõe o marido ao vilipêndio, mas, livre e apta, não dispensa a segurança, a representação, o conforto, a assistência que este lhe proporciona; as circunstâncias influem na gravidade moral e afetiva do caso, revelando maior ou menor indignidade pessoal", e culminando com as declarações do Professor Atamir Quadros Mercês: "embora possa parecer imoral, minha experiência de advogado me autoriza a aceitar que o adultério tanto do homem como da mulher — e mais da parte dela — é segurança de felicidade e ajustamento do casamento, garantindo a estabilidade da sociedade conjugal, uma vez que a presença do "amante" neutraliza as controvérsias matrimoniais e suaviza a convivência, quase sempre difícil e incômoda dos casais modernos, torturados por um sem-número de problemas. Podemos concluir que não seria justo querer da esposa adúltera o holocausto de manter a fidelidade conjugal, quando o marido não mais atende às obrigações fisiológicas do casamento" (conferência na Faculdade Brasileira de Ciências Jurídicas).

18 — Contudo, as defesas não trouxeram uma palavra quanto a elementos que possibilitassem o reconhecimento da causa extintiva de punibilidade. Limitaram-se à negativa de autoria, e não poderia este Juízo transcender a vontade das partes na querela ou criar situações não retratadas nos autos, limitando-se a decidir com absoluta imparcialidade.

Isto posto,

JULGO PROCEDENTE a queixa, para CONDENAR - FERNANDA MARIA DE FLORES MACEDO DE SOUZA AGUIAR e ANTÔNIO PEREIRA DO NASCIMENTO nas penas do art. 240 do Código Penal.

Atendendo às normas dos artigos 59 e 60 do mesmo diploma; considerando a absoluta primariedade dos acusados, que são pessoas de bem, e que se viram envolvidos neste turbilhão familiar, de todo lastimável, por motivos que não é dado ao Julgador aferir, lembrando João, 8:7, e

tendo que a finalidade da pena não é meramente retributiva, mas sobretudo educativa, no sentido de possibilitar ao seu destinatário uma real fruição para a vida, fixo a pena, para cada qual, no mínimo legal, 15 (QUINZE) DIAS DE DETENÇÃO a qual, utilizando-me da faculdade que me concede o art. 60 § 2º do Código Penal, e estando presente os pressupostos dos incisos II e III do an. 44 do mesmo diploma, convolo em 15 (QUINZE) DIAS/MULTA, assim discriminados:

a) FERNANDA MARIA DE FLORES MACEDO DE SOUZA AGUIAR — pessoa de formação universitária, advogada, economia e patrimônio próprios —15 (QUINZE) DIAS/MULTA À RAZÃO DE Cz$ 15.000,00 (QUINZE MIL CRUZADOS), totalizando Cz$ 225.000,00 (DUZENTOS E VINTE E CINCO MIL CRUZADOS);

b) ANTÔNIO FERREIRA DO NASCIMENTO — instrução rudimentar, motorista, desprovido de patrimônio — 15 (QUINZE) DIAS/MULTA À RAZÃO DE Cz$ 1.000,00 (HUM MIL CRUZADOS), totalizando Cz$ 15.000,00 (QUINZE MIL CRUZADOS).

Pagarão as custas e a taxa judiciária legal, em partes iguais. Lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados, cientes de que têm o prazo de 10 dias para o recolhimento. Anote-se e comunique-se,

P.R. e I.

Rio de Janeiro, 12 de agosto de 1988

EDUARDO MAYR
Juiz de Direito

l° JUIZADO ESPECIAL CÍVEL E DO CONSUMIDOR
Comarca da Capital — RJ
Processo n° 15.389/96

PROCEDIMENTO SUMARÍSSIMO — Composição de danos — Responsabilidade solidária dos causadores do dano em decorrência do disposto nos arts. 7° e 25, § 1°, do Código do Consumidor.
(Sentença do Juiz de Direito Fábio Dutra)

Vistos etc.

MARIA DE FÁTIMA CARNEIRO SANTOS propôs Ação de Procedimento Sumaríssimo em face de *WOLKSWAGEN DO BRASIL S. A*. e *BITTING COMÉRCIO E SERVIÇOS DE AUTOMÓVEIS S. A*. dizendo haver adquirido, em 29 de janeiro de 1996, da 2ª Ré, o automóvel 0 km, Gol Cli 1.6, fabricado pela 1ª Ré, o qual apresentou defeito no dia 29 de março de 1996, somente ficando pronto em 16 de abril de 1996. Requereu a condenação das Rés ao pagamento de 40 (quarenta) salários mínimos, sendo 35 (trinta e cinco) a título de dano moral e 05 (cinco) para ressarcimento de despesas de locomoção.

Juntou os documentos de fls. 09/13.

A 1ª Ré juntou os documentos de fls. 16/19, 23/35 e 45/46, oferecendo a contestação de fls. 40/44, na qual sustentou a inexistência de danos a reparar, eis que o veículo foi entregue à Autora "em perfeitas condições de funcionamento". Rechaçou a pretensão à percepção da indenização por dano moral, por ter sido cumprido o prazo de trinta dias previsto no artigo 18, do Código do Consumidor. Refutou o pedido de ressarcimento do suposto dano patrimonial pelo mesmo motivo, acrescentando não ter sido possível precisar as condições em que trafegava o veículo: sobrecarregado, em trânsito extremamente lento, e, provavelmente, sem a quantidade necessária de líquido de arrefecimento. Concluiu por sustentar ser o pedido juridicamente impossível, em face do dispositivo legal antes invocado.

A Segunda Ré não ofereceu resposta.

Realizada a audiência, cuja assentada acha-se às fls. 47, não foi possível obter a composição, razão pela qual os autos me vieram conclusos para a sentença.

RELATADOS, DECIDO.

O pedido formulado pela Autora deve ser parcialmente acolhido, eis que os elementos probatórios coligidos são suficientes para demonstrar a

extensão do prejuízo sofrido pela mesma, além do nexo de causalidade entre o evento danoso e a responsabilidade das Rés pelo ressarcimento.

A Ré Bitting Comércio e Serviços de Automóveis S. A., deixou de comparecer à audiência de conciliação, instrução e julgamento (fls. 47). Nos termos do artigo 20, da Lei 9.099/95, dever-se-ia considerá-la revel. A parte final do referido dispositivo legal possibilita que o juiz tenha convicção diversa.

O inciso I, do artigo 320, do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente, relevaria tal contumácia, na medida em que a primeira Ré tenha resistido à pretensão da Autora.

> *"Não se configura a revelia quando, em litisconsórcio, um dos réus contestar, aproveitando a contestação aos demais, justamente porque tal contestação implica ocorrências de limitação à incidência da revelia "* (Ac. unân. da 6ª Câm. do 2° TACiv. SP de 11-06-86, na Apel. 193.222-0, Rel. Juiz Soares Lima; *RT*, 612,147).

Quem adquire um veículo novo, espera extrair dele mais do que a comodidade do transporte. Espera livrar-se dos aborrecimentos relacionados aos defeitos; espera a segurança dos melhores equipamentos, atestados pelas autoridades competentes; espera a presteza do conserto imediato e espera um atendimento compatível com o investimento feito.

A Autora, dois meses após adquirir o seu veículo novo, foi dele despojado por nada menos que 19 (dezenove) dias, ou seja, de 29 de março de 1996 a 16 de abril de 1996. E note-se que o veículo adquirido não era importado, mas um mero veículo Gol, produzido no Brasil em grande escala. O mais vendido automóvel do Brasil.

Quaisquer reparos que demorem mais de dois dias, em razão de defeitos decorrentes do uso comum, causam prejuízos consideráveis ao adquirente. E não se diga o prejuízo daqueles que têm os seus veículos recolhidos em razão de acidentes graves.

Não há dúvida que a presente demanda está amparada pelo Código do Consumidor, eis que da relação de consumo surgiu o conflito e deste a necessidade de se interpretar os efeitos daquela decorrentes.

O Código do Consumidor dispõe no artigo 7° que "tendo mais de um autor a ofensa, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo". Tal norma é reiterada no artigo 25, § 1°, do mesmo código, *verbis*:

> *"Havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos*

responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas seções anteriores ".

O artigo 18, do Código do Consumidor, faculta ao consumidor o direito de exigir, alternativamente, uma das opções previstas no parágrafo primeiro. Isso não afasta, no entanto, o direito de ser o adquirente ressarcido de eventuais prejuízos que eventualmente tenha sofrido. Isso pode ser sentido no inciso II, do referido parágrafo, que possibilita ao consumidor o direito de exigir a restituição imediata da quantia paga, monetariamente atualizada, *sem prejuízo de eventuais perdas e danos*.

Entendo que o produto adquirido pela Autora não poderia apresentar o defeito que apresentou e, se verificado, o seu reparo não poderia demorar prazo superior a dois dias. Adoto tal entendimento, valendo-me do artigo 5° da Lei 9.099/95 e artigo 335 do Código de Processo Civil. O valor de um veículo novo, em muitos casos superior ao preço de um imóvel, deve corresponder ao benefício que dele se espera.

O valor da indenização que entendo justa foi encontrado multiplicando-se o número de dias que o veículo esteve parado vezes a quantia de R$ 100.00 (cem reais). Este último valor foi arbitrado tomando-se corno base o valor de uma diária cobrada por uma locadora por um veículo comum.

Em face do exposto *JULGO PROCEDENTE*, em parte, o pedido formulado por *MARIA DE FÁTIMA CARNEIRO SANTOS* em face de *VOLKSWAGEN DO BRASIL S. A.* e *BITTING COMÉRCIO E SERVIÇOS DE AUTOMÓVEIS S. A.*, para condenar as Rés, solidariamente, a pagarem à Autora a quantia de R$ 1.900,00 (um mil e novecento reais), corrigida monetariamente a contar da data da distribuição (07 de maio de 1996) e acrescido de juros legais a contar da data da citação (20 de maio de 1996).

Estabeleço como condição de procedibilidade recursal o depósito à ordem e disposição do Juízo, da quantia acima arbitrada, ficando a Secretaria deste Juizado autorizada a expedir a guia de depósito.

Deixo de condenar, nesta fase processual, as Rés ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, em face do que dispõe o artigo 55, da Lei 9.099/95.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 11 de outubro de 1996.

FÁBIO DUTRA
Juiz de Direito

4ª VARA CRIMINAL
Comarca de Rio Branco — AC
Processo n° 814

HONRA — CRIME TIPIFICADO NA LEI DE IMPRENSA — Condenação do réu pela comprovação do dolo de injuriar e difamar.
(Sentença do Juiz de Direito Francisco Djalma da Silva)

Vistos etc.

I.

ALTEMIR DE OLIVEIRA PASSOS, já qualificado e em causa própria, art. 36 do Código de Processo Civil, ao fundamento de crime de imprensa, art. 22, da Lei n° 5.250, de 09 de fevereiro de 1967, propôs apresente Ação Criminal contra os jornalistas ROBERTO CARLOS VAZ DE AZEVEDO, ESTÊVÃO BIMBI e SÍLVIO MARTINELLO, todos já regularmente qualificados, alegando haverem os querelados assacado contra a honra do querelante, ao publicarem em o jornal *A Gazeta*, edição consignada às fls., as seguintes expressões:

"DAQUI A POUCO ESCURECE. VAI PRA CASA PADILHA;
VAI PRA CASA PADILHA;
PADILHA FICA DE OLHO NELA, SENÃO...,
PADILHA, E SE CONTAREM AQUELA DA DISTINTA, COMO É QUE AS COISAS FICAM?" (SIC — fls. 03 — Processo n° 814/89).

"UM NECESSÁRIO: A *GAZETA FM* DIVULGOU O *SHOW* DO LOBÃO, MAS NÃO ERA RESPONSÁVEL PELO *SHOW*, COMO DIVULGOU O *SHOW* DO MILIONÁRIO E JOSÉ RICO E OUTROS. ISTO PRECISA FICAR CLARO, PORQUE O RADIALISTA ALTEMIR PASSOS JÁ ANDOU DIZENDO BESTEIRA NA RÁDIO DELE. NÃO TE METE, ALTEMIR. VAI PRA CASA PADILHA" (SIC - fls. 02 - Processo n° 815/89).

Com a inicial vieram os documentos de fls. e fls., dentre estes alguns exemplares do jornal *A Gazeta*, através dos quais se constatam as afirmações contidas na exordial.

Após as providências preliminares, adveio a contestação dos acusados, na qual advogou-se a absoluta inexistência de causa motivadora do procedimento em apreço, requerendo, por fim, a rejeição da pretensão punitiva, conquanto o querelante objetiva satisfazer caprichos pessoais.

Em amparo às alegações dos suplicados, acostou-se os documentos de fls., todos via fotocópia, com alguns trechos destacados.

A requerimento do Ministério Público, determinou-se a reunião dos Processos nos 814/89 e 815/89, ora em exame, ao fundamento do princípio da continência.

Recebida a queixa, ante os pressupostos da doula decisão de fls. 31/37, deferiu-se prazo para indicação de testemunhas, vindo a seguir o termo de qualificação dos implicados com o conseqüente interrogatório.

Por derradeiro, tem-se a assentada da prova testemunhal, culminando com a apresentação dos memoriais das partes, em cuja pretensão ratificaram as declarações primeiras.

A audiência do Ministério Público, este em parecer da lavra do Dr. HILDEBRANDO EVANGELISTA DE BRITO, opinou pela absolvção dos querelados tendo em vista a atipicidade dos fatos, art. 386, III. do Código de Processo Penal.

II.

DECISÃO

Cuida a hipótese vertente de delito contra a honra, na modalidade de crime de imprensa, assacado em desfavor do queixoso *ALTEMIR DE OLIVEIRA PASSOS*, conquanto em publicações diversas, através do jornal *A Gazeta*, dilapidaram os querelados ROBERTO CARLOS VAZ DE AZEVEDO, ESTÊVÃO BlMBl e SÍLVIO MARTINELLO, o conceito e a dignidade do querelante, imputando-lhe intencionalmente uma qualificação abjeta, com o propósito de macular a sua reputação, em flagrante desrespeito aos primados que orientam a conduta ético-social.

Ditas publicações consignadas nas edições do hebdomadário *A Gazeta*, consistiram em matéria ofensiva à honra e ao decoro do querelante, sob o seguinte jargão humorístico:

"VAI PRA CASA PADILHA".

A propósito, a referida expressão se encontra inserida em inúmeros textos, dentre os quais os seguintes:

"DAQUI A POUCO ESCURECE. VAI PRA CASA PADILHA;
VAI PRA CASA PADILHA;
PADILHA, FICA DE OLHO NELA, SENÃO....
PADILHA, E SE CONTAREM AQUELA DA DISTINTA,
COMO É QUE AS COISAS FICAM?".

Dos escritos acima reproduzidos exsurge clara, evidente, a preocupação dos querelados em manchar a imagem do querelante, a pretexto de disfarçados elogios à beleza da mulher de quem é tido como PADILHA.

Ora, no que pese esse entendimento, a propósito deverasmente liberal, penso que por trás dessa intenção sobrepõe-se a figura do *animus injuriandi*, como elemento integrante do tipo.

Louvores dessa estirpe, de conotação verdadeiramente pejorativa, serve-se muito mais a manifestações depreciativas e desmoralizantes, especialmente porque tal jargão, popularmente conhecido através da rede nacional de televisão, objetiva retratar em sua essência, a vida de um homem traído e tido como *corno*, cuja mulher, por ser bem afeiçoada e de traços desejáveis, fica a receber homens em seu próprio leito, enquanto que o esposo se encontra voltado para as atividades laborais do cotidiano. Colocações desse jaez implicam investir contra a honra familiar do querelante, forma aliás não condizente com os padrões doutrinários do jornalismo contemporâneo.

A liberdade de imprensa, ora tão cultuada em nossa sociedade como expressão maior dos regimes democráticos, não pode descer à prestação de serviços especulativos, sob o amparo do cumprimento da nobre missão de bem divulgar os fatos sociais.

A divulgação de determinados fatos que embora não se revistam de caráter criminoso, incide na reprovação ético-social e é, portanto, ofensiva à reputação da pessoa a quem se atribui.

Ademais disso, mesmo na hipótese de verdadeira a imputação, não é dado o direito a quem quer que seja, propagá-la por qualquer meio.

A alegação de *animus narrandi* produzida pelos acusados, se reveste a meu ver, em matéria confissionária, notadamente porque o grau de privacidade por ela violentada, produzira, certamente, seqüelas imensuráveis no âmbito familiar do casal.

O marco fronteiriço entre o *animus narrandi* e o *animus injuriandi* está em que fica o primeiro condicionado à necessidade, interesse ou prazer do leitor da publicação, ao passo que o segundo, à sua natural maledicência ou desdém (*Da calúnia e injúria* — pág. 45. Oliveira e Silva — 3ª edição — Livraria Freitas Bastos S/A).

A argumentação da inexistência de conduta tipificadora de crime, por parte dos querelados, não resiste a uma análise mais acossada acerca do tema. Daí questionar-se, com que propósito então, eram as expressões, "vai pra casa Padilha" ditas? A quem dirigidas? Não é preciso ter-se bola de cristal para que se perceba a intenção dos autores.

Por outro lado, tem-se que os termos ofensivos, como pretendido pelo douto patrono dos implicados, não se acham isolados, mas escritos em contexto jornalístico, direcionados à alimentação da curiosidade dos que manuseiam diariamente os periódicos locais.

O escárnio à reputação de outrem, se constituirá em repúdio inderrogável por parte da sociedade civilizada.

Os dizeres "VAI PRA CASA PADILHA" são vocábulos ofensivos, em sua indiscutível acepção vulgar como já mencionado alhures. Contra esta é inútil sofismar com a possibilidade de significados colaterais, advindos da deusa da formosura (VÊNUS), subsistindo, portanto, o conteúdo pejorativo, só afastável, como aliás sucederia, com as palavras empregadas pelos réus, se inocente fosse o modo de empregá-las.

Destarte, ante a colocação em referência, valho-me do magistério de Hungria quando, estudando matéria similar, leciona o seguinte:

> "Quando as palavras ou atos são de si mesmos injuriosos ou difamatórios, não compete ao querelante provar a má intenção ou vontade criminosa do acusado, mas a este incumbe, para acaso isentar-se da pena, demonstrar a ausência de *pravus animus*" (*Comentário ao Código Penal*, vol. II, 4ª ed., pág. 53).

Das atitudes dos querelados, deflui inquestionavelmente a intenção inequívoca de injuriar o ofendido, posto que, as renitentes desconsiderações por eles imprimidas acham-se recheadas de deboches, descasos e provocações à intimidade do lar e da vida privada do casal.

Se pretendessem os acusados manifestar apreço, admiração ou lisonjeio à esposa do querelante, haveria por certo outras formas de tratamento menos agressivas e mais civilizadas para tal.

O Professor Heleno Fragoso, em versando o tema em face de preceito idêntico, art. 140 do Código Penal, orienta que:

> "É relativa a presunção de ausência de dolo emergente da norma, havendo crime quando for inequívoca a intenção de injuriar ou difamar, ou seja, quando a expressão empregada revelar evidentemente, o propósito de ultrajar" (*Lições de Direito Penal*. 1° vol. 1959, pág. 123).

III.

In casu, mesmo não havendo vontade livre e direta por parte dos acusados, tinham eles a lucidez necessária a constatar que as insinuações

provocariam feridas no brio do querelante. Assumiram os acusados, efetivamente, o risco pelas ofensas provocadas.

Não há o direito de ofender, mesmo que a pretexto de criticar, Aquele que dispõe, notadamente, de meios de divulgação poderosos como o rádio, a televisão e o jornal impresso, não pode ser leviano e resvalar em transbordamentos ou excessos de linguagem, pelos quais é justa e adequada a punição.

Por todos esses fundamentos, e por tudo mais que dos autos consta, tenho que procedente é a acusação proposta pelo queixoso ALTEMIR DE OLIVEIRA PASSOS, em desfavor de ROBERTO CARLOS VAZ DE AZEVEDO, ESTÊVÃO BIMBI e SÍLVIO MARTINELLO, para, em conseqüência, condená-los pela prática do crime capitulado no art. 22, da Lei n° 5.250. de 09 de fevereiro de 1967, e o faço com arrimo nos arts. 387 e seguintes do Código de Processo Penal.

Tendo em vista a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social, a personalidade dos agentes, os motivos e as circunstâncias do delito, e ainda assim, as conseqüências produzidas, com reflexos incalculáveis junto aos familiares do casal, bem como o comportamento da própria vítima, inteligência do art. 59 do Código Penal, fixo a título de reprimenda básica, a ser cumprida nos moldes do art. 66, parágrafo único, da citada Lei de Imprensa, em 06 (seis) meses de detenção, cuja execução ficará desde logo suspensa por um período de 02 (dois) anos, haja vista as disposições do art. 72, da já festejada lei de informação.

Em virtude de operar contra os acusados a agravante do art. 61, II, "g" do Código Penal, aumento a pena a eles imposta em 1/3 (um terço), perfazendo, desse modo, um cômputo definitivo correspondente a 08 (oito) meses, isto em função de não haver circunstâncias minorantes em favor dos mesmos.

Por derradeiro, considerando o princípio da sucumbência, condeno ainda os réus ao pagamento das custas processuais, cujo recolhimento deverá ser efetuado ate 48 horas após o trânsito em julgado desta decisão.

Lancem-se os nomes dos réus no rol dos culpados.

P. R. Intimem-se na forma legal.

Rio Branco — AC, 06 de setembro de 1991.

FRANCISCO DJALMA DA SILVA
Juiz de Direito

1ª Vara Criminal
Comarca de Volta Redonda
Proc. 7.292/84

TRÁFICO DE ENTORPECENTE — Flagrante preparado pela Polícia. Subsistência quanto ao delito de posse. O auto de prisão em flagrante, preparado pela Polícia para efeito de tráfico de entorpecente, com quanto desprezível para esse efeito, prevalece e é subsistente para configurar a infração penal de posse, prevista no art. 16 da Lei de Tóxicos, conforme lição de Menna Barreto.
(Sentença do Juiz de Direito Gérson Silveira Arraes)

SENTENÇA

Ação penal, movida pela justiça pública, em face de M.L.V.I. e, em face de D.R.C. (ambos qualificados às fls. 5-v.°) como incursos nas penas do art. 12 da Lei Federal n.° 6.368/76, porque, segundo refere a denúncia:

> "No dia 22 de abril de 1984, por volta de zero hora e trinta minutos, no estabelecimento "SINGO'S BAR" e suas imediações, no bairro Vila Mury, nesta cidade, os detetives M.J.D., M.A.P.S. e G.E.R., usando disfarces pessoais, lograram prender em flagrante os acusados que, naquela área, faziam o comércio do entorpecente "COCAÍNA", cujo papelote vendiam ao preço de Cr$ 10.000,00 (dez mil cruzeiros).
>
> Em poder do primeiro denunciado foram encontrados 5 (cinco) papelotes de cocaína e em poder do segundo denunciado 2 (dois) papelotes".

Autos de apreensão de material encontrado em poder dos acusados, às fls. 11 e 12.

Além das testemunhas (policiais) que prestaram declarações por ocasião do APF, foram ainda ouvidas duas outras, às fls. 14 e 15.

Laudo de constatação, às fls. 18.

Interrogatórios dos acusados, às fls. 33 e 34.

Alegações preliminares do l.° acusado, às fls. 41.

Alegações preliminares do 2.° acusado, às fls. 42 e 43, com requerimento de liberdade provisória.

Saneador, às fls. 44-v.° e 45, com determinação de cumprimento de

diligência, com vistas no disposto no § único do art. 37 da Lei de Tóxicos.

A audiência de instrução e julgamento transcorreu cf. ata de fls. 49 e v.°.

Ambas as defesas, na oportunidade requereram a absolvição dos réus, aduzindo o segundo acusado, por escrito, às fls. 57/61, as alegações finais oralmente oferecidas.

Foram ouvidas em audiência, as testemunhas arroladas na denúncia, cf. fls. 50; 52 e 54 e, mais a testemunha arrolada às fls. 56, *apesar da certidão de fls.* 45, por isso que, preferiu este juízo dar ao 2.° acusado, amplo direito de defesa, tendo em mira, o princípio da verdade real, e, sobretudo, as referências feitas à testemunha, pelos policiais que depuseram em juízo.

Juntada do laudo de exame de entorpecente, às fls. 65/67.

É o relatório.

Autos conclusos.

DECIDO:

A materialidade dos delitos está comprovada, cf. revelam os docs.. de fls. 11 e 12; 18 e 65.

No que diz respeito a autoria dos réus, relativamcnte à infração penal tipificada no art. 12 da Lei 6.368/76, cumpre a este juízo fazer as digressões seguintes:

O primeiro acusado, tanto por ocasião da lavratura do APF como em juízo, "coram judice", admitiu o seu envolvimento nos fatos narrados na denúncia, cumprindo salientar, por expressivo, trecho de seu interrogatório, às fls. 33, segundo o qual:

> "que o interrogado, conquanto haja se prestado a intermediário do negócio, não conhecia nem o comprador, nem o vendedor " (…)
>
> "que embora o interrogando desconfiasse, pela conversa que se tratava de cocaína, prestou-se à intermediação..."

Ainda com relação ao primeiro acusado, convém sublinhar o fato, de os policiais que participaram da diligência que culminou com sua prisão em flagrante, esclarecerem, *unissonamente*, que com ele foram encontrados 5 (cinco) papelotes contendo cocaína, os quais, segundo o próprio acusado, *se destinava ao comércio, ilícito e, proibido* pela Lei 6.368/76.

Merece destaque, trecho do depoimento prestado em juízo pelo policial às fls. 52, quando textualmente diz que:

> "o primeiro acusado se retirou por alguns segundos, *retornando em seguida com a cocaína*, a qual vendeu ao depoente pelo preço de Cr$

50.000,00 (cinqüenta mil cruzeiros) em espécie" (...), "*que quando o primeiro acusado fez a entrega do entorpecente ao depoente*, imediatamente deu voz de prisão ao mesmo".

Se destaca ainda, quanto ao fato descrito na denúncia, no que diz respeito ao primeiro acusado, trecho do depoimento prestado em juízo por G.E.R., às fls. 54, quando diz sem rebuços que:

"o primeiro acusado, ao se afastar do policial, disse que iria próximo a uma casa buscar entorpecente".

Relativamente ao segundo acusado, é necessário salientar, que a denúncia, apesar de imputar também ao mesmo, comércio da droga (cocaína), não faz no entanto, qualquer alusão a *como*; *de que forma* e, *quando*, a ação dele (réu) teria se desencadeado, a ponto de provocar a repressão policial no instante da sua prisão em flagrante.

Embora a peça inicial se ache material e formalmente correta, "tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, é (era) indispensável que descreva (descrevesse) ela, circunstancialmente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente " (*in* DJ 06.02.69-290 e, RTJ 37/333; 38/117; 39/646; 50/89; 49/388; 49/21 e 85/948), até porque, a prova produzida em juízo, conquanto haja demonstrado que o segundo acusado estivesse em poder do entorpecente (cocaína), nos instantes que precederam a sua prisão em flagrante, por outro lado, não chegou a convencer a este juízo, de que o mesmo, na ocasião, se encontrasse *comerciando* a droga no bar de sua propriedade.

"O direito penal não opera com conjeturas. A condenação criminal exige certeza da existência do fato punível, da autoria e dá culpabilidade do agente " (Ap. Crim. 7.822 — Antigo TAEGB — lº C.Cr. — relator, o eminente Juiz Jorge Alberto Romeiro).

Inconformável se nos figura a conclusão de que o fato de haver a denúncia, singelamente, *pluralizado* a ação dos acusados ("faziam" e, "vendiam"), deixou bastante a desejar, por isso que, nada obstante e malgrado as imperfeições do APF, ficou caracterizado e provado, no curso da instrução, somente que o primeiro acusado, na ocasião dos fatos, estivesse realmente motivado por propósitos "comerciais".

Com relação ao segundo acusado, a acusação não logrou provar estivesse ele, na ocasião, voltado ao comércio da cocaína.

Os acusados, através de seus ilustres e honrados patronos alegam que o flagrante não se encontra regular, porque só há testemunhas de policiais.

A esse respeito, tanto a jurisprudência, quanto a doutrina, são unânimes, no sentido de que o APF é válido e eficaz, produzindo os seus efeitos, ainda que nele somente policiais hajam prestado depoimentos.

Não há por que "a priori", e sem provas que desmoralizem a palavra dos policiais, se deixe de emprestar credibilidade a uma peça processual, que indubitavelmente, revela prática de infração penal.

O primeiro acusado, alerta e aduz mais, no sentido de que o flagrante relativamente a ele foi preparado, e, portanto, inválido e ineficaz a produzir qualquer efeito jurídico-penal.

Tenho — em verdade — que os policiais, na ocasião do flagrante em relação ao primeiro acusado, agiram acoroçoados e encorajados por um motivo *nobre* e *elogiável*, qual fosse, o de reprimir nesta cidade (Volta Redonda), o abominável e execrável comércio ilícito de entorpecente. Contudo, tenho mais, que os agentes da autoridade, motivados por esse propósito (justo e correto), agiram também de modo açodado e pouco técnico, por isso que, não resta dúvida alguma, diante dos depoimentos prestados pelos próprios policiais (no APF e, em juízo), que o "tráfico" operado pelo primeiro acusado, *foi provocado* pelo detetive M.J.D., cf. fls. 52.

A esse ensejo, nos socorremos da Súmula 145 do E. STF, que declara expressamente:

> "Não há crime, quando a preparação do flagrante pela polícia torna impossível a sua consumação ".

CARVALHO MOURÃO, eminente Ministro do STF, *in* "Arq. Jud." 56/6, apoiado em CARRARA, leciona que há uma tentativa impossível (não suscetível, portanto, de punição), por parte do instigado.

HELENO FRAGOSO, consagrado criminalista pátrio, faz crítica ao enunciado da Súmula 145, aceitando, entretanto, uma redação mais consentânea com a realidade:

> "A preparação do flagrante, como excludente do crime, não prescinde do induzimento, ou provocação pela autoridade, ou com o seu concurso" (*in* "Rev. Bras, de Grim, e Dir. Pen.", nos 9/165 e 7/143).

Contudo, mesmo em se tratando de preparação de flagrante e, ainda que reconhecida a ilegitimidade da ação criadora do fato objetivo gerador da prisão — os delitos de mera conduta, como aqueles previstos na lei de

tóxicos, não podem deixar de ser reconhecidos.

Isto porque, é sabido e ninguém desconhece, que a ação relativa à *guarda*, *depósito*, *transporte de tóxicos*, ou a *simples posse* (trazer consigo), implica em cometimento de um crime formal ou de consumação antecipada.

"Assim, na hipótese de o policial iludir o vendedor da droga, fazendo-se passar por dependente e receber dele o tóxico mediante pagamento ou não, é óbvio que não terá havido o crime de *vender*, fornecer ou entregar a substância a consumo, porém o delito de *posse*, *guarda* ou *depósito* já se terá consumado e exaurido, justificando-se, pois, o flagrante" (*in* "Estudo Geral da Nova Lei de Tóxicos" — MENNA BARRETO — 3ª Ed., pág. 67 — Blib. Jur. Freitas Bastos).

Portanto, ainda que estivesse falho o APF no que diz respeito ao tráfico de entorpecente, subsistiría a referida peça, *como subsiste*, quanto ao delito de posse da droga, que já se havia consumado, em relação ao primeiro acusado, *mesmo antes do flagrante*.

Com referência ao segundo acusado — o APF não merece qualquer censura, tanto que, por ele não foi argüido qualquer vício de fundo ou de forma.

Tendo em consideração os argumentos retro-expedidos e levando em linha de conta, que contra o segundo acusado não resultou provado o comércio da droga apreendida, com fulcro no art. 383 do CPP, desclassifico a infração penal para a do art. 16 da Lei 6.568/76, até porque, a esse propósito, não me convenceram os fundamentos contidos na justificação policial de fls. 63, para a capitulação legal — em relação ao segundo acusado — referida na denúncia.

Tenho, pois, finalmente, como provada, à saciedade, a autoria dos réus, relativamente ao delito previsto no art. 16 da Lei 6.368/76, ressaltando que as testemunhas de fls. 14 e 15 nada acrescentaram em desfavor ou em prol dos acusados. O mesmo se diga da de fls. 56.

Maus os antecedentes dos réus, cf. revela a certidão de fls. 37.

Fixo a pena:

Atendendo as diretrizes dos arts. 42 e 43 do Código Penal, fixo a pena-base para ambos os acusados, em 1 (hum) ano de detenção, e, ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, que arbitro em Cr$ 100,00 (cem cruzeiros), atualizado, na forma do § 2.°, do art. 38 da Lei de Tóxicos, que a torno definitiva, ante a ausência de causas especiais de aumento ou de diminuição.

Isto posto, julgo em parte PROCEDENTE o pedido, e condeno os acusados M.L.V.I. e D.R.C., à pena de 1 (hum) ano de detenção e, ao pagamento de 35 (trinta e cinco) dias-multa, estes, arbitrados na forma acima considerada.

Deixo de conceder aos réus o direito previsto no art. 57 do CP, tendo em vista que os mesmos não satisfazem os pressupostos insculpidos no inciso II do referido artigo e diploma legal.

Por outro turno, deixo também aos mesmos de conferir os benefícios insertos no art. 594 do CPP, porque não são bons os seus antecedentes.

Recomendem-se os réus na prisão onde se encontram.

Extraia-se cópia desta sentença, e encaminhe-se-á ao ilustre Dr. Delegado de Polícia, para ciência do seu teor e conclusão.

Anote o Senhor Escrivão o que for de interesse estatístico.

Paguem os réus as custas judiciais e a taxa judiciária devidas.

P.R.I.

Volta Redonda, 17 de maio de 1984.

GERSON SILVEIRA ARRAES
Juiz de Direito

7ª VARA DA FAMÍLIA
E DAS SUCESSÕES
Comarca da Capital
São Paulo — SP.

TRANSEXUALISMO — Retificação de registro civil. Diferença dos conceitos de transexualismo, homossexualismo e travestismo. Procedência do pedido com autorização para retificação do primitivo nome de "João" para "Joana" ante a comprovação de conversão sexual mediante cirurgia.
(Sentença do Juiz de Direito Henrique Nelson Calandra)

Vistos etc.

JOÃO... propôs Ação Ordinária de Retificação de Assento de Registro no Assento de Registro Civil, alegando em síntese que nasceu em 14.01.59 na cidade de Santa Izabel, Estado do Amazonas, e que desde os 6 anos de idade incorporou-se ao sexo oposto, passando inclusive a usar vestimenta feminina.

Que, apesar do pai tê-lo internado em Colégio de Padres para que deixasse de usar vestimentas femininas, pouco valeu o esforço, pois assim que deixou o orfanato continuou a palmilhar o seu destino.

Relata que aos l0 anos de idade o mesmo despertou para a vida sexual passando a se interessar por homens, e com eles praticando atos sexuais.

Que com 19 anos de idade mudou-se para o Rio de Janeiro, passando a exercer a profissão de Costureiro.

Nessa época iniciou tomada de injeções e comprimidos de hormônios, que lhe propiciaram bom desenvolvimento do corpo.

Que em 1979, o requerente mudou-se para a Suíça, passando a residir em Zurique exercendo sua função em vários ateliês.

Assim, aos 19.11.1980 submeteu-se a operação de conversão sexual no Centro de Cirurgia Plástica de Lausanne, com extração do pênis e saco escrotal, com conseqüente implantação do sexo feminino — inserção de vagina.

Requer, finalmente a mudança do prénome João para Joana, nome que já usa há vários anos. Retificação do assento de registro civil para ficar constando ser o requerente do sexo feminino, ou o cancelamento do registro originário e lavratura do novo assento.

Protestou pelas provas legais, dando-se à causa valor de NCz$ 100,00, juntando documentos (fls. 11/27).

Distribuída a ação para a 2ª Vara de Registros Públicos da Capital, entendeu aquele Juízo ser incompetente para processar e julgar o caso, "nos termos do que determina o artigo 37, inc. I, letra "a" do Decreto-lei Complementar nº 3, de 27.08.1969 (Código Judiciário do Estado de São Paulo)" — (fls. 28vº), tendo sido os autos redistribuídos para este Juízo.

Realizada perícia médica pelo IMESC e estudo psicológico do requerente, foram juntados os laudos às fls. 54/56 e 83/86, respectivamente.

Foram trazidas aos autos certidões criminais e cíveis vintenárias, tanto estaduais como federais.

Em parecer da Douta Promotoria de Justiça de Família (fls. l37/141), a mesma opinou pela extinção do presente processo, sem o julgamento do mérito, por ser o autor carecedor da ação.

É o relatório.

Decido.

A história da humanidade registra desde os tempos mais remotos, desvios no comportamento sexual de seres humanos. Indivíduos biologicamente definidos como do sexo masculino ou feminino, assumem comportamento no plano sexual opostos às suas características físicas; estudos no campo da psicologia apontam como elemento desencadeador falha na educação. Já a Medicina, tem por pesquisas, aliado o fenômeno ao aspecto biológico, há referências de que tais indivíduos teriam um lóbulo cerebral mais desenvolvido que outro, desequilíbrio hormonal seria outro fator.

A homossexualidade, em razão da evolução da ciência, passou nos tempos modernos, principalmente nos países mais avançados, a ganhar novas formas. Surgem pessoas que em função de tratamento medicamentoso e cirúrgico, passam a apresentar características bastante semelhantes às do sexo oposto, inclusive com ablação de órgãos sexuais masculinos.

Tais indivíduos, transformados em "mulheres", encontram toda uma série de barreiras na vida cotidiana. Imagine-se que autor rotulado pela sociedade como homem, utilize um sanitário público masculino, ou que em qualquer acontecimento, para não cometer o crime de falsa identidade, se apresente como "João", do sexo "masculino".

Já se disse que o Brasil é o país dos paradoxos, onde uma das mulheres mais bonitas, "Roberta Close", é homem.

O Direito deve se prestar a servir o ser humano, acomodando-o em seu seio, dando-lhe a possibilidade de não ser discriminado e de ter sua própria identidade.

Para os que consideram um caso como o dos autos uma violação às

regras sociais, o autor deveria ser mantido como um pária social, recebendo uma punição não escrita na lei, ditada aparentemente pela moral e pelos bons costumes, mas substancialmente pelo preconceito e pelo temor de servir de estímulo a tais transformações.

É claro que não basta ao Estado nomear um Juiz independente que tenha a tarefa de aplicar a lei objetiva imparcialmente, deve dotá-lo de autoridade para decidir os assuntos que afetam o comportamento das pessoas, os direitos e obrigações, assim como para definir as liberdades básicas, de tal maneira que cada indivíduo possa gozar de uma esfera de ação, que lhe permita exercitar sua liberdade e desenvolver sua personalidade sem dano para os outros.

Não pode a Justiça seguir dando respostas mortas a perguntas vivas, ignorando a realidade social subjacente, encastelando-se no formalismo, para deixar de dizer o direito.

Sobre o transexualismo há diversas obras e estudos profundos, o *Dicionário da Vida Sexual*, de autoria de Aldo Pereira — vol. 2 — Abril Cultural — SP., define transexualismo como:

"Condição sexual da pessoa que rejeita sua identidade genética e a própria anatomia de seu gênero, para identificar-se psicologicamente com o gênero oposto.

É transexual o homem (padrão citogenético XY) com morfologia genital masculina que se sente psicologicamente mulher a ponto de rejeitar o papel de "GÊNERO" masculino e até buscar a alteração de sua anatomia para assumir aparência física feminina (veja Mudança de Sexo). Correspondentemente há mulheres em situação análoga.

A transexualidade é um fenômeno psicológico obscuro, mas que os especialistas insistem em distinguir da homossexualidade e do travestismo.

JAMES JAN MORRIS — transexual nascido em 1922, que assumiu identidade feminina depois de modificações cirúrgicas da anatomia operadas a partir de 1972. Morris representa talvez um caso excepcional de transexualidade, em vista da aparente normalidade da vida que levou até os 46 anos.

Tinha tido uma infância feliz, num meio familiar estável e refinado no País de Gales, curso universitário em Oxford, serviços prestados como agente secreto do exército britânico, jornalista e escritor de reconhecido mérito. Casado desde 1949 com uma mulher que amava e respeitava, teve com ela quatro filhos. Antes de casar, ele já confessara a ela a aspiração de um dia tornar-se mulher.

Quando os filhos já tinham chegado à adolescência, ele começou um

tratamento hormonal em preparação para a cirurgia.

Divorciou-se amigavelmente, pôs em ordem as finanças e viajou para Casablanca, onde o famoso especialista George Burou o operou. Na volta, tinha mudado o nome de James para Jan. Ele e a mulher continuaram amigos (ou amigas).

A respeito de sua assombrosa experiência, Morris escreveu um livro sensível e perceptivo, *Conundrum (Enigma)*. A obra descreve o persistente desejo, que Morris sempre sentiu, de fazer parte do gênero feminino, ao qual atribui mágica superioridade".

Na mesma obra busca-se definir mudança de sexo:

"Nome popular dado coletivamente às técnicas cirúrgicas de modificação de certos caracteres masculinos em femininos e vice-versa (A rigor é impossível mudar o sexo de uma pessoa, já que cada uma dos trilhões de células do corpo é diferente no homem e na mulher).

As operações de conversão aparente da genitália masculina para feminina consistem geralmente em:

1- Extirpação dos testículos (castração, efetuada na maioria dos casos) ou seu ocultamento no abdomem. Partes da pele do escroto são aproveitadas para a formação dos "grandes lábios".
2- Amputação do pênis, exceto por algumas partes mucosas da glande e do prepúcio, para formação de "clitóris" e "pequenos lábios" com sensibilidade erógena.
3- Formação de uma "vagina", muitas vezes em operação posterior. A incisão, de uns 20 cm. de profundidade, vai do períneo até acima das vesículas seminais. A bolsa formada pela incisão é forrada com enxertos de pele tirada das nádegas, das faces internas das coxas ou do próprio pênis amputado.

Para o coito, o transexual fica dependendo sempre de lubrificação artificial. Para alargar e preservar essa "vagina" o transexual pratica dilatação diária com os dedos e, a principio, mantém um molde permanente na abertura. Em alguns casos a pele do próprio pênis amputado tem sido usada para forrar a vagina artificial.

As mamas são em parte desenvolvidas mediante administração maciça de estrógeno, em parte por meios cirúrgicos de implantação de bolsas de silicone ou material similar.

A conversão de aparência genital feminina para masculina é muito mais problemática. Embora um escroto artificial possa ser formado com relativa facilidade e as mamas possam ser "esvaziadas" por terapia hormonal e

cirurgia, a formação de um pênis funcional é virtualmente impossível e segundo parece, nunca deu resultado satisfatório".

O ilustre Professor Heleno Cláudio Fragoso, tratando do tema do transexualismo em trabalho publicado na *RT* 545-297/303, refere pronunciamento da Associação Paulista de Medicina:

"A Associação Paulista de Medicina pronunciou-se sobre o transexualismo da seguinte forma: 1. O tema deve ser tratado com extrema seriedade por quantos dele tomarem conhecimento, eis que **o transexualismo é uma entidade nosológica e nosográfica bem definida, que não deve ser confundida com o homossexualismo**. As atenções médicas são exigidas desde os primeiros anos de vida, requerendo tratamento contínuo, no âmbito da Medicina.

Reconhecemos que o senso comum da nossa população ainda não está suficientemente informado, ao contrário do de outros países, onde já existe, inclusive, jurisprudência formada sobre a ação médica nessas alterações e cuja experiência não podemos deixar de reconhecer.

2. Conceito da Comissão sobre Transexualismo: transexual é o indivíduo com identificação psicossexual oposta aos seus órgãos genitais externos, com o desejo compulsivo de mudança dos mesmos.

3. Proposta a ser enviada à Diretoria da Associação Médica Brasileira, por intermédio da Associação Paulista de Medicina. A verificação das condições que recomendem o tratamento transexual será feita mediante conferência médica, nos termos do Código de Ética Médica, dela devendo participar médicos especialistas indicados pela Associação Médica Brasileira, por solicitação conjunta do paciente e do seu médico. Com a solicitação deverá, necessariamente, ser apresentado o prontuário médico do paciente, contendo todos os exames clínicos e subsidiários de diagnóstico de transexualismo". (*O Médico Paulista* nº. 169, jornal da Associação Paulista de Medicina, dezembro de 1976).

"É curioso notar que o transexual masculino, após a cirurgia, invariavelmente se torna mais atraente como mulher do que era, como homem.

É a observação comum dos estudiosos, em consonância com a prova dos autos, no caso submetido a exame, Cf. Donald W. Hastings, "Inauguration of a research project on transexualism in a University Medical Center", no volume *Transsexualism*, Money & Green. eds., John Hopkins Press, 1966, p. 248.

Nenhuma dúvida pode haver, portanto, de que o transexualismo constitui enfermidade e que a intervenção cirúrgica constitui terapêutica adequada".

No mesmo trabalho alude aos precedentes do transexualismo:

"Não será possível decidir com exatidão o caso submetido a julgamento sem que se tenha clara idéia do que constitui o transexualismo. Trata-se de uma questão nova, de que não tratam os livros de Medicina Legal ao estudar a sexologia forense.

O exame da copiosa literatura médica disponível esclarece que a expressão "transexual" não era utilizada antes do famoso caso de Christina Jorgensen, em 1952, Atribui-se a Cauldwell o emprego da expressão latina 'psychopathia transexualis', em 1949. A palavra 'transexualismo' só ganhou foros de cidadania na Medicina depois que Harry Benjamin a empregou, em 1953 (*Transvestism and transsexualism*" 7/12) e em sua obra fundamental sobre o tema, publicada em 1966 (*The Transsexual Phenomenon*, Nova York, Julian Press).

Trata-se de anomalia hoje bem caracterizada e conhecida, claramente distinta de outros fenômenos de intersexualidade, como o homossexualismo e o transvestismo. Entende-se por transexualismo uma inversão da identidade psicossocial, que conduz a uma neurose reacional obsessivo-compulsiva, que se manifesta pelo desejo de reversão sexual integral. A etiologia do transexualismo (que é o fenômeno relativamente raro) é basicamente desconhecida, embora existam várias hipóteses especulativas (cf. Paul A. Walker, *Transsexualism*, no vol. "Sex and Life Cycle", Nova York. W. Oaks, cd., Grune & Stratton, 1966; J. Money e R.J. Gaskin, "*Sex reassignment*", *Journal of Psychiatry 9/249*, Nova York Science House, 1970-1971). O desconhecimento das causas levou à formulação de definições fenomenológicas, com as quais se descreve o fenômeno. Assim, o Prof. Hohn Money, uma das maiores autoridades na matéria, entende que o transexualismo constitui um distúrbio na identidade do próprio gênero, no qual a pessoa manifesta com persistente e constante convicção o desejo de viver como membro do sexo oposto integralmente. Como diz o Dr. Charles L. Ihlenfeld, no transexualismo, o indivíduo sente que nasceu com o corpo errado ("The patient feels simply that he was born the wrong body" — "Thoughts on the treatment of transsexuals", *Journal of Contemporary Psychotherapy* 6/23 nº l, 1973. E, por isso, busca desesperadamente realizar a reversão sexual, passando a ter a aparência e o "status" social do sexo oposto.

A terapia de cura, em conseqüência, é ineficaz, porque o paciente a rejeita. Como diz o Dr. Walker, no trabalho que já invocamos: "Usually, the transsexual will not participate in therapy which has cure as its goal. The very nature of transsexualism is such that the persistent desire to livre

as the opposite sex precludes cooperation in therapy aimed at maintaining the sex role appropriate to the genitals".

O único caminho indicado parece ser a cirurgia reabilitadora, e nesse sentido pronunciam-se os autores. Repetindo a experiência comum, Benjamin e Ihlenfeld ("Transexualism". "American Journal of Nursing" 73/461, nº 3, 1973, enfaticamente, afirmam: "For the adult transexual, surgical sex reassignment is the final and confirming step in the treatment".

Veja-se também *Counseling the Transsexual*, *Five Conversations with Professionals in Transsexual Therapy*, Erickson Educational Foundation, Baton Rouge, s/d, 35. Em excelente estudo (Transexualism, sex reassignment surgery, and the law"), publicado na *Cornell Law Review* (vol. 56/963, 1971), Douglas K. Smith faz ampla revisão da opinião médica, inclusive no exame dos casos submetidos a cirurgia. A intervenção cirúrgica aparece como solução indicada para os casos de transexualismo demonstrados após largo exame e investigação multidiscipünar. Citam-se as pesquisas feitas por Pauly ("The current status of the change os sex operation", *Journal of Nervous & Mental Disease*" 147/460, 1968) e John Money (in Money e Eherhardt, *Transsexuelle nach Geschlechtswechel*, *Tendenzen der Sexual forschung*" , G. Schmidt e E. Schorsch, eds. 1970, p. 84), indicativas de larga margem de êxito. Todos os pacientes masculinos examinados pelo Dr. Money estavam convencidos de que haviam feito a melhor coisa ("unequivocally sure thal they had done for themselves the right thing"), tendo abandonado a Psicoterapia a que antes da cirurgia estavam submetidos.

Após extensa análise de resultados e opiniões, Douglas Smith afirma que "as declarações desses médicos, atuantes e experimentados nesse campo, deveriam pelo menos colocar um pesado ônus da prova aos que dizem que a cirurgia não é terapêutica". No original: "The statements of these doctors, active and expert in this field, should at least place a heavy burden of the proof on one arques that the surgery is not therapeutic" (p. 978, ob. cit.).

O transexualismo não se confunde com o homossexualismo, como supõe a sentença condenatória. Os homossexuais convivem com o próprio sxo e estão certos de pertencer a ele. Os costume e vestuários próprios do sexo masculino não os agridem psicologicamente, embora alguns prefiram uma aparência bizarra e excêntrica, afetada e efeminada. Outros, ao contrário, desejam uma aparência máscula, cultivando atributos masculinos (barba, bigode, costeletas) e vestuário adequado. Os transexuais, ao contrário sentem-se como indivíduos "fora do grupo" desde o início, não participando com espontaneidade e integração do ambiente por eles freqüentado.

Por seu turno, os travestis, de um modo geral, podem levar vidas duplas, apresentando-se ora como indivíduos do sexo masculino, ora transvestidos. Há uma "tolerância" em relação a ambos os comportamentos em que há predominância de um ou de outro por um período variável, às vezes de certa maneira cíclica ou temporária, ocasional.

Do travesti difere o transexual fundamentalmente no desejo compulsivo de reversão sexual, que os travestis não apresentam, e no comportamento mais feminino.

O transexual detesta ser confundido com os homossexuais e não busca homossexuais para o seu relacionamento amoroso. Veja-se, sobre a matéria, o excelente trabalho publicado na *Revista Brasileira de Medicina* 33/369, 1976, bem como o estudo do Dr. Pauly, que acima mencionamos, onde está dito: "Transsexuals are not homossexual. They consider themselves to be members of the wrong sexual apparatus. They desire the removal of the opposite sex cursed with the wrong sexual apparatus. They desire the removal of this apparatus and further surgical assistance in order that they may enter into normal heterosexual relationships. On the contrary, a homosexual enjoys and uses his 'genitalia' with members of his own anatomical sex".

Falando sobre a problemática jurídica, afirma:

"A cirurgia no transsexual visa a ajustar o seu físico ao sexo a que corresponde seu psiquismo. Surgem, daí, problemas jurídicos importantes, na esfera criminal, e, principalmente, na civil. Nesta, trata-se de saber se é possível a mudança do estado civil, para que prevaleça, em relação ao transexual, o seu novo sexo, em todos os atos para os quais tem ele relevância na vida civil.

Nos Estados Unidos da América, numerosos Estados permitem a alteração do registro civil. Na Louisiana existe lei que dispõe: "Any person born in Louisiana who, after having been diagnosed as a transsexual or as a pseudohermaphrodite, has sustained sex reassignment or corrective surgery which has changed the anatomical structure of the sex of the individual to that of a sex other than wich appears on the original birth certificate of the individual, may petition a Court of competent jurisdiction to obtain a new certificate of birth".

Em Nova Jersey, em março de 1976, o Tribunal de Apelação declarou que um indivíduo que muda o sexo através de cirurgia pode desfrutar de todos os direitos que têm os do mesmo sexo, inclusive o casamento. Veja-se *Erickson Educacional Foundation Newsletter*, vol. 9, nº l, 1976.

A análise dos trabalhos elaborados pelos insignes professores, permite

concluir que no campo médico se admite a transformação sexual como indicação terapêutica e que no direito comparado há inúmeros precedentes de transformações.

O Professor Hilário Veiga de Carvalho em parecer publicado na *RT* 545/81, conclui também, no mesmo sentido, após análise, critérios do tema.

A jurisprudência até então existente, tem refutado tais pedidos por impossibilidade jurídica. Todavia, o Excelentíssimo Desembargador Galvão Coelho em primoroso voto vencido examinou o mérito de caso semelhante, com invulgar brilho:

*"**Data venia** da culta maioria, meu voto dá provimento ao recurso para deferir o pedido formulado na inicial e autorizar a pretendida mudança de nome e a conseqüente averbação à margem do assento do nascimento, a fim de ficar constando que o reqte. é do sexo feminino.*

Muito ao contrário do que pareceu aos ilustres componentes da maioria, entendo que o apte., na realidade, nunca foi homem.

Só o fato de ter pênis e saco escrotal, aliás atrofiados e absolutamente inoperantes, não é suficiente para se lhe atribuir viril idade pois que todas as outras características, notadamente as psíquicas, de forma veemente atestam o contrário.

Nada mais elucidativo do que as palavras dos distintos médicos psiquiatras que o examinaram, pouco antes da operação a que submeteu. Dizem eles: Feito o exame que acabamos de expor, basta atentarmos à curva vital do examinado e ao exame psíquico para que, num simples golpe de vista, possamos chegar a uma conclusão clara, distinta e adequada. Ora, vimos que..., a "Daniela", desde os verdes anos da vida já mostrava sinais característicos dirigidos para a sexualidade anormal. Sobrevieram, então, por partes, modificações físicas e mentais, profundas e duráveis, no sentido do outro sexo. Isto é, passou da simples reversão da sensação sexual em tenra idade, para a efeminação na fase adolescente e adulta, e para a metamorfose sexual na maturidade, onde ele se crê, então, pertencer ao outro sexo, pintando-se a batom, vestindo-se como mulher, manifestando pudor homossexual, falando fino, dando-se nomezinhos, com todas as características femininas, investindo de corpo e espírito, sobrando apenas o órgão genital, como prova, aliás que ele abomina, de que fora produzido pelo sol, como pensavam os antigos, a respeito da etiologia do varão na terra.

Estamos sem dúvida alguma nos havendo com um indivíduo que hoje em dia engasta-se nos descritos desvios sexuais que leva o nome de transexualismo.

*Essa patologia do instinto genésico centra-se, na crença fixa de acharem, esses indivíduos, estar errado o sexo orgânico aparente. O comportamento resultante é dirigido para a mudança dos órgãos sexuais por meio de operações cirúrgicas ou para a dissimulação completa do sexo corporal, pela adoção de trajes e de comportamento do sexo oposto (**apud** CID, nº 302.5, 9ª revisão) (fls. 15-16).*

Como se vê, a simples existência do inútil e inoperante apêndice masculino deve ser atribuído a verdadeiro engano da Natureza, pois que o apte. é e sempre foi verdadeira mulher.

Essa é a conclusão a que chegou o ilustre perito judicial, Dr. ..., afirmando que o apte. psicologicamente, é uma mulher assumida, culta, inteligente, caprichosa, vaidosa e querendo viver como tal. Não é um homem mutilado e sim uma mulher que resolveu eliminar os enfeites externos masculinos que a caracterizavam como homem, mas que agia, pensava e sentia desde criança, como mulher que essencialmente é, (fls. 70).

Afasto completamente a eventualidade de tratar-se de caso em que o apte. tenha sido impelido por vício, devassidão ou libertinagem. Absolutamente não se cuida de um debochado ou de um frasearia. Pelo contrário, é uma pessoa de alto nível intelectual, tendo feito cursos de filosofia, de história da arte e de música em universidades da Itália, como se vê dos docs. de fls. 18-19. Procura levar vida decente, dentro dos padrões que adotou.

Dir-se-ia que a hipótese jurídica não está prevista em lei. Improcede o argumento. O Juiz, muitas e muitas vezes, é levado a criar. A própria função judicante obriga-o inovar. São de CARLOS MAXIMILIANO estas palavras: "Já os antigos juristas romanos, longe de se aterem à letra dos textos, porfiavam em lhes adaptar o sentido às necessidades da vida e às exigências da época. Não pode o Direito isolar-se do ambiente em que vigora, deixar de atender às outras manifestações da vida social e econômica; e esta não há de corresponder imutavelmente às regras formuladas pelos legisladores. Se as normas positivas se não alteram à proporção que envolve a coletividade, consciente ou inconsciente a Magistratura adapta o texto preciso às condições emergentes imprevistas. A jurisprudência constitui, ela própria, um fator do processo de desenvolvimento geral; por isso a hermenêutica se não pode furtar à influência do meio no sentido estrito e na acepção lata; atende às conseqüências de determinada exegese: quando possível a evita, se vai causar dano, econômico ou moral, à comunidade. O intuito de imprimir efetividade jurídica às aspirações, tendências e necessidades da vida de relação constitui um caminho mais seguro para atingir a interpretação correta

*do que o tradicional apego às palavras, o sistema silogístico de exegese (*Hermenêutica e Aplicação do Direito *pág. 157).*

Prossegue o eminente jurista, citando as opiniões de HOLBACH e FRANÇOIS GÉNY: 'Toda ciência que se limita aos textos de um livro e despreza as realidades, é ferida de esterilidade. Cumpre ao Magistrado ter em mira um ideal superior de justiça, condicionado por todos os elementos que informam a vida do homem em comunidade'. Não se pode conceber o Direito a não ser no seu momento dinâmico, isto é, como desdobramento constante da vida dos povos.

Doutrina a respeito, OROSIMBO NONATO: 'A onipotência da forma legal perde seus fanáticos. Reclama-se para o Juiz moderno quase que a função de legislador de cada caso e isso se rclama exatamente para que, em suas mãos, o texto legal se desdobre num sentido moral e social mais amplo do que, em sua angústia expressional, ele contém' ("Aspectos do Modernismo Jurídico", em **Pandectas Brasileiras***, 8/176, 1ª parte).*

Participa dessa opinião ALÍPIO SILVEIRA, arrimado em notáveis autores: 'Essa logicidade de caráter positivo, determinativo, a que se refere COUTURE, é nada menos do que a lógica do razoável', a que já fizemos referência, e que foi desenvolvida em anterior capítulo.

*FERRARA também nos ensina que a atividade judicial é norteada por apreciações de interesses, especialmente no determinar o sentido da lei, e o Juiz está longe de ser um autômato de decisões (*Interpretação e Aplicação das Leis*, trad. port., pág. 2).*

O eminente DEL VECCHIO nos ensina que a regra abstrata e rígida não pode ler uma aderência imediata com a complicação e a variedade extrema das relações humanas, sem que haja um trabalho de adaptação, constituindo justamente a tarefa do Juiz. Todo jurista bem o sabe, nada há de mecânico nesta adaptação, trata-se de uma nova elaboração, quase uma segunda criação da regra a aplicar' ("Le Probléme des Soucers du Droit Positif, na coletânea Justice-Droit-État*)* (Hermenêutica no Direito Brasileiro, I / 161).

Essas são as razões pelas quais, com a devida licença da d. maioria, não consigo vislumbrar na hipótese dos autos nenhum motivo de ordem moral ou legal para que se imponha ao apte., pessoa digna e decente, ao que tudo indica, o vexame imenso de possuir documentos do sexo masculino, quando na realidade, é uma verdadeira mulher.

Procuro, com o meu voto, fazer com que o apte. se integre na vida social, sem o constrangimento que lhe causa sua atual condição. Dessa forma, fico convicto de estar atendendo ao dispositivo do art. 5º da Lei de

Introdução do Código Civil, em sua mais elevada e pura intenção.

Assim, meu voto dá provimento ao recurso para julgar procedente a ação, na forma pedida" (RJTJESP 221/222).

Com o devido respeito que merecem os demais integrantes da C. Câmara penso que a melhor solução foi dada pelo voto vencido.

No caso dos autos, o autor submeteu-se a cirurgia transformadora, na Suíça (fls. 19), onde é acessível gratuitamente (*Enciclopédia Saraiva do Direito* — volume 74, página 315). Portanto, a cirurgia a que se submeteu o autor é onde foi praticada conforme o direito, não podendo aqui ser considerada ilegal.

O parecer do IMESC embora constate que o autor pela cromatina sexual é do sexo masculino, nele encontra caracteres secundários femininos, opinando pelo acolhimento do pedido, face ao êxito da cirurgia transformadora e a adaptação do autor (fls. 56). O laudo da psicologia nomeada pelo Juiz também é pelo acolhimento do pedido (fls. 83/86).

A questão da alteração do prenome enfrenta a barreira da imutabilidade (art. 58 da Lei nº 6.015, de 31.12.73). Todavia, tal imutabilidade cede, quando o prenome exponha o seu portador ao ridículo (Lei 6.015/73, art, 55).

Como foi exposto inicialmente, o prenome do autor face às suas condições físicas atuais, a toda evidência o expõe ao ridículo, pois como se encontra ao se apresentar como João, será com toda a certeza alvo de chacota. Na interpretação da Lei, há que se atender ao fim social a que ela se destina (Decreto-lei nº 4.657/42 Lei de Introdução ao C. Civil, art. 5º), qual seja o de servir ao ser humano, evitando seja ele discriminado e ridicularizado seja qual for sua condição.

Assim em que pese as condições em contrário, não vejo qualquer inconveniente em que o autor passe a ostentar o prenome de "Joana" ao invés de "João", pois com o primeiro não será ridicularizado, sendo o mesmo plenamente adequado à sua condição física atual.

Os estudos e trabalhos referidos permitem ver com clareza que em razão da evolução dos tempos e da ciência, estamos diante de uma pessoa que não pode receber os rótulos até hoje conhecidos em matéria de sexo, ou seja, defini-lo como sendo do sexo masculino ou feminino; quando sua realidade corporal e psíquica é diversa. A anomalia sexual que existe no autor não pode ser motivo para discriminá-lo ou fazê-lo infeliz, pois isto atentaria frontalmente contra o art. 3º, incido IV, da Constituição Federal.

Trata-se de matéria não legislada que deve ser resolvida, com base nos princípios gerais do direito e no direito comparado.

Manter o autor como pertencente ao sexo masculino é algo que é falso, uma vez que lhe faltam no campo biológico e psíquico as características de tal sexo. Retificar seu assento para o sexo feminino, como tem ocorrido em outros países, também seria falso, pois o habilitaria para o casamento e induziria terceiros a erro, além do que em seu organismo não estão presentes todas as características de tal sexo.

Creio que o mais acertado será, diante da omissão legislativa, fazer constar o que realmente o autor é à luz da ciência atual, ou seja, transexual. Embora possa até chocar, esta é a realidade do autor, não sendo possível diante da omissão do legislador lhe negar amparo, mantendo-o numa condição à margem do direito, ficando a Justiça petrificada e cega diante da sua situação, que embora possa por alguns ser considerada afrontosa ao que a sociedade considera normal, não pode ser ignorado. Na medida em que a sociedade, através do Poder Judiciário, reconhece a anormalidade e não trata o seu portador como marginal, terá com certeza melhor condição de encontrar sua própria finalidade, que não é de discriminar, mas sim de integrar o ser humano, seja qual for sua condição, evitando por outro lado que o Registro Público, cuja finalidade é espelhar a verdade, fique maculado com declaração irreal.

Deixo de acolher o parecer do Ministério Público, face ao anteriormente exposto.

Ante o exposto, julgo procedente a ação, para com fundamento no art. 55 da Lei nº 6.015/73, determinar a expedição de mandado ao Cartório do Registro Civil, para averbação da retificação do pronome do autor para "Joana...", com fundamento no artigo 3º, inciso IV, da Constituição Federal, e artigos 4º e 5º do Decreto-Lei nº 4.657/42 — Lei de Introdução ao Código Civil, determino conste do mandado no lugar do sexo, "transexual", que corresponde a condição física e psíquica do autor.

Custas pelo Autor. Arbitro os honorários do IMESC em 35 OTNs/TR.

P.R.I.

São Paulo, 28 de agosto de 1992.

HENRIQUE NELSON CALANDRA
Juiz de Direito

7ª VARA CÍVEL
Comarca da Capital
Rio de Janeiro — RJ
Processo nº 15.326

CONDOMÍNIO IMOBILIÁRIO — Contrato de financiamento com garantia hipotecária. Prestação de adquirentes finais, com preço pago ao incorporador, de obterem o cancelamento registrário das hipotecas, a que o credor resiste, sob a alegação da permanência da obrigação garantida. No-vação e pagamento putativo. Inocorrência. A controvérsia no cenário da moderna concretização da teoria do abuso do direito, que coíbe exercícios inadmissíveis, assim entendidos aqueles que excedam os limites impostos pela boa-fé, pelos bons costumes, ou pelo fim social ou econômico do direito mal exercido. A aplicação do Direito como momento constituinte da própria fenomenologia jurídica, a qual apenas nela, revela-se como ordem positiva efetiva. Extinção e cancelamento do ônus hipotecário como fator de justiça material, pondo fim ao sacrifício dos adquirentes finais, permanentemente ameaçados e impedidos de comercializarem seus imóveis.
(Sentença do Juiz de Direito Jairo Vasconcelos do Carmo).

I — RELATÓRIO

1 — JOSÉ CARLOS GONÇALVES DA SILVA e sua mulher ELAINE FONTOURA DA SILVA, em litisconsórcio facultativo com outros, devidamente qualificados na inicial, que rubriquei ao lado de cada nome, além de FRANCISCA PEIXOTO JACQUES, admitida posteriormente, propuseram em face de BANERJ — CRÉDITO IMOBILIÁRIO S/A e CONTAL — PROJETOS, ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES S/A, pelo procedimento comum sumaríssimo, a presente *ação de extinção e cancelamento de hipoteca*, alegando, em síntese, o seguinte:

a. Adquiriram ou prometeram adquirir, por escritura pública, e com preço integralmente pago, os imóveis constituídos pelos apartamentos onde residem, situados nos Blocos D e E, do Condomínio denominado Morada do Sol, que se acha à Rua Gen. Góis Monteiro, nº 8, nesta cidade, assim identificados:

* BLOCO D — apts. 303, 301, 701, 703, 1.004, 1.102, 1.201, 1.301, 1.801, 1.901, 1.904, 2.202 e 2.203.
* BLOCO E — apts. 101, 201, 204, 502, 702, 902, 1,002, 1.102, 1.204, 1.301, 1.302, 1.502, 1.601, 1.602, 1.702. 1.801, 1.804, 1.902, 2.001, 2.303 e 2.503.

b. O negócio de aquisição foi celebrado sob estrita boa-fé, cada litisconsorte convencido de que, uma vez pago o preço, os imóveis seriam liberados dos seus gravames, incluindo o ônus hipotecário, mas que não aconteceu, permanecendo as unidades vinculadas à garantia do financiamento concedido pelo BANERJ à CONTAL, sendo certo, ainda, que em diversas escrituras sequer há menção acerca da hipoteca, nelas não intervindo o banco réu, que foi omisso, com a agravante de existir autorização expressa, dada por Crédito Imobiliário Copeg. S.A., de quem o banco é sucessor, no sentido da comercialização das unidades por ato exclusivo da CONTAL, podendo pagar a dívida em dez prestações, das quais seis foram liquidadas, o que sugere, no plano jurídico, a clara intenção de novar.

c. A omissão do banco réu, não fiscalizando os negócios de venda aos adquirentes finais, de modo a exigir que o preço pago fosse empregado para amortizar o saldo de financiamento, liberando, em conseqüência, as unidades comercializadas, também traduz concordância com os procedimentos da segunda ré, elevando-a à condição de credora real, ou ao menos putativa, para receber o crédito hipotecário alusivo às unidades comercializadas.

d. O pagamento feito ao credor putativo, di-lo Carvalho Santos, externa "a culpa do verdadeiro credor, deixando que um terceiro usurpe seu lugar, guardando silêncio sobre o fato, de modo a fazer crer que as aparências correspondem à realidade". Ora, a aplicação da teoria da aparência, reconhecida universalmente, visa proteger a boa-fé e dar mais segurança às relações jurídicas.

2 — Nesta conformidade, pedem a extinção e o cancelamento das hipotecas que oneram seus imóveis.

3 — A inicial trouxe farta documentação, autuada de f. 32 a 753.

4 — Alteração do rito para sumaríssimo, à f. 756, seguindo-se pedido de re-ratificação da inicial, recebidos à f. 761.

5 — Ata de audiência à f. 886.

5.1 — A contestação do BANERJ, à f. 765/773, levanta duas questões formais: ilegitimidade passiva à causa, pois não interveio nas escrituras de compra e venda, jamais tendo celebrado qualquer tipo de negócio com os autores; e impossibilidade jurídica do pedido, dada a referida inexistência de relações negociais, além do fato de estar legalmente impedido de operar na compra e venda ou construção de imóveis. Quanto ao mérito, aduz que os autores, quase todos com curso superior, três deles advogados, não podiam ignorar o gravame hipotecário, dispensando a interveniência do credor, embora certo, a teor do contrato ajustado com a segunda ré, na modalidade PLANO EMPRESÁRIO, que o pagamento do empréstimo far-se-ia por ato do tomador ou pelo repasse proporcional do débito aos adquirentes finais. Sustenta, ao fim, que o BANERJ não poderia penetrar na gestão interna do incorporador.

5.2 — Contestação da CONTAL, à f. 807/815, objetando, em preliminar, a sua ilegitimidade passiva, visto que a extinção da hipoteca só diz respeito ao primeiro réu. Se for aceita, pede para permanecer na lide como assistente litisconsorcial dos autores: na inversa, ou seja, se for havida como legitimada, postula a extinção do processo frente aos autores identificados nos nºs 16 e 26 da inicial, porque já litigam noutro processo, perseguindo o mesmo objetivo. No mérito, ataca o lº réu, BANERJ, por não prestar a quitação da dívida, apesar de integralmente paga no curso da liquidação extrajudicial a que foi submetida, extinta em 22.10.79; além disso, ao lado da garantia real havia uma outra, representada pela caução de notas promissórias para cobrança, revertendo os créditos apurados a benefício da amortização da divida hipotecária, não tendo o banco, até hoje, dado contas de sua gestão, mas cobrando, com insistência, as quatro prestações finais do empréstimo, nos termos de um contrato de consolidação e novação do seu saldo devedor, em que se ajustou amortizá-lo em dez prestações, das quais seis foram pagas antes do processo de liquidação extrajudicial, já referido, e as demais no curso dele.

6 — Em réplica, à f. 888/896, os autores repelem as questões preliminares do BANERJ, sustentando a sua legitimação passiva, porquanto, à luz do negócio realizado, é ele que deve honrar os efeitos da tutela jurisdicional pleiteada, cuja possibilidade jurídica é indiscutível, basta considerar-se teoria da aparência. Reitera, no mérito, as razões

iniciais, pisando forte, nuclearmente, no aspecto da boa-fé dos autores, confiados de que os pagamentos feito à CONTAL resultariam na quitação do débito hipotecário, podendo qualificá-la, nas circunstâncias, de credora putativa do banco. Por isso que ela está legitimada ao processo, inexistindo sequer a afirmada litispendência, referentemente aos autores de nºs 16 e 26, haja vista a diversidade de pedidos, como segue: os autores de nº 16 pretendem a condenação da ré a obter a liberação da hipoteca, que onera o seu imóvel, sob pena de multa diária, enquanto o outro intenta a adjudicação compulsória do imóvel ante a recusa da escritura definitiva. Confuta, ao fim, o pedido de assistência litisconsorcial, posto faltar-lhe o indispensável interesse jurídico, a par de incompatível com a posição de ré absolutamente legitimada (cf. f. 898/907).

7 — Sobre o litisconsórcio superveniente, lº e 2º réus manifestaram-se à f. 1035 e 1037, nada opondo à inclusão, dispensando, na seqüência, juntamente com os autores, a audiência de continuação, pedindo o julgamento no estado do processo.

8 — Incidente de impugnação ao valor da causa, de iniciativa do lº réu, resolvido à f. 10/11, apenso, não havendo recurso.

II — FUNDAMENTAÇÃO

9 — Toda a controvérsia nasce da pretensão dos autores de obterem a extinção e o cancelamento da hipoteca que afeta seus imóveis, instituída pela segunda ré a favor do BANERJ, que sucedeu o credor originário, para garantia de financiamento destinado à produção e comercialização dos Blocos D e E, do Condomínio "Morada do Sol", nesta cidade, cujas unidades autônomas eles adquiriram diretamente ao incorporador, sem a interveniência anuente do credor, imaginando-a desnecessária, na crença de que aquele lhe repassaria as quantias requeridas à liberação do gravame.

10 — Essa questão, posta nestes termos, sugere uma pergunta inevitável: afinal de contas, o pagamento feito diretamente à incorporadora CONTAL é ou não é eficaz em face do BANERJ, que reclama a permanência do débito e da sua garantia real? Por outro aspecto, a alegação da CONTAL, de que adimpliu integralmente a obrigação de pagamento do mútuo, negada pelo banco, que persegue a restituição da verba de correção monetária, incidente no período em que ela esteve sob liquidação extrajudicial, favorece ou não aos adquirentes finais, considerando que esse debate não lhes diz respeito, donde a licitude de extinguir-se, a benefício deles, a garantia hipotecária?

11 — Uma resposta quiçá convincente, que desça ao magma dos problemas, fugindo às criptofundamentações, cujas saídas, tantas vezes, surgem carecidas de melhor justificação, exige do intérprete-aplicador a busca das potencialidades da Ciência do Direito, que a habilitam, sob as luzes da evolução legislativa, a intervir na realidade jurídico-social para resolver, com absoluto realismo metodológico, os conflitos coexistenciais, sabendo, logo, que fora do caso concreto não há Direito; há, tão-só, especulação teorética de ideários programáticos. O grande óbice é que a passagem dos fatos à realidade jurídica não corresponde a um processo automático e mecânico, nela intervindo, inafastavelmente, uma decisão humana, tão mais complicada quando faltam indicações seguras ou perante elementos contraditórios, que mais aguçam a argumentação e a lógica jurídica, visto a proibição de denegar justiça. Isso é particularmente válido em áreas tradicionalmente conservadoras, como Direitos Reais, onde todo o esforço de reconstrução jurídica tarda. Como seja, no plano decisório, é possível dizer-se que o Direito atua em bloco, com a sua cultura, a sua Ciência e a sua arte, o que eqüivale afirmar: não se aplica apenas essa ou aquela norma isolada, especialmente vocacionada para intervir tantas vezes, ao contrário, toda a Ciência Jurídica se manifesta para tecer a solução concreta. É nessa linha que irei avançar, nomeando os tópicos principais.

A — DAS QUESTÕES PRELIMINARES

12 — Para os contestantes, os autores são carecedores da ação que promovem, por duas razões: ilegitimidade passiva à causa e impossibilidade jurídica do pedido. O argumento central que empregam é o da inexistência de relação jurídica entre o BANERJ e os autores, que sequer pode atuar no segmento de compra e venda de imóveis, vindo disto a impossibilidade legal de extinguir-se a garantia hipotecária outorgada pela segunda ré, a qual, em contraposição, procura eximir-se ao fundamento de que a liberação das hipotecas só compete ao credor. Se aceita a sua exclusão da lide, pede para nela permanecer como assistente litisconsorcial dos autores, menos em relação àqueles identificados nos números 16 e 26 da inicial, haja vista já litigarem noutros processos para o mesmo fim deste.

13 — É clássica a lição de FREDERICO MARQUES de que uma ação pode ser proposta por quem seja o titular do interesse que se afirma contido na pretensão resistida por aquele cujo interesse se exige fique subordinado ao do autor (cf. *instituições de D. Proc. Civil*, v. II, Forense, 1958, p. 34, nº

273). No dizer de BUZAID, repetido em uníssono, a legitimação para agir é a *pertinência subjetiva da ação*, mas sem afetar o mérito da causa; por isso, tudo se resume ao titular do interesse afirmado na pretensão contra aquele que resistiu à pretensão.

14 — No caso em exame, os autores são os titulares dos interesses em conflito, tendo direito de obter uma decisão sobre a sua pretensão negada pelos réus, qual seja, a imediata extinção do gravame hipotecário que onera os imóveis de que são proprietários. Se têm ou não razão, é o que se disporá adiante. Tampouco cabe acenar com a *impossibilidade jurídica do pedido*, eis que, como é também clássico, por tal se entende a admissibilidade da pretensão deduzida em face do ordenamento jurídico, quer porque autorizado, quer porque não vedado aquilo que se postula na causa.

15 — Com isso, resolve-se o pleito da CONTAL acerca da assistência litisconsorcial, absolutamente incabível neste processo, dada a sua legitimidade passiva para figurar como ré perante *todos* os autores, rejeitando-se, por essa afirmativa, a alegação de litispendência relativamente aos de números 16 e 26, posto a diversidade da causa de pedir e de pedido (cf. CPC, art. 301, §§ 1º a 3º).

B — QUALIFICAÇÃO DO NEGÓCIO JURÍDICO REALIZADO ENTRE AS PARTES

16 — Os negócios surgidos entre as partes derivam, de um lado, na relação CONTAL — BANERJ, de uma complexa contratação de financiamentos para construção dos edifícios onde se acham os imóveis adquiridos pelos autores, todos objeto de garantia hipotecária, e com tal ônus transmitidos, a maioria com expressa menção nas escrituras respectivas, inclusive com a interveniência da COPEG, então credora, sucedida por BANRIO S/A e depois pelo BANERJ, a qual, antes da sucessão, celebrou novo contrato de consolidação e novação do saldo final do débito, para pagamento em dez prestações mensais, sem prejuízo da hipoteca inicialmente constituída, que foram pagas, sendo seis em regime de normalidade, como atesta o documento de f. 849/855, nº 2.5, e quatro no processo de liquidação extrajudicial da CONTAL (cf. f. 858/859). Acresça-se que o pacto novatório da dívida incluiu uma nova garantia, denominada *garantia de liquidez*, através da entrega ao mutuante, em caução e para cobrança, de notas promissórias de terceiros, revertendo os pagamentos obtidos na amortização do saldo devedor então consolidado, e que efetivamente existiram, como faz certa a *declaração de crédito* de f. 849/855, nº 2.3, embora não se saiba o montante recebido

porque o banco sobre isto silencia, apesar de instado pelo liquidante, na forma de correspondência de f. 856.

17 — Noutro vértice, a relação dos autores com a CONTAL nasce do negócio aquisitivo dos bens hipotecados, transmitidos, evidentemente, com os respectivos ônus, pretendendo eles, na altura, a extinção pura e simples do gravame, sob a justificativa do pagamento integral do preço à CONTAL, qualificada, na causa de pedir, como credora aparente ou putativa, favorecidos, além disso, pela consolidação e novação da dívida, conforme acima enunciado. O BANERJ se opõe terminantemente a essa pretensão, sufragada, não obstante, pela incorporadora CONTAL, ao argumento da quitação da dívida.

C — O ASPECTO CRUCIAL DA QUESTÃO

18 — Do que já foi dito, urge destacar-se o aspecto crucial da questão — o de saber se o direito do credor hipotecário pode extinguir-se independentemente da extinção da obrigação garantida, de que é acessório (C. Civ., arts. 755 e 849, I).

19 — Para resolvê-lo é preciso definir com segurança, em caráter ao menos propedêutico, que a garantia hipotecária foi estabelecida exatamente para a hipótese de inadimplência do incorporador, ganhando, nessa contextura, plena eficácia, ante à afetação do bem hipotecado ao resgate da dívida, com exclusão de todos os demais credores. Sucede, no entanto, que da dívida somente persiste a discussão *sub judice* em torno da exigibilidade de *correção monetária*, no período da liquidação extrajudicial, tendo a incorporadora CONTAL, nessa mesma fase, efetuado o pagamento do empréstimo na sua expressão nominal. Some-se a isso a oferta da *garantia de liquidez*, referida no item 16, supra, representada por notas promissórias, uma parte delas devidamente pagas, consoante confissão do BANERJ à f. 849/855, n° 2.5, em que pese a falta de prestação de contas do valor alcançado.

20 — Ora, o confronto, dessas circunstâncias altera o cenário caleidoscópio, forcejando o intérprete-aplicador, compromissado com a justiça, a penetrar o magma do sistema jurídico, na espreita de uma solução capaz de extratar o máximo de suas potencialidades e virtudes, repelindo o que seja iníquo. Vamos prosseguir.

D — DO PAGAMENTO PUTATIVO E DA NOVAÇÃO

21 — Os autores apegam-se à TEORIA DA APARÊNCIA para

defender a eficácia putativa do pagamento feito à incorporadora CONTAL, afora a *novação* da dívida, provocando a extinção contratual da obrigação primitiva pela constituição de outra, imposta no lugar da primeira.

22 — A despeito da riqueza argumentativa, o fato é que a razão jurídica não acolhe as duas teses. Explicar é fácil: o pagamento putativo reclama dois requisitos, a saber, atuação de boa-fé do devedor e que o seu erro seja escusável. A questão é que os autores pagaram sabedores do ônus hipotecário, muito embora confiando na liberação oportunamente. Quanto à novação, de índole objetiva, a sua inexistência patenteia-se na circunstância de que ela não se presume, devendo o *animus novandi* ser expressamente manifestado, sem contar o óbice do art. 1.003, do Código Civil, que declara extintas as garantias da dívida, sempre que não houver estipulação em contrário.

E — A TEORIA DO ABUSO DO DIREITO

23 — O Código Civil aborda, no seu art. 160, sob formulação incompleta, a prática do ato abusivo. Nesse campo, o Código Civil português oferece definição mais precisa: prevê que o titular que exceda manifestamente, no exercício de seu direito, os limites ditados pela boa-fé, pelos bons costumes ou pelo seu fim social ou econômico, age de modo abusivo (cf. art. 334), Do enunciado, por dedução, retira-se que a boa-fé e os bons costumes impõem, ou podem impor, limites ao exercício dos direitos e que estes têm, ou podem ter, um certo fim sócio-econômico, igualmente limitador do seu exercício. O último limite, ao contrário dos dois primeiros, que são gerais, é específico — cada direito tem, ou pode ter o seu fim social ou econômico.

24 — O falar em abuso de direito suscita indagar-se a noção de Direito subjetivo. A terceira sistemática, na pena de SAVIGNY, desenvolveu o direito subjetivo, como um poder de vontade individual, a que se contrapôs JHERING, sob a ótica do direito fundado num interesse juridicamente protegido. Ou seja: JHERING concebe o exercício do direito em termos finalísticos; assim, o que justifica o reconhecimento do direito subjetivo é a existência dalgum interesse legítimo (cf. A. Menezes Cordeiro, *Da Boa-Fé no Direito Civil*, Almedina, v. II, 1984, p. 662 e s.). No essencial, significa que o direito subjetivo, enquanto permissão normativa, sofre sabidas limitações, a concretizar, em cada caso, com recurso residual à teoria do abuso do direito, articulada à noção de boa-fé, bons costumes e à função social ou econômica contida no direito que se exercita.

25 — A expressão "abuso do direito" deve-se ao autor belga Laurent, criada para nominar uma série de situações jurídicas, ocorridas em França, nas quais o tribunal, conquanto afirmando a excelência do direito do réu, veio a condená-lo pelas irregularidades flagradas no seu exercício. Para ilustrar, tome-se uma das primeiras decisões judiciais, de 1808, quando o proprietário de certa oficina, especializada no fabrico de chapéus, foi condenado porque a industrialização fazia emanar odores desagradáveis para a vizinhança. Noutro caso, em 1853, condenou-se o proprietário que construíra uma falsa chaminé para vedar a vista de uma janela do vizinho, com quem andava desavindo. Em síntese, a chancela do abuso do direito objetiva sinalizar a necessidade de respeitar-se os direitos alheios, quando violados por ato do titular exercente.

26 — Na doutrina moderna, em evolução, o abuso do direito deu corpo à idéia do *desiquilíbrio* no exercício de posições jurídicas. Nessa categoria, integrada por três sub-hipóteses de comportamentos reprováveis, assume especial relevo aquela da *desproporcionalidade* entre a vantagem auferida titular e o sacrifício imputado ao sujeito passivo. Jogam, aqui, o sancionar de faltas insignificantes, a atuação de direitos com lesão intolerável de outras pessoas e os exercícios indiferentes às situações especiais.

27 — A atuação de direito, com lesão intolerável de outrem, corresponde à generalização do princípio de que ninguém pode ser obrigado a suportar o exercício de um direito se o sacrifício implicado afetar gravemente os princípios da boa-fé. É o caso do proprietário que exerce o seu direito com licitude formal, mas provocando danos desconformes aos vizinhos. Doutra parte, o exercício indiferente às situações especiais reporta às hipóteses de conflito de direitos, todos merecedores de amparo, com essa característica; o titular deve respeitar, no exercício do direito próprio, outras situações especiais, cuja preterição contrarie os limites da boa-fé, dos bons costumes, ou exceda o seu fim social ou econômico.

28 — O exercício em desequilíbrio constitui um tipo supletivo de atuações inadmissíveis, vindo em socorro e reforço do sistema jurídico, onde afloram, como era de esperar, os grandes vetores que concretizam a boa-fé, os bons costumes e os fins sociais ou econômicos dos direitos, animando-os, nessa perspectiva, os princípios fundamentais que colorem o mesmo sistema. Por isso, perante comportamentos abusivos, ainda que revestidos de legitimidade formal, é dado controlar a compatibilidade dos exercícios inadmissíveis com a ordem jurídica global, pois introduz, no litígio real, as referências jurídicas fundamentais do sistema, como sejam, a proteção da confiança, a tutela da parte fraca, a prescrição da igualdade e da liberdade

e a harmonia nas relações sociais. O cenário abstrato propiciado por esses institutos deve ser concretizado, as sociedades modernas, com apoio na Constituição, onde os catálogos dos direitos humanos têm, no próprio nível técnico dos direitos reais e obrigacionais, um papel a desempenhar, do qual, gradualmente, surge uma nova consciência. A interação direitos privados — direitos fundamentais não exclui, como outrora se supunha, sob o dogma da liberdade, a prossecução efetiva, em cada decisão concreta, dos valores excelsos da dignidade humana (cf. Walter Leisner, *Freiheit und Eigentum*, Fs Jahrreiss, 1979, 135-140, *apud* A. Menezes Cordeiro, *Estudos de Direito Civil*, v. I, Almedina, 1991, p. 229-232).

F — ANÁLISE E ENQUADRAMENTO DO CASO CONCRETO

29 — Do quanto se disse, é hora de se aplicar o direito ao caso concreto, que é de fácil compreensão. Realmente, o tormento dos autores assenta na negativa de quase vinte anos em dar-se-lhes quitação e baixa das hipotecas.Se vão ao incorporador, ele diz que já liquidou o empréstimo; se vão ao credor, ele os despede com a informação da inadimplência. No cerne, nenhum dos dois tem razão: o incorporador, que recebeu o preço da venda, porque dispunha de meios idôneos para acautelar o credor, liberando as hipotecas das unidades autônomas; o credor, por outra, porque também podia buscar o mesmo acautelamento, de moldes a facilitar os adquirentes finais, ao revés de acantonar-se no refrão cômodo da garantia real, indiferente às suas sortes, malgrado a consciência de que do débito apenas perdura a questão de exigibilidade ou não da correção monetária, no período de liquidação extrajudicial, a que foi submetido o incorporador.

30 — Ora, justo aí o flagrante do abuso do direito, manifesto, à evidência, no fato de que incorporador e credor deixaram de considerar a *finalidade social* do direito subjetivo dos autores à quitação e baixa das hipotecas, recobrando a livre circulação dos bens garantidores e devolvendo-lhes a paz. Como a noção do abuso do direito apareceu nos quadros da responsabilidade civil, a conclusão a que ordinariamente se devia chegar é a de que o agente do ato abusivo cumpre reparar o dano causado ao terceiro prejudicado.

31 — Todavia, a teoria do abuso do direito extravasou das cercanias da responsabilidade civil e foi medrar em todas as províncias do Direito. Daí que, como ensina Sílvio Rodrigues, discipulado por Marty e Raynand, o ato abusivo pode gerar não somente o dever de reparar, mas também outras conseqüências, tais como o retorno das partes ao estado anterior, a recusa

de proteção legal ao abusador, ou na mercê de uma sentença que o restrinja (cf. *Direito Civil Aplicado*, Saraiva, v. I, 1981, p. 259).

32 — Reconhecer-se ao banco, na hipótese dos autos, a continuidade da garantia hipotecária, eqüivale em consagrar notória *desproporcionalidade* entre as vantagens da garantia real frente ao pesado sacrifício dos adquirentes finais, mui especialmente quando sabido que o conteúdo do débito, na atualidade, inspira na diferença de correção monetária, cuja cobrança, se hoje pacífica, na época da liquidação do incorporador, era sob vários aspectos incerta e discutível. Não é só; o reforço da garantia, através dos títulos recebidos para cobrança, muitos em realidade recebidos, tudo levava à solução diversa a nível dos autores, que eram, curiosamente, os únicos a ter cumprido as obrigações assumidas, não podendo suportar os efeitos da disputa particular travada entre o incorporador e credor, justo os elos mais fortes da relação.

33 — É ressabido que quando dois interesses conflitantes se entrechocam, a resolução do conflito depende da hierarquização dos vários direitos subjetivos, de harmonia com o interesse social. Se o credor hipotecário tem na garantia a certeza preferencial do seu crédito, não é menos verdade que o interesse comunitário dos adquirentes de imóveis, construídos com base no regime das incorporações imobiliárias, é o de os desonerarem tão logo pago o preço da compra. Parece-me, portanto, inocultável o fato de que no conflito entre os interesses do credor e os dos titulares dos imóveis hipotecados, os destes é que prevalecem, visto que, na possível hierarquia dos direitos subjetivos, o legislador contemporâneo cerca de mais conteúdo os direitos do consumidor em relação aos fornecedores. Não é demais recordar-se, ao ensejo, as normas de proteção do consumidor, entre as quais se inclui, como meta, a efetiva prevenção de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos, sem olvidar a responsabilidade dos entes públicos, por si ou suas empresas, como é o caso do BANERJ, quando não ofertam serviços adequados, eficientes e seguros à clientela consumidora (cf. Lei nº 8.078, de 11.09.90, CDC, arts. 6º VI, e 22). As implicações disso são tremendas: sinalizam que as instituições públicas, no exercício de atividade econômica, devem *bem* selecionar seus parceiros comerciais, tudo fazendo para resguardo dos direitos daqueles que venham a demandar-lhes os serviços, seja direta, seja indiretamente, sob pena de responsabilidade solidária com os parceiros eventualmente relapsos ou desonestos.

34 — Eis por que a aplicação do Direito exsurge como elemento constituinte da própria fenomenologia jurídica, única via de alcançar os fatos nela revelados para infundir-lhes o que de melhor a ordem positiva

contém. Só a consideração da ordem jurídica como um todo integrado viabiliza, na aplicação, um potencial evolutivo às vezes impossível de achar na norma isolada, à primeira vista indicada para reger o caso. A decisão final será legítima quando puder refletir a justeza do sistema em que se inclua, sempre possível de controlar a partir da fundamentação, máxime pelos recursos. O contrário é o imobilismo nocivo, incapaz de perceber os lídimos interesses sociais, em geral absorvidos pela doutrina científica, que inspirada coloca, entre a fonte e a solução do caso concreto, um rico manancial que lei alguma pode dispensar e que o legislador sensato não pode corromper. O papel do juiz é pois fundamental na caracterização e no conhecimento dos direitos subjetivados, a partir da matriz legislativa.

III —DISPOSITIVO

35 — Com esses fundamentos, JULGO PROCEDENTE o pedido para declarar a extinção das hipotecas que vinculam os imóveis de cada autor, determinando, após o trânsito em julgado, o seu cancelamento por mandado, a cumprir junto ao registro imobiliário.

36 — Condeno os litisconsortes sucumbentes ao pagamento das custas e dos honorários advocatícios, que fixo no grau máximo de vinte por cento do valor atualizado da causa, tal como resolvido no incidente de impugnação, apenso, seguindo-se, no aspecto, as diretrizes do art. 20, § 3º, *a* a *c*, do Código de Processo Civil.

37 — P.R.I.

Rio de Janeiro, 23 de dezembro de 1993

JAIRO VASCONCELOS DO CARMO
Juiz de Direito

65ª ZONA ELEITORAL
Rio de Janeiro - RJ

LIBERDADE RELIGIOSA — A guarda do sábado, como justificativa para o não-exercício do direito/dever de votar.
(Decisão do Juiz de Direito Jessé Torres Pereira Júnior)

Vistos etc.

1 — A Justiça Eleitoral se tem defrontado, em todo o País, com milhares de pedidos de membros da Igreja Adventista do Sétimo Dia e de judeus ortodoxos, requerendo lhes seja justificada a ausência do pleito de 15 de novembro de 1986 por razões de fé religiosa. À feita de definição normativa do Superior Tribunal Eleitoral na matéria, os Juízos monocráticos, diante de súplicas idênticas às destes autos, acolhem-nas ou rejeitam-nas conforme o entendimento que esposam diante dá garantia de liberdade de crença e de culto inscrita no art. 153, § 5º, da Constituição Federal. Nesta Comarca, que sedia três Zonas Eleitorais, o mesmo dissenso ocorre, convindo, por isto mesmo, que cada Juízo explicite os fundamentos de seu convencimento.

2 — Este Juízo da 65ª Zona Eleitoral, albergando parecer do ilustrado órgão do MP em casos de comprovada urgência, tem considerado justificada a ausência e dispensado o eleitor da sanção pecuniária prevista no art. 7º do Código Eleitoral. Inobstante o mínimo valor da multa, trata-se de relevante questão de princípio, de índole constitucional, a qual passo a examinar para decidir mais de uma centena de outros pleitos pendentes, e também em homenagem devida aos eminentes colegas que perfilham posição oposta, sob argumentos não menos respeitáveis.

3 — Preliminar inafastável de análise que se pretenda teleológica e humanista concerne à compreensão do significado do dia do sábado para adventistas e judeus, com o fim de avaliar se sua aventada sacralidade constitui dogma essencial dos respectivos credos, a ponto de inserir-se na proteção constitucional da liberdade de consciência e de culto religioso, liberdade esta a ser contrastada com o exercício do voto, obrigatório no sistema brasileiro (Constituição Federal, art. 147. § lº, e Lei nº 4.747/65, art. 6º).

4 — O *sabath* tal como concebido por adventistas e judeus, encontra-se definido ao capítulo 20, versículos 8 a 11, do Livro do Êxodo, o segundo do Velho Testamento. Dos textos originais em aramaico, é corrente e aceita, no vernáculo, a versão seguinte dos mencionados versículos: "Lembra-te do dia do sábado para o santificar. Seis dias trabalharás e farás toda a tua obra. Mas o sétimo dia é o sábado do Senhor teu Deus; não foras nenhum trabalho, nem tu, nem teu filho, nem tua filha, nem o teu servo, nem a tua

serva, nem o teu animal, nem o forasteiro das tuas portas para dentro; porque em seis dias fez o Senhor os céus e a terra, o mar e tudo o que neles há, e ao sétimo dia descansou; por isso o Senhor abençoou o dia de sábado, e o santificou" (*Bíblia Sagrada*, tradução de João Ferreira de Almeida, ed. Sociedade Bíblica do Brasil, 1961). A Igreja Adventista do Sétimo Dia dispõe de literatura acerca da interpretação do sábado, que serve de guia para seus fiéis; dela extraem-se os seguintes excertos:

> "A santidade é um caráter de Deus. Santificando o sétimo dia, o dia do seu repouso, Deus conferiu a esse dia caráter divino. Por esse ato, o sétimo dia, que já tinha sido virtualmente distinguido pelo ato da bendição, foi moralmente separado dos demais dias da semana. O sétimo dia tomou-se deste modo o santo dia do repouso de Deus, caráter absolutamente distinto, que nenhum outro dia partilhava..."
>
> "Sobre o fundamento do seu repouso no sétimo dia, Deus primeiro abençoou, depois santificou o sétimo dia. A bênção ...envolvia uma promessa, porque o que Deus abençoa está por sua vez destinado a servir de bênção. A santificação, porém, implicava um dever sagrado em relação ao indivíduo a quem a sua bênção era destinada — o dever de reconhecer esse dia separado por Deus dos dias comuns que o precederam, a fim de ser devotado ao repouso e ao culto divino..."
>
> "Bastava esta só reflexão para deixar de antemão assente não só a perpetuidade dessa instituição, como ainda a inamovibilidade do dia particular a que ela originalmente se prende, o qual, tendo sido um dia definido, não poderia em verdade ser sucedido por outro dia que lhe não correspondesse na ordem exata estabelecida pelo Criador. Um deslocamento do dia sétimo eqüivaleria a transtornar a ordem que constitui a base dessa instituição e a anular a causa imediata da bênção e santificação do sétimo dia..."
>
> "Releva notar que o repouso que a nós compete observar no sétimo dia não é o nosso repouso individual, e sim o repouso de Deus... O nosso repouso nesse dia é apenas o meio de observar e de comemorar convenientemente o repouso de Deus, e não o fim por que este deva ser observado. O repouso de Deus ao sétimo dia não obedeceu a nenhuma necessidade física, mas consistiu ...numa recreação espiritual que devia servir de base a uma instituição destinada a satisfazer no homem uma necessidade igualmente espiritual. A idéia de observar o repouso de Deus com o fim de satisfazer uma necessidade material, qual seja a de um descanso periódico corporal..., é a idéia mais grosseira que se pode fazer de tão sublime quanto beneficente instituição..."

"Ora, sendo o sábado aquela instituição de Deus que tem por fim, conforme reza o preceito, lembrar o fato de que Deus em seis dias fez os céus e a terra ..., portanto recordar justamente aquele fato que caracteriza o Deus verdadeiro, e tendo Deus reputado indispensável tal instituição para benefício do homem, para que este não se esquecesse do seu Criador e guardasse o conhecimento daquele a quem tudo deve, adorando e servindo somente a Ele, é intuitivo que o sábado constitui num sentido especial o sinal de reconhecimento do Deus vivo, o meio de ser Ele constantemente lembrado e reconhecido ...O sábado é o sinal que Deus estabeleceu em reconhecimento d'Ele, por parte de seu povo, como o seu único Deus legítimo..."

"Com a colocação do sábado no coração da lei moral, que encerra em princípio os deveres do homem para com Deus e seu semelhante, o sábado não só entrou a ocupar na lei escrita o lugar que de direito lhe compete como preceito moral, sendo equiparado a todos os demais no que respeita à sua moralidade e perpetuidade, como era ele propriamente o que de fato dava autenticidade a essa lei..., estabelecendo a identidade da pessoa do Legislador... O sábado é o único preceito do decálogo que perfaz as vezes de uma tal assinatura, identificando a pessoa do legislador com o Deus vivo, o Criador dos céus e da terra..." (GUILHERME STEIN FILHO, *O Sábado*, ed. Sociedade Internacional de Tratados, São Paulo, 1919, págs. 5-37).

5 — Parece despiciendo sublinhar que se cuida de questão de fé, descabendo perquirir se tal formulação espiritual seria ou não acertada, sequer plausível ou simpática. Para o fim de confrontá-la com a garantia constitucional da liberdade religiosa, é bastante constatar, em face da exegese bíblica adotada por adventistas e judeus, que o sábado se lhes apresenta como pedra angular, traço distintivo e estrutural da fé que professam, daí sugerir-se-lhes atentatória ao livre exercício desta qualquer imposição estatal que obstacule a observância do sétimo dia, o qual têm como santificado e devotado a práticas religiosas — não, apenas, abstenção de trabalho — inconciliáveis com as tarefas seculares que constituem o cotidiano da semana.

6 — Apreendida a importância de que se reveste para adventistas e judeus o sábado — dia em que se realizou a eleição de 15-11-86 —, verifique-se se estariam obrigados a nele votar, sob as penas da lei ordinária, ou se lhes é aplicável a escusa de consciência dirigida aos crentes pela Carta Magna.

7 — Na doutrina constitucional brasileira — tanto quanto no constitucionalismo norte-americano, em que aquela se abeberou, e onde

não se oferece a presente questão pelo fato de que, lá, o voto é voluntário —, sempre se estremou crença de culto (*belief e action*). A Carta de 1824 já "admitia integralmente a liberdade de crença, porém apenas parcialmente a liberdade de culto, vez que o culto pode ser exercido somente nos templos pelos católicos, às outras religiões apenas permitido o culto doméstico ou particular... A Constituição de 1934 distinguiu entre a liberdade de crença e a liberdade de culto..., o que também aconteceu com a Carta Ditatorial de 1937" (PINTO FERREIRA, *Curso de Direito Constitucional*, 2º vol., ed. Saraiva, São Paulo, 1974, págs. 503-504). ALCINO PINTO FALCÃO, em comentários à Lei Fundamental de 1946, fazia ver que "O gênero é a liberdade religiosa; crença e culto, que não se confundem, são as espécies... E a posição do Estado frente à crença e ao culto não é igual. Quanto à primeira, como respeito à personalidade humana, o Estado moderno se abstém de qualquer coação sobre a consciência do indivíduo, plenamente livre de pertencer a uma ou outra confissão, ou de não ter qualquer fé religiosa; mas por ser ato externo, no exercício do culto pode, em certas circunstâncias, dar-se a intervenção estatal" (*Constituição Anotada*, vol. II, ed. José Konfino, Rio de Janeiro, 1957, pág. 92). A vigente Constituição consagra a distinção ao proclamar, de um lado, ser "plena a liberdade de consciência", e resguardar, de outro — tornando expressas quais são aquelas circunstâncias —, "o exercício dos cultos religiosos que não contrariem a ordem pública e os bons costumes" (art. 153, § 5º), o que mantém coerência com a tradição vinda do Império, cuja "libérrima Constituição, embora marcasse uma religião do Estado, dispunha, no art. 179, V, que "Ninguém pode ser perseguido por motivo de religião, uma vez que respeite a do Estado e não ofenda a moral pública" (PAULO DOMINGUES VIANNA, *Constituição Federal e Constituições dos Estados*, tomo 1º, ed. Briguiet, 1911, Rio de Janeiro, pág. 58), e reproduz o critério do art. 50 da Constituição Suíça — "É garantido o livre exercício dos cultos em limites compatíveis com a ordem pública e os bons costumes", como anotado por CARLOS MAXIMILIANO (*Comentários à Constituição Brasileira*, vol. I, ed. Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1948, pág. 379).

8 — O mesmo princípio desenvolveu-se no judiciário norte-americano, vindo a consolidar-se na síntese de que "the freedom to act, even when the action is in accord with one's religious convictions, is not totally free from legislativo restrictions" (a liberdade de culto, ainda que este se harmonize com as convicções de cada qual, não está totalmente isenta de restrições legislativas), referindo-se, como exemplos de restrição à liberdade de culto, a vedação à poligamia pregada pelos mórmons, e a admissão, como ônus

inerente à atividade negocial, de eventual redução de ganhos em virtude de lei determinante do fechamento aos domingos de estabelecimentos comerciais que seus proprietários, judeus ortodoxos, interditassem também aos sábados (*apud* GERALD GUNTHER, "Cases and Materials on Constitutional Law" — Section 2 — *The Free Exertíse of Religion*, ed. The Foundation Press Inc., 1975, New York, págs. 1.505-1.514). Nessa esteira, recorde-se que "The shall be no restriction on free exercise of religion, categorically declares the First Amendment... But religious belief cannot be pleaded as justification for criminal action... The First Amendment freedoms are not ends in themselves, but only means to the end of a free society" (Nenhuma restrição haverá ao livre exercício da religião, categoricamente declara a Primeira Emenda... Mas a crença religiosa não pode ser invocada para justificar ação criminosa. As liberdades da Primeira Emenda não são fins em si mesmas, porém meios para uma sociedade livre).

9 — Deduz-se que, em nosso regime constitucional, tanto quanto naquele que o inspirou, a liberdade de culto, conquanto não desfrute da mesma intangibilidade protetora da liberdade de crença, é garantida de modo amplo, como apanágio de uma sociedade que se almeja pluralista e democrática, daí que somente se admitirá intervenção estatal, calcada em restrição decorrente de lei, quando a prática do culto contrariar a ordem pública ou os bons costumes, nos exatos termos do § 5º do art. 153; "No estado atual do direito público, a liberdade de cultos é limitada por medidas de ordem pública, com o mesmo critério que preside a outras limitações: as práticas — assim em atos como em palavras — têm de respeitar as leis penais, isto é, não podem ser tais que constituam crimes ou contravenções; nem lhes seria permitido infringir as outras liberdades (PONTES DE MIRANDA, *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1968, págs. 128-129). Importa, pois, ao desate do tema indagar se a negativa de votar no sábado, permanecendo os adventistas e judeus em seus respectivos templos e atividades de natureza espiritual, desatende à ordem pública ou aos bons costumes. Parece induvidoso — diga-se entre parênteses — que não se há de vislumbrar, na fixação do pleito para um sábado, indevida intervenção da Justiça Eleitoral na liberdade de consciência; tal decisão não visou, a toda evidência, compelir quem quer que fosse a abjurar a fé. A questão é outra. Resolve-se em saber se a recusa de votar no sábado sujeita o eleitor crente a sanções, como se a efetivação do culto naquele determinado sábado contraviesse à ordem pública ou aos bons costumes. A controvérsia não se põe no campo da liberdade de fé, se não que no da liberdade de culto. — "First Amendment rights are suscep-tibte of restriction only to preveni

grave and immfídiate danger to interests which the State may lawfully protect" (Os direitos da Primeira Emenda são suscetíveis de restrição apenas para prevenir risco grave e imediato para os interesses que o Estado possa legalmente proteger" (GUNTHER, op. cit., pág. l .509).

10 — Para responder à indagação, é mister conhecer em que consiste a *praxis* dos crentes que guardam o sétimo dia, nesse dia. Recorra-se à literatura evangélica específica, *in verbis*: o sábado

> "requer do homem no sétimo dia a renúncia de seus empregos ordinários de cada dia com que prove à sua subsistência e daquelas ocupações que. dizendo respeito aos seus interesses puramente materiais, são perfeitamente dispensáveis ou possam de alguma maneira distrair-lhe o espírito do cuidado que lhe devem merecer nesse dia os seus interesses eternos, os interesses que se prendem com aquele descanso que o sábado representa ou tipifica ...Saciar a fome (dos necessitados) é prover a uma necessidade que diz respeito à manutenção da vida ...Assim a doença, sob qualquer forma, importa num começo de dissolução da vida, obstar à qual é não só um sagrado dever, como um ato que só pode honrar ao Autor da vida, sendo portanto lícito de se praticar no Seu santo dia... É por conseqüência lícito fazer bem aos sábados" (STEIN FILHO, op. cit., págs. 69-71).

11 — Ocioso maior empenho para inferir-se que o culto sabático — nas igrejas, em ações de benemerência e assistência aos carentes e enfermos, ou na contemplação da natureza — nenhuma ameaça contém para a ordem pública ou os bons costumes, seguindo-se que a liberdade de seu exercício está a recato de qualquer forma de restrição do Estado, por qualquer de seus agentes ou poderes. Passe-se, então, à pergunta inversa: em que medida ou de que modo o cumprimento da obrigação eleitoral infringiria a liberdade de culto protegida pela Constituição, a ponto de justificar-se a recusa de comparecimento às umas por parte de adventistas e judeus ortodoxos? Lembre-se, por oportuno, que dirigentes das comunidades adventista e judaica postularam ao Tribunal Superior Eleitoral, como noticiado na ocasião (art. 334, I, do CPC), que lhes fosse admitido votar depois das 18 horas, posto que o *sabath* se conta do ocaso do sol de sexta-feira ao pôr do sol de sábado, o que lhes foi indeferido. Por conseguinte, não se poderá falar, a rigor, de recusa ao cumprimento de dever eleitoral, porém de impossibilidade de cumpri-lo no tempo determinado pelas autoridades civis, sem injurirar o que para aqueles fiéis representa nada menos do que o quanto mandamento da lei divina e ponto nodal de sua fé. Aqui a lei do

Estado vulneraria a liberdade de culto: o comparecimento compulsório às seções eleitorais impediria adventistas e judeus de guardarem o sábado tal como o entendem, e esse entendimento, projetado em ações práticas — a liturgia nas igrejas e sinagogas, ou a caridade em hospitais, asilos, etc. — em nada ofende a ordem pública ou os bons costumes.

12 — A sanção é sempre conseqüente da transgressão do preceito. No caso, a norma eleitoral — cogente, de ordem pública, indiscutivelmente — estatui que não votar sem justificativa acarreta sanção pecuniária, a qual, insatisfeita, induz outras penalidades (Código Eleitoral, art. 7º e seus parágrafos). O direito público reconhece, entretanto, figuras excludentes da punibilidade, entre elas a da inexigibilidade de conduta diversa por pane do sujeito ativo da infração. Tal figura emoldura o quadro em estudo porque corresponde à escusa de consciência incluída entre os direitos subjetivos individuais consti-tucionalmente garantidos. Houve, sim, descumprimento da lei eleitoral, todavia por motivos inarredáveis, ínsitos na liberdade de crença e de culto, a qual não se curva à legislação ordinária, de inferior hierarquia.

13 — Enfrente-se, ainda, a argüição de que a hipótese enquadra-se na exceção prevista no § 6º do mesmo artigo 153, segundo a qual a crença religiosa não eximirá o cidadão de obrigação legal que a todos alcance, como seja a do voto, "caso em que a lei poderá determinar a perda dos direitos incompatíveis com a escusa de consciência". A exceção parece inajustável à situação concreta, porquanto:

a) a norma punitiva ordinária a que alude o texto constitucional é a do art. 7º do Código Eleitoral, para o qual o eleitor "que deixar de votar e não se justificar... incorrerá na multa...", aduzindo, nos parágrafos, gravames para o caso de não haver sido aceita a justificação, nem paga a multa;

b) a condição cumulativa exigida pela lei — "deixar de votar e não se justificar" — inocorre, já que o eleitor está a apresentar justificativa idônea, no prazo hábil;

c) os direitos que perderia o eleitor, a teor dos parágrafos do art. 7º, sequer tangenciam a incompatibilidade com a escusa de consciência de que trata a lei, vale dizer que a eventual rejeição das razões de natureza religiosa importaria na sujeição do eleitor à perda de direitos que nenhum elo mantêm com a liberdade de culto que motivou a abstenção de voto, seguindo-se que seria, tal perda, ilegítima, posto que sem suporte fático, e inconstitucional, porque afrontosa do princípio geral insculpido no § 5º.

14 — O acolhimento de justificação fundada em escusa de consciência deve assentar-se em demonstração da pertinência do que se protesta. É

de exigir-se que "para se tornar operante, a escusa de consciência tenha bom lastro de veracidade e seriedade...; não basta alegar, mas é preciso demonstrar (não provar) que na situação individual há incompatibilidade com o encargo cívico" (ALCINO PINTO FALCÃO, op. cit., pág. 101). A cautela tem sido observada nos procedimentos de justificação, como os aqui processados, através da apresentação de atestado de que o justificante é efetivamente membro da comunidade religiosa que indica.

15 — Subjaz, talvez, no pensamento que rejeita a escusa de consciência nas circunstâncias retrodescritas, um sentido de prevalência do Estado sobre o indivíduo. Desacredito dessa postura como capaz de fazer do direito instrumento de justiça e de paz social. Temo-lhe os vestígios de autoritarismo e intolerância, os quais, ressalte-se, não serão próprios dos que assim interpretam a Constituição e as leis, tendo, antes, sido inoculados nelas por legisladores inadvertidos do fato de que o Estado existe para servir ao homem, cujos direitos são anteriores ao Estado e por este não devem ser suprimidos ou limitados senão em benefício do interesse público e do bem comum, legitimamente revelados e aferídos — lição jusnaturalista que se compadece com a essencialidade dos direitos humanos. Conclua-se com a peroração de PONTES, repassada de sabedoria e bom aviso:

> "As duas liberdades — a de pensamento e a de ação — assumem importância especial, uma em relação à outra, conforme os tipos psicológicos: aquela é primeira para q indivíduo que se apura em sua atividade interior; essa, para quem se lança para fora, para quem o sentir-se livre é sentir 'poder mover-se' à vontade, quando e para onde quer... Por isso mesmo, oradores extrovertidos, que muito se entusiasmam e gesticulam em defender as liberdades, em verdade se opõem mais as leis coarctadoras da liberdade física do que às leis coarctadoras da liberdade de pensamento... É pela liberdade da psique que começam as liberdades, se queremos considerá-las quanto à importância humana. Se não se pode pensar e julgar com liberdade, que se há de entender por liberdade de ir, ficar e vir, de fazer e não fazer? Se nos movemos, ou o fazemos por simples reflexos, ou por força de imagens mentais (movimentos ditos inconscientes), ou o fazemos com a presença de consciência. Para os movimentos conscientes é que mais precisamos de liberdade. De modo que, à base mesma da liberdade física, está a de consciência. A imensa maioria dos atos humanos, na vida de relação dos homens uns com os outros, são atos conscientes ou segundo traçados conscientes... Toda religião se prende ao que se pensa e ao que se pratica com intuito de culto;

portanto, as liberdades de religião e de culto são apenas, respectivamente, especialização e extensão da liberdade da psique ... Se falta liberdade de pensamento, todas as outras liberdades humanas estão sacrificadas, desde os fundamentos. Foram os alicerces mesmos qus cederam. Todo o edifício tem de ruir" (op. cit., págs. 146-147).

16 — *DE TODO O EXPOSTO*, defiro o pedido de..., tendo-lhes por justificada a ausência do pleito eleitoral de 15 de novembro de 1986, em razão da fé religiosa que professam; expeça-se a competente certidão, ciente o MP.

P.R.I.

Petrópolis, 26 de janeiro de 1987

JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR
Juiz de Direito em exercício na 65ª Zona Eleitoral-RJ

3ª VARA CÍVEL
Comarca de Petrolina
— Pernambuco
Processo nº 749

RESPONSABILIDADE CIVIL — REPARAÇÃO DE DANOS — ACIDENTE DE TRANSITO — Denunciação de Seguradora — A culpa do preposto importa na responsabilidade civil do preponente. Age com imprudência (culpa in committendo) *motorista que inobserva sinal de trânsito e, desrespeitando via preferencial de tráfego intenso, abalroa seu veículo contra o automotor sinistrado, ocasionando resultado danoso. Dever de indenizar que se apresenta como resultado do ato ilícito. Por outro lado, afigura-se legítimo o interesse da segurada em denunciar à lide a seguradora, para efeito de obter, no mesmo processo, a condenação desta a pagar o que a segurada tiver de desembolsar, nos termos do contrato de seguro, até o limite da quantia devida. Inobstante efetuar os pagamentos sempre segundo a apólice e independentemente de apuração de culpa, a seguradora deve ser denunciada à lide, dês que o objetivo da denunciada é tutelar o interesse de terceiros, evitar a possibilidade de decisões contraditórias e promover a economia processual.*
(Sentença do Juiz de Direito Jorge Américo Pereira de Lira — Confirmada)

Vistos, etc.

ANTÔNIO EUGÊNIO ARAÚJO SOBREIRA, satisfatoriamente qualificado no requerimento inaugural de fls. 02/06, por intermédio de advogado legalmente habilitado, moveu a presente AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO DECORRENTE DE ACIDENTE DE TRÂNSITO, fulcrado nas disposições do art. 275, II, "e" da Lei Instrumental Civil, c/c com os arts. 159 e l.538, do Código Civil, contra RODOBENS ADMINISTRAÇÃO E PROMOÇÕES LTDA., igualmente qualificada na peça preambular, alegando, em resumo, o seguinte:

a) "Que, no dia 14.03.91, às 16:00h, quando o Autor trafegava, no banco de passageiro, em veículo marca Chevrolet, modelo Opala Comodoro, placa IR 7374 — PE, se dirigindo, através do Viaduto Barranqueiro, no sentido subúrbio — cidade, ocorreu uma colisão provocada pelo automóvel marca Volkswagen, modelo Gol, placa WI 7434 — RJ, de propriedade da Requerida, tudo conforme se constata do Boletim de Acidente de Trânsito anexo (docs. 02 e 03)"

b) "Que, conforme se verifica do referido Boletim, o veículo em que o autor era conduzido vinha em via preferencial, trafegando regularmente, quando foi violentamente abalroado no lado esquerdo, pelo veículo de propriedade da Requerida, cujo motorista, empregado dela Ré, não respeitou a sinalização de trânsito lá existente"

c) "Que do acidente resultaram graves lesões corporais ao autor, quais sejam: a) fratura do úmero; b) lesão do nervo radial (mão direita); e c) confusão mental.

(...) Por ocasião do acidente, a vítima, agora Autor, foi levada à Clínica Neurocárdio, onde se submeteu a tratamento cirúrgico-ortopédico (doc. 04), saindo daquele lugar para fazer tratamento fisioterápico no Rio de Janeiro (docs. 10 e 11)."

d) "Que decorre que o tratamento médico-fisioterápico levou o autor a despender altas quantias conforme se verifica no quadro demonstrativo anexo (doc. 12) e dos comprovantes de despesas acostados (docs. 13 a 28), quando teve que se deslocar para o Rio de Janeiro e ainda precisou de alugar um automóvel nesta cidade para seus deslocamentos, com motorista."

e) "Que, hoje, mesmo após várias sessões de fisioterapia, o autor está com a mão direita defeituosa, apresentando seqüelas estéticas, "DESVIO DE VARO", conforme diagnóstico ortopédico-traumatológico acostado (doc. 10). O Suplicante nunca mais terá a sua mão direita com o aspecto normal que tinha antes, a lesão do nervo radial é irreversível."

Junta farta documentação (fls. 07 *usque* 34) e conclui pugnando a procedência da ação, com o escopo de que seja indenizado pela ré nas despesas do tratamento médico-hospitalar e fisioterápico, lucros cessantes — posto que em sendo o Autor músico profissional, tocando violão em bares, restaurantes e clubes sociais, se encontra plenamente impossibilitado de exercer sua profissão em decorrência da lesão do nervo radial, no seu braço direito — e dano moral, resultante este último da alteração morfológica de que foi vitimado, por conduta imprevidente de proposto da Ré.

Pleiteia, ainda, seja a demandada compelida a pagar as vendas

decorrentes do sucumbimento.

Ao despachar a inicial, designei data para a realização da audiência de instrução e julgamento, deferindo a produção de prova testemunhal, *ex. vi* o disposto no art. 277. do Cód. de Proc. Civil.

Na audiência (fls. 49/49v.), rejeitada a proposta de conciliação, a requerida apresentou defesa escrita, em forma de contestação, sendo certo que, preliminarmente, amparado na disposição do art. 70, inc. III, do Estatuto de Ritos, denunciou à lide a BRADESCO SEGUROS S.A. (qualificada a fls. 99), para efeito de obter, no mesmo processo, a condenação da seguradora a pagar o que a segurada tiver de desembolsar, nos termos do contrato de seguro.

No mérito, sustenta que o requerimento de procedência do feito não merece prosperar, eis que, segundo argumenta, "eivado de má-fé, visa ao enriquecimento ilícito, quando apresenta valores aviltantes (...), objetivando auferir lucros indevidos." Aduz, outrossim, que, diante da prova documental carreada aos autos na inicial, pelo próprio Autor, não há lugar para se falar da existência da secção total ou parcial do nervo radial, de forma a causar "graves lesões": quando muito, poder-se-ia concluir pela ocorrência de uma neuropraxia, plenamente reversível, a qual, em 100% dos casos, não deixa nenhuma seqüela funcional.

Demais disso, reproduzindo numerosos arestos, diz ser inacumulável a indenização por danos materiais (patrimoniais) e dano moral, propugnada pelo Autor, atacando, dessa forma, eventual direito do autor ao recebimento de verba indenizatória de caráter extra-patrimonial.

Por fim, impugna a pretensão do autor em ser ressarcido em lucros cessantes, e, inobstante descuidar-se em demonstrar a inexistência de culpa do seu preposto na eclosão do evento sinistro da espécie, clama a improcedência da ação.

Com a contestação da Ré, vieram à colação os documentos de fls. 62/76, competindo visualizar e destacar a apólice de seguro de fls. 62 dos autos.

Ante os fundamentos constantes da assentada de fls. 49/49v., deferi o requerimento da Ré de denunciação da BRADESCO SEGUROS S.A., determinando, em conseqüência, a citação da litisdenunciada, com suspensão do processo, a teor do disposto no art. 72, do Cód. Proc. Civil. Designou-se, de logo, o dia 26.02.92 para continuação da audiência de instrução e julgamento.

Nessa ocasião, conforme assentada de fls. 96/98, a seguradora denunciada compareceu perante este Juízo e, aceitando a denunciação, contestou (fls. 99/102) o pedido inicial (art. 75, inc. I, CPC), articulando, em preliminar,

que a peça preambular traz pedidos incompatíveis entre si, pois, segundo argumenta, não é possível a cumulação de pedido de indenização por dano moral com indenização por lucros cessantes. Propugna, sob esse bizarro fundamento, a extinção do feito, sem apreciação do mérito.

No mérito, ressalta que, efetivamente, ocorreu um evento danoso envolvendo os dois veículos automotores descritos nos autos, todavia, aduz que, com a presente ação, está o Requerente, exclusivamente, tentando auferir vantagens ilícitas, buscando o locupletamento fácil.

Acrescenta, outrossim, que as lesões sofridas pelo autor não deixarão seqüelas funcionais, mas somente estéticas (desvio em varo), de modo que nada impedirá o demandante de exercer a sua atividade laborativa de músico profissional, normalmente. Demais disso, aduz que "é de se concluir que um "desvio em varo" não se constitui em nenhum aleijão que leve o requerente a sentir desprazer de se sentir menoscabado na integridade ou na estética de seu próprio corpo. Sendo assim, não há lugar para se falar em indenização por danos morais estéticos".

Por fim, rechaça a pretensão autoral de ver-se indenizado por lucros cessantes, por suposta ausência de prova documental idônea dos ganhos que o requerente vai deixar de auferir, e, dessarte, impugna gastos dispendiosos pelo demandante, por não cuidarem de despesas inerentes ao tratamento médico, hospitalar ou fisioterápico estritamente necessário à cura do ofendido.

Consoante decisão proferida em audiência (Termo de Assentada de fls. 96/98), atendendo a requerimento da lítisdenunciada, deferi a produção de prova pericial, designado perito o Dr. AILTON JOSÉ NUNES DA SILVA, médico com clínica nesta cidade, com o escopo de proceder a exame médico-legal na pessoa do Autor, a fim de avaliar o grau e extensão dos danos à integridade física e psíquica do demandante. Na ocasião, com imediata cientificação das partes e seus procuradores, ficou designado, de logo, o dia 18.03.92 para audiência de início da perícia, facultando-se às partes, no qüinqüideo legal, a indicação de assistentes técnicos e a formulação de quesitos.

Designou-se, em sucessivo, o dia 14.05.92 para a continuação da audiência de instrução e julgamento.

A fls. 110/112, quesitos formulados pela empresa Ré, RODOBENS ADMINISTRAÇÃO E PROMOÇÕES LTDA.

A fls. 113, Termo de Compromisso do louvado do Juízo.

A fls. 114/121, Laudo Médico-Legal confeccionado a cargo do perito nomeado pelo Juízo.

Termo de Assentada da continuação da Audiência de Instrução e Julgamento (cf. fls. 122/125), ocasião em que, mais uma vez, recusada a proposta conciliatória, pelo ilustre advogado da seguradora denunciada, invocando questão de ordem, foi solicitada a suspensão da audiência, sob o argumento, sem razão, diga-se, de que não concedido às partes oportunidade para falarem sobre o laudo apresentado pelo *expert* do Juízo; o que foi indeferido por decisão proferida em audiência, em face dos fundamentos constantes na assentada de fls. 122 *usque* 125. Frise-se que o laudo pericial foi apresentado em Cartório em 03.04.92 e a continuação da audiência de instrução e julgamento ocorreu em 14.05.92 e destaque-se, ainda, que a denunciada — que protestou pela prova pericial — sequer formulou quesitos ao louvado, abstendo-se, outrossim, de indicar assistente técnico. Cumpre destacar que contra tal pronunciamento interlocutório restou interposto agravo retido, por proposição oral, contudo.

Em sucessivo, foi tomado o depoimento pessoal do Autor e foram inquiridas as testemunhas arroladas por este (MARCOS AURÉLIO ALVES, ANA MARIA DO NASCIMENTO SOBRAL e ANTÔNIO MARIA MALAN DE SOUZA DIAS), sendo certo que neste ínterim, a demandada solicitou a dispensa de oitiva das testemunhas por ela (promovida) arroladas, o que foi deferido por este magistrado, com a concordância expressa da parte autora e da seguradora denunciada; admitindo-se, ainda, ato contínuo, o pedido das partes de substituição dos debates orais por memoriais escritos.

Razões finais: Autor (fls. 127/131); Ré (fls. 133/142); e Litisdenunciada (fls. 143/144). As partes mantiveram os seus pontos de vista, já conhecidos nos autos.

Feito está o relatório.

DECIDO.

Frise-se, inicialmente, que a preliminar articulada pela seguradora denunciada, em sua contestação de fls., de inépcia do pedido inicial, não merece acolhida, por tratar-se de pretensão inteiramente sem sentido, eis que eventual incompatibilidade ou inacumulabilidade de indenização por lucros cessantes e dano material — que não existe — jamais poderia ensejar a extinção do processo, sem apreciação do mérito.

Nada mais indubitável.

Demais disso, segundo tem assentado a jurisprudência pátria predominante, o cognominado "dano moral", de modo algum, se confunde com o material, nem fica a respectiva reparação absorvida pelo ressarcimento daquele. Se os danos são dois, e distintos entre si, duas hão

de ser as conseqüências jurídicas.

Afasto, pois, *in totum*, por manifestamente infundada, a questão prévia levantada pela denunciada, em sua defesa de fls.

Pois bem.

Cuida-se a espécie de ação indenizatória por ato ilícito, oriundo de acidente de trânsito, em que figura como vítima o Autor, ANTÔNIO EUGÊNIO ARAÚJO SOBREIRA, e, causador do evento danoso, preposto da empresa demandada, RODOBENS ADMINISTRAÇÃO E PROMOÇÕES LTDA. Afigura-se, no caso *in concretu*, a hipótese de culpa presumida da empresa ré (culpa *in eligendo*), que não foi afastada em nenhum instante, à vista da prova emergente do conjunto probatório dos autos.

Em verdade, diante da robusta prova técnica e oral que sinalizam, irretorquivelmente, na direção de culpabilidade da Ré na eclosão do evento sinistro, a empresa demandada, em nenhum momento, procurou, objetivamente, demonstrar eventual ausência de culpa de sua parte na ocorrência do ato-fato ilícito.

Dessarte, força ressaltar que, consoante têm entendido os nossos Tribunais Superiores, em reiterados arestos, "em se tratando de ação indenizatória, há inversão de *ônus probandi*, cabendo ao prejudicado apenas demonstrar o fato e o réu a inexistência de culpa de sua parte" (*In Adcoas II* — 1980).

In casu, o preposto da empresa ré, imprudentemente, inobservou regra elementar e imperiosa de trânsito, em cruzamento bastante movimentado — e regularmente sinalizado —, findando por avançar o automotor por si conduzido contra a via preferencial, vindo, em sucessivo, a atingir, violentamente, o veículo em que trafegava a pessoa do Autor.

O Boletim de Acidente de Trânsito (fls. 08/09), reproduzindo a dinâmica do evento sinistro, não deixa margem a dúvida quanto a culpabilidade da empresa ré na produção do ato-fato ilícito.

Assim, também, de forma uníssona e sem discrepâncias, a prova testemunhal coligida.

O vínculo que se origina entre a ação culposa desenvolvida pelo preposto da Ré e o prejuízo experimentado pelo Autor é também inquestionável, de modo que, efetivamente, não há lugar para se duvidar do dever de a requerida recompor os prejuízos sofridos pelo demandante, assente o princípio de que a responsabilidade civil não pode existir sem a relação de causalidade — já demonstrada nos autos — entre o dano e a ação que o provocou.

Insta, de mais a mais, ressaltar que a requerida e a litisdenunciada apenas se opuseram, com veemência, contra determinadas verbas indenizatórias reclamadas pelo autor, na liquidação da obrigação de indenizar. Não puderam esconder o óbvio: a culpa da demandada na produção do fato sinistro é induvidoda, estreme de dúvida.

De fato.

DA DENUNCIAÇÃO À LIDE DA BRADESCO SEGUROS S. A.

A admissibilidade da denunciação à lide no procedimento sumaríssimo, é verdade, tem sido alvo de controvérsias. Enquanto uns a defendem, outros não a aceitam. A verdade é que se torna indispensável a quem estiver obrigado, por lei ou contrato, a indenizar, em ação regressiva, o prejuízo do perdedor da demanda.

No caso *sub judice*, com apoio na jurisprudência que ora vem se firmando e com esteio na opinião abalizada de processualistas de escol, entendi de deferir a denunciação da BRADESCO SEGUROS S.A., por medida de economia processual, para salvaguardar direito de terceiro e evitar a possibilidade de decisões contraditórias; e à vista, também, do fato de que "o risco de vir a ser condenado em face dos danos ocasionados ao autor legitima no réu o interesse de trazer ao processo aquela a quem poderá repassar o desembolso, nos limites do contrato de seguro" (TAMG — Ac. unân. da 2ª Câm. Civ. de 12.12.90 — Al 106.909-4 - Rel. Juiz João Quintino).

Ainda a respeito do assunto, destaca o festejado CELSO AGRÍCOLA BARBI, *verbis*:

"Têm surgido dúvidas sobre a possibilidade da denunciação da lide às companhias seguradoras pelo segurado que foi acionado para pagar indenização por danos materiais, em que o seguro foi feito em caráter facultativo. O problema é de grande importância prática, dado o grande número de casos em que ocorrem diariamente, e tem dificuldades, dada a imprecisão legal da lei quanto às conseqüências da falta de denunciação da lide, nos casos em que a lei diz que ela é obrigatória.

Na primeira edição destes Comentários, sustentamos que a norma do item III do art. 70 não abrangia aquela hipótese. Argumentamos que na expressão *ação regressiva* só se devem compreender os casos em que o direito provém de outra pessoa, isto é, que foi cedido ou transferido por alguém ao que deve denunciá-lo, como se dá, v.g., no caso de evicção. No

contrato de seguro, a seguradora não cedeu ou transferiu qualquer direito ao renunciante; apenas se obrigou a indenizar, em caso de ser ele constrangido a pagar prejuízo a outrem. Não existe, pois, o direito de garantia, que, normalmente, justifica a denunciação da lide.

Nossa interpretação restritiva do conceito de ação regressiva conjugava-se com o entendimento que então sustentamos, de que a falta da denunciação da lide, nos casos dos itens II e III, do art. 70, acarretaria a perda do direito de regresso.

Mas a jurisprudência e a doutrina adotaram interpretação mais ampla do conceito de ação regressiva, a qual abrangerá também outros casos, como o do fiador ou co-fiador que pagar, ou do doador de hipoteca por terceiro etc.

Acresce que até mesmo texto legal existe entre nós que chama de regressiva a ação que as pessoas jurídicas de direito público têm contra o funcionário responsável por dano a terceiro, que elas tiveram de indenizar — CF. art. 37, § 6°.

Por todos esses motivos, e também porque modificamos agora nosso entendimento sobre as conseqüências da falta de denunciação da lide nos casos dos itens II e III do art. 70, *consideramos superada nossa posição anterior e entendemos possível a denunciação da lide à seguradora, para efeito de obter, no mesmo processo, a condenação desta a pagar o que o segurado tiver de desembolsar, nos termos do contrato de seguro" (in Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. I, arts. 1º a 153, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, págs. 205/206 — os grifos são nossos).

De se ressaltar, ademais, que o então Eg. TFR, em acórdão da 2ª Turma, em 10.02.78, já decidira que "a denunciação da lide à seguradora não pode ser indeferida" (*Revista Forense* — vol. 264, p. 167 — Idem, na Ap. Cível nº 42.257, *apud* Edson Prata, *Repertório de Jurisprudência do CPC*, vol. 2º, nº 303, p. 470. Idem, TJSP, em 14.02.74, *in Revista dos Tribunais*, vol. 468/72. Idem, idem, em 12.09.74, *in Revista de Processo*, vol. 2º, p. 347).

Em acórdão mais recente, decidiu o Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro no julgamento da Ap. 430. funcionando como Relator o eminente Desembargador Rui Octávio Domingues, que, *verbis*:

"DENUNCIAÇÃO DA LIDE — SEGURADORA — CABIMENTO — A seguradora deve ser denunciada da lide mesmo que efetue os pagamentos segundo a apólice, independentemente de apuração de culpa. A finalidade da denunciação da lide é tutelar o interesse de terciro, evitar a possibilidade de decisões contraditórias e promover

a economia processual. (Ac. da 6ª Câm Cível, reg. em 20.10.89) *(ADCOAS,* nº 11 — 20.04.90)

Tenho que nada mais há acrescentar, depois disso.

DA LIQUIDAÇÃO DA OBRIGAÇÃO RESULTANTE DO ATO ILÍCITO

Agora, o que se discute, *in casu*, é, exclusivamente, o *quantum* da indenização devida.

Dispõe o art. 1.538 do Código Civil:

"*Art. l.538 — No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.*

§ 1º — Esta soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade.

§ 2º — (omissis)".

Comentando o dispositivo acima transcrito, ensina-nos WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO:

"(...) Dispõe o art. 1.538 que, no caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamento e dos lucros cessantes, até o fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente.

O ofendido tem direito assim a reembolsar-se de todas as quantias que despendeu até obter cura completa. O responsável não pode impugnar as contas apresentadas, a pretexto de que, aplicada outra terapêutica, menos oneroso seria o tratamento. O ofensor não tem direito de imiscuir-se, mas se as contas forem exageradas, impor-se-á glosa respectiva pelo juiz, na ocasião oportuna.

Além do reembolso dos gastos efetuados com a cura, o ofendido tem direito aos lucros cessantes até o fim da convalescença. Compreendem esses lucros o que o ofendido razoavelmente deixou de lucrar com a inatividade forçada. Não é preciso que fique inteiramente inibido para o trabalho, basta permaneça relido ao leito e impossibilitado de exercer efetivamente o respectivo ofício ou profissão e assim auferir os devidos proventos.

Acrescenta mais questionado dispositivo que a indenização compreende também o pagamento da multa, no grau médio da pena criminal

correspondente. Esse preceito legal jaz, todavía, sem qualquer aplicação, mesmo porque a lei penal deixou de cominar pena pecuniária para os delitos de lesão corporal, e sim, tão-somente, pena privativa de liberdade.

Ajunta ainda o § lº que tal soma será duplicada, se do ferimento resultar aleijão ou deformidade. *Justifica-se cabalmente esse novo ônus, em que se vislumbra, sem dúvida, ressarcimento do dano moral. Do prejuízo material cogita a cabeça do artigo; o parágrafo lº, em complemento atentou para o lado moral, o vexame e o infortúnio resultantes do aleijão e da deformidade.*

Igualmente, do ressarcimento do dano moral cuida o parágrafo 2º, em que se estatui: "Se o ofendido, aleijado ou deformado, for mulher solteira ou viúva, ainda capaz de casar, a indenização consistirá em dotá-la, segundo as posses do ofensor, as circunstâncias do ofendido e a gravidade do defeito".

A duplicação da soma, a que se refere o parágrafo 1º, não deve ser entendida apenas com relação à pena pecuniária cominada para o delito, mas referentemente a todas as parcelas contempladas no texto principal. Ela é deferida sempre que resultar aleijão ou deformidade, Haverá aleijão, se o ofendido perde um braço, uma perna, seus movimentos, ou então um dos sentidos, como o da audição. Quanto à deformidade, é preciso haja o dano estético, que o ofendido cause impressão penosa ou desagradável; se ela não produz tal impressão, não se concede a duplicação questionada." (*in Curso de Direito Civil — Direito das Obrigações,* 2ª parte, 5º volume, 9ª edição. São Paulo, Saraiva, 1973, págs. 410/411) (Os grifos são nossos).

DITO ISSO:

No que diz respeito à verba para custear as despesas com o tratamento de saúde do Autor, hei por bem excluir do montante respectivo as despesas com transportes, aluguéis de carros, passagens aéreas, hospedagens em hotéis e assemelhados, supermercados e refeições, por entender que a obrigação do ofensor se adstringe ao reembolso dos gastos com a terapêutica, somente devendo abranger, excepcionalmente, despesas como locomoção (transportes, alimentação e estadia) quando o tratamento só puder ser oferecido em localidade diversa da residência da vítima, em grau de exclusividade médica. O que, À EVIDÊNCIA, não é o caso dos autos.

No caso *sub judice*, nada justifica, do ponto de vista eminentemente terapêutico, a locomoção do Autor até a cidade do Rio de Janeiro, eis que o tratamento a que se submeteu naquela capital poderia muito bem ser oferecido na capital deste estado (onde o requerente também é residente)

e, até mesmo, nesta cidade, de razoável estrutura médica, paramédica e hospitalar.

Feitas essas considerações, limito a verba ressarcitória do tratamento de saúde às despesas comprovadas nos autos com hospitais, honorários médicos, tratamentos fisioterápicos, exames e medicamentos, excluindo, por conseguinte, todas as demais despesas com passagens (aéreas e terrestres), aluguéis de veículos, hotéis e assemelhados, supermercados, restaurantes etc.

Quanto à verba reclamada a título de lucros cessantes, a despeito da justa insurreição da demandada contra o *quantum* pedido pelo Autor e inobstante, outrossim, a ausência de prova idônea quanto aos ganhos prováveis e razoáveis — desprezadas as projeções absurdas —, entendo-a devida, eis que, consoante se apurou nos autos, o autor, em decorrência do evento sinistro, ficou impossibilitado de exercer a sua atividade laborativa de músico profissional. Desse modo, com moderação, estabeleço a verba indenizatória a título de lucros cessantes à razão de 12 (doze) salários mínimos do tempo do pagamento.

A fixação em salário mínimo se justifica porque os ganhos e a relação empregatícia do autor não ficaram satisfatoriamente demonstrados, sendo estimado em 01 (um) ano o tempo de provável afastamento do autor de sua ocupação laboral.

O 13º salário não será computado na indenização. Trata-se de verba trabalhista por excelência, pressupondo relação empregatícia contratada e anotada em carteira profissional. Inexistindo relação de emprego formalizada, não há percepção desse salário, o qual não pode, pois, integrar o patrimônio ao autor.

Por sua vez, à vista do bem assentado laudo pericial de fls. 114/121, a cargo do Dr. AILTON JOSÉ MUNIZ DA SILVA, tenho por devida a verba indenizatória prevista no § 1º do art. l.538, do Código Civil.

Com efeito, descreve o *expert*:

"A fratura do úmero está consolidada, porém com desvio angular, *provocado deformidade estética grosseira*" (fls. 116 — os grifos são nossos).

E mais que:

"O Sr. Antônio Eugênio apresenta na posição em pé um desvio em varo do úmero direito, ou seja, um desvio angular quando o membro direito em extensão, o chamado "braço em radiola", provocando-lhe somente defeito estético sem repercussão, sem que, contudo, deixe de ser uma deformidade grosseira.

(...) Os movimentos ativos foram diminuídos, principalmente nas zonas correspondentes à inervação do nervo radial, ou seja, abaixo do cotovelo, punho e dedos.

Os movimentos ativos finos ou delicados, tais como empunhar uma caneta, escrever, apanhar um papel, foram os mais atingidos, restringindo, deste modo, a atividade laboral do reclamante. Percebe-se claramente tremores em todos os dedos, punho, ao tentar apanhar ou segurar qualquer objeto, especialmente os que exigem movimentos finos. A força muscular está alterada em todo o membro, não podendo segurar um objeto, arremessá-lo, apertar a mão, com força, de terceiros" (fls. 116).

Pela conclusão do Sr. Perito (fls. 120), poder-se-ia cogitar, sem dúvida, da aplicação, na hipótese, da norma insculpida no art. l.539 do Código Civil, que prevê a fixação de uma pensão correspondente à importância do trabalho para que se inabilitou o ofendido, ou da depreciação que ele sofreu. No entanto, não se pode dissertar ou conjeturar acerca da condenação em tal verba ressarcitória, por não ter o autor, expressamente, reclamado sua fixação no pedido inicial — dela sequer cogitando sendo defeso ao Juiz conhecer de questões não suscitadas pelas partes e proferir decisão *extra* ou *ultra petita* (art. 460, CPC).

Com efeito, escreve, a respeito do tema em comento, SÍLVIO RODRIGUES:

"Uma é a indenização reparadora do dano moral e do dano estético disciplinada pelo art. 1.538, §§ lº e 2º, respectivamente, e outra a indenização reparadora do dano patrimonial, consistente na diminuição da capacidade laborativa, de que cuida o art. 1.539, todos do Código Civil. Se a vítima experimenta ao mesmo tempo um dano moral derivado do aleijão e um dano patrimonial defluente da diminuição de sua capacidade para exercer seu ofício, deve receber dupla indenização, aquela fixada moderadamente e esta, proporcional à deficiência experimentada" (*in Direito Civil* — Volume IV, l2ª edição, São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 254/255).

En passant, assim conclui, o louvado, o seu bem lavrado laudo pericial, *verbis*:

"O parecer final é de que o reclamante continua incapaz de executar atividades profissionais que exijam uso de movimentos coordenados finos, tais como; escrever, tocar violão, segurar objetos valiosos, copos ou outros que possam colocar em risco sua integridade física.

O tempo desta incapacidade é totalmente imprevisível" (fls. 120).

Pois bem.

Tenho por legítima a pretensão autoral em ser indenizado pelo dano moral, entendido este como "qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária" (SAVATIER. citado por Caio Mário da Silva Pereira, *Responsabilidade Civil*, 3ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1992, pág. 54), e "abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranqüilidade, *ao seu amor-próprio estético*, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (Caio Mário S. Pereira, ob. cit., pág. 54).

Na forma do disposto no art. 1.538, § 1º, do Código Civil, porém, ao contrário do *quantum* reclamado pelo autor, na sua postulação inaugural, a indenização pelo dano moral, no caso *in concretu*, consistirá no dobro das parcelas contempladas na indenização dos tratamentos terapêuticos e lucros cessantes, já arbitrados no corpo deste *decisum*.

Veja-se, conforme a ensinança de mestres como SILVIO RODRIGUES e WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, que, nos parágrafos lº e 2º do art. l.538, o Código Civil cogita de hipóteses que autorizam o agravamento das indenizações, e a razão de ser desse agravamento é um ressarcimento de natureza moral, pois do dano material o Código já tratou, especificamente, no *caput* do questionado artigo. As situações e as conseqüências previstas nos dois parágrafos e que ensejam o agravamento das indenizações — quando não têm desdobramentos patrimoniais — prendem-se, indubitavelmente, aos reflexos morais que os ferimentos podem ocasionar. SÍLVIO RODRIGUES distingue o dano moral do estético, dizendo que este último tem caráter mais patrimonial do que moral (ob. cit., págs. 249/250).

Se a requerida e a denunciada acham injusto ter que pagar ao autor uma indenização, coloquem-se, mesmo por um só instante, no lugar dele.

POSTO ISTO, e considerando tudo quanto o mais dos autos consta e os dispositivos legais atinentes à espécie, com fundamento nos arts. 159 e 1.538, do Diploma Substantivo Civil. JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido inicial, e, em conseqüência, condeno a Ré, RODOBENS ADMINISTRAÇÃO E PROMOÇÕES LTDA., a pagar ao Autor pelo ato ilícito perpetrado por seu preposto, em acidente automobilístico, que resultou nas lesões corporais sofridas pelo demandante, uma indenização, como se segue:

a) Verba para custear as despesas com o tratamento de saúde do Autor, conforme comprovantes nos autos, abrangendo despesas com hospitais, honorários médicos, tratamento fisioterápico, exames e medicamentos,

valor este, até a efetiva liquidação, atualizado mediante o critério da correção monetária a partir dos respectivos desembolsos, para possibilitar ao autor a *restitutio in integrum* e a mais justa recomposição dos prejuízos experimentados pelo demandante (*Lex-JTA* 74/134. Idem, TAMG — Ac. da 3ª Câm. Civ., de 04.12.90 — Ap. 103 080-2 — Rel. Juiz Pedro Lima); fluindo juros de mora, de 6% a.a., a contar do evento, como expresso no art. 962, do Código Civil, orientação do STF (RE — 92.657).

b) Lucros cessantes, arbitrados, com moderação, em 12 (doze) salários mínimos do tempo do pagamento, como já expresso no corpo deste *decisum*.

c) Verba indenizatória por dano moral (art. 1.538, § lº, CC), consistente no dobro da soma das verbas devidas a título das parcelas indenizatórias constantes dos itens "a" e "b" acima explicitados, conforme ensinamento doutrinário e jurisprudencial (v. WASHINGTON DE B. MONTEIRO e SÍLVIO RODRIGUES, ob. citadas).

CONDENO a Ré, ainda, em face do princípio da sucumbência, a pagar as custas e despesas processuais e honorários dos advogados do autor, na base de 20% (vinte por cento) sobre o montante da condenação, a teor do disposto no art. 20, § 3º, da Lei Instrumental Civil (STF — 2ª Turma, RE 80.173 — GB, j. 22.11.74, v.u., DJU 13.12.74).

II —

JULGO PROCEDENTE, em parte, a denunciação da lide, condenando, por conseguinte, a denunciada, BRADESCO SEGUROS S.A., já satisfatoriamente qualificada nos autos, a pagar à segurada-denunciante o que esta tiver de desembolsar como conseqüência da condenação na ação principal, nos termos do contrato de seguro, até o limite da quantia devida (art. 76, CPC).

A liquidação dar-se-á por simples cálculo do contador.

Em face do sucumbimento, a denunciada pagará, ainda, as despesas cartorárias e os honorários dos advogados da denunciante, arbitrados à razão de 20% sobre o montante da condenação na ação de regresso (ação subordinada).

Custas na forma da lei.

P.R.I.

Petrolina, 30 de outubro de 1992

JORGE AMÉRICO PEREIRA DE LIRA
Juiz de Direito

Comarca de
Teresópolis - RJ
Cartório Criminal

HOMICÍDIO QUALIFICADO — Decisão de pronúncia. Impossibilidade de conhecimento das hipóteses previstas no artigo 411 do Código de Processo Penal, em face do absoluto silêncio do acusado no inquérito e na instrução criminal. Inteligência do artigo 186 do diploma processual específico.
Exame e rejeição das qualificadoras apontadas na denúncia, por serem elementos constitutivos da tipificação. Rapidez no agir não configura surpresa, razão pela qual não deve ser entendida como qualificadora.
Prisão não decretada pelo fato de o acusado pertencer ao corpo de jurados da Comarca.
(Sentença do Juiz de Direito José Armando Pinheiro da Silva)

SÉRGIO AZEVEDO DE OLIVEIRA foi processado nesta Vara Criminal como incurso nas penas do artigo 121 § 2°, incisos I e IV do C. Penal, por ter no dia 29 (vinte e nove) de setembro de 1983, por volta das 20:00 horas, na rua Bela Vista nº 180, nesta cidade, desferido disparos de arma de fogo contra JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA, causando-lhe a morte, tudo conforme consta na denúncia de fls. 2/3, ofertada a este Juízo em data de 11 de novembro do mesmo ano, e assinada pelo insigne Promotor de Justiça, então em exercício nesta Vara Criminal, Dr. Marcelo Antônio Menezes Oliveira, cuja presença, aliás, se fez patente neste processo de maneira douta e equilibrada.

A denúncia capeou inquérito policial regular, iniciado pelo Registro de Ocorrência de fls. 2 e onde se ouviram, entre informantes e testemunhas, 28 (vinte e oito) pessoas, compondo-se ainda dos autos de apreensão das cápsulas deflagradas encontradas no local do delito, às fls. 12, do revólver da vítima, às fls. 13, de um gravador e três fitas, às fls. 16, de um projétil de arma de fogo localizado no veículo da esposa do indiciado, às fls. 41, veículo este depositado à disposição da Autoridade Policial às fls. 43, bem como se ilustrou o inquérito policial com diversas peças técnicas, a saber:

Auto de exame cadavérico de fls. 57/60, *laudo de local* de fls. 101/104, *laudo de exame de arma de fogo* de fls. 105/111, *laudo de exame químico* de fls. 112/113 e *vistoria em veículo* de fls. 129/133.

O então indiciado SÉRGIO AZEVEDO DE OLIVEIRA, chamado a depor no dia seguinte ao evento, logrou ausentar-se sem autorização da Delegacia Policial, interrompendo o seu depoimento de maneira estranha, segundo consta do termo de fls. 37 e informação de fls. 36, tendo sido ouvido posteriormente às fls. 86/89, onde foi qualificado e identificado, sendo certo que reservou-se a prestar informações em Juízo, porém, requereu juntada de petição, assinada conjuntamente com seu advogado, onde em termos rasos confessa ter sido o autor do delito — fls. 84/85. Também no inquérito a mulher do indiciado MARIETEL EDELSTEIN DE OLIVEIRA, chamada a depor, requer seja dispensada de prestar declarações, sob o argumento de que se encontrava respaldada pelo artigo 206 do C.P.P., ilustrando o seu pedido com nobre parecer do Prof. Hélio Tornaghi, de fls. 118/120, sendo certo que as perguntas que lhes seriam formuladas estão todas consignadas no termo respectivo. Sem outros incidentes, encerrou-se o inquérito policial com o longo e bem arrazoado relatório de fls. 135/151, da lavra do ilustre Delegado Titular da 101ª D.P., Dr. Hekel Raposo, concluindo a investigação policial pelo indiciamento de SÉRGIO AZEVEDO DE OLIVEIRA como autor de homicídio qualificado contra a vítima JOÃO BATISTA DE OLIVEIRA e tentativa de homicídio contra sua própria esposa MARIETEL EDELSTEIN DE OLIVEIRA. Com o Boletim Individual, de fls. 155, foi o processo remetido a Juízo às fls. 156, onde se fez juntar os termos de declaração de fls. 157, e deu-se vista ao M.P., às fls. 158.

Antes de ofertar a denúncia, requereu o Dr. Promotor viessem aos autos o laudo das fitas apreendidas às fls. 12 e reprodução datilografada do exame cadavérico. Cumprida em parte a requisição supramencionada, o Dr. Promotor ofereceu denúncia contra o indiciado, tão-somente pelo crime de homicídio qualificado, requerendo o desmembramento do procedimento para apuração autônoma do delito de tentativa de homicídio, pelo qual fora também indiciado. Em meu despacho de fls. 167, recebi a denúncia, determinei a citação e designei dia e hora para o interrogatório, ocasião em que acolhi o requerimento do Órgão Acusador e determinei o desmembramento do feito, requisitando da Autoridade Policial novo procedimento para a apuração especifica do homicídio tentado.

Citação regular às fls. 170 e interrogatório do acusado às fls. 171, ocasião em que após confessar-se autor do delito "sub examem", louvando-se na

disposição do artigo 186 do C.P.,P., preferiu o acusado não responder as perguntas que lhe foram feitas. Nesta ocasião, logo após o interrogatório, proferi despacho, às fls. 172 e verso, onde determinei fosse a testemunha IOLANDA DELFIM DE OLIVEIRA e informante MARIETEL EDELSTEIN DE OLIVEIRA ouvidas neste Juízo; contrariando a pretensão anterior das mesmas, quando declinaram endereços fora da Comarca, bem como proferi outras decisões visando sanear o processo até aquele ponto. Defesa Prévia às fls. 174/177, onde o acusado por seus patronos indicados arrolou oito testemunhas e requereu diligências junto ao Instituto Médico Legal e ao Instituto de Criminalística, o que deferi. Às fls. 178, estranho requerimento da defesa, indagando-se quanto à autoria de marcas e destaques efetuados no processo, o que gerou respostas da Autoridade Policial de fls. 214/215.

Pedido de Assistência às fls. 192/198, o que contou com a aprovação do M.P. às fls. 199, e foi deferido às fls. 205, por despacho de minha autoria, às fls. 203/204, a informante MARIETEL EDELSTEIN DE OLIVEIRA, através de ilustre advogado, requer sua dispensa no Sumário de Culpa, e para assegurar sua pretensão impetrou Habeas Corpus junto ao Egrégio Tribunal de Justiça de nosso Estado, obtendo medida liminar que lhe assegurou abster-se de depor até decisão final do "writ".

Sumário de Culpa pela Assentada de fls. 216, onde decidi várias questões de ordem levantadas quer pelos acusadores, quer pelos defensores, ocasião em que ouviu-se IOLANDA DELFIM DE OLIVEIRA, ISA DUARTE NEVES, JONAS LOPES DE CARVALHO, IVALDO ALVES DOS SANTOS e VERA LÚCIA QUINTERO RABELLO, juntando-se documentos e fragmentando-se a audiência por motivo imperioso. Nos autos, às fls. 246/262, o laudo de exame das fitas gravadas anteriormente mencionadas, e às fls. 263/274 as respostas periciais solicitadas na Defesa Prévia. Continuação do Sumário de Culpa pela Assentada de fls. 281, já sob a Presidência do Doutíssimo juiz Titular, Dr. Joaquim Cyrillo Baptista Mouzinho, que fez se ouvissem as testemunhas ELZIRA PEREIRA DE CARVALHO, LUÍS CARLOS COELHO e ELIANE ROSA DA MOTTA, decidindo ainda Sua Excelência, com a coragem e sabedoria com que é dotado, sob a esdrúxula inserção no registro de ocorrência de seu nome, tomando a seguir as providências processuais que se fizeram exigir na ocasião. Determinou ainda este grande magistrado, às fls. 293, que se solicitassem informações acerca do Habeas Corpus ajuizado pela informante MARIETEL, formando-se também o segundo volume dos autos.

Folha de Antecedentes Penais às fls. 297, *laudo de vistoria em imóvel*, às fls. 306 usque 309 e notícia da denegação do Habeas Corpus antes mencionado, o que gerou a designação de audiência para a oitiva da informante em questão. Insiste MARIETEL, às fls. 312, em não ser ouvida neste Juízo o que indeferi pelo despacho de fls. 312, fazendo realizar a Assentada de fls. 317, onde mais uma vez decidi sobre todos os requerimentos apresentados e fiz tomar por termo as declarações de MARIETEL EDELSTEIN DE OLIVEIRA.

Em Alegações Finais, o M. P. e a parte Assistente requereram determinasse este Juízo a *reprodução simulada dos fatos*, se limitando a defesa em reiterar suas alegações anteriores. Às fls. 330, o acusado requer sua dispensa na diligência requerida pela acusação, o que foi tudo decidido pelo meu despacho de fls. 332, quando converti o julgamento em diligência, para o fim de requisitar da Autoridade Policial se fizesse proceder à reconstituição do crime. Facultei ao acusado não comparecer à diligência, patenteando as conseqüências processuais de sua ausência. Às fls. 335, juntada de fotografia requerida pela defesa e às fls. 344 a determinação pela Autoridade Policial do "modus faciendi" na reconstituição por mim determinada. Às fls. 345, a acusação requer minha presença na diligência, o que deferi, comparecendo ao local dos fatos no dia e hora previamente determinados. Aí, antes de se dar início à diligência, o Dr. Promotor de Justiça, seguido da parte assistente, requereram a desistência da diligência, razão pela qual fiz lavrar o termo de fls. 348, onde deferi o requerimento, determinando, de ofício, que se complementasse o laudo de local, assim procedendo para aproveitar toda a estrutura policial e pericial que se faziam presentes no local. Devolução dos autos a este Juízo às fls/351, e juntada do requerimento da parte assistente às fls. 352, o qual foi deferido. Embora ainda não remetida a Juízo a complementação do laudo de. local, por se tratar de peça dispensável, entendi por bem proferir a decisão de pronúncia. É o relatório. Fundamento. Decido.

Autoria confessada por petição na fase policial, e no interrogatório judicial, emergindo ainda das demais provas colhidas, razão pela qual, nos termos do artigo 197 do C.P.P., não tenho dúvidas em tê-la por certa. Materialidade abundantemente comprovada pelas peças técnicas que informaram todo o processado, não restando dúvidas quanto a mesma. O silêncio do acusado, nos moldes do artigo 186 do C.P.P., autoriza-me a não apreciar as suas razões de agir, desconhecendo assim a possibilidade aventada no artigo 411 da Lei adjetiva penal. O acusado não quis defender-se, por isso deve ser pronunciado, pois não tenho como examinar-lhe a

conduta à luz do Direito.

Entretanto, ainda que onerado pela omissão de não narrar ao Juízo a dinâmica e os motivos do seu ato criminoso, não posso apenar-lhe de modo a não examinar a perfeita adequação de sua conduta ao tipo criminal. Este juiz, também como cidadão teresopolitano, lamentou profundamente o evento ora examinado. O crime "sub judice" ofendeu a paz e a tranqüilidade do nosso povo, arrancando lamentos e causando dores em toda cidade. A vítima era um homem muito bom, segundo se afere do processo e segundo se sabe a cada esquina de nossa cidade. Empresário consciente dos deveres de cidadão, homem ligado aos problemas comunitários, jovem e querido em seu meio social, O acusado, a seu turno, é um empresário conceituado nesta praça. Jurado deste Tribunal, já tendo funcionado sob minha Presidência em importante julgamento, no mês de janeiro de 1983. Todos esses fatos aumentam a responsabilidade do julgamento final desta causa e criam dificuldades para o andamento do processo. A imprensa, em sua totalidade, com empenho e dignidade, ocupou-se deste crime por todo tempo, desde a sua ocorrência. Tudo foi triste e lamentável. Porém, nesta fase do processo, não se há de considerar as qualidades pessoais da vítima ou do acusado, o que poderá e deverá ser levado em conta no momento da aplicação da pena, se condenado for o réu. Neste exato instante, cumpre-me tão somente a análise técnica da imputação que se faz a SÉRGIO, enquadrando-se sua conduta nos limites da lei, com todo rigor, mas acima de tudo com toda justiça. Não sou agora o cidadão que se entristeceu com o ocorrido. Sou o Juiz que devo cumprir com coragem e perfeita consciência o meu dever legal. Não posso curvar-me a qualquer passionalismo, aceitar pressões ou atender pedidos. Tenho que julgar e é o que vou fazer.

Estamos diante de um homicídio consumado. Resta examinar a sua forma típica, estudando-se a dinâmica dos acontecimentos dentro do que me foi dado apurar nos autos. Em suma, passo a examinar as qualificadoras indicadas na denúncia.

Motivo torpe, expressão usada pelo legislador, logo em seguida a referência ao homicídio mercenário, é aquele que ofende gravemente a moral do homem normal, violando a ética reinante em seu meio de vida. Como diz Magalhães Noronha, motivo torpe é quando a razão que move a vontade é vil, ignóbil e abjeta, ou como exemplifica o grande Nelson Hungria, afirmando que torpe é o motivo que vivamente ofende a moralidade média e o sentimento ético-social comum, como o lucro, a cupidez, o prazer do mal, o desenfreio da lascívia, a vaidade criminal, o despeito da imoralidade contrariada. Ora, SÉRGIO matou, segundo pude apurar, levado

pelos sentimentos e pela dor que lhe causava o esfacelamento do seu lar. Quis defender, a seu modo, o seu conceito de marido, de homem, de dono de um lar. Grande diferença existe entre o que os doutrinadores chamam de torpe, vil, ignóbil e esta conduta desesperada de alguém que, errada ou corretamente, procura corrigir pela violência o grande mal que se derrama sobre si: o falecimento de sua vida afetiva. Não me cabe, como já disse acima, apreciar agora as razões de agir do acusado, porém não sinto, como enunciou a denúncia, que SÉRGIO tenha agido por motivo de vingança. Sinto, e a sentença é expressão do que sente o Juiz, que SÉRGIO agiu em nome de um orgulho, em nome de princípios morais que possuía e em nome de uma dor que sentia, o que me parece bem distante da motivação torpe que desejou a lei punir mais severamente. Elido, assim, a agravante do inciso I, do parágrafo 2°, do artigo 121 do Código Penal, deixando que o Júri, no momento oportuno, examine os limites e a intensidade dos sentimentos que impulsionaram SÉRGIO, mas, desde já, rejeito o argumento de que tenha morto JOÃO, seu melhor amigo, por motivos repugnantes.

Quanto a segunda agravante, mais uma vez necessário se faz uma análise isenta e cautelosa. É verdade que SÉRGIO agiu rapidamente ao desferir os tiros fatais. Pode parecer que esta surpresa qualifica o delito. Mas não penso assim. Uma dosagem de surpresa, por menor que seja, é sempre necessária, indispensável até, para o êxito da empreitada criminosa, pois sem a mesma tornar-se-ia impossível ao criminoso atingir a sua vítima, que se não for surpreendida, fatalmente esquivar-se-á do ataque. O que a lei contempla, no elenco do inciso IV, do parágrafo 2°, do artigo 121, não me parece ser esta atividade mais ligeira do que os recursos defensivos da vítima, pois, repito, tal celeridade parece-me essencial à substância do ato criminoso. A lei elenca a traição, a emboscada, a dissimulação ou outro recurso similar. Heleno Cláudio Fragoso, em sua magnífica capacidade de resumir, assim explica as qualificadoras mencionadas: "*à traição* é o clássico "homicidium pro-ditorium", que é o praticado em circunstâncias que a vítima de nada suspeita. A *emboscada* ocorre quando o agente aguarda a vítima, oculte num lugar em que a mesma deve passar. A *dissimulação* consiste na ocultação do verdadeiro propósito por parte do agente, que, assim, surpreende a vítima, dificultando-lhe a defesa". O ímpar mestre Nelson Hungria afirma que o homicídio *à traição* é o cometido mediante ataque súbito e sorrateiro, atingindo a vítima descuidada ou confiante, antes de perceber o gesto criminoso, exemplificando o mestre "... como um ato criminoso que colhe a vítima de chofre, pelas costas"... Para a *emboscada*, Hungria oferece a seguinte explicação: "É a dissimulada

espera da vítima em lugar por onde terá de passar. É a tocaia, na expressão dos nossos sertanejos. O criminoso, escondido, aguarda a passagem da vítima desprevenida, que fica a sua mercê". *Dissimulação*, "é ocultação da intenção hostil, para colher a vítima de surpresa. O criminoso age com falsas mostras de amizade, ou de tal modo que a vítima, iludida, não tem motivo para desconfiar do ataque e é apanhada desatenta e indefesa," diz Nelson Hungria. Ora, eu li, reli e bem examinei este processo. Ouvi as fitas gravadas. Presidi grande parte da instrução. Senti as pessoas e fui ao local do crime. Estou convencido de que a pranteada vítima sabia que a tragédia se avizinhava. As circunstâncias que envolveram os seus últimos momentos, a quebra dos seus costumes e dos seus horários normais, a sua embriaguez à véspera da ocorrência, a sua quase despedida dos amigos nas fitas que gravou, o seu apelo para que tais gravações fossem levadas ao Tribunal se algo acontecesse, como se pode ver às fls. 255, nas suas expressões: "... não sei o que pode acontecer amanhã. . .", ou às fls. 257, "... deixo João Batista de Oliveira declarado que aconteça o que acontecer, esta fita que, se faça verdadeira para todo o sempre e que possa ser ouvida e gravada, regravada, e ouvida em Juízo. . .", tudo isto me convence ao desespero de JOÃO BATISTA às portas da sua morte. SÉRGIO, na noite anterior ao crime, foi ao escritório da vítima e lá travou com esta uma violentíssima discussão, que fez com que os seus empregados se preocupassem com a sua segurança, como se constata pelo depoimento da testemunha IVALDO, de fls. 224. No dia do crime, minutos antes, segundo nos narra a própria esposa da vítima, IOLANDA, às fls. 218, o acusado, já nos portais da residência da vítima, trava nova discussão com esta e de modo inesperado se dirige asperamente a IOLANDA, mandando-a para dentro, a qual cobra uma reação defensiva de seu esposo que, já vencido, apenas ri e abaixa a cabeça. JOÃO já estava entregue à certeza de que a tragédia iria acontecer. . . Sua morte já estava definida e ele tentava apenas sobreviver! Há nos autos, às fls. 272/274, um laudo fornecido pelo Instituto Médico Legal Afrânio Peixoto que, respondendo a quesitos da defesa, afirma que a vítima e acusado, no momento dos fatos, estariam frente a frente, negando a existência de disparo com a vítima deitada ao solo, ou de disparo a curta distância ou ainda de tiro de misericórdia.

Vê-se, assim, que estando JOÃO, segundo me convenci, aguardando a qualquer momento o ataque de SÉRGIO, que se mostrava à época transtornado e violento, não se pode considerar o crime executado à traição. Da mesma forma não houve emboscada, pois o acusado avisou à vítima, por um telefonema, que estava indo em sua direção. A dissimulação também

inexiste, pois as seguidas discussões e rompimento do relacionamento amistoso não permitiriam tal ardil. JOÃO era dado ao manejo de armas, pois consta dos autos que atirava freqüentemente no quintal de sua casa, Foi arrecadada no dia do crime uma arma de sua propriedade, devidamente municiada. JOÃO tinha segurança particular em sua residência. Tinha posses econômicas; era fisicamente forte. Tudo me faz crer que sua defesa seria absolutamente possível, e que estava à espera do evento. Mais uma vez, hei por bem excluir da imputação exordial a qualificadora do inciso IV, do parágrafo 2°, do artigo 121 do Código Penal.

Isto posto, por estar absolutamente convencido de que a tragédia que se abateu sobre a vítima foi causada por um motivo ainda não totalmente revelado e que deve ser apreciado pelo povo, mas que não é, em princípio sórdido, bem como por entender que SÉRGIO não dissimulou sua revolta, nem surpreendeu de modo absoluto seu desafeto, JULGO, em parte, PROCEDENTE A DENUNCIA de fls. 2/3, para o fim de PRONUNCIAR — SÉRGIO AZEVEDO DE OLIVEIRA como incurso nas penas do artigo 121 "*caput*", do C. Penal, determinando seja seu nome lançado no Rol dos Culpados, bem como, se prosperar esta decisão, sejam obedecidas as formalidades de lei, para que o acusado se veja julgado pelo Tribunal Popular de Teresópolis.

A folha penal do acusado indica quatro anotações, sendo três delas por crime contra o patrimônio e uma de lesão corporal. Nos estelionatos, sua punibilidade foi extinta, e no crime contra a pessoa foi ele excluído da denúncia. Todos os delitos datam de mais de cinco anos, razão pela qual, quer pelos resultados anotados na Folha Penal, quer pela época dos acontecimentos, na forma do parágrafo único, do artigo 46 do C. Penal, tenho SÉRGIO por primário. No que tange aos seus antecedentes não posso ouvidar ter sido o mesmo jurado, conforme já se disse anteriormente, além de ser comerciante domiciliado no distrito da culpa. O acusado não apresentou qualquer dificuldade para a realização da instrução criminal. Obedeceu a todos os chamamentos judiciais e, malgrado o sofrimento que lhe impunha a situação, compareceu aos atos do processo. Não vejo razões para decretar-lhe a prisão e, assim, concedo-lhe o benefício do artigo 408, § 2°, do C.P.P., pois considero-o primário e de bons antecedentes.

P.R. e I

Teresópolis, 27 de janeiro de 1984.

JOSÉ ARMANDO PINHEIRO DA SILVEIRA
Juiz de Direito

40ª VARA CÍVEL
Comarca da Capital
Rio de Janeiro — RJ.
Autos nºs 13.297 e 13.171

RESPONSABILIDADE CIVIL DE ESTATABELECIMENTO HOSPITALAR — Negligência em assistência médico-hospitalar. Possibilidade de cumular indenização por dano material com dano moral (Constituição Federal — art. 5º, incisos V e X). Procedência do pedido.
(Sentença do Juiz de Direito Luis Felipe Salomão)

Vistos etc.

l — NIRIA MARTINS POMPÍLIO DA HORA ajuizou ação com rito ordinário em face de IGASE — INSTITUTO GERAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL EVANGÉLICA, alegando, em apertada síntese, que é viúva do Dr. JOSÉ POMPÍLIO DA HORA, sendo que ele foi internado em 29.08.91 no Hospital São Lucas para cirurgia visando retirada de prótese traqueal. Afirma que a cirurgia realizou-se dentro dos padrões de normalidade, mas o paciente apresentou, de forma inesperada, "fibrilação atrial aguda e ventricular" além de outras complicações com pressão e taquicardia, decorrendo daí seu encaminhamento à Unidade Coronariana do Hospital. Logo depois, prossegue o exórdio, mantendo o paciente o quadro de fibrilação atrial aguda com dispnéia intensa, por isso que foi encaminhado ao C.T. I. do mesmo hospital.

Sustenta que lá o paciente permaneceu em tratamento por 30 (trinta) dias, sob a supervisão e chefia da enfermeira LUZIA CRISTINA DA COSTA, que agiu com negligência pois permitiu que o Dr. José Pompílio ficasse inerte em seu leito, desenvolvendo "escara" profunda na região sacro-lombar denominada "escara de decúbito". Acrescenta a inicial que no ano de 1990 o paciente também esteve internado no mesmo C.T.I., por 30 (trinta e oito) dias, e tal não ocorreu, o que realça a omissão e inobservância de cuidados da enfermeira e de sua equipe.

Em 24.10.91, um dia após a cirurgia reparadora de "escara" (aproximação tecidual), o paciente veio a falecer. Aduz que existiram várias irregularidades no Hospital, além da manifesta negligência da enfermeira no C.T.I.: A) durante o primeiro período de internação no Hospital (16.05.90 a 20.08.90), o paciente foi atendido, assistido, medicado e diagnosticado por profissional que não tinha qualificação médica, "Dr." Donald Pereira; B) recebeu, nesse período, medicação inadequada que agravou seu estado de

saúde e fez surgir hemorragia gástrica; C) depois da cirurgia última relativa à "escara de decúbito", ocorrida em 24.10.91, houve encaminhamento ao C.T.I. que retardou em mais de duas horas o atendimento médico.

Pede a condenação do réu em verbas relativas às duas internações; despesas de luto, funeral e sepultamento; dano moral; pensões vencidas e vincendas relativas às diversas atividades do falecido.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 14/112, complementados às fls. 157/177.

Regularmente citado, o réu apresentou contestação (fls. 118-122). Argüiu preliminar pedindo a retificação do pólo passivo; pediu denunciação à lide da enfermeira Luzia Cristina da Costa e dos médicos José Augusto Araújo e Donald Pereira, mencionados na inicial. No mérito, afirma que a morte do paciente decorreu de sua idade avançada (74 anos), senilidade orgânica e antigas enfermidades. Nega o dever de indenizar e tacha de inéepto o pedido. Trouxe os documentos de fls. 123/155.

As denunciações foram indeferidas mercê da decisão de fls. 183, com agravo de instrumento ainda pendente de julgamento (fls. 139 e 346).

Foram anexados mais documentos: fls. 186, 188/194, 203/206, 229/ 308/309 e 348 e retificado o pólo passivo (fl. 209).

Saneador irrecorrido a fls. 212/212v, determinando prova pericial.

Sobreveio o laudo do perito oficial às fls. 242/271, e o laudo do assistente técnico do autor às fls. 278/306, com manifestação das partes (autor — fls. 326/330 e documentos de fls. 333/342; réu — fls. 313/324).

As partes se desinteressaram por outras provas (fls. 345 e 349).

Existe também uma ação cautelar em apenso, entre as mesmas partes, objetivando a busca e apreensão — cumulada com exibição — de documentos relativos às internações do paciente junto ao Hospital, de modo a recolher provas para a ação principal.

A petição inicial veio acompanhada de documentos (fls. 08/23).

A liminar foi deferida a fls. 02 e cumprida a fls. 32/33. Regularmente citado, o réu respondeu às fls. 39/42 negando qualquer obstáculo para fornecimentos de documentos. Trouxe aqueles de fls. 43/73),

A nulidade da citação reclamado pelo réu foi rejeitada e houve retificação do pólo passivo (fls. 78-apenso).

É o relatório. Passo a decidir.

2.1 — Em vista dos documentos anexados e dos fatos narrados na petição inicial, cumpre, para logo, estabelecer uma diferenciação. O Dr. José Pompílio esteve internado no mesmo Hospital em dois períodos, a

saber: A) de 16.05.90 a 20.08.90, em razão de uma hemoparesia esquerda, para colocação de prótese parcial em traquéia; B) de 29.08.91 até o óbito, 24.10.91, visando a retirada da prótese instalada na cirurgia anterior.

Afirma a autora que através de uma seqüência de atos, incluindo procedimentos decorrentes da primeira internação, resultaram no evento morte do paciente — que estava aos cuidados do hospital.

Todavia, tenho que o ponto nodal da questão se limita às "escaras" obtidas na segunda internação, resulta o estabelecimento nexo causal com o óbito do paciente. Os laudos periciais, tanto o do Perito Oficial como o da Assistente Técnica da autora, esclarecem que a primeira internação decorreu, na verdade, de A.V.E. (acidente vascular encefálico) e a medicação aplicada foi, em tase, útil ao tratamento. O "Dr." Donald R.P. Mendez, que atendeu o paciente no hospital-réu, não procedeu aos exames necessários e nem era legalmente habilitado ao exercício da medicina à época. Contudo, não concluíram os peritos por estabelecer nexo direto entre o tratamento da primeira internação e o evento morte; até porque decorrido um ano da primeira internação.

Não possuindo o médico habilitação legal, tal será objeto de apuração no âmbito criminal, mas, afastado o nexo direto da morte com a primeira internação, o fato é desinfluente para o deslindo da questão.

2.2 — Por isso, a análise do pedido autoral será centrada no segundo período de internação para, a partir daí, concluir-se pela responsabilidade civil ou não do nosocômio.

Nesse particular, ter-se-á que se analisar dois pontos, a saber: agiu a enfermeira Luzia Cristina e sua equipe com culpa, negligenciando o tratamento do paciente, via de conseqüência há responsabilidade do hospital? Por outro lado, existe nexo causal entre o ato supostamente culposo e o evento morte? As respostas a essas duas indagações são pontos-chaves para a elucidação da demanda.

2.3 — É sabido que o artigo 1.545, Código Civil, regula a responsabilidade dos médicos, cirurgiões, farmacêutico, parteiras e dentistas, por atos de imprudência, negligência e imperícia.

O dispositivo, consoante pacífica interpretação doutrinária e jurisprudencial, é meramente exemplificativo, pois "... não esgota os casos de responsabilidade decorrentes de erro profissional" (WASHINGTON DE BARROS MONTEIRO, *Curso Dir Civil*, 5º vol., Saraiva, 21ª ed., pág. 419). Vale dizer, o artigo 1.545, CC., engloba toda e qualquer responsabilidade profissional, e seu fundamento legal é a culpa (imprudência, negligência e imperícia).

2.4 — Nesse passo, cumpre verificar se houve omissão da enfermeira nos cuidados ao paciente, surgindo então as "escaras", retratadas, de forma chocante, nas fotografias anexadas no apenso "ação cautelar".

O bem elaborado laudo do perito oficial é esclarecedor, no sentido de afirmar que, analisando os documentos, verificou que, quando da segunda internação, as condições de saúde do paciente eram regulares, Não havia "escaras". Concluiu que "... houve omissão das instruções ou procedimentos necessários, que poderiam evitar as escaras", pois havia indicação para colchão d'água e fisioterapia motora (fls. 252/253). Admitiu o perito que "verifica-se em diversos tópicos da Evolução Clínica, que a úlcera de decúbito esteve sangrando abundantemente, ficando patenteado que a lesão induvidavelmente participou da espoliação do organismo, embora não represente a *Causa Mortis*".

Por outro lado, no parecer do eminente Procurado-Geral de Justiça, Dr. ANTÔNIO CARLOS SILVA BISCAIA, determinando a abertura de inquérito criminal para apurar as circunstâncias da morte do paciente, trazido à colação (fls. 333/342), Sua Excelência destaca todas as providências a cargo da enfermeira para que possa se evitar exatamente o surgimento das escaras de decúbito (tal como ocorreu), citando literatura médica abalizada.

No caso presente, "... a enfermeira não adotou as medidas necessárias para evitar o surgimento das escaras, deixando, outrossim, que tomasse a proporção que tomou" (baseado em parecer da Dra. Silézia Mignac Pereira, citado no parecer mencionado — fls. 335). Após a afirmação que de resto é confirmada pelo Dr. Perito Oficial (fls. 252 e 263) e pelos documentos acostados, que evidenciam que não houve adoção de qualquer providência para evitar as escaras. E na internação anterior, cerca de um ano antes, permanecendo no hospital pelo período semelhante de tempo, não consta qualquer escara adquirida, o que realça a omissão da enfermagem que não atendeu normas técnicas nem ordens médicas.

Aqueles profissionais que lidam diretamente com a vida humana devem atuar com todo zelo, evitando negligência como as descritas.

Bem por isso, o retomado CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA (*in Responsabilidade Civil*, 2ª edição, Forense, 1990, pág. 158) ensina:

"... não se podem, em princípio, escusar sob a invocação de ser o dano causado por uma causa acidental, tendo em vista que lhes incumbe zelo e vigilância próprios de seus status. Vigora, desta sorte, a presunção de culpa por qualquer deslize que leve o cliente ou pessoal que se submetam e seus cuidados, à morte ou a prejuízos que as inabilitem...".

2.5 — A omissão da enfermeira faz surgir, via de conseqüência a responsabilidade do Hospital.

Muito a propósito os textos abaixo transcritos:

"Além do mais, pesa sobre os hospitais a obrigação de incolumidade onde o estabelecimento assume o dever de preservar o enfermo contra todo e qualquer acidente" *in Responsabilidade Civil — Doutrina e Jurisprudência*, coordenação de YSSEF SAID CAHALI, ed. Saraiva, 2ª ed., 1988, pág. 325, artigo de Teresa Ancona L. de Magalhães).

"A responsabilidade civil do hospital assume aspectos novos, se se considera a duplicidade dos seus deveres, como observa AGUIAR DIAS: compreende assistência médica, ao mesmo tempo que obrigações como hospedeiro, respondendo pelos danos causados ao doente que se interna" (*in Responsabilidade Civil*, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, 2ª edição, Forense, 1990, pág. 158).

Na jurisprudência, proclamado a responsabilidade do Hospital: *RT* 568/157 e *RTJ* 75/209.

Releva salientar o julgado do Pretório Excelso inserto na *RTJ*. número 78, página 452, onde se decidiu pelo dever de indenizar do Hospital, quando ato de enfermagem resultou na perda parcial de membro superior do paciente. E o outro *decisum* transcrito da *Revista dos Tribunais* nº 546, página 200, onde a negligência do servidor acarretou deformação na mão do paciente, obrigando o Hospital a cobrir os danos.

2.6 — Cabe agora indagar acerca do nexo causal entre o comportamento negligente da enfermeira e o evento morte.

Em artigo publicado nos *Arquivos dos Tribunais de Alçada* (vol. XIV, 1991), o ilustre Juiz SÉRGIO CAVALLIERI FILHO expõe, com bastante clareza, as teorias relativas ao nexo causal no âmbito do direito civil:

"Os nossos melhores autores, a começar por AGUIAR DIAS, prosseguindo com WASHINGTON DE BARROS, MARTINHO GARCEZ NETO, ANTÔNIO LINDBERG MONTENEGRO e outros, sustentam que, enquanto a teoria da equivalência das condições predomina na esfera penal, a da causalidade adequada é a prevalente na órbita civil, nem em sede de responsabilidade civil, nem todas as condições que concorrem para o resultado são equivalentes, mas somente *Aquela que foi a mais adequada a produzir concretamente o resultado, isto é*, considerando-se o caso particularmente, e não em geral ou abstratamente. Em lugar de se indagar se uma determinada condição concorreu ou não para o evento, há que se apurar quem teve a melhor ou mais eficiente oportunidade para a produção do evento danoso".

E lembrando MARTINHO GARGEZ NETO, aduz:

"O juiz deve retroceder até o momento da ação ou da omissão, afim de estabelecer se esta era ou não idônea para produzir o dano".

No caso vertente, não só as fotografias insertas na cautelar, como também os dois laudos anexados revelam, em conclusão, que as escaras contribuíram sobremaneira para o evento morte. E dela decorreu a infecção hospitalar que, conforme consta da certidão de óbito, foi causa eficiente da morte do paciente (fls. 258, item F).

A conclusão de fls. 259 é taxativa: "...inclina-se o perito a possibilidade da existência de atos médico-hospitalares incorretos".

Por outro lado, rejeita-se a argumentação de que a idade e as condições físicas do paciente contribuíram para eclosão das escaras e depois para ataque da infecção hospitalar. É que os dois laudos esclareceram que mesmo os pacientes com idade avançada, se cercados dos devidos cuidados, não se sujeitam à moléstia e, em decorrência dela, a infecção hospitalar.

CAIO MARIO DA SILVA PEREIRA, na obra já citada, traz a lume lição esclarecedora a respeito:

"Fenômeno que tem ocorrido com certa freqüência é a chamada *Infecção Hospitalar*. Se esta se deveu a condições de assepsia deficiente ou à ausência de cautelas idôneas a evitar a doença o hospital pode ser responsabilizado" (*RT* vol. 73/111).

Por todo ângulo que a questão é vista, ressalta, a meu juízo, o dever de indenizar do hospital, pois a omissão da enfermeira contribuiu de forma relevante para o evento morte do paciente.

2.7 — Passo a analisar a ação cautelar em apenso.

Com nítido caráter satisfativo (*RT* 611/76), a prestação jurisdicional na cautelar se esgotou com o cumprimento da liminar (fls. 32/33). Os documentos faltantes à prestação foram anexados em procedimento administrativo junto ao conselho de enfermagem, segundo explicitou o réu (fls. 41).

Não havendo propriamente contestação, já que o réu não se negou à entrega dos documentos e prestada integralmente a jurisdição, descabe a condenação na sucumbência pois não houve "vencido" (art. 20, CPC).

3 — Posto isto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO INICIAL para condenar o réu a pagar a autora:

3.1 — verbas despendidas, comprovadamente, com o tratamento do paciente, durante a segunda internação, a partir do surgimento das escaras;

3.2 — despesas, comprovadas, com luto, funeral e sepultamento (*RT* 537/52, *RTJ* 96/817);

3.3 — Na forma do artigo 1.537, II CC, pagará o réu à autora pensão mensal correspondente a 2/3 de todos os rendimentos da vítima, tendo por termo inicial a data do óbito (*RT* 624/202) e como termo final a sobrevida provável da vítima (conforme laudo de fls. 250; 08 (oito) anos — confira-se *RTJ* 61/250). As prestações vencidas devem ser calculadas tomando-se por base a variação do salário-mínimo, com o que já estará computando a correção da moeda (*RT* 611/275), incidindo juros de mora compostos (artigos 962 e 1.544, CPC), vez que se trata de obrigação decorrente de crime culposo (*RT* 638/107).

As prestações víncendas deverão ser reajustadas de acordo com as variações ulteriores do salário-mínimo (Súmula 490, STF) e garantidas por um capital e ser formado (artigo 602, CPC).

Em ambos os casos será sempre devido o 13º salário (*RT* 621/72).

3.4 — Considerando que a vítima exercia atividade profissional variada, ora como professor, ora como profissional liberal; considerando ainda que há necessidade de comprovação e análise das despesas, de modo a atender aos itens "3.2" e "3.3" supra; determino que os valores acima indicados (3.1, 3.2 e 3.3) sejam apurados em liquidação por artigos (artigo 608, CPC),

3.5 — A Constituição de 1988, em seu artigo 5º incisos V e X, deixou extreme de dúvidas a possibilidade de cumulação do dano material com o dano moral. A perda de um ente querido, especialmente diante da dor e do sacrifício experimentado pela vítima, conforme se percebe das fotos anexadas no apenso, deve ser ressarcida. Usando dos princípios gerais do direito (artigo 4º, Lei de Introdução do C. Civil) e levando em conta que não há parâmetro legal para fixação do dano moral, devendo o Juiz valer-se do bom-senso e da prudência, atentando para recentes precedentes jurisprudenciais, fixo-o em 100 (cem) salários-mínimos considerando também a situação da vítima e as circunstâncias da morte.

3.6 — Pagará o réu as custas do processo e honorários de advogado, que fixo em 10% sobre o valor da condenação.

3.7 — As verbas contidas nos itens "3.1, 3.2 e 3.6." serão reajustadas na forma da Lei e dos provimentos próprios da Eg. Corregedoria-Geral da Justiça desde a data do desembolso até a data do efetivo pagamento.

3.8 — Extraiam-se se cópias da sentença, do laudo oficial e de fls. 186, encaminhando-se ao Ministério Público Estadual, para adoção das providências criminais cabíveis contra o Sr. Donald Pereyra e, eventualmente, contra os diretores do Hospital.

3.9 — Fica extinta a ação cautelar, na forma do artigo 267, inciso VIII, CPC, consoante argumentação contida no item 2.7. supra.

4 —P.R.I.-se

Rio de Janeiro, 05 de novembro de 1993.

LUÍS FELIPE SALOMÃO
Juiz de Direito

Juízo de Direito da
Quarta Vara Cível
de Niterói
Cartório do 12º Ofício
Proc. nº 24.012

"EMENTA: Cotas condominiais. Natureza Jurídica. Inteligência do art. 4º, parágrafo único, da Lei 4.591/64. Alienação da unidade após o vencimento da dívida e antes da propositura da cobrança, a pretexto de ser propter rem a obrigação. A natureza do vínculo jurídico-real das obrigações de pagamento de cotas condominiais não impede que o condomínio promova a ação, se o ato translativo operou-se após o vencimento da dívida. A obrigação propter rem não pode, assim, ser considerada, em desfavor do credor".
(Sentença do Juiz de Direito Luiz Fux) (*)

1. O CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO JARDIM DAS AMENDOEIRAS propôs a presente ação sujeita ao procedimento sumaríssimo, em face de INCASA INCORPORAÇÕES, CONSTRUÇÕES E ADMINISTRAÇÃO S/A, visando a cobrança de cotas condominiais em atraso, devidas pela incorporadora, por que ainda não alienadas as unidades mencionadas na inicial.

2. Pediu, então, a autora a condenação da ré no pagamento do principal; que à época da propositura montava em Cr$ 2.549.657.00 (dois milhões, quinhentos e quarenta e nove mil, seiscentos e cinqüenta e sete cruzeiros), mais juros, multa, correção monetária prevista na convenção, bem como as cotas vincendas. Anexou para esse fim, junto à inicial de fls. 02/04, os documentos de fls. 06/154.

3. Instado a providenciar a prova de que a ré ainda era proprietária das unidades mencionadas na inicial, o autor juntou os documentos de fls. 157/159.

4. Às fls. 156, o condomínio ressaltou que no RGI as unidades 603 e 803 do bloco I e 604, 701, 702, 801, 901, 1.001. 1.002, 1.003, 1.101, 1.102, 1.202, 1.402, 1.501, 1.601 e 2.103, do bloco II, ainda constavam em nome da ré, e que as cotas das demais unidades, vale dizer: 703, 802, 903, 1.303, 1.404, 1.802, 2.202 do bloco I, referiam-se ao período anterior à alienação das mesmas pela suplicada (fls. 157/159).

* Decisão transitada em julgado.

5. Antes da citação e da audiência, anexou o autor prova do vencimento de outras cotas no curso da lide, bem como de taxa extra, devidamente aprovada, pela AGE de 09/11/83 (fls. 169/283).

6. Realizada a audiência, a conciliação não obteve êxito, razão pela qual as partes ratificaram os pedidos respectivos, de acolhimento e rejeição da demanda.

Na sua resposta, aduziu a ré que:

a) Não era de sua responsabilidade o débito dos apartamentos 802, 903, 1.303, 1.404, 1.802 e 2.002 do bloco I, porque os meses subseqüentes encontravam-se regularmente pagos, assim também acontecendo com o nº 804 do bloco II.

b) que impossível a cumulação da *multa* com os *honorários*.

c) que a correção monetária, na forma da Lei 6.899/81, só incide a partir do ajuizamento, nunca antes.

Relatados, decido.

Confrontando-se a petição inicial, o documento de fls. 157/159 e as guias anexadas, verifica-se que o condomínio autor somente pretende cobrar nestes autos a dívida da ré, esta, na qualidade de proprietária. Observe-se que, com relação às unidades alienadas, respeitou o condomínio como data limite da cobrança o registro da compra e venda a terceiros. Assim procedeu em face da natureza jurídico-real da obrigação exigida neste processo.

Consoante é sabido, por força do que dispõe o art. 4º, parágrafo único, da Lei 4.591, a obrigação pelas despesas condominiais é *propter rem* ou *ambulatorial*. Desta sorte acompanha o imóvel, nas mãos de quem quer que o detenha, a título de *dominus*.

Contudo, a natureza *propter rem* da obrigação não pode gerar qualquer situação prejudicial ao credor, nem mesmo impor-lhe um plantão à porta do Registro de Imóveis. Isto porque a natureza da obrigação não indica, necessariamente, que o credor deva mover a ação em face do adquirente, se *à época* do vencimento da dívida a unidade à qual vincula-se a obrigação ainda não estava alienada. Nessas hipóteses, permitimo-nos entrever na mecânica da obrigação *propter rem*, a faculdade que surge para o credor, em postular contra o alienante, ou o atual adquirente.

Percorrer-se caminho diverso é permitir que o verdadeiro devedor exonere-se do cumprimento da obrigação já vencida, só pelo fato de ter cedido o débito que adere à coisa.

Repise-se: a obrigação é *propter rem*, no sentido da sequela acompanha a coisa, mas não significa que o credor não possa cobrá-la do devedor,

no momento mesmo do vencimento da prestação. Raciocínio inverso favoreceria o devedor que no dia anterior à propositura da ação para cobrança das cotas condominiais, há muito vencidas, alienasse o imóvel, sem que desse inclusive tempo hábil ao autor para cientificar-se das alterações no Registro Imobiliário.

Impõe-se, ainda, considerar, à luz da resposta do réu, que todas as parcelas ora exigidas juntamente com as cotas condominiais estão contempladas na Convenção de Condomínio e autorizada por Lei (art. 12 e § 3º da Lei 4.591/64).

É evidente que os honorários serão os fixados na sentença, como consectário da sucumbência, não constando qualquer parcela desse débito nos recibos e no demonstrativo (fls. 24/50).

Quanto ao pagamento alegado, não se fez nos autos qualquer prova do seu adimplemento, restando tão-só a resposta, sem anexos, de fls. 284/285. Ademais, as parcelas cobradas referem-se à data em ré ainda era titular das unidades mencionadas no item 02 da contestação, por isso que, extensivo a esse argumento, o que se expendeu quanto à obrigação *propter rem*.

A conta de fls. 292 não atende aos objetivos do Juízo, por que não pormenorizada, e em face da existência de obrigações vincendas.

Ex positis, JULGO PROCEDENTE o pedido, para condenar a ré ao pagamento do principal reclamado na inicial, bem como as parcelas vincendas, acrescidas dos juros de mora, custas processuais, honorários advocatícios de 20% sobre o valor da condenação, e correção monetária, na forma da Lei 6.899/81.

P.R.I.

Niterói, 23 de abril de 1984.

LUIZ FUX
Juiz de Direito

4ª VARA DE ÓRFÃOS E SUCESSÕES
Rio de Janeiro — RJ
Proc. n° 43.418/95

PARTILHA. FILHA ADULTERINA NÃO CONTEMPLADA — Ação anulatória. Normas processuais. Aplicação imediata. Efeitos. Modos de impugnação. Prescrição. Prazo.
(Sentença do Juiz de Direito Manoel Alberto Rebelo dos Santos).

Vistos etc.

ANDIR ALVES VIEIRA propôs a presente ação em face de C*ARMEN ARAÚJO VIEIRA, BERNADETH MARIA VIEIRA DE MELLO* e seu marido *MÁRIO RUBENS DE MELLO FILHO e VÂNIA LÚCIA SILVA*, todos devidamente qualificados, a primeira, a saber, CARMEN, como meeira, e BERNADETH, filha adotiva, e VÂNIA, pretensa filha adulterina, na qualidade de herdeiras, objetivando a anulação da partilha elaborada nos autos do inventário dos bens deixados por morte de MOACYR PEIXOTO VIEIRA, uma vez que embora filha adulterina do *de cujus*, fato que era do conhecimento da viúva meeira e inventariante, e estado que depois foi judicialmente reconhecido em ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, que moveu em face do Espólio de *MOACYR*, foi preterida em seus direitos, em flagrante desrespeito às Leis nºs 883/49 e 3.313/57.

Após relacionar diversas irregularidades que teriam sido cometidas durante a tramitação do processo de inventário, em detrimento dos interesses do Espólio, ressalta a autora que além da inventariante ter omitido propositalmente o seu nome da relação de herdeiros, com o intuito de favorecer sua sobrinha BERNADETH, filha adotiva do *de cujus*, que sequer possuía capacidade sucessória, nos termos de art. 337, do Código Civil, com a redação que lhe deu a Lei n° 3.133/57, por ser a autora herdeira de sangue, a representante do Espólio ainda realizou transação com VÂNIA LÚCIA SILVA nos autos da ação de investigação de paternidade que VÂNIA igualmente moveu em face do Espólio de MOACYR, o que fez antes do desfecho da referida ação, não tendo sido pois, reconhecida judicialmente, a qualidade de herdeira de VÂNIA, fatos que, por si sós, tornam nula *pleno jure* a partilha, por constituírem defeito insanável que priva o ato de toda eficácia, o qual não pode ser re-ratificado, nem se convalesce pela prescrição, conforme entendimento doutrinário que transcreve.

Instruem a inicial os does. de fls. 10/16.

Comprovado o falecimento de VÂNIA (fls. 54, e quem representava seu Espólio (fls. 174), este finalmente ofereceu contestação (fls. 133), onde alega que VÂNIA não agira com dolo ou culpa.

Inicialmente distribuído à 3ª Vara de Família (fls. 02), o processo foi posteriormente redistribuído a este Juízo (fls. 84, v.).

BERNADETH MARIA VIEIRA DE MELLO, por sua vez, ao oferecer contestação (fls. 116/127), argúi preliminar de decadência, tendo em vista que a partilha que se pretende anular foi homologada por sentença prolatada em 10 de abril de 1968.

Ressalta, a respeito, que a autora só propôs a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, em maio de 1969, passando a ostentar a qualidade de herdeira somente a partir do trânsito em julgado da decisão proferida na referida ação, que se deu em fins de 1979, Portanto, à época do inventário e da partilha, a autora não era herdeira.

Logo, e ao contrário do que se afirma, a partilha não excluiu ou preteriu herdeiro e, ainda que produza efeitos retrooperantes, por sua natureza declaratória, esbarra no direito adquirido, conforme lição de CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, que transcreve, entendimento doutrinário que é agasalhado pela jurisprudência.

Alega, ainda, que tendo em vista o tempo decorrido em que os réus possuem os bens integrantes do acervo hereditário contínua e initerruptamente, com justo título e boa-fé, requisitos decorrentes do formal de partilha devidamente registrado no R.G.I da circunscrição territorial competente, já adquiriram a propriedade dos referidos bens. inclusive imóveis, por usucapião, matéria que pode ser argüida em defesa, nos termos da Súmula 237, do Suplemo Tribunal Federal.

Além do mais, salienta a ré, não estando caracterizada nenhuma das hipóteses de nulidade do ato jurídico elencadas no art. 145, do Código Civil, aplica-se à espécie o prazo decadencial previsto no inciso V, do § 6°, do art. 178, do mencionado Código, que é de 01 (um) ano, a contar da data em que a partilha transitou em julgado, o que demostra que a autora ao propor a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, já decaíra do direito de propor a ação de anulação de partilha, que tem o prazo certo e fatal para seu exercício, ao contrário do que ocorre com a ação de investigação de paternidade, que é imprescritível, sendo certo que, no caso concreto, ao não excluir herdeiro e não se incluir quem não fosse inexistem razões que poderiam justificar a propositura de ação rescisória, cujo prazo hoje é de 02 (dois) anos.

No que diz respeito exclusivamente à petição de herança, cuja ação é de natureza real imobiliária, a teor do art. 44, II, do Código Civil (releve-se o erro material, pois, na verdade, trata-se do inciso III, do referido dispositivo), aduz a ré que se operou a prescrição, pois tendo MOACYR, o autor da herança, falecido em 1967, ocasião em que o domínio e a posse da herança transmitiam-se a seus herdeiros, nos termos do art. 1.572, do referido Código, em 1977 esgotou-se o prazo prescricional de 10 (dez) anos previsto no art. 177, da nossa Lei Substantiva, para pessoas presentes.

Acompanham a contestação os docs. de fls. 128/136.

Em réplica (fls. 144/146), em que juntou novos does. (fls.147/ 159), a autora assegura que em verdade a sentença homologatória da partilha transitou em julgado em 19-12-68, o que já fora anteriormente admitido por BERNADETH em mais de uma oportunidade, não estando caracterizada a alegada decadência, pois a ação de investigação de paternidade, cumulada com petição de herança, foi ajuizada em 19-05-68.

De igual forma, assevera a autora, não há que se falar em direito adquirido, tirando do acórdão transcrito por BERNADETH ilação diametralmente oposta, frisando que a invocação de usucapião não tem a conseqüência pretendida pela ré, dependendo de ação própria.

Questiona, ainda, a transação efetuada nos autos da ação de investigação de paternidade pela meeira e herdeiros com VÂNIA LÚCIA SILVA, uma vez que aquela ação movida por VÂNIA não chegou a seu termo, o que criou situação verdadeiramente paradoxal, pois enquanto VÂNIA, mesmo sem o reconhecimento judicial de paternidade e, portanto, sem a qualidade de filha de MOACYR, recebeu um imóvel do Espólio, a autora, filha de sangue e registrada pelo próprio pai, cuja paternidade foi judicialmente reconhecida, foi preterida, não sendo contemplada com qualquer bem integrante do acervo hereditário.

Em sua contestação de fls. 161/162, o réu MÁRIO RUBENS DE MELLO FILHO endossa, em todos os seus termos, a contestação oferecida pela co-ré BERNADETH (fls. 116/127), ressaltando ser irrelevante o fato da sentença homologatória da partilha amigável ter transitado em julgado em abril ou dezembro de 1968, pois a ação de investigação de paternidade só foi proposta em maio de 1969, portanto posteriormente ao trânsito em julgado da sentença.

Comprovado o falecimento de CARMEN ARAÚJO VIEIRA (fls. 189), que deixou como única herdeira sua filha BERNADETH MARIA VIEIRA DE MELLO, casada com MÁRIO RUBENS DE MELLO FILHO (fls. 200 e segs.), ambos integraram a lide e contestaram a ação (fls. 166/127 e

161/162), respectivamente.

Às fls. 235/245, em longa e cuidadosa petição, a autora faz um resumo do processo, relacionando os principais fatos relatados nos autos, juntando os does. de fls. 246/281, sobre os quais se manifestou o Espólio de MOACYR PEIXOTO VIEIRA (fls. 283/284).

RELATEI. DECIDO, POIS.

Impõe-se o julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 330, I, do CPC.

Cronologicamente, os principais fatos de interesse para o deslinde da controvérsia ocorreram nas seguintes datas:

— 04-08-67: falecimento de MOACYR PEIXOTO VIEIRA (fls. 03);

— 22-03-68: esboço de partilha (fls. 98/100 e v.);

— 10-04-68: sentença homologatória da partilha (fls. 117, v.);

— 28-04-68: trânsito em julgado sentença (fls. 119, v. e 120);

— 22-11-68: novo esboço de partilha (fls. 134/136);

— 13-12-68: sentença homologatória de partilha retificando a anterior para contemplar VÂNIA LÚCIA DOS SANTOS (fls. 139, v.);

— 18-12-68: trânsito em julgado (fls. 140, 140, v. e 141).

(Obs.: Todas as folhas mencionadas até aqui se referem aos autos do processo de inventaria de MOACYR PEIXOTO VIEIRA, em apenso).

— 19-05-69: ANDIR propõe perante o juízo da 1ª Vara de Família desta Comarca ação de investigação de paternidade, c/c petição de herança (fls. 03 e 151);

— 20-07-81: a autora distribui perante a 3ª Vara de Família desta Comarca a presente ação (fls. 02).

Os fatos e datas antes mencionados são incontroversos, pois, afirmados por uma parte, ou são admitidos implícita ou explicitamente pela parte contrária, ou se encontram documentalmente comprovados nos autos.

Antes, porém, de se decidir as questões levantadas é preciso que se examine a regularidade formal da representação das rés, tendo em vista o falecimento de CARMEN e necessidade de representação de seu espólio e/ou sucessores.

Na hipótese, conforme se vê das peças de fls. 116/127 e 161/162, BERNADETH e seu marido MÁRIO contestaram o pedido após a morte de CARMEN, o que supre a necessidade de habilitação formal dos sucessores do Espólio, sendo certo que BERNADETH chegou a ser intimada (fls. 172 e v.), e posteriormente citada (fls. 221 e v.), para se habilitar nos autos como sucessores de CARMEN, o que não fez. Aliás, ao serem citados pessoalmente, os dois réus deveriam dar ciência do falecimento de

CARMEN, o que igualmente não fizeram.

Exatamente por isso não se justifica, por desnecessária, a intimação ou citação de MÁRIO para se manifestar na qualidade de também sucessor de CARMEN.

OS FATOS. O PEDIDO. SEU FUNDAMENTO

Irresignada com a circunstância de não ter sido contemplada no inventário de MOACYR PEIXOTO VIEIRA, a autora, ANDIR ALVES VIEIRA, propôs perante o juízo da 1ª Vara de Família da Comarca da Capital Ação de Investigação de Paternidade, c/c Petição de Herança.

Em primeiro grau de jurisdição o pedido foi julgado procedente, mas não se declarou nula a partilha proferida no inventário, por entender o ilustre magistrado que prolatou a sentença ser necessária a propositura de ação própria.

A 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso interposto pela autora, decidindo que: "O julgamento da procedência da petição de herança importa na nulidade da partilha".

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, por sua vez, acolhendo, em parte, recurso extraordinário interposto por CARMEN ALVES VIEIRA, viúva meeira e inventariante, e BERNADETH MARIA VIEIRA DE MALLO e seu marido MÁRIO RUBENS DE MELLO FILHO, em acórdão em que foi relator o Min. Xavier de Albuquerque, decidiu, de forma definitiva que; "Partilha. Sua anulação exige ação própria, mesmo que omita herdeiro posteriormente reconhecido em ação de investigação de paternidade e petição de herança".

Diante da decisão final do Supremo Tribunal Federal, a autora, então, ingressou perante o juízo da 3ª Vara de Família da Comarca da Capital, que posteriormente declinou de sua competência para este juízo, com a presente Ação Ordinária de Nulidade de Partilha, sob o fundamento, basicamente, que na partilha foram incluídas pessoas que não ostentavam a qualidade de herdeiras, enquanto ela, a autora, foi excluída, apesar de ser herdeira de sangue, o que acabou sendo reconhecido judicialmente.

Estes, em síntese, os fatos!

UMA QUESTÃO DE DIREITO INTERTEMPORAL

No presente caso, há de se estabelecer, em primeiro lugar, quais as normas jurídicas aplicáveis para a solução do problema, pois enquanto o inventário transcorreu inteiramente sob a vigência do Código de 1939, a presente ação foi proposta quando já em vigor o Código atual.

Assim, não obstante o atual Código de Processo Civil (art. 1.211), em consonância com o que já dispunha o Código anterior (art. 1.047), estabelecer que suas normas são aplicáveis, desde logo, aos processos que se encontram pendentes, a verdade é que no presente caso quando da entrada em vigor da Lei n° 5.869, em 1° de janeiro de 1974, não havia nenhuma demanda em pendência relativamente a esta hipótese, pois, como se disse anteriormente, enquanto o inventário se processou inteiramente sob a vigência do Código de 39, a presente ação foi ajuizada em 1981, quando em vigor o atual Código de Processo Civil, sendo, no particular, irrelevante que a ação de investigação de Paternidade c/c com Petição de Herança tenha convivido com os dois Estatutos Processuais.

Ora, conforme esclarece Clito Fornaciari Júnior,

> "A idéia da vigência imediata da lei processual deve sempre guardar o devido respeito aos atos jurídicos processuais praticados sob a norma anterior e cujos efeitos são previstos por ela, ainda que a eficácia do ato venha a produzir-se no império da nova lei. O ato processual deve, assim, ser realizado e ter seus efeitos sempre e unicamente dentro de um mesmo sistema jurídico. A aplicação de duplicidade de sistema para solução de problemas de Direito Intertemporal, em princípio, é totalmente descabida".

Prosseguindo, ensina o mestre:

> "Além dos seus efeitos, devem ser resguardados também os direitos emergentes daquele ato praticado e que se encontram definidos na norma debaixo da qual foi realizado".

E, concluindo, preleciona;

> "Com a prolação de uma sentença, os seus efeitos são aqueles previstos na lei sob a qual foi proferida. Da mesma forma, o direito à impugnação desse ato é dimensionado pelas regras vigentes quando de sua prolação, exatamente porque o direito à impugnação é contemporâneo à decisão, pois emerge dela".

Como se sabe, as ações anulatória e rescisória constituem meios através dos quais se pode impugnar decisões judiciais.

No presente caso a partilha foi elaborada e homologada sob a égide do Código de 1939, devendo, pois, ficar sujeita aos meios impugnativos

previstos na legislação então vigente.

O EXAME DA MATÉRIA À LUZ DA LEGISLAÇÃO ANTERIOR

Na esteira dos arts. 1.773 e 1.774, do Código Civil, os arts. 511 e 512, do CPC de 1939, disciplinavam a forma de realização da partilha.

O art. 1.805, do Código Civil, regulamentando a nulidade de partilha, prescrevia, *in verbis*:

> "A partilha, uma vez feita e julgada, só é anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos".

E o art. 178, § 6°, V, do Código Civil, por sua vez, dispunha sobre o prazo á& prescrição da ação de nulidade da partilha, fixando-o em 01 (um) ano, cujo termo *a quo* era a data em que a sentença de partilha passou em julgado.

A respeito do último dispositivo mencionado, a saber, o art. 178, 6°, V, do Código Civil, é manifesta a impropriedade da redação do texto, quando emprega o verbo prescrever.

Ora,

> "a moderna doutrina já assentou que só cabe cogitar de prescrição em se tratando de direito a uma prestação, de direito capaz de gerar, para o respectivo titular, *pretensão* em sentido técnico, e, por isso mesmo suscetível de ser lesado, quando a pretensão remanesce insatisfeita em virtude do comportamento do sujeito passivo da relação jurídica, o qual descumpre seu dever ou obrigação. Não se confunde esse fenômeno com o que ocorre nas hipóteses de direito potestativo, isto é, de direito à modificação de uma situação jurídica, reconhecido a alguém sobre a fixação de prazo para o respectivo exercício, sob pena de extinção. Consoante explicava CHIOVENDA, com absoluta clareza, "os direitos *potestativos*, por sua própria natureza, já que não se dirigem contra uma obrigação, mas se exaurem no poder jurídico de produzir um efeito jurídico, e se exercitam com uma simples declaração de vontade, com ou sem o concurso da sentença judicial, não podem ser lesados por ninguém" (*Instituições de Direito Processual Civil*), trad. J. Guimarães Menegale, 2ª ed., São Paulo, 1965, vol. I, pág. 20; sem grifo no original). Aí, o que se dá, uma vez extinto o prazo *in albis*, é a decadência. Assim acontece em qualquer caso de direito à desconstituição de ato jurídico, ou, em termos mais gerais, em qualquer caso a que corresponda uma ação constitutiva,

ao contrário do que se sucede no âmbito das ações condenatórias, que é o território onde se manifesta a prescrição. Aliás, mesmo em face do Código Civil, a melhor doutrina considera como de decadência a hipótese do art. 178, § 6°, V (cf. YUSSEF SAID CAHALI, *Aspectos processuais da prescrição e da decadência*, São Paulo, 1979, pág. 28)..." (trecho do voto do Des. José Carlos Barbosa Moreira prolatado na Apelação Cível n° 32.700, em que foram Apelantes: A.R.C.M. e sua mulher, e Apelados I.S.M. e outros).

Portanto, não há dúvida de que se trata de prazo decadencial.

No caso concreto, o primeiro esboço de partilha foi elaborado em 23 de março de 1968, cuja sentença homologatória foi prolatada em 10 de abril de 1968, tendo transitado em julgado em 22 do mesmo mês e ano.

Posteriormente, foi elaborado novo esboço de partilha em 22-11-68, tendo a sentença homologatória prolatada em 13-12-68 transitado em julgado em 18 do mesmo mês e ano.

A presente ação ordinária de anulação da partilha, no entanto, só foi ajuizada em 20 de julho de 1981, mais de 13 (treze) anos depois de transitada em julgado a sentença homologatória de partilha, ainda que se considere a última das duas sentenças então prolaladas, quando a autora, sem sombra de dúvida, já decaíra do seu direito.

Aliás, àquela altura, a autora já decaíra do direito de propor até ação rescisória, cujo prazo, nos termos do art. 178, § 10, VIII, do Código Civil, era de 05 (cinco) anos.

A QUESTÃO VISTA SOB A ÓTICA DO ATUAL CPC

Atualmente, regulamenta a matéria o art. 1.029, parágrafo único, do CPC, que estabelece que

> *"o direito de propor ação anulatória de partilha amigável prescreve em um (1) ano, contado este prazo: I — no caso de coação, do dia em que ela cessou; II — no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; III — quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade".*

A respeito, é de dizer-se que procedem as mesmas observações sobre a natureza do prazo extintívo que se fez em relação ao dispositivo do Código Civil, pois, na verdade, o prazo é decadencial.

Embora não se tenha indicado na petição inicial, com a desejável clareza, a causa da suposta anulabilidade da partilha amigável feita nos autos do inventário de MOACYR PEIXOTO VIEIRA, pode-se, contudo, excluir, que se trate das hipóteses previstas nos incisos I e III, do dispositivo antes mencionado, a saber, que a causa da anulabilidade teria decorrido de coação, ou de intervenção de incapaz.

No caso concreto, restaria a hipótese de erro ou dolo, pois o fundamento do pedido se baseia, em essência, na exclusão da autora no inventário dos bens deixados por morte de seu pai e na inclusão de pessoa que não ostentava a qualidade de herdeira.

Assim, o prazo de (01) um ano passa a fluir do próprio dia em que se realizou o ato, a saber, da data em que foram realizados os esboços das partilhas que, como é óbvio, antecederam as sentenças homologatórias e seus respectivos trânsitos em julgado. Maior, portanto, o espaço de tempo entre o dia em que se realizou o ato e aquele em que foi distribuída a ação anulatória de partilha.

E, com relação à ação rescisória, de igual forma a autora já decaíra do seu direito, pois atualmente o seu prazo foi reduzido para 02 (dois) anos, a teor do art. 495, do CPC.

Como se vê, sob qualquer ângulo que se examine a matéria à luz do direito intertemporal, a autora decaiu do direito de propor a presente ação ordinária de anulação de partilha.

Por ser assim, com base no art. 269, IV, primeira figura, do CPC, julgo EXTINTO o processo em razão da decadência.

Condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 31 de julho de 1995.

MANOEL ALBERTO REBELO DOS SANTOS
Juiz de Direito

CARTÓRIO DO *2º* OFICIO
Cláudio, MG
Proc. 2.489/89

INDENIZAÇÃO POR ATO ILÍCITO – Morte do empregado por acidente de trabalho. Culpa grave do empregador, caracterizada pela omissão na implantação, em usina de destilação de álcool, de Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) e de Serviço Especializado em Engenharia de Segurança do Trabalho, inviabilizando o treinamento e eliminação de áreas de risco previsível.
(Sentença do Juiz de Direito Marcelo Guimarães Rodrigues)

Vistos etc.

Era face de DESTILARIA SANTA IGNÊZ LTDA., sociedade estabelecida neste município e Comarca de Cláudio, no km 31 da BR 260, aforaram JOSAFÁ ANTÔNIO DO CARMO e sua mulher AMANTINA ALVES DO CARMO, a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO e cuja causa de pedir está em que o filho dos autores de nome SEBASTIÃO ANTÔNIO DO CARMO empregado da requerida admitido em 01 de outubro de 1986, na função de auxiliar de produção, veio a falecer em 28 de novembro de 1986, por acidente ocorrido nas dependências da mencionada sociedade, conforme faz prova o atestado de óbito anexado à inicial.

Alegam os autores que o acidente ocorreu "Em razão da falta de segurança na Empresa conforme o Laudo nº 417/86" realizado pela Perícia Técnica de Criminalística da 30ª DRSP, de Lavras, aduzindo ainda que a jovem vítima veio a falecer "Por culpa grave e exclusiva da ré, como se pode ver no referido Laudo intitulado "DOS EXAMES" em suas letras A-B-C e D, onde demonstram que a ré estava operando sem as mínimas condições de segurança aos seus empregados" (sic).

Citando a Súmula de Jurisprudência dominante nº 229, do E. Supremo Tribunal Federal e dispositivos do Código Civil e Código de Processo Civil, pedem os autores, também com apoio na Lei de nº 6.899/80, a condenação da sociedade requerida ao pagamento de uma pensão mensal equivalente "*a 125% do PNS, a partir da morte da vítima, e enquanto perdurar a obrigação; pensão esta reajustada a base dos índices salariais vigentes, até sentença e a partir daí na forma da Súmula 490 do STF, acrescidos*

de juros simples e compostos, além da correção monetária na base da OTN, incidindo sobre as prestações vencidas e vincendas, ou outra forma determinada pela política econômica do Governo Federal, durante a lide, condenando a Ré a constituir um capital que assegure o pagamento da pensão (art. 602 do CPC)" (sic), além de a condenação ao pagamento das despesas do processo.

A inicial veio instruída com os documentos de fls. 09 a 34 dos autos, sendo que por despacho do nobre Juiz antecessor deste julgador se determinou a citação, além de o comparecimento da requerida em audiência de instrução e julgamento (fls. 37).

Regularmente citada, ofereceu contestação a requerida (fls. 48 a 58), acompanhada a resposta com os documentos de fls. 59 a 75 dos autos e da qual oportunidade foi oferecida aos autores para novo pronunciamento, o que foi feito as fls. 77/84.

Em decisão saneadora proferida pelo signatário espancou-se eventuais dúvidas no que concerne ao procedimento do feito, não guardando o presente caso qualquer semelhança com o rito especial regulado pelo Direito infortunístico, disciplinado que é pela Lei nº 6.367/76. Sobre os novos documentos juntados pelos autores (fls. 85 a 136), vista foi concedida a requerida. Rechaçada preliminar de inépcia da inicial, deferida a produção de prova oral e depoimentos pessoais e designada a audiência de instrução e julgamento, seguiu-se irrecorrido o mencionado despacho saneador.

Trazendo novos documentos aos autos a requerida, concedida foi a contrariedade por parte dos autores.

A audiência de instrução e julgamento aconteceu, não logrando este Juízo alcançar a conciliação das partes, realizou-se a prova anteriormente deferida, seguindo-se o prazo para a entrega dos memoriais, os quais vieram aos autos as fls. 177/181 e 182/188, pela ordem.

Cabe acrescentar que por este Juízo foi indeferido o requerimento da suplicada para que enviado fosse ofício à 30ª DRSP, sediada em Lavras, neste Estado, para o fim de se "Comprovar a capacitação técnica dos peritos que assinaram o Laudo em tela"' (sic), *laudo esse à inicial anexado pelos autores*, em razão de que, tratando-se, como se trata, de peça técnica oficial, elaborada e subscrita por dois peritos criminalísticos do Estado, se presume, para todos os efeitos, a capacitação técnica de profissionais que nomeados, empossados e investidos no cargo acima acham-se legitimados e habilitados, nos ditames do serviço público, para a feitura de tais laudos.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Estamos diante de mais um feito no qual é um acidente de trabalho o fato ensejador da ação proposta, acidente esse que ocasionou a morte do ainda jovem — 19 anos de idade — filho dos autores, Sebastião Antônio do Carmo, moço simples e de família humilde, com instrução primária, que do trabalho, como muitos outros, retirava os indispensáveis subsídios para auxiliar na sobrevivência de sua família, pai, mãe e irmãs.

É lamentável que neste país, dito a oitava economia do mundo ocidental, exista um descompasso ainda manifestamente gritante entre o considerável avanço industrial alcançado e as condições de educação, preparo técnico e consciência de direitos por parte da população em geral, em particular dos trabalhadores, defasagem que se reflete também nos assustadores índices de acidentes de trabalho por nós ostentado, para as demais economias do mundo, mais ou menos "desenvolvidas", inclusive.

Tais acidentes não só perdas irreparáveis ensejam entre as famílias de trabalhadores vitimados, não querendo aqui, neste particular, adentrar ao mérito, apenas fazendo uma análise objetiva dos fatos, trazem também, o que as vezes passa desapercebido, perdas igualmente insolúveis no que concerne à fabulosa soma de dinheiro desperdiçado pelo país quando computados os tratamentos médico-hospitalares exigidos, a perda de horas e mais horas de trabalho, os benefícios previdenciários despendidos, etc.

Enfim, por todo e qualquer ângulo que se olhe, há, neste problema, um completo desperdício, seja este moral, sentimental ou material.

No caso dos autos, a vítima exercia nas dependências da requerida, *há pouco mais de um mês*, a função de auxiliar de produção. Era recém-admitida e tinha por obrigação depositar, com o auxílio de uma pá, ao lado de outro companheiro, bagaço de cana em estado sólido por sobre uma esteira rolante a conduzir o refugo em direção a uma caldeira, gerando-se, assim, neste processo, a energia consumida pela própria destilaria de álcool. Conforme apurou-se, a vítima trabalhava dentro de um fosso de concreto armado, de reduzidas dimensões no qual está a base de sustenção da esteira, um tambor e um eixo por fora do qual corre a borracha que transporta o pó a partir do qual se obtém a energia.

Apurou-se também que no momento do evento, conforme acima mencionado, achava-se a vítima trabalhando e com o auxílio de uma pá, no interior de tal fosso, em cumprimento de ordem emanada de seu superior, o operador de caldeira, ajudando a retirar o acúmulo de bagaço de cana ali existente, transportando-o para a esteira rolante.

Segundo afirmou a testemunha direta dos fatos, de nome Robson Miguel dos Santos, igualmente, como a vítima, auxiliar de produção "*No dia do*

acidente o depoente estava trabalhando ao lado do acidentado, sendo que ambos estavam dentro do fosso onde corre a esteira e lá colocavam bagaço de cana com uma pá em cima da esteira e que em determinado momento, o operador de caldeira, cujo nome não se recorda, jogou certa quantidade de bagaço de cana e que junto com tal bagaço havia um '"torrão" e que o acidentado verificou o torrão na esteira e chegou a comentar com o depoente, mostrando-se intencionado em retirar o torrão da esteira, momento em que foi advertido pelo operador de caldeira que não fizesse isso pois era perigoso, já que aconteceram acidentes em tais casos. Mesmo assim, após alguns momentos, enquanto o depoente continuava o trabalho Sebastião resolveu por conta própria retirar o "torrão" da esteira, momento em que seu braço ficou preso no rolo da esteira, que é retratado no anexo fotográfico de nº 7, fts. 29" (fls. 174).

Tal depoimento foi confirmado por aquele oferecido pela testemunha de nome José Ferreira Costa, o operador de caldeira acima mencionado (fls. 175).

Desta forma, com fratura da base do crânio, esmagado pelo rolo da esteira, veio a falecer a vítima e filho dos autores.

É de se perquirir, em caso, para efeito da *rés vel petitum*, sobre a existência ou não de dolo, culpa na sua modalidade grave, *ou, até mesmo sobre a existência, pura e simplesmente da culpa, ainda que leve*, já que, como se sabe, nos termos do novo ordenamento jurídico constitucional, aboliu-se, nos dizeres do artigo 7º, número XXVIII, da Constituição Federal, a diferenciação até então existente, de sorte que somente a ausência total de culpa do patrão é que o isentará da responsabilidade civil, paralela e independentemente à reparação prevista no regime da infortunística.

Mas será tal inovação no campo de acidente de trabalho aplicável ao caso dos autos, ocorrido que foi em *28 de novembro de 1986*, cuja ação veio a ser proposta em *10 de fevereiro de 1989*? Em outras palavras, *existirá na espécie o princípio de continuidade da legislação ordinária anterior? Ou, aqui também não mais se exigirá a ocorrência de dolo ou culpa — grave — do patrão ?*

Há que se estabelecer, antes de mais nada, o limite da retroação da inovação constitucional.

Nas sábias palavras de VICENTE RÁO "*A inviolabilidade do passado é princípio que encontra fundamento na própria natureza do ser humano, pois, segundo as sábias palavras de Portalis, o homem, que não ocupa senão um ponto no tempo e no espaço, seria o mais infeliz dos seres, se não se pudesse julgar seguro nem sequer sobre a sua vida passada. Por*

essa parte de sua existência já não carregou todo o peso do seu destino? O passado pode deixar dissabores, mas põe termo a todas as incertezas. Na ordem do universo e da natureza, só o futuro é incerto e essa própria incerteza é suavizada pela esperança, a fiel companheira da nossa fraqueza. Seria agravar a triste condição da humanidade querer mudar, através do sistema da legislação, o sistema da natureza, procurando, para o tempo que já se foi, fazer reviver as nossas dores, sem nos restituir as nossas esperanças''. (Em *O direito e a vida dos direitos*, v. l, pág. 428.)

Para PONTES DE MIRANDA "*Desde o momento em que se inicia a vigência de uma Constituição, as leis que a contrariam não são mais invocáveis PARA REGER FATOS QUE OCORREM DURANTE ELA*" . (Em *Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda nº l, de 1969*, Ed. RT, tomo VI, 1974, pág. 393, 2ª edição. Grifou-se.)

E, como se vê, o fato ensejador da ação proposta aconteceu em *28 de novembro de 1986*, portanto, muito antes da vigência do atual ordenamento jurídico, consagrado em 05 de outubro de 1988, razão pela qual inaplicável na espécie a inovação recém-introduzida, prevalecendo o enunciado da Súmula de nº 229 do E. STF, não sendo aqui a culpa leve ou levíssima de molde a caracterizar a obrigação de indenizar, nos termos do artigo 159, do Código Civil.

De outra parte, cumpre se verificar a existência de *dolo* ou *culpa grave* da requerida no acidente acima mencionado.

Segundo o valioso escol de HUMBERO THEODORO JÚNIOR (Em *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil Comum*, ed. Saraiva, 1987, págs. 41 e segs.), "*O dolo ocorre quando o acidente deriva da intenção criminosa de lesar o operário; e a culpa grave consiste na omissão das medidas de segurança do trabalho, com a consciência do grave risco a que se expõe o trabalhador na empresa*". Afirma ainda, em complementação, o festejado autor "*Que a falta grave autorizadora da reparação de direito comum, ao lado da indenização acidentária, está sempre ligada a uma omissão injustificável da empresa NO TOCANTE À SEGURANÇA DO EMPREGADO*" (Grifou-se).

Assim, dentro desse prisma, vejamos, o que se colheu da prova oral realizada:

"*Que a vítima possuía uma jornada de trabalho de doze (12) horas com UM DESCANSO QUINZENAL, sempre aos domingos, jornada essa que iniciava entre seis e sete horas da manhã e terminava entre dezoito e dezenove horas da noite, SEM INTERVALOS PREESTABELECIDOS PARA DESCANSOS OU REFEIÇÕES...*"

Para o cumprimento das tarefas da vítima "*Necessária era a presença da mesma no interior do fosso e o funcionamento da esteira...*"

"Que Sebastião, acidentado, realizava tal trabalho com equipamemos de segurança, entre os quais, luvas, botas, óculos e capacete; que tais equipamentos de segurança são fornecidos pela requerida, NÃO SABENDO PRECISAR O DEPOENTE SE NO MOMENTO DO ACIDENTE ESTAVA O ACIDENTADO UTILIZANDO TAIS EQUIPAMENTOS; que a requerida possui um inspetor de segurança contratado para lidar com a questão referente à segurança de trabalho, e que o controle de segurança no que se refere à efetiva utilização dos equipamentos por parte dos empregados não é feito de forma "escrita", SENDO QUE TAL INSPETOR NÃO POSSUI A OBRIGAÇÃO DE BATER PONTO NAS DEPENDÊNCIAS DA DESTILARIA, JÁ QUE O MESMO NÃO POSSUI HORÁRIO RÍGIDO DE TRABALHO... "

Além disso, na requerida "*À época, NÃO HAVIA, AINDA, A CIPA — COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES...*" .

(Depoimento pessoal do representante da requerida — Donizete Alves Teixeira — grifou-se (fls. 169/170).

De outra parte, constatou-se que o acidentado, ao retirar o torrão da esteira "*Gritou, e o depoente tentou ajudá-lo segurando suas pernas, enquanto o operador de caldeiras correu do local, provavelmente para avisar alguém, SENDO QUE A ESTEIRA CONTINUOU A ROLAR, o que levou o depoente a deslocar-se até o comando da esteira, LOCALIZADO A UMA DISTÂNCIA DE CERCA DE DEZ (10) METROS, e que para ser acionado ou desativado, EXIGIA QUE SE SAÍSSE DO FOSSO, SUBINDO UMA ESCADA E SE CAMINHASSE MAIS ALGUNS METROS, e que no local do fosso onde o depoente trabalhava juntamente com o acidentado NÃO HAVIA NENHUM DISPOSITIVO DESTINADO A DESLIGAR A ESTEIRA EM SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA; que no local destinado a acionar ou desligar a esteira costumava permanecer o operador de caldeira, sendo que NO MOMENTO DO ACIDENTE ESTE LÁ NÃO ESTAVA, DA MESMA FORMA DE QUE LÁ NÃO ESTAVA NINGUÉM..."*

"O acidentado, segundo acha o depoente, NÃO USAVA QUALQUER EQUIPAMENTO DE SEGURANÇA... "

"Que o depoente tem conhecimento de um outro acidente que resultou na morte do funcionário de nome Domingos, sendo que este acidente ocorreu em outro local e o depoente trabalhava na destilaria também nesta época"

"Que na época do acidente acima relatado existiam extintores de incêndio em todos os locais da usina, e que tais extintores estavam afixados nas paredes, as quais estavam sinalizadas, porém, EM CASOS DE EMERGÊNCIA OU MESMO INCÊNDIOS, OS FUNCIONÁRIOS NÃO ESTAVAM TREINADOS E HABILITADOS PARA MANEJAR TAIS EXTINTORES; assim como NÃO FORAM PREPARADOS PARA SITUAÇÕES DE EMERGÊNCIA..."

"Que o depoente, assim como o acidentado tinha uma jornada diária de doze (12) horas, semana no turno do dia, semana no turno da noite, sendo que NÃO HAVIAM INTERVALOS PARA DESCANSO E A REFEIÇÃO ERA LEVADA DE CASA E CONSUMIDA "NUMAS FOLGUINHAS" DO HORÁRIO DE TRABALHO..."

"Que não havia nenhuma Comissão destinada à prevenção de acidentes na Destilaria à época do acidente assim como NÃO SABE O DEPOENTE O QUE VEM A SER CIPA... "

(Depoimento de Robson Miguel dos Santos. Grifou-se (fts. 173/174).)

"Que não se recorda se o acidentado utilizava-se de equipamentos de segurança no dia do acidente... "

"Que não havia uma pessoa encarregada de fiscalizar pessoalmente a utilização dos equipamentos pelos empregados..."

"Que NÃO HAVIA DISPOSITIVO DE SEGURANÇA QUE DESATIVASSE A ESTEIRA, EM CASO DE EMERGÊNCIA, DENTRO DO FOSSO... "

"Que, aproximadamente, havia uma DISTÂNCIA DE 10 METROS PARA ALCANÇAR O COMANDO DA ESTEIRA... "

"Que a destilaria não ofereceu treinamento ao depoente para situações de emergência, em casos de acidente..."

(Depoimento de José Ferreira Costa. Grifou-se, (fls. 175).

Determina-se, assim, única e exclusivamente pela prova oral realizada que a requerida, Destilaria Santa Ignôz, muito embora, conforme adüz o seu nobre causídico, projetada e construída de conformidade com as mais modernas usinas desse País, na verdade, não primou pela aplicação das mais elementares regras de segurança de trabalho, omitindo-se no que toca à instituição de uma comissão interna de acidentes de trabalho, deixando de oferecer treinamento especializado para seus empregados, possibilitando que tais empregados, ainda que completamente inexperientes trabalhassem sem a devida utilização do equipamento necessário de segurança individual, não obstante a prévia aquisição de tal equipamento, o que, à evidência, não

é suficiente. Pior, admitiu para si o risco proveniente de gritante falha do projeto no que diz respeito à inexistência de uma chave de segurança no local do acidente, tornando impossível a imediata paralisação da esteira em casos de emergência, de sorte que, a única chave existente fica localizada em um painel distante cerca de dez (10) metros do local (fosso), onde se encontrava trabalhando o acidentado.

Em suma, *existiu culpa grave da requerida* pelo fato de iniciado ter suas operações sem a devida, esperada e exigível garantia, em termos de segurança de trabalho, para seus funcionários.

Descumprida foi, em sua inteireza, a Norma Regulamentadora de número 05, aprovada pela Portaria de nº 3.214. de 08 de junho de 1978, dentro das chamadas normas relativas à segurança e medicina do trabalho previstas no Capítulo V, Título II, da Consolidação das Leis do Trabalho, as quais "*São de observância obrigatória pelas empresas privadas e públicas e pelos órgãos públicos da administração direta e indireta...* " (NR. 1). Além disso, estabelece, sobre o tema, a NR. 4 que "*As empresas privadas e públicas, os órgãos públicos da administração direta e indireta e dos poderes legislativo e judiciário, que possuam empregados regidos pela Consolidação das Leis do Trabalho — CLT - MANTERÃO, OBRIGATORIAMENTE, SERVIÇOS ESPECIALIZADOS EM ENGENHARIA DE SEGURANÇA E EM MEDICINA DO TRABALHO, com a finalidade de promover a saúde e proteger a integridade do trabalhador no local de trabalho*''. Sendo que "*Os Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do trabalho deverão ser integrados por Médico do Trabalho, Engenheiro de Segurança do Trabalho, Supervisor de Segurança do Trabalho, Enfermeiro do Trabalho e Auxiliar de Enfermagem do Trabalho, registrados no Ministério do Trabalho — MTb...*" A par de outras contribuições para a saúde e segurança do trabalhador, compete a tais profissionais integrantes do Serviço Especializado "*Aplicar os conhecimentos de engenharia de segurança e de medicina do trabalho AO AMBIENTE DE TRABALHO E A TODOS OS SEUS COMPONENTES, INCLUSIVE MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS, DE MODO A REDUZIR ATÉ ELIMINAR OS RISCOS ALI EXISTENTES à saúde do trabalhador*''. Por fim, cabe ainda observar-se sobre serem "*As empresas públicas e privadas e os órgãos governamentais que possuam empregados regidos pela CLT, ficam obrigados a organizar e manter em funcionamento, por estabelecimento, UMA COMISSÃO INTERNA DE PREVENÇÃO DE ACIDENTES - CIPA* '', cujo objetivo outro não é do que "*Observar e relatar condições de risco nos ambientes de trabalho e solicitar medidas para reduzir até eliminar os riscos existentes*

e/ou neutralizar os mesmos... E, ainda, orientar os demais trabalhadores quanto a prevenção de acidentes" (Grifou-se. NR. 5).

Nada, absolutamente nada disso atendeu a requerida, ao menos, e o que importa, à época do acidente em tela, sendo de se ressalvar que o ramo de atividade pela mesma explorado — destilação de álcool — é classificado como grau de risco 3, numa escala mínima de l e máxima de 4 (Classificação de atividades da NR. 4).

Há que se estabelecer para efeito da caracterização de culpa grave, no evento, por parte da requerida, de pouca ou mesmo nenhuma monta o fato de o acidentado e filho dos autores ter, por conta própria, retirado o mencionado "torrão" sobre a fatal esteira rolante, mesmo advertido, instantes antes, pelo operador de caldeira para que não o fizesse, num gesto que lhe ceifou a vida ainda jovem e inexperiente, mas que, sobretudo revela considerável inclinação de perfeccionismo, virtude essa que a requerida, *primo icto oculi*, ao menos quanto ao tema *segurança de trabalho*, com a mesma intensidade não desfruta.

"Data venia, *contudo, a simples advertência sobre o risco não é suficiente para excluir o dever de segurança do empregador. Cumpria-lhe tomar as medidas concretas para eliminar o perigo, já que este era, na hipótese, perfeitamente contornável mediante precaução de ordem mecânica*" (Em voto proferido pelo E. Juiz Francisco Figueiredo no julgamento da A.C. nº 24.016, do TAMG., publicado no DJ nº 26, de 08-02-1985, em ação acidentária cumulada com indenização por culpa grave do empregador).

Mostra-se indisfarçável, na espécie, a configuração da culpa grave da requerida, culpa essa que "*No dizer do Min. Gonçalves de Oliveira, se revela por meio da falta inescusável no tocante à segurança do empregado, ou a sua exposição a perigo, no desempenho do serviço. O que, sobretudo, se tem em mira,* in casu*, é a falta de segurança do empregado, de sorte que nenhum serviço pode ser executado sem a devida precaução. Ao dolo, portanto, se equiparam a negligência grave, a omissão consciente do empregador que não se incomoda com a segurança do empregado, expondo-o a perigo, ao acidente. Neste caso, conclui o julgado do STF,* "*é que a ação de direita comum tem cabimento* (RT, *315/816-81; 530/148*)". (Em voto acima mencionado.)

Lembra, a propósito, HUMBERTO THEODORO JÚNIOR (Em ob. cit., pág. 43), que "*...as medidas de prevenção de acidentes — observa Solano Sobrinho — "são diligências IMPOSTAS ao empregador por norma de ordem pública, constituindo-se, portanto, em deveres jurídicos. A inobservância de um dever de prevenção, notadamente quando,*

discricionariamente, for recomendado pela CIPA, ou por um dos serviços de Higiene ou de Segurança, de assessoramento técnico do empregador, implica ter-se caracterizado essa culpa grave que impõe seja, o dano causado pela inexecução da medida, completamente reparado. Desse modo, independentemente das prestações devidas pela Previdência Social, estará o empregador sujeito ao pagamento da INDENIZAÇÃO por toda a perda sofrida pelo acidentado, de modo, pois, ILIMITADO." (Os grifos são do original.)

Vê-se que, para a melhor doutrina, *a simples inobservância de um dever de prevenção, por parte do empregador*, mesmo tendo esse organizado, em seu estabelecimento, a CIPA ou Serviço de Segurança Especializado, significa sua sujeição à obrigação do pagamento da indenização devida por toda e qualquer perda sofrida pelo empregado, o que se dirá então, quando o empregador, como é o caso da requerida, *sequer organizado tinha uma CIPA ou um Serviço de Segurança do Trabalho*?

Com muito mais razão, neste caso, existindo um grau de omissão muito mais grave, caracterizada estará a sua culpa, culpa essa equiparada ao dolo, nos termos da Súmula 229, do E. Supremo Tribunal Federal.

De outra parte, existe nos autos comprovação de que o acidentado, com 19 anos de idade à época do evento, exercia atividade remunerada, especificados inclusive os seus ganhos mensais, equivalentes a Cz$ 1.000,00 (Hum mil cruzados antigos). Restou também demonstrado que ele vivia em companhia de seus genitores e irmãs menores impúberes, cuja situação de pobreza impugnação não merece.

Em lares como esse é hábito os filhos contribuírem de forma substancial à manutenção familiar, segundo os seus ganhos. A vítima, conforme apurou-se (fls. 171), exceção não era.

Via de regra a indenização, nestes casos, é fixada em dois terços do salário do filho morto, de sorte que se presume que ao menos um terço destinados haveriam de ser para gastos pessoais. Os autores, não obstante, em depoimento pessoal responderam que o acidentado contribuiu com "todo o salário". Só que, infelizmente, apenas um mês completo chegou a trabalhar na requerida, daí porque admissível tenha contribuído com todo o salário para as despesas de casa. A própria depoente e autora afirmou que o acidentado pensava, inclusive, em breve se casar, o que, mais cedo ou mais tarde acontecendo acabaria por reduzir as contribuições do acidentado a seus pais.

Tal circunstância vem delimitar a incidência de tal verba no valor.

Assim, resolvo fixar os alimentos em dois terços dos vencimentos do

menor púbere morto, até a data em que ele completasse vinte e cinco (25) anos de idade. A partir de quando a verba incidente será reduzida para um terço, sobre os mesmos vencimentos.

A cessação do direito ao recebimento da indenização em tela ocorrerá até a data em que o acidentado tivesse completado os sessenta e cinco (65) anos de idade, se vivo fosse, existindo a sobrevivência dos autores até tal época.

A requerida deverá constituir um capital, cuja renda assegure o cabal cumprimento do pagamento da indenização acima fixada, nos termos do artigo 602, inciso II do Código de Processo Civil.

Quanto ao cálculo, será aplicado o enunciado da Súmula 490 do E. Supremo Tribunal Federal.

Tratando-se, como se trata, de dívida de valor acha-se a mesma automaticamente sujeita à incidência de correção monetária, desde a data da lesão, sem prejuízo dos juros de mora.

Tal pensionamento, devido aos autores, inclusive a constituição de capital de garantia, será calculado por simples operação do Contador, com base nos vencimentos líquidos efetivamente percebidos pelo acidentado, de acordo com o documento de fls. 18 dos autos, pagável mês a mês, até, no máximo, o quinto dia do mês subseqüente ao vencido, inclusive o décimo-terceiro salário.

Isto posto, e por tudo o mais que dos autos existem, doutrina e jurisprudência à espécie aplicadas, *JULGO EM PARTE PROCEDENTE* a inicial, para *CONDENAR* a requerida, *Destilaria Santa Ignêz Ltda.*, ao pagamento, em benefício dos autores, *Josafá Antônio do Carmo e Josefina Alves do Carmo*, as verbas acima delineadas, na forma determinada, com os acréscimos dos juros de mora legais, além da correção monetária, desde a data do evento. A requerida pagará também, todas as despesas processuais e honorários advocatícios dos autores, os quais são por mim arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

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

Cláudio, 12 de dezembro de 1989.

MARCELO GUIMARÃES RODRIGUES
Juiz de Direito

34ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DA CAPITAL, RJ
Proc. 7.320

TRÁFICO DE ENTORPECENTE - Associação delituosa. Autoria, materialidade e culpabilidade comprovadas. Concurso material.
(Sentença da Juíza de Direito Maria Inês da Penha Gaspar) * Confirmada.

Vistos, etc.

PAULO ROBERTO JESUINO PENA, vulgo "NININHO" e EDILSON CALAZANS SILVA, vulgo "BUGUINHO", qualificados às fls. 19v, respondem à presente ação penal como incursos nas sanções dos artigos 12 e 14 da Lei nº 6.368/76, na forma do artigo 69 do Código Penal, porque, se associaram, com ânimo permanente, a outros indivíduos ainda não identificados, formando uma quadrilha organizada para o fim de, reiteradamente, praticar tráfico ilícito de entorpecentes na região do Maciço do Andaraí, possuindo cada integrante do grupo tarefa prévia determinada, sendo "Gelson da Lua" o chefe e dono do movimento do morro; "Tatu", seu sócio; "Lua", gerente do movimento de maconha e "Naldinho" gerente de cocaína, sendo os acusados "vapores" do bando, com grande atuação na venda da droga traficada pelo grupo, e, assim, no dia 05-11-90, cerca das 13:00 h, policiais ingressaram no Morro do Andaraí, havendo troca de tiros no sopé do morro, e, continuando a diligência, foram detidos os acusados, os quais se encontravam escondidos na R. Leopoldo, 1038, residência de Edilson, sendo ali apreendidos 101 "papelotes", contendo 15,2g de cloridrato de cocaína, em depósito, para posterior revenda, confessando os acusados pertencerem à quadrilha de "Gelson da 12", indicando, ainda, um barraco no mesmo Morro do Andaraí, pertencente a Walter dos Santos Teodoro, onde os policiais apreenderam 104 "papelotes", contendo 16,7g de cloridrato de cocaína, além de material para embalagem do entorpecente e um revólver calibre 38, acompanhado de munição, estando, dessa forma, os acusados associados, em caráter permanente, para o fim de, reiteradamente, ter em depósito com intuito de venda, substância entorpecente, sem autorização legal.

Instruindo a denúncia, veio o inquérito de fls. 06/34, iniciado pelo auto de prisão em flagrante de fls. 19/20, estando às fls. 08/09, 10 e 11 autos de apreensão de material, inclusive entorpecente, às tis. 12 autos de apreensão de arma e às fls. 16/17 os laudos prévios, sendo os acusados interrogados (fls. 45/46), oferecendo defesa prévia (fls. 49).

Foram inquiridas três testemunhas arroladas na denúncia (fls. 73/75), além de uma do Juízo (fls. 87) e três de defesa (fls. 88/89 e 97), anexados às fls. 101 e 104 os laudos definitivos, às fls. 77 a folha penal de 2º acusado e às fls. 79/80 o laudo de exame da arma.

A audiência de instrução e julgamento transcorreu conforme nolíciado no termo de fls. 98, pugnando o Ministério Público pela condenação dos acusados, enquanto a defesa sustenta a absolvição.

ASSIM RELATADOS, DECIDO,

No que tange ao artigo 12 da Lei 6.368/76, a materialidade do delito restou plenamente positivada não só pelos autos de apreensão de fls. 08/09, mas também pelos laudos prévios e definitivos de fls. 16/17 e 101 e 104, sendo a substância apreendida sob a guarda dos acusados entorpecente.

A autoria foi negada pelos acusados em Juízo (fls. 45/46), aduzindo o acusado Paulo Roberto que descia o morro, quando policiais chegaram atirando, tendo, então, entrado na casa do acusado Edilson, a qual estava com a porta entreaberta, enquanto Edilson dormia, negando tivesse qualquer substância em seu poder ou mesmo que material entorpecente tenha sido encontrado na casa, mencionando, ainda, ter sofrido coação física.

No mesmo sentido se apresenta a versão do acusado Edilson, o qual noticia que se encontrava em casa, dormindo, quando Paulo Roberto, a quem conhecia de vista, entrou correndo pela casa, seguido pela polícia, acordando assustado, com a entrada de Paulo Roberto, não sendo encontrado nenhum entorpecente na residência ou com os acusados, sofrendo, também, o acusado coação física na Delegacia.

Todavia, a versão negativa dos acusados quanto ao depósito do material entorpecente não encontra respaldo nas demais provas dos autos.

Assim é que as testemunhas de fls. 73/74 afirmam, de forma coerente, que, após a troca de tiros, passaram pelo barraco do acusado Edilson, o qual estava com a porta entreaberta e entraram, encontrando ali os dois acusados, e, após revista, encontraram o material entorpecente, embaixo de um armário, cerca de 101 (cento e um) "papelotes" de cocaína, admitindo os dois acusados serem "vapores" da "Boca de Fumo" existente no local, indicando eles, ainda, um outro barraco onde, mais uma vez, material entorpecente foi apreendido, além de uma arma (fls. 73/74 e autos de apreensão de fls. 09, 10 e 12).

Corroborando os depoimentos de fls. 73/74 se encontra, ainda, o da testemunha de fls. 87, policial que participou da diligência, mas não figurou na peça flagrancial (fls. 19/20), sendo mencionado pelos acusados às fls.

45/46, informando tal policial ter sido feita a apreensão do entorpecente no interior do barraco pertencente a Edilson e onde também se encontrava Paulo Roberto, sendo que este admitiu ter invadido o quarto de Edilson, já que Edilson também fazia parte da quadrilha e permitia que o material entorpecente ali ficasse guardado, informando os dois acusados aos policiais, a existência de outro barraco, onde material entorpecente e arma vieram a ser encontrados (fls. 87 e autos de apreensão de fls. 09, 10 e 12).

Saliente-se que a própria testemunha de defesa de fls. 88 afirma existir no local venda de tóxicos, pois, declarou ter visto duas moças comprarem tóxicos no local de um elemento, que alegou ser desconhecido (fls. 88). Dessa forma, inconteste é a autoria do ilícito tipificado no artigo 12 da Lei 6.368/76 pelos acusados, sob a forma de terem em depósito ou guarda entorpecente destinado a revenda, resultando isoladas as versões negativas, bem como as alegadas coações físicas.

A quantidade apreendida (cento e um "papelotes", a forma de acondicionamento e as circunstâncias da prisão (local conhecido como ponto de venda de entorpecentes — fls. 88), tornam certo que a droga se destinava ao comércio ilícito.

Comprovada, ainda, a associação delituosa permanente, prevista no artigo 14 da Lei 6.368/76, eis que os acusados pertenciam a bando organizado, destinado a tráfico ilícito de entorpecentes, tendo a função de "vapores", enquanto outros integrantes exerciam a chefia e gerenciamento (fls. 73/74 e 87), evidenciando a prova produzida ao longo da instrução criminal que, através de informações fornecidas pelos próprios acusados, outro depósito da "organização" foi localizado, onde havia mais material entorpecente e embalagens, além de uma arma (fls. 73/74, 87, autos de apreensão de fls. 09, 10 e 12 e laudos prévio e definitivo de fls. 17 e 66).

Caracterizado, portanto, o concurso formal, na forma do artigo 69 do Código Penal.

ISTO POSTO, JULGO PROCEDENTE a ação penal para condenar os acusados Paulo Roberto Jesuino Pena, vulgo "Nininho"e Edilson Calazans Silva, vulgo "Buguinho" (RG nº 7769008-9) como incursos nas sanções dos artigos 12 e 14 da Lei 6.368/76, na forma do artigo 69 do Código Penal.

Atendendo às diretrizes do artigo 59 do Código Penal, ao dolo dos acusados, sendo Edilson primário, sem antecedentes criminais (fls. 94) e Paulo Roberto presumidamente primário ante a ausência de folha penal nos autos, aos motivos, circunstâncias e conseqüências dos ilícitos (tráfico em associação e grande quantidade), fixo a pena para o delito do artigo 12 da Lei 6.368/76 em 3 (três) anos de reclusão, para cada um dos acusados, e,

igualmente, em 3 (três) anos de reclusão, para cada um dos acusados, para o delito do artigo 14 do mesmo diploma legal.

A pena final, observada a regra do concurso material, será de 6 (seis) anos de reclusão, para cada um dos acusados, a ser cumprida em regime, inicialmente, fechado.

Condeno os réus, ainda, ao pagamento da multa, que fixo, atendido o artigo 60 do Código Penal, em 50 (cinqüenta) dias-multa para o delito do artigo 12 da Lei 6.368/76 e, igualmente, em 50 (cinqüenta) dias-multa para o ilícito do artigo 14 da Lei 6.368/76, para cada um dos acusados.

A pena final será de 100 (cem) dias-multa, para cada um dos acusados, no valor mínimo legal, observado o artigo 38 e seus parágrafos da Lei 6.368/76.

Paguem os réus, ora condenados, as custas do processo, em proporção, lançando-se seus nomes no Rol dos Culpados.

Recomendem-se-os na prisão em que se encontram.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 17 de janeiro de 1991.

MARIA INÊS DA PENHA GASPAR
Juíza de Direito

Processo n° 91036

DENÚNCIA VAZIA - Desacolhimento de pedido despejo com base na denúncia vazia, lei injusta e socialmente opressora. Interpretação à luz do Art. 5° da Lei de Introdução ao Código Civil.
(Sentença do Juiz de Direito Nilton Mondego de Carvalho Lima)

Vistos, etc.

Trata-se de ação de despejo, proposta por ESPÓLIO de A. S. S. contra J. L. S. objetivando a desocupação do apartamento 301, da rua . . ., com base na DENUNCIA VAZIA, por não mais lhe convir continuar a locação, instruindo a inicial com os documentos de fls. 4 e 9.

Indeferida a inicial, projetou o autor a apelação de fls. 21 a 28, tendo a Egrégia 4ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada deste Estado, dado provimento ao recurso, através do Venerando Acórdão de fls. 41/43.

Baixados os autos, novamente, a este Juízo, ofereceu o réu a contestação, que se encontra-às fls. 62/63.

Sustenta ele a nulidade da notificação, negando vigência à denúncia vazia. Réplica às fls. 65/80.

Pelo Venerando Acórdão de fls. 93/94, foi o réu considerado revel.

É o relatório.

DECIDO:

Não obstante ter sido o réu considerado revel, as questões de direito não ficam impedidas de serem apreciadas pelo Juiz.

A preliminar de nulidade é de ser rejeitada, eis que a notificação pode ser feita extrajudicialmente.

Independentemente do entendimento, que mantenho, no sentido da extinção da denúncia vazia, inaplicável à espécie em face do Venerando Acórdão de fls. 93/94, o pedido, na hipótese, não pode ser deferido, eis que, na interpretação das leis, deve o Juiz atender aos fins sociais que elas se destinam, bem como às exigências do bem comum (artigo 5°, da Lei de Introdução ao Código Civil), valendo ressaltar, nesse particular, a magistral lição do Eminente Desembargador MARTINHO GARCEZ, inserta na Revista Trimestral de Jurisprudência do Egrégio SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, vol. 78, págs. 210/211, 1976. Não pode o locatário, dentro dessa linha de raciocínio, ser desalojado do imóvel, sem motivo concreto, o que fere os mais comesinhos princípios de direito e representa retrocesso

injustificável na sua evolução, contribuindo para o aumento da injustiça social, fato esse que clama pela sensibilidade dos Legisladores, que devem se, afastar das pressões dos poderosos grupos econômicos, comprometendo, destarte, os ideais revolucionários, que a eles, também, cabe preservar.

Relevante a posição do Ilustre JUIZ LANA CAVALCANTE, ao ressaltar que "colocar a Justiça, nessas circunstâncias, a serviço de denúncia vazia é ignorar o comando maior do artigo 5°, da Lei de Introdução ao Código Civil" (Voto vencido na apelação 83151).

Outrossim, esse eminente Juiz sustenta que se a Lei está em dissonância com o anseio social não se pode meter a jurisprudência em uma camisa de força. O JUIZ não é um autômato diante da Lei, estando longe ainda a época em que será substituído pelo famigerado computador eletrônico. No CONGRESSO NACIONAL, segundo informações, colhidas nos Jornais deste Estado, há em tramitação um projeto de Lei, regulando o inquilinato, em sua amplitude.

O retardamento, na aprovação desse projeto, desconhecidas as suas razões, somente poderá provocar o descontentamento de milhões de pessoas contra esse expediente injusto, impatriótico e anti-revolucionário.

Conforme ressaltado no "INFORME JB", de 11/05/78, o referido projeto "encalhou", no plenário, em 29 sessões, o que é absolutamente injustificável, tendo em vista o interesse social, que ele representa, quilômetros de distância acima do projeto que institui o divórcio, que embora representasse grave perigo para a família, foi aprovado em regime de urgência.

Não são coisas raras as vozes que se levantaram contra esse estado de coisas, e, recentemente, a ilustre DEPUTADA SANDRA CAVALCANTE realçou que o SISTEMA HABITACIONAL não obteve o êxito esperado. Ao contrário, quem vive o problema, como o JUIZ, verifica que são inúmeras as ações ordinárias de rescisão cumuladas com reintegração de posse, propostas pelas COOPERATIVAS HABITACIONAIS, em decorrência do inadimplemento do comprador por absoluta impossibilidade de acompanhar a correção das prestações.

Avolumam-se, por outro lado, as ações de despejo de toda a espécie, inclusive, e, principalmente, as que têm, como suporte fáctico, a falta de pagamento. Os alugueres ascenderam a índices alarmantes, acompanhando a irrealidade da valorização do imóvel, provocada por ESPECULAÇÃO DESENFREADA. Aquele que não tem casa própria (e, nessa categoria, encontra-se a maioria da população) vê-se obrigado a pagar alugueres, que ultrapassam o seu salário, sendo fácil a inferência no sentido de que não poderão cumprir o pactuado, aliando-se a isso a má fé de certas

administradoras de imóveis, sempre prontas a ma-jorarem os valores dos encargos.

As favelas proliferam, e, embora seja percebido o esforço do GOVERNO para minorar o problema, resulta infrutífero.

A Lei que instituiu a denúncia vazia (hoje revogada, segundo o pensamento isolado do Julgador) era injusta.

E, nessas circunstâncias, gerava a descrença à Lei pois aqueles que pagavam alugueres altos não compreendiam (e não poderiam compreender) porque eram despejados, quando estavam cumprindo regularmente o contrato. Ora, é preciso que o JUIZ, como MEMBRO DE UM DOS PODERES DA REPÚBLICA, evite a descrença à LEI.

ORLANDO GOMES, notável civilista pátrio, adverte que: "A injustiça social que reina neste mundo leva o homem da rua a crer que a lei se inspira na iníqua sentença segundo a qual a razão do mais forte é sempre melhor". (A CRISE DO DIREITO, volume 2, página l5, edição 1955). Acusou-se o Governo, em épocas passadas, de seguir linha paternalista em relação ao problema do Inquilinato.

Todavia, é ainda o emitente ORLANDO GOMES, na obra citada, quem esclarece, referindo-se genericamente à Lei:

"A orientação paternalista, que vem seguindo, não conseguiu restituir às grandes massas a fé no direito (página 15)", acrescentando que "interesses fundamentais de muitos milhões de seres chocam-se contra o texto frio de normas jurídicas que condensam a força de um regime social rigidamente hierarquizado (página 16)."

Com o advento da Lei 5334/67, foi abandonado o regime paternalista, para a adoção de outro eminentemente agressivo aos interesses de milhões de pessoas, em favor de uma minoria poderosa, que tomou de assalto a construção civil, criando o Legislador o "monstro" da denúncia vazia.

Passou-se de um regime paternalista para outro opressivo. É certo que há casos que merecem atenção especial do Juiz, que revelam situações excepcionais em que o locador fica em situação de inferioridade.

Todavia, tais situações poderiam ser previstas se, em assunto de tamanha importância, os Juízes fossem ouvidos, quando da elaboração da lei, afastados que estão os tecnocratas da realidade social e que não encaram, dia a dia, as faces aflitas daqueles que a Lei concede dez dias, para a desocupação do imóvel e que comparecem ao Gabinete do Magistrado, rogando mais dez dias de prorrogação na esperança que um milagre aconteça.

Ora, consoante o Juiz VIEIRA FERREIRA NETTO, "é preciso respeitar a lei (vide L Donnat, LOIS ET MOEURS REPUBLICAINS, p. 5). Se abusiva, segue-se, em regra, uma natural reação da sociedade. LEX INJUSTA NON EST LEX" (Introdução à Ciência do Direito, página 120).

Sem sombra de dúvida, a Lei 5334/67 era injusta, e, como tal, não era Lei, sendo por essa razão derrogada, em que pesem as respeitáveis opiniões em sentido contrário.

BENJAMIN N. CARDOZO doutrina que:

"Hoje, uma grande escola de juristas continentais bate-se por liberdade ainda mais extensa de adaptação e interpretação. A lei, dizem, é frequentemente fragmentária, impensada e injusta. O Juiz, como intérprete do sentimento do direito e da ordem da comunidade, deve suprir as omissões, corrigir as incertezas e harmonizar os resultados com a Justiça, por meio do método de livre decisão "libre recherch scientifique". Este é o ponto de vista de Gény, Ehrlich, Gmelin e outros (7). Os Tribunais devem buscar esclarecimentos entre os elementos sociais de toda a espécie, as forças vivas atrás dos fatos com que se relacionam (8). O poder colocado em suas mãos é grande e está sujeito, como todo poder, ao abuso; mas não podemos recuar e deixar de concedê-lo. Diuturnamente, "a única garantia de Justiça, é, diz EHRLICH (9), a personalidade do Juiz." As mesmas questões de método, os mesmos contrastes entre a letra e o espírito, são problemas vivos em nosso país e em nosso direito. Hoje, sobretudo no campo do Direito Constitucional, o método de livre decisão tornou-se, penso eu dominante." (A Natureza do Processo e a Evolução do Direito. Ed. 1956. Trad. Leda Boechat Rodrigues, página 4).

Mais adiante, esclarece o citado autor (pág. 7), referindo-se ao Juiz:

"Ele é o veículo vivo do Direito", na brilhante frase de Blackstone, acrescentando ainda que "Cada caso novo é uma experiência; e se as regras aceitas, provavelmente aplicáveis, conduzem a resultado que se sente injusto, a regra é reconsiderada. Pode não ser modificada imeditamente, pois a tentativa de fazer absoluta Justiça em cada caso concreto tornaria impossível o desenvolvimento e a manutenção de regras gerais; mas se continua a produzir injustiças, será eventualmente reformulada. Os princípios, estes são continuamente reexaminados; pois se as regras derivadas de um pricípio não estiverem dando bons resultados, ele próprio deverá, em última análise, ser reexaminado."

Dentro dessa linha de raciocínio, dentro do comando do artigo 5°, da Lei de Introdução ao Código Civil, não pode o Juiz deixar de atender aos

fins sociais a que a Lei se destina.

OLIVEIRA FILHO ensina que a Lei, como instrumento flexível, pode ser adaptada, "Com o devido critério, aos litígios jurídicos, e atendendo, para supri-la, em suas deficiências, às realidades da vida" (Direito Teórico, pág. 20, 1936). Comentando o artigo 5°, da Lei de Introdução ao Código Civil, o Eminente Desembargador OSCAR TENÓRIO esclarece que:

"O mérito da doutrina aceita pela Lei de Introdução, a contrabalançar o inconveniente de uma concepção incerta, é de considerar a lei como realidade viva, variável com as condições de cada época e de cada meio, libertando o Juiz da servidão da letra da norma. Na falta de uma conceituação legal do fim social da lei cabe ao intérprete em cada caso, ver se a norma a aplicar atende o fim social. Anticonceitual o critério, por força do empirismo que o domina" (Lei de Introdução do Código Civil Brasileiro, página 166, 2ª edição, 1955).

É obvio que, ainda que não tivesse sido derrogada, a Lei 5334/67 não atenderia ao fins sociais, com o que não estaria o Juiz adstrito à sua tetra fria, na aplicação de seus princípios.

JEAN CRUET, em obra clássica, doutrina que:

"O respeito absoluto das regras do direito consagrado é para o Magistrado a primeira das virtudes profissionais; por isso é que o traço característico da jurisprudência, considerada como fonte de direito, é colocar quanto possível as mais arrojadas das suas inovações sob o pavilhão regular da Lei ou do costume.

Este respeito nominal tem por fim salvaguardar a autoridade moral do direito consagrado sem todavia impedir a adaptação progressiva das suas fórmulas às instantes necessidades da evolução social." (A VIDA DO DIREITO E A INUTILIDADE DAS LEIS, Ed. 1908).

Mais adiante afirma o citado Mestre:

"É por isso que a "Lei feita pelo Juiz", segundo expressão inglesa, apresenta um caráter eminentemente científico: uma compilação de arestos é uma coleção de experiências jurídicas, sem cessar, renovadas, em que se pode colher ao vivo a reação dos fatos sobre as leis. Explica-se assim que a ação inovadora da jurisprudência comece sempre a fazer-se sentir nos Tribunais inferiores: vêem estes mais perto os interesses e os desejos dos que recorrem à Justiça: uma jurisdição demasiada elevada não é apta a perceber rápida e nitidamente a corrente das realidades sociais. A lei vem de cima; as boas jurisprudências fazem-se em baixo" (Obr. cit. p. 77).

Os Juízes não podem ficar insensíveis à realidade social, eis que os despejos em massa ferem profundamente os fins sociais da lei.

Fechar os olhos para o problema e atribuir a culpa ao Legislador é contribuir para o desrespeito ao comando do artigo 5° da Lei de Introdução. Essa não é a função da jurisprudência, que deve se rebelar contra a "LEX INJUSTA".

Nem se argumente com casos excepcionais de pessoas que vivem de rendimentos de um único imóvel e outros semelhantes.

À lei deve ser elástica para possibilitar ao Juiz, ampliando os casos de retomada motivada, em cada caso, decretar o despejo.

As exceções não podem justificar a regra geral de despejos imotivados, para satisfazer interesses mesquinhos de poderosos grupos econômicos, que exigem a persistência da denúncia vazia.

Como muito bem salientou o Juiz MARCO RAMAT, em tese apresentada no 5° CONGRESSO INTERNACIONAL DE MAGISTRADOS, realizado em FLORENÇA, na Itália, em outubro de 1974, do qual tivemos a honra de participar a convite do inesquecível Desembargador NELSON RIBEIRO ALVES: "Il en est de même dans d'autres secteurs, comme les locations, 1'indemnisation du dommage à la personne, les rapports entre autorité et liberté, dans chacune desquelles se présente le conflit profond entre chose-proprété-argent-pouvoir d'un côté, et homme-personne-dignité-liberté de l'autre. Par exemple, unejuris-prudence qui, dans le conflit entre propriétaire et locataíre n'oublie pás que si le premier a de son cèté le droit de propriété et le droit de crédit, le second in-carne dans l'habitation une condition de vie essentielle à sa personnalité et à celle de ses parents, et que s'il la perd, le préjudice porte sur ces valeurs" (Personne et non pas chose: Pour l'effectivité du droit à la vie privée - MARCO RAMAT - JUGE DU TRAVAIL À FIRENZE).

O direito de propriedade está (e sempre foi e será) protegido pelas retomadas motivadas, sendo que o de crédito pode facilmente ser resolvido com a livre contratação e a aplicação dos índices das Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional.

A aplicação da denúncia vazia constitui mesmo despersonalização do homem, com graves reflexos sobre sua família e sobre si mesmo.

Corrigindo-se os alugueres e aumentando-se os casos de despejos motivados, a questão pode ser, facilmente, solucionada, com o reestabelecimento do equilíbrio entre locador e locatário, sem qualquer projeção sobre a injustiça social, que se tem procurado evitar, embora com medidas que não têm alcançado os seus reais objetivos.

Isto posto, considerando o mais que dos autos consta, JULGO, com base no artigo 5° da Lei de Introdução ao Código Civil, IMPROCEDENTE A AÇÃO, condenando o autor no pagamento das custas e honorários advocatícios, que fixo, moderadamente, em 10% sobre o valor da causa. P.R.I.

Rio de Janeiro, de de 1978.

NILTON MONDEGO DE CARVALHO LIMA
Juiz de Direito

27ª Vara Criminal
da Capital
Proc. 46.844

CRIME DE IMPRENSA — Difamação e injúria. Inteligência dos Arts. 21 e 22 c/c 23, II da Lei 5.250/67. Artigos publicados em jornal. Conflito entre a honra pessoal e a liberdade de informar.
(Sentença da Juíza Nilza Bitar)

BARTOLOMEU BRITO DE SOUZA, qualificado às fls. 55, está sendo processado como incurso nas penas dos artigos 21 e 22 c/c 23, II, da Lei 5.250/67, pela prática do fato delituoso seguinte:

> "O acusado, como colunista do Jornal do Brasil, escreveu um artigo no l.° caderno da 1ª seção de domingo — 11 de outubro de 1981, sob o título "Ex detetive escolhia albergados", o que já é um fato ofensivo à reputação do querelante, como titular da Vara de Execuções Criminais. Afirma, na sua coluna, que as remoções tinham autorização do *Juiz Francisco Horta*, e inclui entre os beneficiados com a prisão albergue "o maior ladrão de carros do Brasil *José Carlos Carvalho*, o *Carlinhos Gordo*". Diz ainda que "há informações de que havia uma caixinha na Vara de Execuções Criminais controlada por *Mariel Mariscott*, para atender a presos de boa situação financeira, que desejavam obter benefícios ou prisão albergue" terminando com a frase "o interno do DESIPE que tiver dinheiro tem de tudo, o que não tem, não cai nas graças da Vara de Execuções Criminais". Dada a conexão de injúrias e difamações, como a situação do querelante Juiz de Direito, impõe-se o agravamento da pena, contra funcionário público, em razão de sua função. "

A denúncia veio instruída com a representação formulada à Procuradoria Geral da Justiça do Estado e a matéria publicada com a assinatura do acusado.

Citado, o réu apresentou, por seu ilustre patrono, as alegações preliminares de fls. 27/42.

Recebida a denúncia, fls. 44, qualificou-se o réu (fls. 55).

Ouviram-se as testemunhas de fls. 71, 124/131 e 134/143.

Alegações finais, pela Promotoria de Justiça, às fls. 145/148, Pelo assistente de acusação, às fls. 151/176. Pela Defesa, às fls. 179/185.

É o relatório.

Tenho os autos prontos para decidir.

A nulidade argüida pela Defesa, decorrente da falta de intimação do

ilustre Defensor do réu para a audiência em que foi ouvida, em Curitiba, a testemunha de fls. 71, não merece acolhimento, uma vez que não constitui nulidade absoluta. Nesse sentido vale a pena se transcrever a Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal:

> "No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só anulará se houver prova de prejuízo para o réu."

O ilustre Defensor do acusado não demonstrou esse prejuízo e o depoimento dessa testemunha em nenhum momento se refere aos fatos delituosos imputados ao jornalista.

Salvo os casos de ataques grosseiros à honra alheia, própria de uma modalidade de jornalismo já em desuso entre nós, o panfletário, não constitui tarefa simples e fácil ao julgador, diferençar num escrito o *animus narrandi* do *animus injuriandi vel dijfamandi*.

No caso dos presentes autos, em torno da morte do famigerado ex-policial Mariel Mariscott, o jornalista acusado, narrando uma série de ações que ele teria praticado, envolveu a Vara de Execuções Criminais e o seu titular à época, o ilustre, culto e honrado Juiz Francisco Horta.

Inteligência das mais vigorosas que passaram pela Magistratura do Estado, emérito professor de Direito e, acima de tudo, figura com uma capacidade infinita de produzir inquietações, pelo amor e dedicação a toda causa que abraça, não é de estranhar seja aquele magistrado homem invejado de uns, admirado de outros, numa palavra, discutido de todos.

Sentindo-se ofendido na sua honra com a reportagem assinada pelo acusado e publicada no Jornal do Brasil, contra ele representou junto à Procuradoria Geral da Justiça, o que motivou a denúncia recebida.

Logo nas alegações preliminares de defesa, ressaltou o ilustre Defensor do jornalista acusado que:

> "Quanto à figura do Juiz Francisco Horta, tem relevo no escrito jornalístico exclusivamente na condição de Magistrado, nunca como coadjuvante das ações de Mariel, surgindo-lhe o nome como sendo quem efetivamente autorizava as remoções, fatos pertinentes à sua atribuição legal e que não constituem nenhum segredo. Por outro lado, a imputação do funcionário do Desipe ao final da matéria, trata-se de transcrição da opinião de pessoa que não queria se identificar nominalmente, inexistindo naquele enfoque qualquer consideração pessoal do noticiarista." (fls. 33).

Efetivamente, lendo-se a reportagem, nela não existe nenhum ataque ao magistrado. A pessoa visada frontalmenle foi o ex-policial Mariel Mariscott. Verdadeiras ou não as denúncias, há que se levar em conta que o jornalista, no exercício da profissão, cuidou de narrar, de informar aos leitores fatos que lhe vieram ao conhecimento. Note-se que outro jornalista, a testemunha Albeniza Garcia, depondo em Juízo, declarou textual que:

> "No dia em que o acusado recebeu as informações que geraram a reportagem, objeto da ação, a depoente também as recebeu; que escreveu uma matéria que só não saiu publicada, acredita a depoente, porque o "O Globo" roda mais cedo e a depoente a entregou mais tarde; que a fonte da informação era uma pessoa absolutamente de confiança e ninguém duvidou dela, mesmo porque os comentários entre presos, advogados e de quantos frequentavam a Vara de Execuções era de que, realmente, havia muita irregularidade na Vara e que o Mariel comandava aquilo lá" (fls. 134).

Note-se que também a testemunha de defesa Dr. Renné Ariel Dotti, discorrendo sobre o brilhante desempenho do Juiz Francisco Horta à frente da Vara de Execuções, relata que o mesmo:

> ". . . manifestou as suas graves preocupações com a falta de meios materiais e humanos para selecionar e efetivamente integrar servidores para a Vara de Execuções Criminais; que muitas vezes tinha os serviços atendidos por presidiários em regime de semiliberdade ou egressos, numa distorção que somente seria compreensível se ao Estado fosse dado o direito de ignorar a crise do sistema e continuar usando a mão-de-obra gratuita como ainda é, infelizmente, a mão-de-obra do presidiário, um verdadeiro escravo de todas as cores de um colonianismo ainda existente", (fls. 71).

Ora, como já se acentuou, inexiste na reportagem objeto desta ação penal uma ofensa direta ao Juiz Francisco Horta. É possível que o jornalista acusado não integre a legião de admiradores do Dr. Francisco Horta, fazendo parte da que, gratuitamente, não via com bons olhos a atuação dinâmica, inovadora, à frente daquele Juízo. E por isso talvez sibilinamente quisesse atingi-lo, citando-lhe o nome em meio às denúncias que divulgou, e reproduzindo conceito desfavorável de um funcionário do Desipe. Mas aí está-se, apenas, no âmbito das conjeturas. E o Direito Penal lida com fatos.

O certo é que, num exame cuidadoso da matéria assinada pelo jornalista,

não se extrai nenhuma ofensa direta contra a honra do Juiz Francisco Horta.

Tanto é assim que a ilustre representante do Ministério Público parte de excertos da reportagem, tirados de vários periódicos, para reuni-los num todo e daí extrair as conclusões.

Quando muito, se houve de parte do jornalista acusado a intenção de ofender o ilustre Magistrado, teriam sido ofensas equívocas, encobertas, com alusões veladas ou referências dissimuladas.

Nesse caso, fica difícil ao Julgador dirimir a dúvida em torno do verdadeiro "animus" do agente. Bem por isso, a Lei de Imprensa faculta à pessoa que se julga ofendida o direito de pedir explicações em Juízo (artigo 25).

Ao contrário da tese bem posta pelo ilustre advogado do ofendido, defendendo ser suficiente o dolo genérico para a configuração dos delitos contra a honra, estou em que torna-se indispensável o dolo específico, ou seja, a consciência e vontade de ofender a honra alheia.

Em apoio a esse entendimento vale aqui transcrever acórdão da 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal, no H.C. 44.228, em que o então Ministro Evandro Lins e Silva, citando Alberto Borciani, afirmou:

> "O crime contra a honra, em todas as suas modalidades, não pode existir senão com o dolo que lhe é inerente, isto é, com a vontade consciente de ofender a honra e a dignidade alheias. " (*In* — Revista de Direito Penal, n.° 2, pág. 126).

Acresça-se a tudo isso que o exercício da atividade jornalística, o dever de informar ao público, acha-se sempre ladeado, senão perseguido, pela premência do tempo. Daí, muita vez, o profissional de imprensa se vê constrangido a publicar notícias, sem que possa checar a sua veracidade a fundo.

A propósito, recorde-se a resposta do velho e saudoso jornalista Santacruz Lima, quando o acusaram, certa feita, da publicação de uma notícia que não espelhava toda a verdade dos fatos: "Eu não faço História, dou notícias".

Por tudo isso, entendo que os delitos atribuídos na denúncia ao jornalista acusado não restaram provados.

O "animus narrandi" no seu escrito é de uma evidência à toda prova.

O saudoso criminalista Serrano Neves — subscritor da representação que deu origem à denúncia — no seu livro O Direito de Imprensa. Ed. 1977, págs. 201 e seguintes mostra como as notícias, comentários e reportagens dos jornais, mesmo contendo, às vezes, ênfase indesejável ou algumas inexatidões, são lícitas porque revelam muito mais o ''animus narrandi",

excludente do “animus injuriandi vel diffamandi”:

> “Simplesmente há muita diferença entre o boquirroto da esquina e o profissional da pena. O primeiro fala por falar, sem motivação, sem necessidade, sem outro “animus ”; portanto. Já o jornalista noticia, sob coação da urgência, fatos que lhe chegam ao conhecimento, de interesse social, que nem sempre podem ser apurados convenientemente. Aqui, portanto, o “jus narrandi”, somado à exigência pública do noticiário, neutraliza, em quase todos os casos, o “animus injuriandi vel diffamandi”. Demais disso, na época atual (dinâmica, nervosa e apressada), é justo reconhecer-se, no jornalista, a presunção de boa-fé. Quase sempre, o que impulsiona o jornalista é a necessidade, o dever de noticiar. Ora, se assim é (e está demonstrado que quase sempre isso se dá), é mais que justa a admissão da neutralização do “animus injuriandi vel diffamandi” pela prevalência do “animus narrandi”. Há fatos que, por sua natureza, já são escandalosos e, por consequência, desprimorosos para quem os vive. Ora, se é função da imprensa a informação (a narração), não se poderia pretender efeitos de Direito Penal sobre a notícia de tal gênero, pois aí se vislumbraria apenas o “jus narrandi”. Existe, inquestionavelmente, um interesse público, que reclama da imprensa, instantaneamente, notícias, informações, opiniões, exposições, etc. E é, em regra, com a atenção voltada sobre essa exigência que a imprensa se realiza. O interesse público antecede a elaboração da notícia jornalística. E a verdade é que o povo tem o direito de reclamar informes sobre tudo o que ocorre no meio em que vive. Quer saber das más ações, dos escândalos, dos crimes, porque, assim, está se defendendo, prevenindo-se contra o risco de contágio. Como vimos, o noticiário da imprensa, em tese, está sob proteção, quer da compreensível teoria do “animus narrandi ”, quer do instituto da “bona fides”.

Diante do exposto e do mais que dos autos consta, julgo improcedente a denúncia e absolvo o réu Bartolomeu Brito de Souza da acusação que lhe foi feita, com fulcro no artigo 386, item III, do Código de Processo Penal.

Sem custas.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 01 de setembro de 1983.

NILZA BITAR
Juíza de Direito

4ª VARA CRIMINAL DA JUSTIÇA FEDERAL
Rio de Janeiro — RJ
Processo nº 86.9564.4

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTOS PARA AVERBAÇÃO DE IMÓVEL — Condenação dos réus e declaração da pretensão punitiva pela prescrição.
(Sentença da Juíza de Direito Nizete Antônia Lobato Rodrigues)

Vistos etc.

I.

JAIME DE OLIVEIRA COSTA e DELFIM FERNANDES, qualificados às fls. 99 e 106, foram denunciados como incursos nas sanções dos arts. 304 e 17l, ambos do C. Penal, porque, em 06 Agosto 84, utilizaram de falsa CND para averbar imóvel de propriedade de ambos.

Instruiu a inicial o IP nº B. 305/87, de fls. 2-A/128, dele constando a CND falsa (fls. 74), folhas penais, com registros (fls. 124/125, 122/123), e laudo pericial (fls. 120/121).

Recebida a denúncia, em 23. Nov. 88, foram os réus interrogados (Cf. fls. 132/133, 134/135). Defesas prévias (Cf. fls. 144/145, 137/138).

Sumário da acusação às fls. 156/158. Sem provas orais a serem produzidas pela defesa, e nada requerido em diligências, ofereceram as partes suas alegações finais.

O Ministério Público Federal, dizendo provadas autoria e materialidade, pediu a condenação dos réus. A defesa de JAIME, reportando-se ao interrogatório, sustenta não ter concorrido para a infração penal. A de DELFIM, afirma que confiou a despachante a documentação de licença para construção: Ambos pleitearam a absolvição. Este é o relatório. Passo a decidir:

II.

Diante da fraude, sobretudo em nosso país, que se infiltra por todo o tecido social, a nossa reação primeira é obter uma punição exemplar do agente. Discute-se mesmo a necessidade de uma revisão legislativa para agravar-se inúmeros tipos penais. O juiz, entretanto, enquanto órgão operador do direito e elemento de ligação necessário entre os indivíduos e o Estado, no sentido de dar concretude a direitos e garantias, há de ater-se nos limites da ordem jurídica instituída, obediente aos princípios, alguns seculares, que a informam.

Os dispositivos dos arts. 297 e 299 do Código Penal, a exemplo, devem ser considerados em harmonia com o art. 301 e seu § 1°, que definem como

crime especial a falsidade, ideológica ou material, cometida em certidão ou atestado proveniente dos serviços do Estado.

Na lição de SYLVIO DO AMARAL, o campo de aplicação do art. 297 e do art. 299 (este, no que tange aos documentos públicos) limite-se àqueles documentos emitidos pelos órgãos da administração pública, que não caibam dentro dos conceitos de atestado e certidão (*in Falsidade Documental*, Ed. Revista dos Tribunais, 1989, p. 113).

Esse jurista define certidão (ou certificado) como o instrumento pelo qual o funcionário, no exercício de sua função, e fundado em documento guardado pelo Estado, afirma a veracidade do fato comprovado por esse documento, ou, em outra hipótese, transcreve o seu teor, total ou parcialmente (cf. ob. cit. p. 114).

E comenta:

"por causa, certamente, da benignidade das penas fixadas para o crime (refere-se ao art. 301 e § 1º), em contraste com a gravidade das cominadas ao falso em documento público comum (refere-se ao art. 297), a jurisprudência tem classificado nesses dispositivos casos que, evidentemente, neles não podiam caber"(cf. pg. 118).

Ora, a tipicidade do crime de falso não se conceitua através da maior ou menor gravidade do fato. Ou o caso é de documento público comum (arts. 297 ou 299) ou é de atestado ou certidão (art. 301 § lº), aquele jamais podendo transformar-se neste ou este naquele.

Como é sabido, *lex especialis derogat generalis*: quando o caso concreto cabe indistintamente dentro dos contornos do art. 297 e do art. 301 § lº, esta é a norma aplicável.

Cuida-se, no caso dos autos, de uso de Certidão Negativa de Débito, com o fim de averbar construção no Registro de Imóveis.

Evidentemente, não se pode cogitar aqui de estelionato, porquanto a característica essencial do delito é o engano, mercê do qual a vítima é induzida a executar um ato, positivo ou negativo, que importa numa diminuição de seu patrimônio e em proveito do agente ou de terceiros (*in* ANTOLISEI. *Manuale di Diritto Penale*, "*parte speciale*", p. 277).

Nesse mesmo sentido, PAULO JOSÉ DA COSTA JR. esclarece que no estelionato,

"o agente, mediante artifícios e ardis, consegue obter que a *vítima se prejudique a si própria,* entregando o objeto, assumindo obrigação, renunciando a direitos, prejudicando seu patrimônio em benefício de terceiros, ou do agente" *(in Comentários ao Código Penal,* Ed. Saraiva, 1989, p. 266).

E acrescenta:

"o delito de estelionato apresenta uma certa afinidade com o de extorsão, pois em ambos é a vítima quem se despoja de seus haveres, consentindo em dispor de seu patrimônio"(cf. ob. cit., p. 267).

Na hipótese vertente, a vítima do engano foi o Oficial do Registro, em prejuízo do controle de créditos do INSS. Não, e isso é preciso que se observe, em prejuízo patrimonial direto do INSS.

Daí porque esse órgão vem promovendo tão-só a anulação dos atos praticados nos cartórios com as CND's falsas e efetivando a notícia-crime, conquanto tenha reconhecido, em inúmeros casos, que as falsificações são grosseiras (cf. fls. 10).

Deveras, não há prejuízo patrimonial a ser ressarcido junto ao atual INSS. No mais das vezes, a falsidade ideológica é perpetrada por despachantes, em detrimento dos proprietários de imóveis (crime que a denúncia não descreve *quantum satis*).

A meu aviso, o enquadramento do uso da CND nos tipos dos arts. 304, combinado com o art. 301, §§ 1º e 2°, resiste às mais acirradas críticas desferidas contra a aplicação irrestrita de tais dispositivos. Senão vejamos:

HELENO FRAGOSO ensina que

"a materialidade do fato consiste em atestar ou certificar falsamente fato ou circunstância que habilite alguém a obter *qualquer vantagem de caráter público*" (*in Lições de Direito Penal*, vol. 2, Ed. Forense, 1988, p. 370).

Á sua vez, diz NELSON HUNGRIA:

"o fato ou circunstância que se atesta ou certifica deve ser inerente ou atinente à pessoa a quem se destine o atestado ou certidão e condicionante da obtenção de um benefício de ordem ou caráter público" (*in Comentários ao Código Penal*, vol. IX, Forense, 1959, p. 22).

Analisando o tipo, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo decidiu que o fato ou circunstância deve ser atinente à pessoa a quem se destina a certidão ou atestado e visar a benefício de caráter público (*RT* 536/287).

Examine-se, a propósito, a CND de fls. 74. Além de registrar o nome do contribuinte usuário e do logradouro, ressalva que a finalidade da certidão é única e exclusivamente para averbação do imóvel nela identificado (vantagem de caráter público), permanecendo com o IAPAS o direito de cobrar qualquer importância que venha a ser considerada devida.

A pretensão punitiva não pode se estribar num sentimento de justiça, mas sim partir da legalidade dos tipos penais que se pressupõe justos.

É preciso não olvidar que no direito penal, ao contrário do civil, não

há campo para os princípios gerais (boa-fé, analogia, eqüidade, etc). A legalidade e a justiça são indissociáveis do tipo e nisto reside o direito e a garantia do indivíduo (CF, art. 5º, XXXIX e CP. art. 1º).

Isso é tão sério que toda construção analógica no direito penal é sempre *in honam partem*, ou seja, a favor da liberdade, e nunca contra ela.

Noutro aspecto, a demora na apuração do fato não pode se constituir em argumento para a agravação da pena, tangido pela idéia da prescrição. O certo é que se agilize a apuração para que o tempo da pena cominada não seja inutilizado pela prescrição, até porque, para a doutrina penal moderna, a maior quantidade da pena nunca foi fator de desestímulo à criminalidade. O que estimula a criminalidade é o sentimento de impunidade. Por isso que todos os esforços da sociedade devem ser no sentido de agilizar a investigação criminal, com elementos idôneos de prova, de sorte a facilitar a tarefa do juiz e tornar efetiva a aplicação da lei penal.

III

DISPOSITIVO

Por tais motivos, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva, para condenar JAIME DE OLIVEIRA COSTA e DELFIM FERNANDES, como incursos nas penas do art. 304 c.c o art. 301. § lº, do C. Penal.

Ambos são tecnicamente primários. Fixolhes, pois, as penas bases, privativa da liberdade e pecuniária, nos mínimos legais: 1 (um ano) de detenção, que torno definitiva, à ausência de outras causas de aumento ou de diminuição.

Malgrado, reconheço que entre a época dos fatos — 06 agosto 84 (fls. 73) — e o recebimento da denúncia — 23 nov. 88 — existe um hiato temporal superior a quatro anos. Destarte, tendo em vista o disposto no C. Penal, art. 109, V. c.c o art. 110 e seus parágrafos, transitada em julgado esta para a acusação, declaro, desde já, prescrita a pretensão punitiva do crime praticado por JAIME DE OLIVEIRA COSTA e DELFIM FERNANDES, *ipso facto*, extinta a pena imposta.

Sem custas.

Anote-se e comunique-se.

P.R.I. e Arquive-se.

Rio de Janeiro, 26 de junho de 1992

NIZETE ANTÔNIA LOBATO RODRIGUES
Juíza Federal da 4ª Vara

10ª VARA CÍVEL
Rio de Janeiro - RJ
Proc 18 990

AÇÃO ORDINÁRIA — DECLARATÓRIA — Negócio jurídico — Reconhecimento de existência, validade e eficácia do contrato assinado pelas partes no período compreendido entre a data de sua emissão e o término do prazo de trinta dias concedido na notificação premonitória e resilitória do negócio jurídico.
(Sentença do Juiz de Direito Roberto de Abreu e Silva)

Vistos etc.

JOSÉ ROBERTO GAMA DE OLIVEIRA, propõe a presente AÇÃO em face de JOSÉ DE MORAES CORREIA NETO, objetivando a declaração de nulidade ou extinção da relação jurídica que se pretendeu estabelecer no contrato de fls. 24, firmado pelas partes em litigio, em 05 de agosto de 1992, no sentido do réu prestar, assessoria ao autor nas renovações de contratos, ou vendas de atestados liberatórios, bem como nos contratos de Publicidades e Promoções que envolvessem o autor, pagando este, 20% de toda e qualquer importância recebida, ao réu, não havendo data limite para o vencimento do contrato, constando ainda, cláusula de irretratabilidade e irrevogabilidade, incompatíveis com a locação de serviços, no entender do autor.

Assevera, em síntese, que:

1 — o réu de posse do contrato passou a fazer uso dele em seu interesse, e, ainda, da imagem do autor, em campanha política, sem sua autorização;

2 — o réu, eleito vereador, tornou-se impossível a prestação de serviços, por sua dedicação por tempo integral à função pública do Poder Legislativo do Município;

3 — apesar de inúmeros vícios que contaminaram o contrato, com erro e simulação, tentou-se rescindi-lo, amigavelmente, sem êxito;

4 — o contrato é de natureza gratuita para o réu, que não se obrigou a prestar serviços, arvorando-se em assessor, ajuda desnecessária nas contratações;

5 — o contrato é nulo e ineficaz por infringir o artigo 74 do Decreto nº 80.228 de 25.08.77, que regulamentou a Lei 6.251/75;

6 — a relação jurídica do contrato referido, tornou-se extinta na denúncia feita pelo autor por meio de notificação recebida pelo Suplicado, em 14 de

janeiro de 1993, com a concessão de um aviso prévio de 30 dias, expirado em 13 de janeiro de 1993, com o desfazimento do vínculo contratual, nos termos do artigo 1.221 do Código Civil.

Pugna pela declaração de nulidade ou extinção do contrato, decretando a ineficácia da relação jurídica que se pretendeu nele estabelecer, mais aplicação do princípio da sucumbência.

Instrui a inicial com documentos de fls. 07/12.

O réu, regularmente citado, ofereceu CONTESTAÇÃO, às fls, 38/50, escoltada com os documentos de fls. 51/55, resistindo à pretensão do autor com os fundamentos seguintes:

1 — descabimento da ação declaratória por inexistência de incerteza sobre e a relação jurídica, que constitui objeto da demanda, faltando-lhe o interesse de agir, legitimidade "ad causam" e possibilidade jurídica do pedido.

2 — sustenta que as partes firmaram um contrato, objeto lícito, e, o inconformismo com o pacto estipulado pode ser rescindido em ação e via próprias.

3 — Assevera que, a alegada extinção do contrato pela notificação que lhe foi dirigida, não tem validade e eficácia pelo contraprotesto, que lhe foi endereçado, alertando que a cláusula de irrevogabilidade e irretratabilidade do negócio, vincula, indefinidamente, os contratantes, somente podendo ocorrer rescisão do contrato por justa causa.

4 — Esclarece o réu, em sua defesa, que não há qualquer transgressão ao comando legal, que se insculpiu no artigo 74 do Decreto 80.228/77, que regulamentou a Lei 6.251/75.

Pugna, a final, pela extinção do processo, por carência da ação ou improcedência do pedido da inicial, se apreciado o mérito da questão, com aplicação do princípio da sucumbência.

O réu apresentou RECONVENÇÃO, às fls. 20/22, instruída com os documentos de fls. 20/36. objetivando a condenação do autor a lhe pagar as importâncias devidas, a serem apuradas em execução, nos termos do contrato.

O juiz titular da 10ª Vara Civil, à época, Dr. Carlos André de Costa Guerra, declarou seu impedimento nos autos, às fls. 56 pelos motivos expressos na decisão, passando-o ao juiz tabelar em exercício na 11ª Vara Civil, Dr. Roberto de Almeida Ribeiro.

O auto-reconvindo apresentou resposta à reconvenção, às fls. 58/61, sustentando a inexistência de nexo entre o pedido contraposto e o da inicial. Sustenta ainda que o réu-reconvinte não aponta os serviços de

assessoramentos que teriam sido por ele prestados, além de não esclarecer quais créditos que pretende receber.

Réplica do autor, às fls. 63/72, contrapondo os argumentos do réu e ratificando os termos e fundamentos jurídicos da inicial.

Réplica do réu-reconvinte, às fls. 70/80, ratificando os termos da sua peça reconvencional.

Saneador proferido, pelo juízo, às fls. 84, transferindo a decisão sobre as preliminares para a fase processual da sentença.

Na audiência de fls. 104/113 foram ouvidos o autor, em depoimento pessoal, e quatro testemunhas apresentadas pelo réu-reconvinte, em laudas separadas.

Em seguida, as partes apresentaram suas razões finais, por escrito, nos memoriais de fls. 115/120, 122/138, com os documentos de fls. 139/156, respectivamente, autor e réu, com pronunciamento do autor sobre os documentos novos, às fls. 160/161.

O Juízo monocrático, em sua r. sentença de fls. 163/170, julgou o autor carecedor de ação, indeferindo a reconvenção, por inépcia. Entendeu o ilustre magistrado, ser incabível a ação declaratória. No presente caso, por destinar-se ao acertamento de relações jurídicas e não à rescisão do contrato por vício de ato jurídico, próprio de pedido em ação de rescisão, que tem a natureza jurídica constitutiva negativa.

A egrégia 1ª Câmara Cível no r. acórdão de fls. 212/223, deu provimento à apelação do autor para anular a sentença , julgando prejudicada a apelação do réu-reconvinte. Vencido ficou o ilustre Des. Pedro Américo Rios Gonçalves, que confirmava a r. sentença.

O réu interpôs Embargos Infringentes, com base no voto vencido, que no v. acórdão, de fls. 250/251, do 3° Grupo de Câmaras Cíveis, entendeu em anular a sentença do Juízo monocrático. por ser cabível a ação declaratória, no presente caso, para fins de decisão de mérito da lide, em dois pontos controvertidos:

> *"1 — Ser ou não ato nulo, por contrariar a Lei 6.251/76 e o seu Decreto regulamentador, que se alega não permitirem intermediação remunerada;*
>
> *2 — Dever ou não ser declarada extinta a relação jurídica, que seria um contrato de prestação de serviços sem prazo determinado, em face da notificação realizada".*

O Dr. Juiz prolator da r. sentença, no primeiro grau, declarou seu

impedimento, por motivo de foro íntimo, às fls. 255, desvinculando-se do julgamento, com a remessa dos autos a este juiz titular, da 10ª Vara Cível, que por esse motivo, passou a ser competente para o desate da lide nestes autos.

É O RELATÓRIO — DECIDO

Presentes estão os pressupostos processuais e condições da ação declaratória, para fins de decisão do mérito, conforme entendimento deste juízo em alinhamento com o julgado no v. acórdão do 3° Grupo de Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, eis que as partes estão bem representadas e são legítimas, havendo interesses dos litigantes a resguardar a possibilidade jurídica do pedido.

A peça reconvencional, embora não seja um primor, como censurou o eminente Des. Pedro Américo Rios Gonçalves, na respeitável declaração do voto vencido, às fls. 224/227, permite identificar-se o pedido genérico do réu-reconvinte no sentido de "*condenar o recorrido a pagar ao reconvinte as importâncias que lhe são devidas, a serem apuradas em execução*", nos termos do contrato de prestação de serviços de fls. 24 dos autos.

Assim, afasto a preliminar de inépcia, sendo possível o pedido contraposto formulado nessa via, pelo réu, por conduzir pretensão conexa com o fundamento da defesa e da ação principal, motivo pelo qual admito a reconvenção, para fins de julgamento de mérito, nos termos da norma do artigo 315 do CPC e Súmula 258 do Supremo Tribunal Federal, do teor seguinte;

> *SÚMULA 258 DO STF: "É admissível reeonvenção em ação declaratória".*

Ultrapassadas as preliminares das peças de bloqueios, opostos pelas defesas na ação principal e reconvenção, passo a enfrentar os fundamentos jurídicos e decidir o mérito das controvérsias aduzidas pelas partes, nestes autos.

O contrato, em termos gerais, consiste em acordo de vontades gerando uma relação jurídica obrigacional, de dar, fazer ou não fazer alguma coisa, oriundo da autonomia da vontade, a que o ordenamento jurídico atribui os efeitos desejados pelas partes, respeitados os elementos do plano da Existência, requisitos do Plano da Validade, e, condições do Plano da Eficácia, impostos pela norma jurídica adequada.

Sobre esse tema, expôs com propriedade o emérito jurista e professor,

Antônio Junqueira de Azevedo, em sua magnífica obra, *Negócio Jurídico nos planos da existência, Validade e Eficácia* (Editora Saraiva).

No caso destes autos, o contrato de fls. 08, reproduzido às fls. 24, assinado pelas partes, em 05 de agosto de 1992, se afigura como espécie de *contrato de prestação de serviços* "stricto sensu" por ser um pacto em que o réu se obriga a prestar serviços ao autor, eventualmente, em troca de determinada remuneração, executando o trabalho com índependência técnica e sem subordinação hierárquica (Doutrina do Prof. e jurista Orlando Gomes — Contratos — 11ª Edição — Forense — 1986 — pág. 325/326, sumário 223).

O contrato de prestação de serviços "stricto sensu" subordina-se ao direito comum, na parte referente — locação de serviços — regulado pelas normas dos artigos 1.216 a 1.229 do Código Civil, atendidos os pressupostos, requisitos e condições, nos planos da Existência, Validade e Eficácia do negócio jurídico, e, ainda, às regras gerais de capacidade das partes, legitimação, licitude de objeto, forma prescrita ou não defesa em lei, previstas, no artigo 145 — do referido diploma legal.

> *"Art. 145 — É nulo o ato jurídico:*
> *I — .....*
> *II— guando for ilícito, ou impossível, o objeto;*
> *III — quando não revestir a forma prescrita em lei;*
> *IV — quando for preterida alguma solenidade que a lei considere essencial para sua validade;*
> *V— quando a lei taxativamente o declarar nulo ou lhe negar efeito".*

A relação jurídica nascida de um contrato tem um ciclo de vida limitada a um termo final denominado de Extinção, que pode acontecer por meio *NORMAL ou ANORMAL*.

A extinção é *NORMAL* quando decorre do adimplemento das obrigações, cumprindo-se as partes o objetivo contratual.

A extinção da relação jurídica é *ANORMAL* quando decorre de causa impeditiva do contrato atingir seu fim e estranha a seu objetivo.

O emérito professor *Des. Sérgio Cavaliéri Filho ilustra o tema com magnífica lição* (*in Resolução, Rescisão e Resilição do Contrato — Estudos Jurídicos* — IEJ — 1992 — pág. 284/285).

Segundo a linha de entendimento do emérito mestre, as causas de *EXTINÇÃO ANORMAL do contrato podem ser CONTEMPORÂNEAS ou SUPERVENIENTES à sua formação.*

As causas CONTEMPORÂNEAS conduzem à NULIDADE ou

ANULABILIDADE DO CONTRATO, porque a relação jurídica contém um vício de origem que lhe afeta, de forma absoluta ou relativa, a validade, por incapacidade das partes, ilicitude ou impossibilidade do objeto ou defeito do negócio jurídico, por erro, dolo, coação, simulação ou fraude.

As causas SUPERVENIENTES à formação do contrato conduzem à RESOLUÇÃO, RESCISÃO e à RESILIÇÃO do pacto.

A extinção, por *RESOLUÇÃO*, decorre de adimplemento normal da obrigação contratual ou impossibilidade de execução por causa estranha à vontade das partes, como no caso Fortuito ou Força Maior, prevista no artigo 1.058 e parágrafo único do Código Civil, ou nas situações previstas nos artigos 865, 869, 879 e 923 do referido diploma legal, "verbi gratia".

A *RESCISÃO*, com significado etimológico de cortar, romper, como causa de extinção da relação jurídica, pressupõe o inadimplemento culposo da obrigação de qualquer das partes, em princípio, do devedor, quando se trata de negócio jurídico bilateral, com assunção de prestação e contraprestação pelos contratantes, nos termos da norma do artigo l.092 do Código Civil.

A *RESILIÇÃO* é expressão designada para extinção de relação jurídica contratual por vontade dos contratantes ou de apenas um deles, em se tratando de *DIREITO POTESTATIVO*, em que uma das partes tem ingerência na esfera jurídica do outro, sem a sua participação ou aquiescência. Feitos esses esclarecimentos doutrinários, que se destinam a facilitar o entendimento das partes, que não têm afeição à linguagem técnica jurídica, passa este Juízo a analisar o contrato de fls. 08 e 24, nos planos de Existência, Validade e Eficácia, como negócio jurídico.

No plano da *Existência* são encontrados os elementos indispensáveis à configuração do negócio jurídico: *a) vontade humana; b) objeto — prestação de dar ou fazer; c) forma — contrato por instrumento escrito, em documento particular; d) causa — interesse das partes; e) elementos categoriais ou essenciais — prestação de serviços e contraprestação, preço; f) tempo e lugar — Rio de Janeiro — data de 05 de agosto de 1992 — documento particular assinado pelas partes, com testemunhas de duas pessoas.*

Estando presentes os elementos do negócio jurídico no plano da Existência, prossegue este Juízo em sua análise nos *Planos de Validade, e Eficácia, pela simbiose existente entre eles, para identificação dos requisitos de validade (agente capaz, legitimidade, objeto lícito, forma prescrita ou não defesa em lei), com afetação direta do Plano de Eficácia, onde se situam os elementos naturais (evicção de direito, por exemplo) e acidentais do negócio (termo, condição e encargos)*.

As partes no contrato de prestação de serviços em exame são capazes e têm legitimidade para a prática do ato.

A forma do contrato é escrita, em instrumento particular, subscrito por duas testemunhas, estando perfeitamente adequada às exigências da lei. No entanto, com relação ao objeto do contrato, prestação de serviços, pelo réu, há sério reparo a ser feito, por conter pacto que infringe a norma do artigo 74 do Decreto 80.228, de 25 de agosto de 1977 (fls. 12) que regulamentou a Lei 6.251 de 08 de outubro de 1975, que proíbe, expressamente, a intermediação ou prestação de serviços, com fins lucrativos, na obtenção de atletas profissionais, como é o caso destes autos.

> *"Art. 74 — É proibida a atividade de intermediários, com fins lucrativos, na obtenção de atletas profissionais".*

Assim, merece reparo, por censura legal, as cláusulas 2 e 3 do contrato firmado (fls. 08 e 24) na parte em que o réu assume a obrigação de prestar serviços ao autor, como *"ASSESSOR" nas tratativas de "renovações de contrato de atleta profissional, nas vendas de atestado liberatório do contratante, para qualquer País... " (sic.)* mediante o pagamento, na expressão censurada seguinte: *"Pelos serviços acima o contrato receberá do contratante a porcentagem fixa de 20% (vinte por cento) de toda e qualquer importância recebida pelo citado contratante. Resultando dos serviços acima especificado de assessoramento..." (sic.); normas que declaro inválidas e ineficazes, nessas partes assinaladas, por infringência do disposto do artigo 74 do Decreto 80.228/75, que proíbe a prestação de serviços de contratação de passes"* de atletas profissionais, de futebol, no caso do autor, com fulcro no artigo 145, II e V do Código Civil, pela impossibilidade jurídica do objeto, cuja prestação de serviço é ilícita, em face da nulidade expressa na lei, com negativa de sua eficácia.

Igualmente, merece reparo judicial a cláusula 5 do negócio jurídico, por estabelecer em contrato de prestação de serviços, de tempo indeterminado, de natureza bilateral, consensual, oneroso e temporário, regra de *irrevogabilidade e irretratabilidade*, que contraria a própria natureza do contrato.

Essa regra estabelece a perpetuidade de contrato de direito relativo, como se fosse direito absoluto do prestador de serviços, importando, essa cláusula, em restrição notável da liberdade individual do aulor, regra de escravidão arrancada com suas raízes de há muito, em nosso direito com o advento da Lei Áurea, de 13 de maio de 1888.

Não é admissível no direito moderno um contrato de locação de serviços

por período superior a quatro anos, conforme artigo 1.220 do Código Civil. Assim *a fortiori* não é possível o estabelecimento de um contrato por toda a vida, o que importaria em alienação da própria liberdade da pessoa, atributo da personalidade de cada indivíduo, com inviolabilidade resguardada, expressamente, na Constituição da República de 05.10.88.

> *"Art. 5° — Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à LIBERDADE, à igualdade, à segurança e à propriedade."* (Expressão em maiúscula e sublinhados apostos por este Juízo.)

Releva notar ainda que a lei civil somente permite o contrato de prestação de serviços por prazo determinado, no máximo de 4 anos (art. 1.220) ou por prazo indeterminado, situação jurídica que resultou contrariada pela cláusula de *perpetuidade do pacto*, que deixou ao arbítrio exclusivo do réu aceitar ou não a extinção do contrato, por sua vontade unilateral, o que constitui condição potestativa, proibida pela lei (art. 115 do Código Civil), por privar a parte autora de RESILIR o contrato, por vontade unilateral, no exercício de seu Direito Potestativo, assegurado na norma do artigo 1.221, mediante aviso prévio de 8 dias, no máximo.

Por esses fundamentos declaro a nulidade e ineficácia da cláusula de perpetuidade do contrato, n° 5, na expressão "caráter irrevogável e irretratável por decisão de ambas as partes", nos termos das normas dos artigos 5° da Constituição Federal de 1988, e, 115 e 145, II, do Código Civil, colocando o contrato no parâmetro legal, de negócio jurídico, oneroso, bilateral e temporário, na espécie de pacto, por prazo indeterminado.

Com essas amputações das partes doentias e congênitas do corpo do contrato, vícios na formação do pacto, que não contaminou o todo, pela aplicação do princípio da Conservação ou Aproveitamento do negócio jurídico, por este Juízo, remanesce ele com vida jurídica, tendo validade e eficácia, na parte no pacto que estabelece a obrigação do réu, de prestar serviços de assessoria ao autor *"nos contratos de publicidade e promoções que envolvam o contratante"* mediante a contra-prestação, pagamento do preço no valor correspondente a 20% dos benefícios auferidos por ele em decorrência do trabalho do réu, conforme cláusulas 2 e 3 do instrumento de fls. 08 e 24, até que ocorra causa superveniente de Extinção de Contrato.

Em se tratando de negócio jurídico bilateral comutativo, oneroso, temporário, por prazo indeterminado, como é o caso dos autos, a lei confere a qualquer das partes o direito de *RESILIR* o contrato, colocando um termo

final no pacto, por denunciação unilateral concessiva de aviso prévio de 8 dias, nos termos da norma do artigo 1.221, parágrafo único, I do Código Civil.

> *"Art. 1.221 — Não havendo prazo estipulado, nem se podendo inferir da natureza do contrato, ou do costume do lugar, qualquer das partes, a seu arbítrio, mediante prévio aviso, pode rescindir o contrato.*
> *1 — com antecedência de 8 (oito) dias, se houver fixado por tempo de 1(um) mês, ou mais."*

No caso destes autos o autor promoveu a denunciação unilateral do contrato por intermédio de notificação extrajudicial concessiva do prazo de 30 dias, com início na data de recebimento do aviso — *14 de janeiro de 1993* e término em *13 de fevereiro de 1993*, conforme documento de fls. 09-l0v.

Assim, exerceu o autor o seu Direito Potestativo, líquido e certo, de colocar um termo final no pacto estabelecido por prazo indeterminado, com *RESILIÇÃO* do contrato, por denúncia unilateral e imotivada, por expressa autorização legal da norma do artigo 1.221, parágrafo único do Código Civil.

A notificação procedida pelo autor tem eficácia *PREMONITÓRIA* e *RESILITÓRIA* do pacto de fls. 08 e 24, que por essa causa ***superveniente****, permitida por lei, rompeu relação jurídica que vinculava as partes, provocando a EXTINÇÃO DO CONTRATO*, na data de 13 de fevereiro de 1993, colocando um termo final no prazo do negócio jurídico, por vontade unilateral do notificante, em denúncia vazia ou imotivada.

Assim, o contrato firmado pelos litigantes referente a serviços a serem prestados pelo réu, como assessor, em publicidades e promoções, na parte sadia do corpo do pacto, mediante o pagamento do autor de preço correspondente a 20% dos rendimentos proporcionados, *tem Existência, Validade e Eficácia jurídica, no período compreendido entre a data de assinatura do contrato e o seu termo final, ou seja, de* ***05 de agosto de 1992*** *a* ***13 de fevereiro de 1993****, tão-somente.*

O contrato de prestação de serviços é de natureza bilateral, oneroso, comutativo, temporário, como assinalado, ou seja, é um contrato em que se estabelece prestação e contraprestação equivalentes para as partes, e, segundo a norma do artigo 1.092 do Código Civil, nenhuma das partes pode exigir o adimplemento da obrigação do outro sem demonstrar o cumprimento de sua prestação no contrato.

"Art. 1.092 — Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o inadimplemento da do outro."

Em outras palavras, significa dizer que, constitui uma falta moral e legal do réu exigir o pagamento do preço sobre os rendimentos auferidos pelo autor por seu trabalho, eis que durante o período de Existência, Validade e Eficácia do contrato, de 05.08.92 a 13.02.93, não demonstrou o réu a efetiva prestação de serviços, agenciando contratos de publicidades e promoções, que resultassem benefícios pecuniários, a favor do autor.

Como salientou este Juízo, anteriormente, a época da escravidão já passou, neste País, não tendo nenhum apoio em norma de MORAL E LEGAL a pretensão do réu-reconvinte de recebimento de 20% do trabalho do autor, sem qualquer prestação de serviço correspondente e comprovado.

Os documentos trazidos aos autos pela parte ré, como indício de seu trabalho, nenhum deles, com ressalva da carta de fls. 33, se refere ao período de vigência do contrato — 05.08.92 a 13.02.93, bastando observar que as datas são anteriores, como passo a demonstrar:

documento de fls. 25 — emitido em 20.07.1989
documento de fls. 26 — emitido em 20.01.1991
documento de fls. 27 — emitido em 13.07.1992
documento de fls. 28 — emitido em 30.06.3992
documento de fls. 29 — emitido em 30.04.1992
documento de fls. 30 — emitido em 17.02.1992
documento de fls. 52 — emitido em 01.03.1989
documento de fls. 95 — emitido em 14.02.1992

O único documento emitido no período da vigência do contrato é a carta de fls. 33, de 01 de setembro de 1992, sem assinatura do emitente no final da correspondência (fls. 33v), que é uma minuta, dirigida ao Presidente Calçada, solicitando que o Vasco pagasse ao Sr. José Moraes, o réu, o saldo que o Clube lhe devia.

Esse documento não constitui, por si só, provado efetivo serviço que teria sido prestado pelo réu, com benefício do autor, por não se referir a contrato de publicidade e promoção, nos termos da cláusula 2 do contrato de fls. 08 e 24.

Os documentos de fls. 139/142, 143/156 juntados, intempestivamente, pelo réu, na fase de alegações finais, por estar concluída a instrução do processo, sendo que esse último, não está sequer assinado (fls. 155) pelas

partes, foram emitidos em 25.03.1993 (fls, 142) e 26 de abril de 1993 (fls. 143), e, se referem às datas posteriores à vigência do contrato, que se *EXTINGUIU no dia 13.02.1993*.

Ainda assim, não demonstrou o réu a efetiva prestação de serviços referente a esses contratos que poderiam embasar seu pedido de remuneração, em contraprestação ao trabalho, com fulcro em contrato escrito ou não.

A prova oral traduzida em Juízo, às fls. 105/113, não demonstrou existência de serviços que teriam sido prestados pelo réu na vigência do contrato de pactos de publicidades e promoções que redundassem em benefícios pecuniários a favor do autor, no período de vigência do contrato ou fora dele, para suportar o pagamento do preço pretendido pelo réu na reconvenção, sem trabalho efetivo.

No contrato de locação de serviços o trabalho do prestador de serviços constitui sua própria essência e pressuposto da exigência da contraprestação, o pagamento. Sem prova do efetivo trabalho do réu, que é a prestação, não há remuneração ou contraprestação do tomador do serviço.

Releva notar, neste passo, que o ônus da prova do fato constitutivo de direito do prestador de serviços é do réu-reconvinte, que dele não se desincumbiu, nos termos da norma do artigo 333, I, do CPC.

> *"Art. 333 — O ônus da prova incumbe:*
> *1 — ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito. "*

Por esses fundamentos JULGO PROCEDENTE a pretensão declaratória da inicial do autor, reconhecendo a EXTINÇÃO DO CONTRATO de fls. 08 e 24, firmado pelas partes com cessação de sua EFICÁCIA, a partir de 13.02.93, data do termo final colocado no prazo indeterminado do pacto, em função da notificação PREMONITÓRIA e RESILITÓRIA, do autor, no exercício de seu direito potestativo autorizado pela norma do artigo 1.221, parágrafo único do Código Civil. É reconhecida a Existência, Validade e Eficácia do contrato no período compreendido entre a data de sua emissão e o término do prazo de 30 dias concedido pelo autor na notificação PREMONITÓRIA e RESILITÓRIA do contrato, ou seja, de 05.08.92 a 13.02.93, na parte que se refere a eventual prestação de serviços na captação de clientes e contratos de publicidade e promoções que resultassem em proveito do autor, por efetivo trabalho do réu. Sanciono com a declaração de nulidade e ineficácia a cláusula 5ª do pacto, que dispõe sobre a perpetuidade do contrato, em direito de natureza relativa, por prazo indeterminado, na expressão "caráter irrevogável e irretratável" fulminada

por este Juízo, nos termos das normas dos artigos 5° da Constituição Federal de 1988 e l.220, l.221 do Código Civil. Fulmino, também com a sanção de nulidade e ineficácia as cláusulas 2ª e 3ª do contrato, nas partes em que asseguravam ao réu a participação em rendimentos de 20% por serviços prestados em "renovações de contrato de atleta profissional", nas vendas do "atestado liberatório" (sic) do contratante, por malferir a norma do artigo 74 do decreto 80.228/77, que regulamentou a Lei 6.251/75, proibitiva de vantagem lucrativa em venda de "passes" de atletas profissionais, de forma onerosa, pelo prestador de serviço, pela impossibilidade jurídica ou iliceidade de objeto da prestação, com negativa de efeitos pela própria lei, nos termos das normas do artigo 145, II e V do Código Civil.

JULGO IMPROCEDENTE o pedido condenatório formulado pelo réu em sua peça de Reconvenção por inexistência de prova de efetivo serviço prestado, nos limites das cláusulas válidas do contrato, como declaradas por este Juízo, no período de Existência, Validade e Eficácia do pacto, não se desincumbindo o réu do ônus "probandi" que lhe impõe a norma do artigo 1.092 do Código Civil, referente a negócio jurídico bilateral, que tem como pressuposto da remuneração a prova do efetivo trabalho, e, a norma do artigo 331, I, do CPC, que exige do réu-reconvinte a comprovação dos fatos constitutivos de seu eventual direito, situação não demonstrada neste autos.

Em face do princípio da sucumbência, condeno o réu-reconvinte no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre os valores das causas na Ação principal e Reconvencional.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 16 de fevereiro de 1996.

ROBERTO DE ABREU E SILVA
Juiz de Direito

4ª Vara de Família da Capital-RJ
Proc. 70.250

ADOÇÃO — Dissolução unilateral do vínculo por injúria grave do adotado contra o adotante. Cabimento, quando provada a ofensa dirigida diretamente ao adotante. Injúria indireta por mero comportamento anti-social não justifica o pai deserdar o filho biológico.
(Sentença do Juiz de Direito Rudi Loewenkron)

SENTENÇA

A. K. e C. C. K. ingressaram com a presente ação ordinária para a dissolução do vínculo de adoção contra N. C. K. com fundamento nos arts. 374 inc. II e 1.595 inc. II do C. Civil, alegando o seguinte:

a) O R. foi adotado pelos AA em 4-5-1942; b) o R. foi educado para evitar proceder contra a dignidade e o decoro da família dos AA; c) O R. passou a se conduzir ferindo o brio e o pundonor dos AA, desprezando-os, escarnecendo dos mesmos e desfigurando seus nomes; d) Dita conduta do R. mereceu citações na imprensa com a qualificação de ser o Suplicado filho do ex-comandante de Exército, General A. K., onde se noticiou seu envolvimento em fraudes praticadas contra o INPS por desvio de verbas destinadas ao custeio de previdência da ordem de mais de nove milhões de cruzeiros.

Citado o R. contestou a fls. 30 historiando o instituto da adoção e aduzindo que os AA emprestaram demasiado rigor às versões dos fatos, as quais não estariam sob o amparo da lei que autoriza o pedido. Disse o R. que por exercer função pública mereceu notícia dada por pessoa sem escrúpulos e que de todo modo, o fato invocado não configura justificativa para a ruptura do vínculo.

Réplica a fls. 42 com parecer a fls. 142 pela procedência do feito.

Tudo bem visto, decido agora.

O pedido abrigou-se no art. 374-II do C. Civil que reza: — "art. 374. Também se dissolve o vínculo da adoção: II — nos casos em que é admitida a deserdação."

O art. l.595-II também invocado dispõe: — "art. 1.595. São excluídos da sucessão os herdeiros, ou legatários: — ... II — que a acusaram caluniosamente em juízo, ou incorreram em crime contra sua honra."

A primeira parte do texto — acusação caluniosa — é impertinente à espécie. Resta o complemento — crime contra a honra dos Adotantes e AA.

Na réplica (fls. 45) os AA foram mais claros e acrescentaram que o R. cometeu injúria indireta ao associar-se com banqueiros de bicho quando o A. varão era o Chefe de Polícia do antigo Distrito Federal, conduzindo-se sempre com atitudes contrárias à moral e ao bom costume, culminando com a projeção que veio a adquirir na questão da fraude ao INPS.

Os tribunais já se manifestaram sobre a injúria como fundamento do rompimento unilateral da adoção e a 8ª C. Cível do antigo T.J. Est. Guanabara em 22/8/72 salientou que "a injúria grave cometida pelo adotado contra os adotantes é motivo que justifica a revogação da adoção".

Exemplificando, a 8ª, digo a 7ª Câmara Cível do mesmo tribunal em 19/9/72 declarou: — "constitui injúria grave, dando causa à revogação da adoção, manifestar o adotado desprezo e aversão pelos adotantes, por palavras e atos que, refletindo total ausência de amor filial, demonstram completa desintegração do vínculo moral daquele ato,"

A natureza da injúria a ser considerada é daquelas voltada contra o adotante. Há que haver uma ofensa ou um desrespeito direto do adotado mas voltado contra o adotante, quer seja por tratamento desrespeitoso ou pouco afetuoso, quer seja por acusações inconsistentes, de assumida postura de indiferença, de repúdio ao próprio vínculo, de forma a que a avaliação do conjunto de fatos venha a demonstrar ter desaparecido o amor filial do adotado para com o adotante, subsistindo ampla "desintegração dos vínculos morais que fundamentam e justificam a adoção, que, como se sabe, encontra sua razão de ser no propósito de criar relações de pais e filhos, entre adotantes e adotados." (*Adoção* — Antônio Chaves, 2ª edição, pág. 488.)

A mesma 7ª C. Cível mas do T.J. Est. RJ. em 17/4/79 decidiu constituir injúria grave o abandono injustificado da casa paterna, em caráter definitivo, pelo adotado maior que, deliberadamente, por escrito, proíbe os pais de procurá-lo; bem como o manter a filha adotiva relações sexuais na casa paterna (Ap. Cív. 7.647).

No caso em pauta os Adotantes alegaram na inicial que a injúria grave seria o envolvimento do Adotado em escândalo publicado pela imprensa, no qual lhe foi imputado o papel negativo de pessoa criminosa que fraudou o INPS ficando com vultosa quantia destinada ao pagamento do citado órgão previdenciário.

Provada a autoria pela condenação criminal transitada cm julgado,

mau seria o conceito do R., moralmente censurável seu modo de agir e da Sociedade só poderia ele receber reprovação mas seria tal fato uma injúria grave aos AA, Adotantes? Teria ele Adotado traçado para si uma linha de conduta voltada para ofender, denegrir, injuriar e atacar a honra dos AA?

Se de um lado, pelo passado do A. varão é de se supor que o R. não foi educado para ser desonesto e assim se, já adulto, optou por uma linha de vida sem integridade, ainda dessa maneira não me parece que seus não recomendáveis atos seriam verdadeira injúria grave contra os AA.

Registro que os Suplicantes não declaram na inicial a existência de qualquer ofensa, por menor que tenha sido, diretamente dirigida contra eles pelo Adotado. Situaram o problema no envolvimento do R. em fraude contra o INPS não resolvida pela sentença criminal, fraude essa que nenhuma relação tem a ver com os Adotantes.

O relacionamento do honrado nome do A. varão no caso foi obra da imprensa, pela qual de nenhuma maneira poderia se estabelecer responsabilidade para o Demandado.

Na réplica e em petições subseqüentes vieram os AA com a menção de outros fatos desabonadores ao R., resultantes de atos que ele teria praticado, alguns há mais de quinze anos e que, de modo algum, poderiam agora ser considerados, a uma por omitidos na inicial e a duas porque presumidamente perdoados, e que não integram também a linha do conceito da injúria grave voltada contra o Adotante.

De todo o exposto sou forçado a concluir que não vislumbro nos fatos apontados na inicial uma intenção injuriosa contra os AA. equivalente a aversão e ao desprezo pelos ditos Adotantes.

Isto posto julgo improcedente a presente ação ordinária, mantendo o vínculo da adoção e condenando A. K. e sua mulher nas custas e na verba honorária de 10% do valor da causa.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1982.

RUDI LOEWENKRON
Juiz de Direito

2ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA
Justiça do Distrito Federal e dos Territórios.
Brasília — DF
Processo nº 6.492/90

RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO ADMINISTRATIVO. ARTIGO 37, PARÁGRAFO 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1 — A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pela falta do serviço é de natureza objetiva, fundada na teoria do risco administrativo. 2 — Se a Administração não teve o cuidado necessário na conservação de ruas e bueiros de escoamento de águas pluviais, não impedindo ou evitando o fato previsível, não fica eximida da responsabilidade de indenizar. 3 — Verba indenizatória deve ser fixada em percentual sobre o piso nacional de salário desde o evento fatal até a data em que completaria 25 anos, quando provavelmente estaria casada. 4 — Procedência parcial dos pedidos.
(Sentença do Juiz de Direito Sidney Monteiro Peres)

Vistos etc.

1— *RELATÓRIO*

1 — PATRIOUNO PEREIRA DE SOUZA, com os benefícios da Justiça Gratuita, propôs em face do DISTRITO FEDERAL, NOVACAP e CAESB, todos qualificados na petição inicial de fls. 02/05, a presente AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS, de onde, em apertada síntese, extraem-se os seguintes fatos submetidos à apreciação judicial:

a) Na noite de 02.03.89, por volta das 21:30 horas, as filhas do autor, ANA CLÁUDIA PEREIRA DE SOUZA e ANA PAULA TEIXEIRA DE SOUZA, a primeira com 19 anos de idade e solteira, e a segunda casada, prestavam provas no Centro Comunitário "João Bosco";

b) Como chovia intensamente, ANA LÍDIA PEREIRA DE SOUZA, irmã das outras duas mencionadas, foi ao colégio levar guarda-chuvas para que pudessem ir para casa;

c) As três irmãs, de volta para casa em torno das 23:00 horas, ao atravessarem a rua que faz a ligação da QNM 24 à QNM 22, em

Ceilândia, passaram pela pista coberta de água, tropeçaram no asfalto esburacado e foram arrastadas ladeira a baixo;

d) Nas proximidades do local do acidente havia um coletor de águas pluviais ("boca-de-lobo"), cuja abertura de mais de um metro quadrado, se encontrava sem qualquer proteção há vários dias;

e) Ana Lídia e Ana Paula conseguiram se salvar com a ajuda de Ernani Capuzzo Júnior; porém, ANA CLÁUDIA não teve a mesma sorte, sendo levada pelas águas para o interior desse coletor de águas, falecendo em decorrência do acidente, e seu corpo somente foi encontrado no dia seguinte, com o auxílio do Corpo de Bombeiros do Distrito Federal.

2 — Aduz a inicial que se o coletor de águas não estivesse aberto, fato verificado ante a negligência da Administração, o acidente fatal não teria ocorrido; como a vítima era solteira, menor, estudante, trabalhando na Panificadora "Trigo de Ouro Ltda" e percebendo NCz$ 127,00 mensais, ajudava aos pais, com os quais morava, visto que percebia salário maior do que destes.

3 — A peça vestibular concluiu pela invocação da responsabilidade civil do Estado, em função do que formulou pedido de condenação dos Réus, solidariamente, citando, como fundamento de direito material, as disposições constantes nos artigos 159 e l.528 do Código Civil Brasileiro (responsabilidade subjetiva) bem como no artigo 37, § 6º da Constituição Federal (responsabilidade objetiva).

4 — A ação apresentou-se regular e suficientemente instruída, com todos os elementos essenciais à propositura da demanda, inclusive acompanhada de documentos e fotografias.

5 — Recebida a inicial, foram os réus citados e ofereceram contestação ao pedido; as questões preliminares foram resolvidas a tempo e modo: a NOVACAP e CAESB foram excluídas da relação processual, por ilegitimidade passiva *ad causam*, reconhecida no despacho saneador, que restou precluso; remanesceu na lide exclusivamente o DISTRITO FEDERAL, que rebateu o mérito do pedido sustentando que houve imprudência das vítimas, a par de o fato narrado constituir um evento da natureza, insuscetível de controle pelo Estado.

6 — A instrução processual foi regular, com realização de audiência de instrução e julgamento.

7 — Este é o relatório, com o essencial para a compreensão da lide.

II — *FUNDAMENTAÇÃO*

a) *Considerações Prévias*

1 — Trata-se de ação de indenização, com fulero em ato ilícito, dentro da teoria da responsabilidade objetiva do Estado, malgrado a oscilação dos fundamentos invocados pelo autor, ao invocar, concomitantemente, embasamento na responsabilidade subjetiva quanto na responsabilidade objetiva do Estado. É irrelevante tal circunstância, porquanto a matéria, tal qual posta na inicial, possibilitou integral defesa por parte do Réu, sendo de se aplicar, à espécie, a vetusta parêmia *da mihi factum, dabo tibi jus.*

2 — Justifica-se até mesmo essa oscilação nos fundamentos do pedido porque a evolução histórica da responsabilidade civil do Estado começou tendo por fulero a irresponsabilidade do Poder Público, passando pelo estágio da responsabilidade com culpa e culminando com a vigente responsabilidade sem culpa, conforme brilhante síntese, do saudoso HELY LOPES MEIRELLES: "Passou-se da fase de irresponsabilidade da Administração para a fase da responsabilidade civilística e desta para a fase da responsabilidade pública em que nos encontramos".

3 —A irresponsabilidade do Estado foi — como se sabe — a tônica dos governos absolutos. Não existiam direitos contra o Estado soberano e, assim, qualquer pensamento de reparação de danos causados pelo Poder Público ficava prejudicado. Com o advento do liberalismo, a doutrina da responsabilidade sem culpa, explicada por três fases principais: culpa administrativa, risco administrativo e risco integral.

4 — Neste contexto, a teoria da culpa administrativa procurou respaldo na responsabilidade do Estado sobre a falta objetiva do serviço, sem perquirir sobre a culpa subjetiva do agente. É um estágio de transição entre a doutrina da culpa civil e a teoria do risco administrativo. O dever de reparação do Estado ficou condicionado a que a vítima comprovasse a falta na prestação do serviço. Na teoria do risco administrativo, bastava a ocorrência do ato lesivo e injusto à vítima para gerar a obrigação de o Poder Público indenizá-la. Comparando as duas teorias explanadas, HELY observou que "na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta, é inferida do fato lesivo da Administração".

5 — Já pela teoria do risco integral, a Administração estaria obrigada a indenizar o dano suportado por terceiros, mesmo que a vítima agisse com

dolo ou culpa. Esta teoria não encontrou agasalho no ordenamento jurídico brasileiro.

6 — Nesse enfoque, enfatiza-se que a disciplina da responsabilidade estatal na Constituição atual está consolidada no artigo 37, § 6º, que manteve a responsabilidade civil objetiva da Administração, abraçando a tese de risco administrativo. Comentando esse dispositivo, fez ver CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA que tal dispositivo constitucional, repetindo a política legislativa adotada nas disposições constitucionais anteriores, estabelece o princípio da responsabilidade do Estado pelos danos que os agentes causem a terceiros.

7 — Nestes termos, a pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido, Não há que cogitar se houve ou não culpa para concluir pelo dever de reparação. A culpa do agente somente é de determinar para estabelecer a ação de *in rem verso* da Administração contra o agente".

b) *O Evento Danoso*

8 — Em princípio, o Estado é responsável pelo evento danoso demonstrado nestes autos, somente sendo possível o afastamento de sua responsabilização quando comprova culpa da vítima bem como a existência de caso fortuito. Ambas essas excludentes não podem ser presumidas, e constituem ônus do réu.

9 — Malgrado a esforçada defesa do Distrito Federal, não foi possível a produção de qualquer prova idônea a respeito de qualquer das duas excludentes.

10 — Conforme consabido, a exclusão da responsabilidade civil do réu (Distrito Federal) dependeria de prova concludente a respeito da causa extintiva do nexo causal entre a conduta da vítima e o evento danoso; a respeito, limitou-se a defesa a referências ao noticiário da imprensa (jornal *Correio Braziliense*) em torno dos fatos: destarte, não há prova cabal de eventual culpa exclusiva da vítima, pelo que subsiste íntegra a responsabilidade objetiva do Estado.

11 — A tal respeito, ressalte-se que o fato ocorreu no dia 02 de março de 1989, à noite, quando a vítima foi arrastada pelas águas provenientes do forte temporal que se abateu sobre aquela cidade satélite; a vítima foi conduzida pela forte correnteza das águas para dentro de um bueiro existente na via pública.

12 — A instrução processual apurou, segundo o depoimento da testemunha JOSÉ DE DEUS CARMO (fls. 158), que aquela "boca-de-lobo" se encontrava aberta há aproximadamente duas semanas, fato que não foi sequer contrariado pelo réu.

13 — A teoria do risco administrativo é adotada pelo Estado brasileiro no que diz respeito à responsabilidade civil da Administração Pública. Segundo ela, o serviço público deve funcionar bem: é a regra. Às vezes, entretanto, ele funciona mal, ou não funciona, ou funciona atrasado, casos em que resta caracterizada a obrigação de indenizar.

14— No caso vertente, o serviço público não funcionou. Foi o típico caso de ausência de funcionamento no serviço público. A insuficiência de conservação normal da obra pública, deixando um bueiro aberto, evidencia a negligência estatal, mormente numa época em que é comum (e, portanto, presumível) a ocorrência de temporais no Distrito Federal.

15 — Os fatos ocorreram sob a égide da Constituição Federal de 1988, onde é marcantemente destacada a responsabilidade civil do Estado, consoante consta no artigo 37, § 6º. É verdade que a doutrina destaca que a responsabilidade civil do Estado — responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo — admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal; tal ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) do nexo causal entre o dano e a ação administrativa.

16 — Nesta moldura, a consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, no particular, é a circunstância da ocorrência de um dano, de um prejuízo, sofrido pelo particular, e que tal evento tenha decorrido da atuação (positiva ou negativa) estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade. Nesse caso é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais.

17 — O ordenamento jurídico brasileiro, ao estabelecer a responsabilidade objetiva dos entes públicos, pretendeu que os particulares não ficassem prejudicados com os riscos administrativos. Para que se verifique essa responsabilidade, é indispensável que o dano seja decorrente de atividade de pessoa jurídica de direito público. Pode ser lícita ou ilícita. Mas a pessoa de direito público age por meio de seus servidores, pelo que o dano deve resultar de atos destes, direta ou indiretamente, no exercício de suas funções. De tudo isso resulta, em palavras objetivas, que o Estado será sempre responsabilizado se terceiro for prejudicado por atos de seus servidores e,

conseqüentemente, explica-se a responsabilidade objetiva do Estado pelo fato mesmo da obra, do serviço e da manutenção de tudo aquilo que diga respeito à atuação estatal, de onde provenha um *fato prejudicante*.

18 — Ressalte-se, de plano, que irrelevante também é o fato de não terem sido identificados os funcionários encarregados da manutenção do serviço demonstrado insuficiente, porque tal é atribuição da Administração, importando a relação entre o ato e o serviço, ou que tenha ocorrido para o serviço, ou durante este, no exercício das funções, como bem destaca o emérito THEMÍSTOCLES CAVALCANTI, no sempre citado *Tratado*, às páginas 384/385.

19 — A jurisprudência registra importantes precedentes, de onde se extrai a elucidativa ementa de julgado símile ao caso *sub judice*, onde se examinou caso de morte por afogamento em razão de enchente da via pública provocada por obstrução das galerias de águas pluviais:

> *"ÁGUAS PLUVIAIS — Comprovado o mau funcionamento dos sistemas de escoamento das águas pluviais e não demonstrada a ocorrência de culpa da vítima, impõe-se a condenação do Município na composição dos prejuízos" (TJRJ, Apelação nº 2.577, relator Desembargador NARIZO PINTO,* in ADCOAS*, verbete 113.508).*

20 — Ora, na espécie concreta, restou provado o nexo causal entre o dano e a ação administrativa, em ordem a fazer incidir o disposto no artigo 37, § 6º, da Carta da República, posto que o fato examinado e provado esteve inegavelmente integrado na prestação dos serviços públicos apontados e afetos à Administração do Distrito Federal. Portanto, este é que produziu a situação da qual decorrente o dano: criou fatores que influíram decisivamente na ocorrência do dano.

21 — É, assim, caso típico da chamada responsabilidade objetiva que "fundada na teoria do risco-proveito, pressupõe sempre ação positiva do Estado, que coloca terceiro em risco, pertinente à sua pessoa ou ao seu patrimônio, de ordem material, em geral, que o atinge individualmente, e atenta contra a igualdade de todos diante dos encargos públicos, em lhe atribuindo danos anormais, acima dos comuns inerentes à vida em sociedade" (OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, Forense, 1969, volume 1/487).

22 — Ou, ainda precioso escólio do renomadu CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "nos casos de responsabilidade *objetiva*, o Estado

só se exime de responder se faltar o nexo entre o seu comportamento comissivo e o dano. Isso é, exime-se apenas se não produziu a tensão que lhe é imputada ou se a situação de risco inculcada a ele inexistiu ou foi sem relevo decisivo na eclosão do dano. Fora daí responderá sempre. Em suma: realizados os pressupostas da responsabilidade objetiva, não há evasão possível" (Cf. *Ato Administrativo e Direito dos Administrados*, Editora RT, SP, 1981, páginas 155 e 156).

23 — Nesta contingência, dispensada a vítima da prova da culpa da Administração, caberia exclusivamente a esta, para exonerar-se, desde que incabível a adoção da teoria do risco integral, a cabal e plena demonstração de inexistência do nexo de causalidade entre a atividade estatal e o evento danoso; vale dizer, de hipótese em que os danos provieram de atuação exclusivamente imputável ao próprio ofendido, a terceiro ou, finalmente, da interveniência de força maior ou caso fortuito.

24 — Como ressaltado, o Distrito Federal, nesta ação, não se desincumbiu deste ônus. Positivamente, não logrou demonstrar, como lhe competia para o desiderato reclamado, que o acidente se deveu exclusivamente a conduta culposa da estudante, que procurou atravessar uma rua numa noite de chuva.

25 — Embora, a rigor científico, não se ignore a divergência a respeito reinante sobre o *thema decidendum*, este Juízo é levado a concluir, com apoio na melhor doutrina e na jurisprudência fortemente dominante, que o fato de terceiro (quase equiparado a *caso fortuito*), pode configurar excludente de culpa. Mas tal exceção somente quando constituindo força estranha e reafirmando a relação de causalidade, torna-se de modo positivo a causa predominante ou exclusiva do acidente.

26 — Com base nesse princípio, portanto, tal excludente só vinga quando ficar cristalinamente apurado que o causador direto dos danos não obrou com qualquer parcela de culpa de evento, resultante, então, da exclusiva atuação de terceiro. Não é, entretanto, como visto e demonstrado, a hipótese dos autos em que a falha do serviço público concorreu decisivamente para o evento fatal.

27 — O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no trato do tema da responsabilidade civil do Estado, já à luz da Carta atual (CF/88, art. 37, § 6º), enfatizou que "a responsabilidade civil do Estado, com base no risco administrativo, que admite pesquisa em torno da culpa do particular, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade estatal, ocorre, em síntese, diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal

entre o dano e a ação administrativa. A consideração no sentido da licitude da ação administrativa é irrelevante, pois o que interessa, é isto: sofrendo o particular um prejuízo, em razão da atuação estatal, regular ou irregular, no interesse da coletividade, é devida a indenização, que se assenta no princípio da igualdade dos ônus e encargos sociais" (RE nº 113.587-5-SP, relator Ministro CARLOS VELLOSO, 2ª Turma, à unanimidade, *in DJU* de 03.04.92, página 4.292).

28 — A respeito, e em caso perfeitamente idêntico, a segura solução dada pelo Tribunal foi do reconhecimento da responsabilidade objetiva do Estado:

> *"BUEIRO SEM PROTEÇÃO — Responde por culpa* in vigilando *a Municipalidade que deixa bueiro de rua sem a devida proteção, ensejando a que pedestre sofra queda" (TJRJ, Apelação nº 1.256, relator Desembargador EDVALDO TAVARES, in* ADCOAS*, verbete 121.804).*

29 — Nestes termos, a teoria que predomina em tema de responsabilidade civil do Estado, como foi a tônica desta fundamentação, é a que faz repousar tal responsabilidade no mau funcionamento do serviço público, independentemente da culpa do agente administrativo, posto que somente a culpa exclusiva e cabalmente demonstrada da vítima pode exonerar o Estado de responsabilidade a respeito do evento danoso.

30 — Não há divergência de porte entre o disciplinamento da responsabilidade civil do Estado na Constituição anterior em relação à atual. Com efeito,

> *"RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO ADMINISTRATIVO — Art. 107 da Constituição Federal — A responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público pelos danos que seus servidores, nessa qualidade, causarem a terceiros, é de natureza objetiva, fundada na teoria do risco administrativo. Neste caso, não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Restando provado que, em decorrência de fato de serviço, foram infligidos danos ao particular, cabe à Administração o dever de indenizar. Apelo desprovido. Sentença mantida" (AC n° 93.012-DF, TFR, 3ª Turma, relator Ministro FLAQUER SCARTEZZINI; votação unânime,* in DJU *de 18.04.85).*

31 — Explicitando o alcance desse específico preceito constitucional, o Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL da 1ª Região assim emoldurou o verdadeiro entendimento do indigitado preceito constitucional:

"RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ART. 107, DA CF/69. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO — l — A CF/69, art. 107, adotou a teoria do risco administrativo e não a teoria do risco integral. 2 — O "risco administrativo", ao contrário do integral, não induz a que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano sofrido pelo particular: significa, apenas, que a vítima fica dispensada da prova da culpa da Administração, podendo esta, todavia, demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, com o que ficará eximida total ou parcial da responsabilidade de indenizar. 3 — Remessa desprovida" (AC nº 90.01.16485-4-BA, relator Juiz NELSON GOMES DA SILVA; in DJU-II, *de 02.04.91, página 6.135).*

32 — Colhe-se de arestos exemplos de afastamento dos óbices levantados pela Administração, em casos de má conservação de estradas: "Se, como alegou, a municipalidade se encontrava impossibilitada de proceder a reparos na estrada em virtude da chuva intensa que caía durante a época do evento, cabia-lhe tomar providências para que o local fosse sinalizado visando a impedir que algum veículo viesse a sofrer danos em virtude dos defeitos da pista. Não o fazendo, responde a municipalidade pelos danos causados"(*ADCOAS* 104.701).

33 — Também, na mesma esteira de entendimento, o seguinte expressivo julgado: "Má conservação de via pública. Cumpre ao Município manter as ruas e estrada pública em condições de tráfego em aplicando diligentemente a arrecadação dos impostos pagos pelos contribuintes. Assim, o mau estado da pista de trânsito evidencia culpa da prefeitura pela não-conservação de via pública"(*ADCOAS* 116.965), que em tudo se aplica ao caso presente.

34 — Por último, no campo da orientação jurisprudêncial, merece ser transcrita, integral, por sua perfeita adequação à hipótese em julgamento, o seguinte forte precedente:

"MORTE EM VIA PÚBLICA — Não constitui caso fortuito com força liberatória de responsabilidade do Poder Público a ocorrência de forte chuva, que dá causa à morte de pessoa que foi arrastada pela correnteza, posto que configura a omissão dos órgãos municipais encarregados dos serviços de conservação a melhoria das ruas, não impedindo ou

evitando o fato previsíve!"(TJGO, Recurso nº 705-Capilal, relator Desembargador TEODORO REIS; in ADCOAS*, Verbete 107.993).*

c) *O Pedido*

35 — O pedido não é muito preciso mas dele é possível inferir a pretensão quanto ao montante da indenização pleiteada pelo Autor. Em princípio, ficam afastadas, por impróprias, as "verbas trabalhistas" reclamadas a título de indenização, à míngua de qualquer relação de trabalho entre a vítima e o Réu.

36 — Restou provado que a vítima, com 19 anos, solteira, sem descendentes, colaborava com a manutenção de sua família. Entretanto, não é razoável — e, por isso, não encontra amparo jurídico — a pretensão de indenização da integralidade do salário da vítima, e até o limite de 65 anos de idade.

37 — Neste particular, procede a impugnação da Ré no tocante à pretendida doação integral do salário, pela vítima, a seus pais e até a idade indicada, posto que é provável que viesse a contrair núpcias, gerasse filhos, gastando sua remuneração nessas finalidades naturais. A jurisprudência vem se inclinando no sentido de que a idade presumível, para servir de marco *ad quem*, seja 25 anos de idade, conforme decisão estampada na *RT* 617/74, que acolho e adoto, reforçando essa convicção com o seguinte outro julgado semelhante:

"A verba indenizatória deve ser fixada em percentual sobre o piso nacional de salário, incidindo desde a data da morte até a data em que completaria 25 anos a partir de quando, provavelmente, estaria casado e desligado dos pais" (1° TACivSP, in RT *633/116).*

38 — No tocante ao percentual, e sopesando todos os elementos dos autos, este Juízo inclina-se pelo entendimento da razoabilidade de 2/3 do piso nacional de salário, pagos mensalmente, acolhendo a orientação, transcrita na defesa, de que tal verba constitui uma indenização em forma de pensão e que não pode ser encarada rigorosamente como alimentar, mas como representativa de um auxílio, que os pais deixaram de perceber pela morte do filho. O período de vigência desse auxílio passa a ser, no caso, de pouco menos de 6 (seis) anos, ante os marcos do evento morte até a idade limite de 25 anos.

39 — Com efeito, o Excelso Pretório, em sua Súmula nº 491,

reconhece que o direito relativo à indenização alcança "o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado". Como, *in casu*, a vítima trabalhava e contribuía com sua remuneração para o sustento dos pais, razoável é que tal indenização alcance o teto de 2/3 do piso nacional de salários, conforme orientação contida no julgado do TJSC, Apelação n° 29.828, relator Desembargador OLIVEIRA FILHO (*in ADCOAS* 122.884), a viger durante o período de tempo indicado.

III — **DISPOSITIVO**

1 — ISTO POSTO, com base na fundamentação *quantum sufficit* desenvolvida, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para condenar o RÉU (Distrito Federal) a pagar mensalmente ao Autor, a partir da data do evento fatal, a importância correspondente a 2/3 (dois terços) do piso nacional de salários até a data em que a vítima completaria 25 anos de idade.

2 — As importâncias atrasadas serão apuradas por cálculo do Contador, e acrescidas de correção monetária e juros de mora a partir da data da citação.

3 — Segundo a diretriz do § 5º do artigo 20 do Código de Processo Civil, arbitro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor correspondente à soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas sendo estas últimas pagas, também mensalmente, dispensada a prestação de caução fidejussória, referida no § 2º do artigo 602 do Código de Processo Civil, por se tratar de ente público.

4 — Sem custas, por tramitar o processo sob os benefícios da Justiça Gratuita.

5 — Declaro extinto o processo, neste grau de jurisdição, com julgamento de mérito (Código de Processo Civil, artigo 269, inciso I).

6 — Sentença sujeita ao obrigatório duplo grau de jurisdição, a teor da disposição contida no inciso II do artigo 475 do Codex Processual.

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

Brasília, DF, 4 de setembro de 1992.

SIDNEY MONTEIRO PERES
Juiz de Direito

JUIZADO DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE
Comarca de Passa Quatro — MG
Processo nº 1.520

MENOR INFRATOR CONDUZINDO VEÍCULO. APLICAÇÃO DE MEDIDA SÓCIO-EDUCATIVA POR PRÁTICA INFRACIONAL.
(Sentença da Juíza de Direito Valéria da Silva Rodrigues)

Vistos etc.

I.

A ilustre representante do Ministério Público ofereceu representação em face do menor HENRIQUE COSTA SIQUEIRA, já devidamente qualificado, visando a aplicação das medidas sócio-educativas, previstas no art. 112 da Lei nº 8.069/90, porque:

"Consta do incluso boletim de ocorrência, que no dia 15.08.93, às 14:45 horas, à Rua Av. José Inácio de Siqueira, Centro, nesta cidade e Comarca, o menor infrator conduzia o veículo VW GOL 1000, ano 1993, cor preta, placa GOM 6280, de propriedade de sua mãe, Sara Costa Siqueira, quando foi abordado por policiais Militares que estavam de serviço, realizando uma blitz.

Isto posto, ante a realização, em tese, da conduta tipificada no art. 32 do Dec.-Lei n° 3.688/41, considerada ato infracional para efeito de aplicação de medida sócio-educativa, requer a instauração do procedimento para apuração de ato infracional e aplicação da medida sócio-educativa que se afigurar a mais adequada, dentre as previstas no art. 112 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como se digne V. Ex., determinar seja o adolescente supra nomeado e seus pais ou responsáveis devidamente cientificados do teor da presente representação e notificados a comparecerem à audiência de apresentação, acompanhados de advogados, ouvindo-se, oportunamente, a vítima e as testemunhas do rol abaixo."

Instruindo a representação, vieram os autos do relatório policial nº 005/93 da Delegacia de Polícia da Comarca de Passa Quatro-MG.

Relatório de Ocorrência da Polícia Militar, às fls. 6/7.

A Dra. promotora de Justiça requereu, às fls. 8, a intimação dos pais e do menor para comparecerem ao Gabinete da promotoria, no dia 8.09.93, às 16:00 horas, bem como a expedição de ofício à Depol., com requisição de instauração de inquérito policial em face dos pais do menor para apurar ocorrência de ilícito contravencional.

A MMª Juíza de Direito, às fls. 8v., deferiu cota ministerial.

Certidão criminal do cartório de Passa Quatro, às fls. 15.

Recebida a representação, foi realizada audiência de apresentação do menor, às fls. 16, na qual comparecem o menor, devidamente acompanhado de seus pais e de advogado constituído, bem como, a representante do Ministério Público. A MMª Juíza procedeu a oitiva do menor (fls. 18), e da mãe do menor (fls. 17). Em seguida, foi designada audiência de continuação para o dia 6.10.93.

Defesa prévia, às fls. 18v.

Realizada audiência de continuação, às fls. 21, foram ouvidas três testemunhas arroladas pelo Ministério Público, não sendo arrolada nenhuma testemunha de defesa. Em seguida foi dada a palavra ao Ministério, que em alegações orais, requereu em síntese, a aplicação da medida sócio-educativa de prestação de serviço à comunidade, insculpida no art. 112, III da Lei nº 8.069/90, por entender que a conduta do menor em conduzir veículo automotor, não é só um ato infracional como não é um delito de pequeno porte, restou comprovado ato infracional cometido pelo menor Henrique Costa Siqueira, entendendo que a medida é necessária e urgente, visto que o índice de menores dirigindo sem habilitação nesta cidade está crescendo, apesar das orientações, das informações veiculadas pela Promotoria, no sentido de alertar quanto ao perigo iminente e das responsabilidades que podem recair sob o menor e seus pais. A Defesa argüiu, em preliminar, nulidade do procedimento por estar em desacordo com a Lei, pois na primeira fase deveria ser aplicado o instituto da remissão, tendo em vista que o representado é pessoa honesta, com trabalho fixo, e não um delinqüente. No mérito, alega que o boletim de ocorrência não arrolou testemunhas presenciais, inexistindo o ilícito contravencional previsto no art. 32 visto que não ficou demonstrado se o veículo dirigido pelo menor estava ou não parado. Por outro lado, entende que a medida sócio-educativa que deveria ser aplicada seria a advertência, não havendo necessidade de processo ou sidicância.

É o relatório.

II.

EXAMINADOS, DECIDO:

Trata-se de ação sócio-educativa pública, onde imputa-se ao menor, HENRIQUE COSTA SIQUEIRA, a prática de ato infracional, por ter realizado, em tese, conduta tipificada no art. 32 da Lei de Contravenções Penais, visto que no dia 15.08.93, foi abordado por Policiais Militares, dirigindo sem habilitação, em blitz, realizada por aqueles nesta cidade.

Antes de manifestar sobre o mérito da causa, esclarece esta Julgadora que, a submissão de uma pessoa a um processo é carga inadmissível de ser atribuída sem a assistência de um defensor, mesmo que se dê na sua ausência.

Com efeito, a garantia da presença de um advogado, para a defesa de jovens envolvidos com a prática de ato infracional, possibilita o respeito ao direito de liberdade quando permite o estabelecimento de critérios avaliativos entre o ato cometido e a medida a ser aplicada.

O art. 207, § 3° da Lei 8.069/90, dispensa a outorga de mandado quando o profissional tiver sido indicado por ato formal com a presença da autoridade judiciária.

Entendo que, o fato de o segundo advogado constituído para a audiência de continuação, não ter apresentado procuração, não feriu o princípio do contraditório e nem o da igualdade das partes, no máxime em se tratando de procedimento de menor, em que na realidade não há processo e sim procedimento, que tem por escopo resguardar e assegurar, em sua plenitude e amplitude, os direitos dos adolescentes.

Rejeito, assim, a preliminar argüida pela douta Promotora de Justiça, no que tange à juntada da petição de fls. 27/28.

Prevê o art. 126 do Estatuto, instituto da remissão, como forma de exclusão, suspensão ou extinção do procedimento para apuração de ato infracional em consonância com o item 11.2 das Regras Mínimas das Nações Unidas para a Administração da Justiça de Menores.

No confronto dos interesses sociais e individuais tutelados pelas normas do Estatuto (interessa à Sociedade defender-se de atos infracionais, ainda que praticados por adolescentes, mas também lhe interessa proteger integralmente o adolescente ainda que infrator), instituto da remissão, é forma de evitar a instauração do procedimento, suspendê-lo ou extinguí-lo, porém, devendo estar em consonância com as circunstâncias e conseqüências do fato, do contexto social, bem como à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional.

A remissão por exclusão do procedimento, é forma *facultada* ao representante do Ministério Público, quando o interesse de defesa social assume valor *inferior* àquele representado pelo custo, viabilidade e eficácia do processo.

Dispõe o art. 126 do referido Estatuto, que "o representante do Ministério Público *poderá* conceder a remissão"(grifo nosso).

O sentido da expressão "poderá", empregada no art. 126, deve ser interpretado como uma faculdade e não um dever conferido ao Ministério

Público a tarefa de, apreciando as circunstâncias do caso concreto em face das condições exigidas, aplicar ou não a medida.

Assim, o órgão do Ministério Público "poderá", diante do juízo de apreciação, aplicar a remissão se presentes os requisitos; ou deixar de fazê-lo, se ausentes.

Entendeu a d. Promotora de Justiça, que o ato infracional praticado pelo menor Henrique tem caráter grave, pois "o menor, conduzindo veículo, possui em suas mãos uma arma em potencial" e "que o índice de menores dirigindo nesta cidade está crescente, apesar das orientações, das informações veiculadas pela Promotoria no sentido de alertar quanto ao perigo iminente e das responsabilidades que podem recair sob o menor, seus pais ou responsável".

Colhidos os elementos de convicção indispensáveis à formação de um juízo crítico a respeito do caso, a representante do Ministério Público optou, entre as três alternativas que lhe faculta o art. 180 do Estatuto, de representar à autoridade judiciária, visando à aplicação de medida sócio-educativa.

Convenceu-se de que é imprescindível responsabilizar o adolescente mediante a efetivação de uma conseqüência legal, decorrente da prática de um ato infracional, excluindo a adequabilidade da remissão, e em conseqüência exercitou a ação sócio-educativa, mediante oferecimento da representação.

Buscou, assim, o Ministério Público equacionar a necessidade de defesa social com a possibilidade de interferência na educação do adolescente, de modo a buscar reversão do quadro infracional evidenciado pela incidência em conduta descrita como contravenção penal.

Recebida a representação, compete, exclusivamente, à autoridade judiciária, atendendo às circunstâncias e conseqüências do fato, ao contexto social, bem como, à personalidade do adolescente e sua maior ou menor participação no ato infracional, utilizar-se do instituto da remissão de forma a suspender ou extinguir o procedimento (art. 186, § 1°). Podendo ser aplicada em qualquer fase do procedimento, antes da sentença (art. 188).

Ora, se esta Magistrada não se utilizou do referido instituto durante o decorrer da instrução da ação sócio-educatíva pública, foi porque não havia elementos suficientes de convicção para sua aplicação.

Alega a ilustre Defesa, nulidade do processo, visto que o mesmo foi conduzido em desacordo com a Lei, pois, na sua primeira fase seria aplicada a remissão, tendo em vista que o representado provou ser pessoa honesta, com trabalho fixo e não um delinqüente.

Tal alegação não pode prosperar. Primeiro, em face da explanação acima sobre o instituto da remissão, e segundo, porque as circunstâncias da primariedade, bons antecedentes, emprego e residência fixa, por si sós, não constituem motivos bastante para ilidirem o decreto da medida sócio-educativa, quando esta se reveste de elementos necessários e devidamente fundamentada nas demais circunstâncias judiciais.

Em todo o transcorrer do procedimento foi observado o princípio do devido processo legal, ou seja, foi assegurado todos os direitos e garantias constitucionais e processuais ao adolescente, bem como, todo o procedimento foi regularmente desenvolvido, com a concretização de todos os seus respectivos componentes e corolários.

O Juiz da Infância e da Juventude não toma decisões simplistas, e muito menos arbitrárias, mas respaldadas em princípios científicos e normativos. Tais existem e se sedimentaram como meios de realização do bem comum, da paz social, da eqüidade.

Esclarece, a final, que a fase executória de um processo só ocorre após a prolação de sentença de mérito definitiva (sentença transitada em julgado).

Logo, rejeito a argüição de nulidade processual, visto que o mesmo foi regularmente desenvolvido.

No que tange à obrigatoriedade da aplicação de medida de advertência, não há nenhum dispositivo na Lei 8.069/90, que determine que o Juiz esteja vinculado à aplicação da referida medida. As medidas sócio-educativas elecandas no art. 112 do Estatuto, são, sim, taxativas e não exemplificativas, mas o Juiz não está adstrito àquela ordem enumerada nos incisos. Aplicará uma daquelas medidas de acordo com o caso concreto e sua gravidade e repercussão no meio social,

Outrossim, esclarece que, embora a advertência possa vir a ser aplicada pelo Ministério Público (art. 179), nada impede que decorra de procedimento apuratório do ato infracional, através do respectivo procedimento contraditório. Dessa forma, não se pode estabelecer a dispensa da apuração do ato infracional como regra de proceder. A advertência poderá ser aplicada, no curso da instrução do procedimento apuratório do ato infracional ou na sentença final.

Por último, menor infrator é considerado aquele que comete ato considerado crime ou contravenção penal. O fato de o menor ter praticado conduta descrita como crime ou contravenção penal e em conseqüência vir a ser representado em procedimento, não o rotula como delinqüente.

A conduta da criança ou do adolescente, quando revestida de ilicitude, repercute obrigatoriamente no contexto social em que vive.

A criança e o adolescente são sujeitos em condições peculiares de desenvolvimento, não apenas biológico, mas sócio-psico-cultural. A criança ao se relacionar com a sua realidade, vai construindo uma representação social do mundo e de si própria, constituída por conhecimento, valores, crenças, normas, costumes que formam um sistema de significados, também chamado de cultura.

É através desse conjunto de significados que a criança compreende a julga a si próprio e ao mundo, como também orienta a sua prática econômica e política e a sua conduta social.

Assim sendo, só é possível alterar a conduta considerada ilícita daquela criança ou adolescente, através de uma ação educativa que modifique sua visão do mundo.

É verdade que a orientação nascida no próprio berço configura, sem sombra de dúvida, o melhor caminho para determinar o comportamento da criança ou do jovem. Porém, quando isto não ocorrer, necessário se faz a interferência do Poder Judiciário, através do Juizado da Infância e da Juventude.

Os pais que permitem ou entregam a direção de veículo ao menor, estão contribuindo para uma formação e representação em desacordo com as normas de conduta social.

Revelando o ato infracional um desvalor social consubstanciado em grave ofensa à ordem jurídica, e, ao mesmo tempo, uma resposta infanto-juvenil às adversidades próprias do enfrentamento dos desafios do cotidiano, sendo, por vezes, resultado de irreflexão brotado da imaturidade, as conseqüências jurídicas decorrentes de condutas descritas como crime ou contravenção penal, quando autor adolescente, são a aplicação das medidas sócio-educativas previstas no art. 112 do Estatuto.

Tais medidas não podem ser compreendidas como castigo ou pena, e sim indicam nítida prevalência de caráter educativo.

Tem como finalidade o meio de defesa social, bem como instrumento educativo de intervenção no desenvolvimento do adolescente, de sorte a revelar ou desenvolver recursos pessoais básicos e necessários ao enfrentamento das adversidades próprias da vida, sem utilização de soluções violentas ou ilegais.

O Juiz se posiciona como verdadeiro educador, facilitando o crescimento do educando, por mais trivial que se afigure a oportunidade.

Ultrapassada a análise das questões processuais suscitadas, passo a apreciação do “meritum caese”.

Dispõe o art. 32: "Dirigir, sem a devida habilitação, veículo na via

pública, ou embarcação a motor em águas públicas."

Trata-se de uma infração de mera conduta, ou seja, a lei não exige qualquer resultado naturalístico, contentando-se com a ação ou omissão do agente; não sendo relevante o resultado material, há uma ofensa (de dano ou de perigo) presumida pela lei diante da prática da conduta.

Incrimina-se o eventual perigo que se cria.

O que se exige, portanto, é encontrar-se o agente na direção de veículo, em vias públicas sem a competente habilitação fornecida por autoridade competente.

A autoria, resultou induvidosamente comprovada no curso da instrução procedimental.

O menor, HENRIQUE COSTA SIQUEIRA, em seu depoimento, às fls. 18, alega, *verbis*:

"... que no dia 05.08.93 foi abordado por policiais militares, dirigindo veículo de propriedade de sua mãe, marca VW GOL, placa GOM 6280, que foi a primeira vez que saiu com o carro de sua mãe; que pegou o carro sem autorização de sua mãe; que é do conhecimento do menor que dirigir veículo sem habilitação é contravenção penal... que costuma dirigir carros da fábrica no interior desta, sem ir para a rua."

A confissão da prática do ato infracional pelo menor foi espontânea, sem vícios de consentimento (erro ou coação), estando em consonância com as demais provas produzidas nos autos.

A mãe do menor, SARA COSTA SIQUEIRA, em seu depoimento, às fls. 17, esclarece, *verbis*:

"Que não tem o costume de entregar o seu carro para o seu filho menor dirigir; que é do conhecimento da mãe do menor que o mesmo dirige veículos automotores; que de vez em quando o menor pega carros da residência para dirigir; que o menor pega os carros sem autorização dos pais."

A testemunha, ABELARDO JOSÉ DE SANT'ANA JÚNIOR, Sargento da Polícia Militar, em seu depoimento, às fls. 24, esclarece *verbis*:

"Que o depoente estava presente durante a blitz realizada no local descrito no boletim de ocorrência, às fls. 6/7, e foi quem abordou o menor Henrique Costa Siqueira que estava conduzindo um veículo marca Gol, placa GOM 6280; que foi a primeira vez que o menor foi pego dirigindo veículo sem habilitação. Que o menor tem bom comportamento na sociedade."

As demais testemunhas não presenciaram os fatos narrados na representação.

Evidencia-se, pelo cotejo das provas coligidas, a conduta delituosa do menor, expressa na voluntariedade e na consciência de dirigir sabendo que não está habilitado para tal.

O menor foi abordado pelo Policial Militar, ao estar dirigindo o veículo marca VW GOL, placa GOM 6280, em via pública, ou seja, na Avenida José Inácio de Siqueira, nesta cidade.

Entende esta Julgadora que é humanamente impossível, para um Policial, no exercício de sua função, abordar e requisitar os documentos do condutor e do veículo, com este em movimento. Necessário se faz que o Policial solicite que o condutor pare o veículo.

Levando-se em conta as peculiaridades do caso concreto, a contravenção penal de falta de habilitação para dirigir veículo tornou-se de suma importância, em face do bem jurídico tutelado, ou seja, a incolumidade pública.

Se a Lei proíbe habilitação para menores de 18 anos, é porque estes ainda não são inteiramente capazes de entender as sérias conseqüências que a direção de um veículo pode causar, inclusive a morte de terceiros ou do próprio menor, ou de determinar-se de acordo com esse entendimento.

Nesta cidade de Passa Quatro, o índice de acidentes automobilísticos, provocados por menores na direção de veículos, vem crescendo assustadoramente. Causando danos seríssimos a terceiros e aos próprios menores, que diante de uma situação de perigo não sabem como agir, visto que ainda não estão capacitados para a condução dos mesmos.

O Poder Judiciário não pode ficar inerte a esses fatos. Apesar de o menor, Henrique Costa Siqueira, ser um jovem responsável, trabalhador e de boa família, não o exime das conseqüências jurídicas decorrentes de sua conduta descrita como contravenção penal.

A medida sócio-educativa da advertência vinha sendo aplicada aos jovens, mas ficou constatado por este Juizado, que nenhum efeito vinha surtindo, pois ao invés de os jovens se conscientizarem das conseqüências maléficas de seus atos, ao contrário, ficou evidenciado um número crescente de jovens na direção de veículos automotores. As ocorrências de acidentes de trânsito com vítimas, com menores na direção de veículos, aumentaram. Concluindo, assim, que a medida de avertência não está produzindo o efeito educativo que deveria.

O menor, Henrique Costa Siqueira, será submetido à prestação de serviço à comunidade, não num sentido punitivo, mas altamente educativo, particularmente orientado a obrigar o adolescente a tomar consciência dos

valores que supõem solidariedade social, praticado em seus níveis mais expressivos.

Isto posto, JULGO PROCEDENTE a representação, para o efeito de aplicar a medida sócio-educativa, prevista no art. 112, III da Lei nº 8.069/90, ao menor HENRIQUE COSTA SIQUEIRA, em face da prática de ato infracional descrita no art. 32 da lei de Contravenção Penal.

A prestação de serviços à comunidade consistirá na realização de tarefas gratuitas de interesse geral, por período de dois meses, devendo ser cumprida durante jornada máxima de 8 (oito) horas semanais no Centro Comuitário, a ser estipulado por este Juizado com o menor, oportunamente, após o trânsito em julgado da sentença.

P.R.I.

Passa Quatro, 22 de outubro de 1993.

VALERIA DA SILVA RODRIGUES
Juíza de Direito