DIREITO CONCRETO

SENTENÇAS

Juízes autores:

ALFEU GONZAGA MACHADO (DF)
ANTÔNIO SAPUCAIA DA SILVA (AL)
CÁRMINE ANTÔNIO SAVINO FILHO (RJ)
CONCEIÇÃO APARECIDA MOUSNIER (RJ)
EDUARDO SÓCRATES C. SARMENTO (RJ)
FERNANDO CÉSAR DE SOUZA MELGAÇO (RJ)
GERALDO LUIZ MASCARENHAS PRADO (RJ)
JAIRO VASCONCELOS DO CARMO (RJ)
JERONYMO BORGES FILHO (AC)
JOÃO BAPTISTA CHAGAS FILHO (RJ)
JOAZIL M. GARDÊS (DF)
JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES (RJ)
JOSÉ ALTIVO BRANDÃO TEIXEIRA (MG)
JOSEFA RIBEIRO DA COSTA (MA)
LEILA MARIA C. C. R. MARIANO (RJ)
LUIZ JOSÉ DA SILVA GUIMARÃES FILHO (RJ)
MARIA CEZARINETE DE SOUZA AUGUSTA ANGELIM (AC)
OLAVO JUNQUEIRA DE ANDRADE (GO)
R. REIS FRIEDE (RJ)
RICARDO JOSÉ ROESLER (SC)
ROOSEVELT QUEIROZ COSTA (RO)
SÉRGIO LÚCIO DE OLIVEIRA E CRUZ (RJ)
SIDNEY MONTEIRO PERES (DF)
WASHINGTON OLIVEIRA DIAS (CE)

LIVRARIA FREITAS BASTOS 10

IMB
INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL

O INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL foi fundado em 12 de março de 1979 e declarado de Utilidade Pública Estadual pela Lei 665 de 7 de julho de 1983. Foi declarado de Utilidade Pública Federal pelo Dec.-Lei 92.368, de 5 de fevereiro de 1986. Seu Estatuto foi aprovado em Assembléia Geral realizada em 15 de março de 1979 e reformado em Assembléias Gerais realizadas em 9 de julho de 1981 e 11 de maio de 1987. É registrado no Registro Civil de Pessoas Jurídicas da Comarca da Capital — Estado do Rio de Janeiro (Av. Franklin Roosevelt, 126, 2º andar, sala 205. Prot. 241.208/L-A 21. Ord. 69039/L-A 23 em 7 de julho de 1982). Inscrito no CGC-MF sob o nº 30.304.620/001-85. Entidade Cultural inscrita no Ministério da Cultura sob o nº 33.004379/87-05.

DIRETORIA
BIÊNIO 1992/94

PRESIDENTE	Dr. PEDRO JOSÉ ALEXANDRE ARRUDA PINTO DE FRANÇA (RJ)
1º Vice-Presidente	Dr. BERNARDINO MACHADO LEITUGA (RJ)
2º Vice-Presidente	Dr. RENATO CRAMER PEIXOTO (RS)
3º Vice-Presidente	Dr. JONES FIGUEIREDO ALVES (PE)
CONSELHO FISCAL MEMBROS EFETIVOS	Dés. LUÍS FERNANDO WHITAKER TAVARES DA CUNHA
	Dr. ANTÔNIO LINDBERG COELHO MONTENEGRO
	Dr. SÍLVIO TEIXEIRA MOREIRA
CONSELHO FISCAL MEMBROS SUPLENTES	Dr. VALDIR RAMOS CAVALCANTI
	Dr. ANTÔNIO SBANO
	Dr. CLARINDO DE BRITO NICOLAU
Secretário Geral	Dr. SIRO DARLAN DE OLIVEIRA
1º Secretário	Dr. FERNANDO CÉSAR DE SOUZA MELGAÇO
2º Secretário	Dra. LEILA MARIA CARRILO CAVALCANTE RIBEIRO MARIANO
1º Tesoureiro	Dr. NAGIB SLAIBI FILHO
2º Tesoureiro	Dr. FERNANDO MARQUES DE CAMPOS CABRAL
DIRETORES	Dra. HELENA GOLDENZON BEKHOR
	Dr. CÁRMINE ANTÔNIO SAVINO FILHO
	Dr. LUIZ FUX
	Dra. MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO
	Dr. HÉLIO AUGUSTO SILVA DE ASSUNÇÃO
DIRETORES CULTURAIS	Dra. WANY DO COUTO FARIA
	Dr. NÍLSON DE CASTRO DIÃO
	Dra. DENISE CAMOLEZ
	Dr. DURVAL HALE
CONSELHO EDITORIAL	Dr. GERALDO MAGELA MARTINS DA ROCHA
	Dr. IVALDO CORRÊA DE SOUZA
	Dr. NILTON MONDEGO DE CARVALHO LIMA

DIREITO CONCRETO

SENTENÇAS

DIREITO CONCRETO

SENTENÇAS

LIVRARIA FREITAS BASTOS S.A.
Rua 7 de Setembro, 127/129 — 20.050-002 — Rio de Janeiro — RJ
Rua Maria Freitas, 110-A — 21.351-010 — Rio de Janeiro — RJ
Rua 15 de Novembro, 62/66 — 01013-000 — São Paulo — SP

SÉRIE DIREITO CONCRETO, volume 10

Supervisão gráfico-editoral: Hélio José da Silva

Composição eletrônica: BAW Comércio e Consultoria Ltda.

DIREITOS RESERVADOS

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

1ª EDIÇÃO — 1994

FICHA CATALOGRÁFICA
(Reprodução reduzida da ficha de 75 x 125 mm)

DIREITO CONCRETO: sentenças: v. 10/Geraldo Magela Martins da Rocha [et. al.] — Rio de Janeiro: Freitas Bastos. 1994.

319 pp ; 22cm.

1. Direito. Jurisprudência. I. Rocha. Geraldo Magela Martins da.

CDU 347.951 (094.0)
CDD 348.81

APRESENTAÇÃO

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 era ocupado quase exclusivamente pelas decisões dos tribunais.

Em boa hora, em 1980, ocorreu a criação e funcionamento do Instituto dos Magistrados do Brasil, através de cujo patrocínio veio a se corporificar a idéia 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 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 Nílton 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 e estudantes e para quantos se dedicam à pesquisa do Direito em sua vigorosa fonte criadora.

GERALDO MAGELA MARTINS DA ROCHA
Diretor do Conselho Editorial

II — PARTE CRIMINAL

ASSALTO À MÃO ARMADA (Jeronymo Borges Filho — AC) 157
CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO (Josefa Ribeiro da Costa — MA) 167
DELITO CULPOSO. CONTAMINAÇÃO DA VÍTIMA POR TRANSFUSÃO DE SANGUE (Joazil M. Gardés — DF) 172
EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO (Washington Oliveira Dias — CE) 184
FURTO QUALIFICADO. RECEPTAÇÃO. DIREITO AUTORAL (Cármine Antônio Savino Filho — RJ) 193
PECULATO (Olavo Junqueira de Andrade — GO) 208
REJEIÇÃO PARCIAL DE DENÚNCIA (Geraldo Luiz Mascarenhas Prado — RJ) 216

III — DIVERSOS

AÇÃO DECLARATÓRIA. INCIDÊNCIA DE ISS (Leila Maria C.C.R. Mariano — RJ) 231
AÇÃO DECLARATÓRIA. CONFIRMAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA (R. Reis Friede — RJ).. 237
ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO (João Baptista Chagas Filho — RJ) 250
BENS RESERVADOS (Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento — RJ) 259
RESPONSABILIDADE CIVIL RESPONSABILIDADE OBJETIVA. GRUPO COROA-BRASTEL (Fernando César de Souza Melgaço — RJ) 268
RESPONSABILIDADE CIVIL. RISCO ADMINISTRATIVO (Sidney Monteiro Peres — DF) 286
REVISÃO DE BENEFÍCIO (R. Reis Friede — RJ) 298
TRIBUTAÇÃO DE FITAS E TAPES (Leila Maria C. C. R. Mariano — RJ) 307

ÍNDICE GERAL

I — PARTE CÍVEL

AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO (Ricardo José Roesler — SC) 3

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CESSÃO DE DIREITOS (Alfeu Gonzaga Machado — DF) 6

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO (Ricardo José Roesler — SC) 20

AÇÃO ORDINÁRIA PARA RECEBER METADE DO VALOR DE LOGOTIPO (Jorge de Miranda Magalhães — RJ) ... 42

CADERNETA DE POUPANÇA. RESPONSABILIDADE PELAS DIFERENÇAS DE REMUNERAÇÃO (Jairo Vasconcelos do Carmo — RJ) 47

DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO DE JUIZ (Washington Oliveira Dias — CE) 56

DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER (Luiz José da Silva Guimarães Filho — RJ) 62

EXTRAVIO DE BAGAGEM. INDENIZAÇÃO (Roosevelt Queiroz Costa — RO) 66

HONORÁRIOS DE ADVOGADO (Maria Cezarinete de Souza Augusta Angelim — AC) 78

PERDAS E DANOS (Antônio Sapucaia da Silva — AL) 85

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PATRÃO EM ACIDENTE DE TRABALHO (Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz — RJ) 91

TRANSEXUALISMO — ASPECTOS JURÍDICOS E MÉDICO-LEGAIS(Conceição Aparecida Mousnier — RJ) 98

USUCAPIÃO DE AERONAVE (José Altivo Brandão Teixeira — MG) 140

I — PARTE CÍVEL

VARA CÍVEL
Comarca de
Jaraguá do Sul — SC
Processo nº 4.941/92

AÇÃO CAUTELAR DE SEPARAÇÃO DE CORPOS. SOCIEDADE CONJUGAL DE FATO. AÇÃO PRINCIPAL NÃO INTENTADA NO TRINTÍDIO LEGAL — Irrelevância. Irrelevante se afigura a ausência da ação principal dissolutória quando se trata de sociedade conjugal de fato, sem patrimônio comum, face o efeito meramente patrimonial da demanda.
(Sentença do Juiz de Direito Ricardo José Roesler)
* Confirmada.

Vistos etc.

ROSANE RINCOS, qualificada nos autos, aforou a presente ação cautelar de separação de corpos contra ADEMAR EMMENDORFER, também qualificado, alegando em síntese que vivia maritalmente com o requerido, sendo que desta união resultaram dois (02) filhos. Diz que o requerido é surdo-mudo e de longa data vem agredindo fisicamente a autora na presença dos menores e que já não suporta mais a situação, pretendendo se separar. Requereu, assim, a concessão de medida liminar para a separação de corpos, juntando os docs. de fls. 06/14.

Deferida a medida após a justificação e devidamente cumprida, foi o requerido citado (fls. 23) deixando escoar em branco o prazo de contestação (fls. 24).

A autora também não ajuizou a ação principal no trintídio legal (fls. 24v).

Instado a manifestar-se, o Dr. Promotor de Justiça opinou pela extinção do feito face o não-ajuizamento da ação principal (fls. 25).

É o relatório. Decido.

Como é sabido, a medida cautelar de separação judicial (principal) a qual, se não proposta no prazo hábil de 30 dias, redunda na perda da eficácia da liminar concedida, *ex vi* do disposto no art. 806 e no art. 807, ambos do CPC.

Modernamente, todavia, com o crescimento dos relacionamentos conjugais fáticos advindos do concubinato, têm os Pretórios pátrios aceito a separação de corpos para preparar eventual dissolução de sociedade de fato.

Contudo, neste instante chega-se a uma indagação: não proposta a ação dissolutória, perde a eficácia a separação de corpos decretada em caráter liminar?

Tenho que a resposta deva ser buscada não de forma simplista e genérica, mas, sim, de modo um tanto mais ponderado e, por que não dizer, de maneira mais casuística.

Indiscutivelmente, a ação de separação judicial diz respeito ao estado da pessoa (ação de estado), com implicância, portanto, em relação a direito indisponível.

A ação dissolutória de sociedade de fato, por sua vez, considerando-se que, a despeito da norma do art. 226, § 6º, da Constituição Federal, a relação concubinária não estabelece um estado civil da pessoa, não há que, portanto, versar sobre direito indisponível. Seu efeito, então, passa a ser meramente patrimonial.

Em face disto pode-se afirmar com absoluta certeza que, embora em ambos os casos a separação de corpos resulte no afastamento de um dos coabitantes do lar comum, não pode ela ser equiparada, na separação judicial, com a dissolução de união fática, eis que a tutela jurídica fim é diversa, sendo no primeiro caso relativo ao estado da pessoa(direito indisponível) e, no segundo, direito patrimonial.

De tal forma, em se tratando de separação judicial, restaria após a efetivação da medida, a necessidade de definir-se a questão relativa à ruptura da sociedade conjugal e, portanto, imperativa se tornaria a proposição de ação de estado, sob pena de perda da eficácia da liminar.

No entanto, tal não ocorre em relação à sociedade de fato, eis que , em tendo a dissolução efeito meramente patimonial, pode a parte dispor como quiser da principal, ou até mesmo deixar de intentá-la, se patrimônio comum não existir, haja vista o desaparecimento do bem jurídico tutelado. Neste caso, a cautelar teria a natureza auto-satisfativa, não obstante a natureza do feito e seu efeito haveria que subsistir indefinidamente.

O manejo do artigo 803 *caput* do CPC também é viável *in casu*, pois o requerido apesar de citado, quedou silente, de forma a sugerir a procedência do pedido.

A solução, assim, é a procedência da ação.

Isto posto e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na peça pórtica para, em confirmando a liminar, determinar o afastamento definitivo do requerido, do lar conjugal.

Condeno ainda o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios que arbitro em 20% sobre o valor da causa.

P. R. I.

Jaraguá do Sul, 23 de dezembro de 1992.

RICARDO JOSÉ ROESLER
Juiz de Direito

3ª VARA CÍVEL
Circunscrição
Judiciária de
Taguatinga — DF
Proc. nº 12.004/87

AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE CESSÃO DE DIREITOS C/C PEDIDO DE REVOGAÇÃO DE MANDATO PROCURATÓRIO POR INSTRUMENTO PÚBLICO — Improcedência dos pedidos.
(Sentença do Juiz de Direito Alfeu Gonzaga Machado)

Vistos etc.
Julgamento Simultaneus Processus — *faculdade conferida ao Julgador por força do disposto no art. 60 do CPC, embora trate-se de* Oposição Típica *(ofertada antes da audiência).*
Fundamento: Prevenção e Economia Processual conjuntamente com a Legitimidade ativa ad causam *dos opoentes.*
Julgamento em primeiro lugar da Oposição: *CPC art. 61.*

JOÃO DAVI DE OLIVEIRA e S/M STELA MARIS LAMOUNIER OLIVEIRA, já qualificados, interpõem a presente modalidade de Intervenção de Terceiros via OPOSIÇÃO, com fulcro nos arts. 56/61 do CPC contra ELINE ROSA MARINHO e ELIÉZER DOURADO e S/M GILDA NUNES DOURADO, também já qualificados. Alegam que, em síntese, a primeira oposta ajuizou Ação Declaratória de Nulidade de Cessão de Direitos contra o segundo oposto, objetivando a nulidade que envolveu a transação do apartamento nº 414, do Lote 08, da Quadra C-7, em Taguatinga/DF.

Sustenta que a primeira oposta vendeu ao segundo oposto o ágio, através de Cessão de Direitos e que foi celebrado com caráter irrevogável e irretratável para vender, ceder, prometer e transferir referido imóvel.

Que, antes adquiriram referido imóvel de José Rodrigues Cardoso, em 07. 07.87, conforme faz prova o instrumento particular de cessão de direitos (fls. 10 e 10v).

E como são casados entre si os opoentes, são hoje legítimos possuidores do imóvel demandado, cujos direitos adquiriram do então cessionário em 11.11.88, pelo preço de Cz$ 2.800.000,00 (dois milhões e oitocentos mil cruzados), conforme recibo de fls. 12.

Afirma que a oposta Eline, por Instrumento Público, lavrado às fls. 189 do Livro 503 do 3º Ofício de Taguatinga/DF, constituiu o réu Eliézer Dourado (segundo oposto), seu bastante procurador com poderes irrevogáveis e irretratáveis e total isenção de prestação de contas, para vender, ceder, prometer vender e transferir o imóvel citado (fls. 13/16); sendo que por cadeia de sucessivos substabelecimentos iniciando-se com Cecília Maria da Silva Oliveira, José Rodrigues Cardoso e Dimas José de Oliveira, que finalmente transferiu para os opostos.

Em outro processo em curso junto à 2ª Vara Cível de Taguatinga/DF, teve seus direitos reconhecidos judicialmente, onde foi condenada a oposta Eline a entregar e desocupar o imóvel (fls. 17/21).

Posteriormente, vem tentar anular judicialmente um negócio claro e perfeito celebrado entre as partes; sustentando que procura confundir a Justiça com alegações vãs e infundadas, principalmente com asseverações de má-fé, dolo, fraude e simulação.

Traz no bojo da inicial citações de preceitos legais e enxertos doutrinários, e insistindo que a oposta tentou de todas as formas vender referido imóvel, sendo que por cota ministerial, tal fato foi impedido via despacho.

Reafirma a boa-fé e posse legítima sobre o imóvel, requerendo a final a citação dos opostos para contestarem o pedido, sua admissão no feito e as cominações de praxe, protestando pela produção de provas em direito admitidas.

Juntaram os documentos de fls. 09/21.

Despacho inicial às fls. 23, determinando a citação da primeira oposta na pessoa de seu advogado e pelo segundo oposto por Edital (fls. 25, 28/29).

Manifestação da Curadoria de Ausentes às fls. 31 e 31v, onde aduziu que em preliminar a petição de Oposição é inepta, eis que não contém pedido algum contra os opostos e se quando muito caberia a modalidade de assistência bem como da nulidade do Edital de Citação, eis que não cumpriu as formalidades previstas no CPC e quanto ao

mérito reservando-se para a final contestá-lo. Protestou pela produção de provas em audiência.

Impugnação dos opoentes quanto à resposta do segundo oposto às fls. 33/34, refutando o inteiro teor e reportando-se a sua inicial.

Manifestação da oposta Eline às fls. 36, em que reclamou devolução do prazo, em virtude de não ter sido citada, o que foi deferido e sendo apresentada Contestação às fls. 41/42, onde asseverou que aos opoentes não assiste legitimidade para reivindicarem o imóvel não significa nem confere o *jus in re* ao réu Eliézer Dourado para transacioná-lo com terceiros e quando o adquiriram assumiram o risco de perdê-lo.

E em caso de perda, assiste aos alienantes o direito de evicção contra o oposto Eliézer, nada mais e que sabiam da litigiosidade da coisa. E quando muito deveria ter sido ajuizada contra apenas o oposto Eliézer. Não juntou documentos.

Impugnação da resposta da oposta pelos opoentes às fls. 44/46, onde refutaram o inteiro teor da resposta da oposta em todos os seus termos e reiterando os termos da inicial, arrolando testemunhas a final.

Nova manifestação da Curadoria de Ausentes às fls. 47, onde reiteraram os termos da sua resposta, principalmente no tocante às preliminares argüidas.

Nas fls. 47v, foi despachado no sentido de que seriam apreciados conjuntamente com a Ação Principal em uma única audiência a ser designada.

Designado o dia 28 de abril de 1992 às 14:00 horas para audiência de conciliação, instrução e julgamento das duas ações, ora em apenso da Ação Principal Declaratória de Nulidade e Revogação de Mandato Procuratório.

Feito o pregão compareceram as partes acompanhadas de seus advogados, sendo ouvidas duas testemunhas da autora, ora oposta; uma informante dos opoentes e uma testemunha comum, consoante fls. 55/59.

Antes da apresentação dos Memoriais, pelo despacho de fls. 60, despachei no feito principal de fls. 69, onde baixei os autos principais em diligência para que diversas providências fossem tomadas, consoante itens 1 a 5, sendo que após uma longa demora foram cumpridas (fls. 71/74 e 76/78, 80/85, 87) .

Memoriais dos opoentes às fls. 61/64 onde reportando aos termos da inicial e pela procedência do pedido.

Memoriais da oposta Eline às fls. 66/67, onde reiterou os termos da Contestação e pela improcedência do pedido.

Memoriais da Curadoria de Ausentes em 04 laudos de fls. 69/72, reportando-se a resposta inicial em todo o seu conteúdo e pela improcedência total do pedido.

TUDO BEM VISTO E RELATADO.

Com o devido respeito, a questão aqui ventilada é simples.

Os opoentes na qualidade de adquirentes da Cessão de Direitos sobre o ágio de um imóvel, ora financiado pelo SFH através de sucessivos substabelecimentos, interpõem a presente OPOSIÇÃO, entendendo que ambas as partes disputam o referido imóvel.

Data venia, razão não lhes assiste.

Na verdade, quem melhor observou e analisou a questão foi o Ilustre Curador de Ausentes, o Dr. Abadio José Mendes, em sua cota inicial nos autos de fls. 31 e 31v, ora nosso ex-colega de Curso de Direito, junto à Universidade Federal de Uberlândia /MG.

Para não prejudicar o andamento do feito, com interposição de recursos inúteis e outras razões mais, no despacho de fls. 47v por economia processual e para ter uma visão conjunta e mais aprofundada da lide, preferi que fosse realizada conjuntamente a instrução do feito.

Pois bem. A petição inicial dos opoentes é inepta em dois aspectos.

O primeiro diz respeito à falta de pedir. Nas fls. 07 da sua peça exordial, no item 19, fazem os opoentes diversos pedidos, antes porém contam a "história com detalhes" do que aconteceu. Escreveram o que não devia e deixaram de escrever o que devia o pedido.

Sendo Ação Autônoma e dependente do feito principal, a petição inicial de Oposição deve obedecer aos preceitos do art. 282 do CPC.

Numa simples e rápida análise do requerimento dos opoentes às fls. 07 dos autos, verifica-se da inexistência de pedido.

Conseqüentemente, a OPOSIÇÃO somente é cabível *quando existe discórdia entre as partes.*

A pretensão na Oposição é no sentido da *exclusão de ambos os opostos*. Ora, inexiste pedido nos autos da Oposição, feito pelos opoentes neste sentido.

Neste sentido têm decidido reiteradamente osTribunais pátrios, *verbis:*

"A Oposição é instituto destinado à intervenção de terceiro na causa para exclusão simultânea do autor e do réu. Quando visa unicamente a uma das partes, não é Oposição, e sim assistência" (In RT *605/134*).

"Para que tenha cabimento a oposição, deve ela dirigir-se contra o autor e o réu, exigindo-se, assim, que haja colisão entre a pretensão de cada um deles e a do opoente. Não se configurando tais pressupostos, falta interesse de agir, impondo-se a extinção do processo, sem julgamento de mérito" (Ac. Unânime da 3ª Câmara Cível do TJSC de 06.08.85, na Apel. Cível 21.601, ADCOAS, *1985, nº 105.180).*

Além do que foi dito, de inexistir pedido por parte dos opoentes, salvo melhor juízo inexiste colisão entre o oposto Eliézer Dourado, já que o mesmo foi quem transferiu via substabelecimento em cadeia para os opoentes.

A bem da verdade, o pedido dos opoentes é dirigido especificamente contra a atitude da oposta Eline, tanto é que refuta e fala da inicial mais do que a Curadoria de Ausentes contra esta oposta do que contra o outro oposto Eliézer.

Assim, *data venia*, o pedido dos opoentes deveria ter sido feito através de ASSISTÊNCIA SIMPLES, prevista na art. 50, *caput*, do CPC; eis que na verdade o interesse maior dos adquirentes da cadeia de substabelecimentos são os ora opoentes, que se vencer o ora oposto Eliézer Dourado e S/M no feito principal em apenso; então sim a situação será favorável aos então opoentes.

Face ao exposto, impõe-se a extinção da Oposição sem julgamento de mérito, eis que inepta a petição inicial por falta de pedido (seja mediato ou imediato) e incabível na espécie dos autos, a modalidade Oposição e sim da Assistência Simples, em observância ao disposto no art. 267, VI, c/c 295, inciso I c/c parágrafo único em seu inciso I todos do CPC.

DECIDIDA A OPOSIÇÃO, SERÁ DECIDIDO O FEITO PRINCIPAL EM APENSO.

ELINE ROSA MARINHO MOREIRA, já qualificada, propõe AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE INSTRUMENTO DE CESSÃO DE DIREITOS E REVOGAÇÃO DE MANDATO PROCURATÓRIO contra ELIÉZER DOURADO e S/M GILDA NUNES DOURADO, também já qualificados, alegando em síntese o seguinte: que em 05.06.86, a autora contraiu um empréstimo de mais

ou menos Cz$ 40.000,00 com um conhecido agiota de Taguatinga/DF, ora réu Eliézer, a juros extorsivos.

Conseqüentemente exigiram que a autora lhes desse em garantia os direitos sobre o imóvel, ora objeto da lide, adquirido junto ao SFH constituído do apartamento nº 414, do Lote 08, Quadra C-07, Setor Central de Taguatinga/DF, consoante documento de fls. 11/13, através de Cessão de Direitos (fls. 14).

Traça considerações pouco recomendáveis acerca da conduta do primeiro réu, Eliézer (fls. 03).

E que no caso dos autos, milita a favor da autora o disposto no art. 145, II, do Código Civil Brasileiro, inclusive forçando a autora para transferir um telefone para ele réu (562-8143).

Cita excerto doutrinário de lavra do Prof. Washington de Barros Monteiro e aresto jurisprudencial, *entendendo que o ato de transmissão É NULO DE PLENO DIREITO*, não sendo justo pagar o valor de uma dívida inicial de Cz$ 80.000,00 em um imóvel que na época valia Cz$ 600.000, 00 o ágio.

Insiste mais uma vez sobre a tese da nulidade do ato, inclusive mencionando o Ilustre Prof. Miguel Reale, bem como o Prof. Sílvio Rodrigues.

E por via reflexa, deve ser revogada a Procuração outorgada pela autora ao réu junto ao Cartório do Terceiro Ofício de Notas, Registro Civil de Taguatinga/DF, tudo resultante das circunstâncias que antes ensejaram a cessão de direitos.

A final, requereu a citação dos réus, para contestarem o pedido, pena de revelia; a procedência do pedido para ser decretada a nulidade do instrumento de cessão de direitos do imóvel bem como a revogação do instrumento procuratório que outorgou poderes aos réus para tratar de assuntos relativos ao referido imóvel; a intimação da CEF para se manifestar no feito; seja declarado nulo e de nenhum efeito o instrumento de cessão de direitos objeto desta demanda; as cominações de estilo, protestando pela produção de provas em direito admitidas.

Juntou os documentos de fls. 10/15 .

Foi determinado pelo despacho de fls. 17, que a autora autenticasse os documentos, sendo que tal não foi feito, segundo alegações da petição de fls. 18/19 e vários outros pedidos feitos, juntando os documentos de fls. 20/21.

No despacho de fls. 22 foi determinada a citação dos réus e o bloqueio de transferência junto a CEF e ao CRI (que foi revogado posteriormente a pedido da Curadoria de Ausentes).

Na certidão de fls. 32v, o Sr. Oficial de Justiça certificou que os réus encontram-se em lugar incerto e não sabido, sendo requerida a citação edilícia, o que foi deferido e feito (fls. 36,38/39).

Manifestação da Curadoria de Ausentes às fls.41 e 42v, pleiteando a revogação do despacho de fls. 22 e a nulidade da citação edilícia, eis que não atendeu aos preceitos do art. 232, III, do CPC.

No despacho seguinte, foi revogado o despacho de fls. 22, solicitando apenas o envio da existência da referida ação junto ao CRI para ser averbada à margem do livro próprio (fls. 43) .

Manifestação da Curadoria de Ausentes às fls. 50 pelo prosseguimento do feito e realização de audiência, sendo que foi intimada a CEF (Credora Hipotecária) da presente Ação (fls. 53).

Nas fls. 55/56, a autora substitui seu primitivo procurador por outro. Posteriormente arrolou testemunhas.

No despacho de fls. 59, foi designada data para realização de audiência de instrução e julgamento.

Regularmente intimados, no dia 28.04.92 às 14:00 horas, presentes as partes, seus procuradores e o MP, foi realizada a audiência de instrução e julgamento, ocasião em que foram ouvidas duas testemunhas da autora, uma informante e uma da testemunha comum (fls. 67/68); *cumprindo esclarecer que, por economia processual, foi realizada audiência comum na Ação Principal e na Oposição.*

Após a realização da audiência e face à precariedade das provas até então produzidas, determinamos a baixa dos autos em diligência para que fossem juntados aos autos os documentos mencionados nos itens 1 a 5.

Em seguida, suspenso o feito principal, foram enviados diversos ofícios, a seguir discriminados : 1 — Receita Federal (fls. 73 e resposta às fls. 87); 2 — Tribunal Regional Eleitoral (fls.71 e resposta às fls. 77/78); 3 — CRECI/DF (ofício às fls. 72 e resposta às fls. 80); 4 — Tabelionato de Notas de Taguatinga/DF para informar sobre a cadeia de substabelecimentos ora objeto da Ação (ofício de fls. 74 e resposta pelos documentos de fls. 81 a 87v), finalmente que a autora trouxesse aos autos cópia do cheque, seu nº, nome do banco sacado, para provar o alegado, *aliás diga-se de passagem não cumprido pela autora.*

Referido despacho foi prolatado em 04 de maio de 1992, por ocasião em que respondia pela 3ª Vara Cível de Taguatinga/DF antes de nossa remoção para Brasília.

Dada vista à autora, vieram os autos a este Juízo, sem a apresentação de Memoriais, ensejando o despacho de fls. 91.

Memoriais da autora às fls. 92/93, reiterando os termos da inicial e pela procedência do pedido.

Memoriais pelo ausente via Curadoria de Ausentes nas fls. 95/102, onde refutou e reportou-se aos termos da resposta anterior e pela improcedência do pedido.

Vieram os autos conclusos para sentenciar em 04 de novembro do corrente ano.

TUDO BEM VISTO E RELATADO.

A questão objeto do litígio é aparentemente complexa, mas de deslinde simples.

Na verdade, trata-se de Ação Declaratória de Nulidade de Cessão de Direitos c/c Revogação de Mandato Procuratório por Instrumento Público.

Disse a autora que tomou dinheiro emprestado de um outrora conhecido agiota de Taguatinga/ DF de nome Eliézer, ora réu, em 1986, no valor inicial de Cz$ 80.000,00 e que, não tendo condições de pagar a dívida, teve que ceder os direitos de aquisição de um apartamento ora financiado pela CEF para pagamento da dívida, consoante Cessão de Direitos de fls. 14 e 14 verso e Procuração por Instrumento Público para proceder a transferência do imóvel (fls. 15).

Após sucessivos substabelecimentos, a autora foi despojada de seu imóvel através de Sentença Judicial de Despejo Forçado, que tramitou junto à 2ª Vara Cível de Taguatinga/DF, correndo a sua revelia e outra Ação de Cumprimento de Obrigação de Fazer.

E diante de toda esta situação, agora pretende que seja declarado por sentença a nulidade da Cessão de Direitos e a revogação da Procuração, retornando a situação ao *status quo* anterior.

Em síntese esta é a lide.

Sustenta e alega a autora em sua inicial que face ao seu estado de miséria e necessidade, os réus exigiram que a mesma desse em garantia pelo empréstimo contraído a Cessão de Direitos sobre o imóvel que tinha adquirido via financiamento junto à CEF (SFH), consoante documento anexo de fls. 11/13.

Aduz que a cláusula 8ª foi urdida com má-fé, dolo, simulação, prejudicando em muito a autora.

E que no caso em espécie, aplica-se o disposto no art. 145, inciso II, do Código Civil.

A verdade não é bem esta. A Cessão de Direitos de fls. 14 e 14v é ATO JURÍDICO PERFEITO E ACABADO. Negócio regularmente entabulado entre as partes.

Ora, é público e notório quem são e como agem os AGIOTAS neste país. A começar pelo próprio Governo que ao não baixar as Taxas de Juros no Mercado é o maior captador e emprestador de dinheiro a juros altíssimos, como por exemplo os juros do chamado Cheque Especial hoje atingem a Taxa Mensal de quase 40% ao mês, e ainda por cima pede garantia e se não paga, executa...

E o réu, que não conheço e nem faço a idéia quem seja, emprestou dinheiro para a autora, presume-se que a mesma não pagou e os juros foram acumulando-se a ponto de o mesmo exigir que a autora fizesse a Cessão do Imóvel, objetivando com certeza, garantir seu crédito.

Conseqüentemente, quem negocia com agiota e toma dinheiro emprestado com indivíduos desta natureza, está sujeito a tudo...

Inaplicável na espécie dos autos o disposto no art. 145, II, do CCB, eis que embora tentasse provar através de testemunhas a existência de Dolo e Fraude, *data venia*, tais vícios de consentimento não restaram provados.

Testemunha Alvani Aleixo da Silva — fls. 67

Conheceu o réu como um agiota dos mais afamados de Taguatinga/DF; que comentou com a autora e esta se dirigiu para outra financeira e lá obteve empréstimo e pagou o agiota, ora réu. EM MOMENTO ALGUM disse ter ocorrido Fraude ou Dolo por parte do réu em relação à autora. Pouco esclareceu sobre o assunto. Informou apenas da existência do empréstimo havido entre autora e réu.

Testemunha Orlando de Araújo — fls. 68

Era vizinho da autora e na condição de policial militar, foi procurado por esta para ver se conseguia ajuda, somente esclarecendo que a autora comentou com ele que o réu agiota não tinha devolvido o cheque e nem dado a quitação. Na verdade, foram apenas comentários entre a autora e a testemunha que não presenciou os fatos e pouco esclareceu.

Assim, face à prova testemunhal colhida na audiência, pouco ficou esclarecido.

E nos termos do art. 333, inciso I, do CPC, competia a ela, autora, o ônus da prova do alegado e que pelo conjunto probatório dos autos nada provou a seu favor.

Em seguida, cabe a análise da Prova Documental acostada aos autos.

Doc. de fls. 14 — Instrumento Particular de Cessão de Direitos: Foi determinado que a autora juntasse a Cessão original ou pelo menos fotocópia autenticada, e a autora não cumpriu a determinação, consoante sua petição de fls. 18, em virtude de ter o réu ajuizado Ação de Cumprimento de Cláusula Contratual em curso na 2ª Vara Cível de Taquatinga/DF, o que também em momento algum, a mesma fez referência se ganhou ou perdeu a demanda.

Referida Cessão em alguns trechos está praticamente ilegível. Documento impresso que qualquer cidadão comum compra duas vias em qualquer papelaria e preenche. Nada de mais pode-se verificar em seu conteúdo. As cláusulas ali inseridas via datilografia ao que tudo indica foram pactuadas entre as partes. *Pergunta-se: se referido documento foi celebrado em 02 vias, onde está a 2ª via? Por que a autora não retirou cópia autenticada e legível junto à 2ª Vara Cível na época da propositura da Ação?* Qualquer tentativa agora após a sentença estaria em cheio atingida pelo Instituto de Preclusão Temporal. Cada ato processual tem que ser realizado no momento oportuno, sob pena de transmudar o processo civil e inverter todas as fases.

Não se trata de indagações subjetivas. Tanto é que por força do despacho de fls. 69 e 69v, este Juízo, após a audiência, pressentindo e verificando a insuficiência das provas e sua deficiência, baixou os autos em diligência a fim de que várias providências fossem tomadas e outros documentos fossem trazidos aos autos.

Em suma: o documento de fls.14 demonstra a existência de ato jurídico perfeito e acabado entre as partes, e muito menos restou provado quer tanto no aspecto externo como interno de vícios que o maculem.

Na verdade, com o devido respeito, a autora negociou com agiota, indivíduo sem qualificação, ao que tudo indica, ao ver que suas chances de receber o dinheiro emprestado eram minímas, propôs o negócio e a autora aceitou. Evidentemente que, depois caindo na "real", verificou e chegou à conclusão do péssimo negócio que fez.

E agora vem a Juízo, pretender a nulidade da referida Cessão de Direitos sobre o Imóvel Hipotecado e posteriormente a Revogação de Instrumento Procuratório lavrado em tabelionato.

Após a Instrução, no mencionado despacho de fls. 69v, item 4, determinei que a autora fornecesse o nº do cheque, que apareceu e foi

mencionado em audiência. Ali ficou determinado que a autora juntasse aos autos o nº do cheque, o nome do banco sacado, tudo visando que ficasse provado que o réu o devolveu ou não. *Infelizmente por razões desconhecidas a autora não cumpriu o despacho. SILENCIOU. Qualquer tentativa agora estará também atingida pela preclusão temporal.*

Esforçamo-nos em vão e ao máximo para que os autos tivessem um conjunto probatório mais robusto.

Esforçamo-nos para conseguir o endereço do réu junto ao TRE e a resposta foi negativa (fls. 77/78). Pelo TSE em virtude de uma Resolução interna, a não ser para Ação de Alimentos e Investigação de Paternidade, não se fornece qualquer dado.

Foi oficiado à Delegacia da Receita Federal e a mesma apresentou Cópia de Rendimentos do Réu. Está no Cartório de Taguatinga da 3ª Vara Cível e ao que parece as partes nem se dignaram analisá-la, tanto é que ninguém a mencionou em seus memoriais.

De forma elegante e precisa, o Sr. Tabelião informou ao Juízo a procuração que a autora Eline Rosa Marinho Moreira outorgou ao réu Eliézer Dourado (fls.85 e 85v). Inexiste ao meu ver e sentir qualquer vício de consentimento que a macule *a ensejar sua revogação*, eis que preenche os requisitos legais previstos no art. 1.289, e seus parágrafos, do Código Civil Brasileiro. Também ali está contida a cláusula de Irretratabilidade e Irrevogabilidade (fls. 85v), atendendo assim a outro preceito do Código Civil, *in casu*, o art. 1.317, incisos I e II.

Também pelo Princípio da Legalidade que informa e sustenta os Atos Notariais, o Tabelião de Notas tem a presunção legal de fé pública. *Não é um instrumento particular.*

Finalmente, pelo que se noticia nos autos, deveria ter a autora notificado judicialmente o réu da Revogação do Mandato, nos termos do art. 1.318 do CCB c/c 867 a 873 do CPC. Novamente silenciou, preferindo os riscos de uma Ação Judicial onde, por cadeia sucessiva, a referida procuração foi substabelecida inicialmente para Cacilda Maria da Silva Oliveira, que substabeleceu para José Rodrigues Cardoso, que substabeleceu para Dimas José de Oliveira, que substabeleceu para João Davi de Oliveira e S/M Stela Maris Lamounier Oliveira.

Interessante observar e notar que às fls. 10 dos autos em apenso de OPOSIÇÃO existe uma CESSÃO DE DIREITOS que a autora Eline transferiu para o Sr. José Rodrigues Cardoso, de forma legível, clara

e sem nenhuma cláusula datilografada. Tudo com cláusulas impressas, com firma reconhecida em tabelionato (Tab. Rubens Chamma), inclusive com duas testemunhas.

Também na dúvida da existência da Imobiliária Moeda Ltda., determinamos no despacho de fls.69 que fosse oficiado ao CRECI/DF para informar da existência da referida imobiliária e tal foi informado às fls. 80, ocasião em que pelo depoimento de fls. 58 dos autos em Apenso de Oposição apresentou um depoimento preciso, seguro e longo, narrando os detalhes da transação negocial posterior. *Quer dizer, o referido apartamento foi sendo negociado sem ágio sucessivamente até chegar às mãos dos atuais ocupantes ora opoentes.*

Voltando novamente ao documento de fls. 10 dos autos de Oposição, onde existe uma CESSÃO DE DIREITOS, datada de 07 de julho de 1987, onde figura como cedente Eline Rosa Marinho Moreira e cessionário José Rodrigues Cardoso e embora lendo com certa dificuldade a data da Cessão de Direitos de fls. 14 dos autos principais, *lê-se que a data ali aposta é de 05 de junho de 1986.*

ALGO ESTÁ ERRADO NESTA HISTÓRIA TODA...

Finalmente alega a autora que milita a seu favor a disposição contida no art. 145, inciso II, do Código Civil, eis que entende que o ato jurídico da transferência do contrato via cessão de Direitos tem como origem um ato cujo objeto é ilícito e por via reflexa pleiteia a nulidade do referido ato negocial transmudado na Cessão de Direitos.

Alega a autora que a transmissão do imóvel via Cessão de Direitos decorreu de dolo (*sic* fls. 03, segundo parágrafo da inicial).

Pergunta-se: Qual dolo?

A nosso sentir, embora mencionado genericamente, incabível o *Dolus Bonus* e o *Dolus Malus*.

Restaria a análise do *Dolus Causam* e do *Dolus Incidens*, eis que inexistente também o Dolo de Terceiro.

Face ao conjunto probatório dos autos, restaria a incidência do Dolo Acidental (CCB art. 93). Pois bem. Necessitando de dinheiro, procurou a autora o réu (mesmo sabendo a primeira que o segundo era agiota), tomando dinheiro emprestado. Presume-se que não conseguiu pagar o dinheiro emprestado. Depois transferiu o Contrato de Financiamento junto à CEF via Cessão de Direitos. E agora vem alegar dolo de forma genérica.

Ou quando muito poderia dizer que ocorreu o Dolo Acidental.

Preleciona nossa ex-Mestra Maria Helena Diniz, em sua obra *Curso de Direito Civil Brasileiro*, vol. I, pág. 233, que:

> "o dolo acidental é o que leva a vítima a realizar o negócio, porém em condições menos onerosas ou menos vantajosas (CC art. 93), não afetando sua declaração de vontade, embora provoque desvios, não se constituindo vícios de consentimento, por não influir diretamente na realização do ato, que se teria praticado independentemente do emprego de artifícios astuciosos. Não acarreta, portanto, a anulação do negócio jurídico, obrigando apenas à satisfação de perdas e danos ou a uma redução da prestação acordada" (ob. cit., pág. 233, Ed. Saraiva, SP, 1988).

Também alega a autora que houve Fraude.

Fraude a que, pergunta-se? À Lei? À ordem pública? Fraude contra Credores? Fraude contra Execução?

Ficou também tudo genérico.

Novamente tudo ficou no campo das alegações, porquanto não conseguiu provar, em nenhum momento, que sua vontade foi viciada por Dolo, Erro, Simulação e ou Coação.

Para que o ato jurídico, tido como perfeito possa ser declarado nulo, é mister que o vício causador de sua nulidade seja devidamente comprovado, de tal maneira que nenhuma dúvida paire a respeito.

Neste sentido decidiu o 1º TACSP – 2ª Câmara na Ap. 298.584, tendo como relator o Eminente Juiz Rangel Dinamarco, *verbis:*

> *"Não se anula ato jurídico por dolo quando o devedor é induzido em erro para oferecer garantias de cumprimento de obrigação que não nega. Se, com isso, fica ele frustrado da expectativa de escapar pelo inadimplemento, em termos jurídicos aí não reside prejuízo considerável"* (RT *569/108*).

Por estas e outras razões há de ser julgada improcedente a Ação Declaratória de Nulidade e Revogação de Mandato Procuratório.

EIS A CONCLUSÃO. DECIDO:

Isto posto e que mais dos autos consta julgo IMPROCEDENTE a Ação Declaratória de Nulidade e Revogação de Mandato Procuratório pelas razões expostas.

Condeno a autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios base de 10% sobre o valor dado à causa, valor este a ser recolhido aos cofres da União, em virtude da atuação da Curadoria de Ausentes (MPDFT).

No mais, julgo *EXTINTA a Oposição sem Julgamento de Mérito*, declarando os opoentes carecedores de Ação e inepta a inicial por falta de pedido (mediato ou imediato) e incabível na espécie dos autos, a modalidade de Oposição e sim da Assistência Simples, em observância ao disposto no art. 267, inciso VI, c/c 295, inciso I c/c parágrafo único em seu inciso I todos do CPC.

Custas pelos opoentes e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor dado à causa devidamente corrigidos.

P. R. I.

De Brasília para Taguatinga, em 18 de novembro de 1992.

ALFEU GONZAGA MACHADO
Juiz de Direito Substituto

VARA CÍVEL
Comarca de
Joinville — SC
Processo nº 900

AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO DE CONCESSÃO PARA REVENDA COM EXCLUSIVIDADE EM ÁREAS DETERMINADAS — Suspensão abrupta pelo fabricante, no fornecimento de bebidas. Obrigação de indenizar. A empresa que distribui ou revende bebidas em zonas determinadas pelo fabricante tem direito de ser indenizada em caso de rompimento unilateral e abrupto de contrato que se estabelecera ao longo dos anos, caracterizado pela suspensão injustificada do fabricante das bebidas. Tal contrato é atípico regendo-se a matéria pelos princípios gerais que informam os contratos.
(Sentença do Juiz de Direito Ricardo José Roesler)
* Confirmada.

Vistos etc.

RELATÓRIO DO VOLUME I

INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS ALFREDO SCHWEDER LTDA., qualificada nos autos, ajuizou a presente AÇÃO ORDINÁRIA DE INDENIZAÇÃO POR RESCISÃO UNILATERAL DE CONTRATO PARA REVENDA COM EXCLUSIVIDADE EM ÁREA DETERMINADA, compreendendo: FUNDO DE COMÉRCIO, LUCROS CESSANTES E DANOS EMERGENTES, RECOMPRA DE VASILHAME, INDENIZAÇÃO DAS BENFEITORIAS IMOBILIÁRIAS, especialmente edificadas, destinadas ao comércio próprio

da concessão, RESSARCIMENTO DAS DESPESAS COM A DESPEDIDA DOS FUNCIONÁRIOS e BAIXA DA SOCIEDADE por ABALO MORAL do NOME COMERCIAL. REPETIÇÃO DO DISPÊNDIO COM PUBLICIDADE e PROPAGANDA, contra COMPANHIA SULINA DE BEBIDAS ANTARCTICA, igualmente qualificada, em suma alegando, na prolixa peça inicial:

Que, em 13.07.1923, Bertram Ebert estabeleceu-se na cidade de Indaial, com uma fábrica de gasosas.

Após diversas alterações, em 06.08.1969, foi constituída a sociedade por quotas de responsabilidade limitada ALFREDO SCHWEDER LTDA., dedicada a exploração do ramo de indústria e comércio de bebidas.

Em 10.08.1970, a empresa passou a girar com a denominação de ALFREDO SCHWEDER — INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS LTDA.

Alega a autora que, em 1935, segundo foi possível apurar documentalmente, a firma de Alfredo Schweder passou a revenda de cerveja das marcas Optima e Favorita, na época fabricada pela Cervejaria Catarinense Ltda.

Os anos passavam e mensalmente aumentava o vulto dos negócios e os produtos ja eram vendidos com exclusividade.

Que, em 1936, as notas fiscais da antecessora da ré, filial de Blumenau, eram faturadas mensalmente.

Em 1937, a então concedente passou a denominar-se CERVEJARIA CATARINENSE S.A. e em 1938, as faturas passaram a ser expedidas pela mesma, agora de Joinville, e a autora revendia as cervejas Favorita, Ouro Pilsen, Catarinense Velha, Catarinense Nova, Bock e Chopps em litro, como sempre foi até julho de 1984, com exclusividade para a região de sua área de atuação.

Que, no ano de 1953, as bebidas passaram a ser fabricadas e as notas a serem expedidas pela Cia. Antarctica Paulista, que adquiriu, na época, o controle da Cervejaria Catarinense Ltda.

Em 1964, a concessionária-requerente por imposição da concedente-requerida viu-se forçada a desativar a fábrica de gasosa, passando a revender, exclusivamente, os refrigerantes fabricados pela ré.

Em 1976, a aquisição de cerveja passou conforme programação da concedente, em parte a ser feita em Caxias do Sul, na Cervejaria Pérola S.A., do Grupo Antarctica.

Desde 1972, a requerente passou a adquirir, ainda por determinação da ré, os produtos da marca Dubar, outra empresa do Grupo Antarctica.

Em 1977, a cerveja era adquirida na filial do grupo em Montenegro e Estrela — RS, em 1979, os refrigerantes passaram a ser adquiridos em Blumenau nas Bebidas Thomsen Ltda., nova empresa do grupo.

Em 1980, também por determinação da ré, a autora adquiria cerveja Antarctica na Cervejaria Serramalte S.A., na cidade de Getúlio Vargas — RS.

Em 1981, a requerente passou a adquirir e revender os produtos fabricados por Mion S.A. — Indústria e Comércio, também do grupo Antartica, deixando naquela época de engarrafar aguardente.

Ainda em 1981 com o lançamento dos produtos Antarctica em lata passou a adquiri-los da Primo-Schincariol — Indústria de Refrigerantes S.A. em Itu — SP.

Desde 1964 a autora passou a revender em mais de 95% de seus negócios, produtos da ré, e/ou coligadas da mesma por determinação e programação desta.

Até 28 de junho de 1984 os negócios fluíram normalmente e cresceram vertiginosamente.

Em meados de julho do mesmo ano, sem nenhum aviso ou notificação, o fornecimento de bebidas foi interrompido.

Sustenta a autora que, durante 50 anos, vendeu produtos da concedente adquirindo-os na própria fábrica em Joinville ou por sua determinação e programação, nas empresas coligadas em Curitiba — PR e Caxias do Sul — RS e Blumenau — SC.

Mensalmente a autora era comunicada das cotas e produtos disponíveis e em seguida, atendendo às determinações da ré, carregava com seus caminhões cerveja, chopp e refrigerantes nas cidades já mencionadas.

Desde maio de 1969, a autora patrocinou e divulgou os produtos Antarctica na Rádio Clube Indaial.

Ainda arcava com as despesas na divulgação dos produtos da ré em painéis luminosos, decalcos e brindes em geral.

A partir de 1983, toda compra de cerveja e chopp importava no pagamento sobre o valor, de percentual referente à participação na divulgação e propaganda.

No decorrer dos anos de atividade, a requerente adquiriu da ré e/ ou coligadas, garrafas e garrafeiras dos mais diversos tipos, todas com o logotipo da empresa.

Que a autora possui sete (7) caminhões todos eles usados no transporte de bebidas da fábrica ao depósito em Indaial, com o logotipo da concedente.

No decorrer de mais de cinco decênios de atividade na revenda dos produtos da ré, a autora investiu na construção de imóveis, tais como, depósito adaptado para estocar bebidas em engradados, garagens, escritório, fábrica de gelo, câmara fria, calçamento do pátio e construção de muros.

A partir de 1979, reformou e ampliou as edificações.

Face a brusca e imotivada cessação no fornecimento de bebidas, a requerente viu-se na contingência de despedir funcionários e indenizá-los.

Diz que, por força do ato, terá que cessar as atividades.

Que, no decorrer dos 50 anos de atividade, a autora formou uma expressiva clientela nos municípios de Indaial, Rodeio, Ascurra e Apiúna, área esta delimitada pela própria ré, como sendo exclusiva da postulante.

O fato abalou a moral dos sócios da autora, provocando um sem-número de comentários a respeito da cessação do fornecimento. O nome comercial também foi abalado.

Que, em 28.06.84, a concessionária retirou da fábrica de Joinville a última carga de bebidas.

No mesmo dia, ainda pagou a prestação prevista para propaganda.

Em 03 de julho, a concessionária solicitou junto à concedente a disponibilidade de produtos para o mês de julho.

Em 09 de julho, sem resposta da missiva antes referida, a autora voltou a se dirigir à concedente, oportunidade em que esta, através de um "recado", transmitiu-lhe que o fornecimento de seus produtos seria sustado.

Que, a requerida foi procurada epistolarmente e também por via judicial — autos 5.046 — nada contestando ou alegando, quedando em silêncio tumular.

Por derradeiro, para resguardo e reconhecimento de seus direitos, aforou o presente feito, pelo qual pretende o reconhecimento judicial de suas pretensões e o conseqüente constrangimento da requerida a compor os danos e a indenizar as lesões patrimoniais, morais e comerciais a que deu causa, especialmente no seguinte: 1 — fundo de

comércio; 2 — perda de clientela; 3 — lucros cessantes; 4 — recompra de vasilhame; 5 — pré-aviso, 6 — ressarcimento do dispêndio nas construções e instalações específicas para o fim a que se destinavam — depósito e comércio de bebidas e sua adaptação; 7 — reembolso dos encargos com as rescisões dos contratos de trabalho dos empregados despedidos; 8 — devolução das verbas de publicidade despendidas pela autora, cobradas pela requerida; 9 — composição dos danos morais; 10 — indenização pelo abalo do nome comercial; 11 — ressarcimento das despesas para encerramento das atividades comerciais; 12 — indenização pela desvalorização do imóvel e benfeitorias; 13 — reembolso das despesas judiciais e de viagens que deu causa por sua atitude abusiva. Todas as verbas atualizadas nos índices das Obrigações do Tesouro Nacional — OTN.

Custas processuais e honorários advocatícios sobre o valor a final apurado.

Deu à causa o valor de Cr$ 50.000.000,00 (cinqüenta milhões de cruzeiros) e arrolou testemunhas.

Juntou documentos de fls. 34/344.

RELATÓRIO DO VOLUME II

Documentos juntados pela autora de fls. 345/802.

RELATÓRIO DO VOLUME III

Documentos anexados pela autora de fls. 803/2.311.

Observado neste volume o equívoco, pois às fls. 1.268 salta para 2.269.

RELATÓRIO DO VOLUME IV

Documentos carreados pela autora de fls. 2.312/2.746.

RELATÓRIO DO VOLUME V

Documentos juntados pela autora de fls. 2.747/3.253.

RELATÓRIO DO VOLUME VI

Ainda documentos juntados pela autora de fls. 3.254/3.637.

Citada às fls. 3.639 a requerida contestou tempestivamente a ação, em suma argüindo preliminarmente:

a) a inépcia da inicial, por conter pedidos incompatíveis entre si (art. 295 — I, § único, inciso IV, do CPC), pois ao mesmo tempo em que busca a autora ressarcir-se de um procedimento indenizatório busca repetir eventuais dispêndios a título de propaganda e publicidade;

b) a carência da ação, nos termos do inciso II, art. 295 do Digesto Processual, pela ilegitimidade ativa e passiva *ad causam*, visto que, inexistindo qualquer avença, pacto ou ajuste que legitime a pretensão material da autora, falece-lhe interesse (art. 3º do CPC) para propor a demanda;

c) ainda diz que a inicial deve ser repelida *in limine* por não declarar o valor exato da causa, pois a autora atribuiu apenas em valor "provisório".

No mérito sustenta a inexistência da avença mercantil entre as partes.

Diz que a autora reconheceu expressamente a existência de um relacionamento mercantil, assentado única e exclusivamente numa simples sucessão de contratos de venda e compra, autônomos e independentes, constituindo-se em negócios jurídicos perfeitos e acabados, sem qualquer inter-relacionamento capaz de jungi-los uns aos outros e que esta circunstância demonstra a inexistência do imaginado contrato de distribuição de cervejas e outras bebidas.

Que as transações havidas entre a autora e ré foram orientadas pela regra jurídica contida no artigo 191 do Código Comercial.

Que todas as transações foram realizadas pela cláusula "FOB" com pagamento à vista, ocorrendo sempre a tradição das mercadorias nos portões do estabelecimento industrial da ré e das demais empresas do grupo.

Assim, em razão da cláusula "FOB"cessou de pleno direito a responsabilidade da ré.

Que não há que se falar em dependência entre autora e ré, vez que inconfigurados os negócios realizados como contratos de adesão.

Aliás, da atenta leitura do ato constitutivo da autora, colhe-se que seu objeto não se restringe a revenda dos produtos "Antarctica".

Que as notas fiscais em anexo comprovam às escâncaras que a firma autora não sofreu qualquer paralisação e está em plena atividade operacional, fruindo lucros, o que vem contradizer os seus argumentos quanto aos reclamados lucros cessantes, fundo de comércio, danos

emergentes, ressarcimento das despesas com despedimento dos funcionários e baixa da sociedade.

Destaca a ré que a situação entre as partes sempre foi de inteira dependência e que a autora sempre praticou os preços que melhor lhe aprouvessem.

Que não é verdade a argumentação da autora, no sentido de que estava obrigada a adquirir cotas prefixadas pela ré. Ao contrário, esta limitava-se a informar, mensalmente, a disponibilidade máxima dos produtos de sua fabricação, sendo certo que as mercadorias ofertadas somente seriam faturadas mediante prévia anuência e solicitação da autora.

Assim, nenhuma obrigação assumiu a ré perante a autora, de fornecimento predeterminado e muito menos compromissou-se pela aquisição de quantidades prévias sendo certo também que se, a *contrario sensu*, a autora deixasse de adquirir os produtos da ré nenhuma ação caberia contra aquela, face à inexistência de qualquer direito material que pudesse agasalhar a sua pretensão.

A final, apenas para argumentar ressalta a ré que, se fosse reconhecida a existência de um contrato de concessão para revenda com exclusividade em área determinada, há que se ver que ninguém é obrigado a ser concessionário de coisa alguma, no campo do Direito Privado. E se há concessão, deve ela ser previamente ajustada, o que não ocorre no caso.

Conquanto, se fosse viável a estranha união de contratos não escritos e de "adesão" a que alude a autora, lembra a ré que até a presente data não se acha regulamentado em lei o instituto da concessão mercantil.

Por derradeiro, requereu, caso não sejam acolhidas as preliminares, a improcedência da ação, com a condenação da autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, protestando provar o alegado por todos os meios de prova em Direito admitidas, notadamente pelo depoimento pessoal do representante legal da autora, testemunhas que arrolou, perícia e juntada de novos documentos.

Juntou documentos de fls. 3.652/3.658.

Sobre a contestação, manifestou-se a autora às fls. 3.660/3.665.

No despacho saneador de fls. 3.671 que restou irrecorrido, foi nomeado um perito para o exame requerido pela ré.

Às partes indicaram os seus assistentes tecnicos e formularam quesitos (fls. 3.678/3.687).

Sobre o laudo pericial de fls. 3.706/3.727, manifestaram-se as partes.

Às fls. 3.737/3.739 a ré interpôs agravo retido, do despacho que indeferiu a formulação de quesitos suplementares (fls. 3.735).

Pelo despacho de fls. 3.749, determinou-se a expedição das cartas precatórias de inquirição das testemunhas residentes noutras Comarcas, designando-se audiência de instrução e julgamento.

Cumpridas as precatórias, na data aprazada, compareceram as partes, seus procuradores e testemunhas.

Aberta a audiência, foi proposta a conciliação, que resultou inexitosa.

Pela ordem, requereu a palavra o Dr. Procurador da ré que solicitou a dispensa das testemunhas substituídas por já ultrapassar o número legal permitido, assim como os seis (06) últimos depoimentos devem ser desconsiderados porque realizados no Juízo deprecante, ao arrepio do princípio processual da unicidade e continuidade da audiência.

Outrossim, irresignou-se pela juntada da petição de fls. 31.812/3.814 no Juízo deprecante, pois não teve oportunidade de manifestar-se sobre o conteúdo da mesma.

Sobre a alegação pronunciou-se o Dr. Procurador da autora (fls. 3.998).

Indeferidos os pleitos da ré (fls. 3.898/3.899), foram colhidos o depoimento pessoal do representante legal da autora, de três testemunhas arroladas pela autora e três testemunhas arroladas pela requerida, tendo o Dr. Procurador da autora desistido do depoimento pessoal do representante legal da ré.

Renovada a proposta conciliatória, não logrou-se êxito.

Em seguida, nos termos do art. 454, § 3º, do CPC, foi determinado que as partes apresentassem as suas derradeiras razões, através de memoriais.

RELATÓRIO DO VOLUME VII

Segue-se nestes autos, com a juntada dos memoriais da autora (fls. 3.907/3.930) e da requerida (fls. 3.931/3.939) aos quais por brevidade me reporto.

É em epítome o relatório. DECIDO.

2 — *Fundamentos*. Trata-se de "Ação de Indenização por Rescisão Unilateral do Contrato de Concessão para Revenda com Exclusividade em Área Determinada, pelo qual a autora quer compelir a ré ao pagamento de fundo de comércio, lucros cessantes, e danos emergentes, recompra de vasilhame, indenização das benfeitorias imobilizadas, especialmente edificadas, destinadas ao comércio próprio da concessão, ressarcimento das despesas com rescisão dos contratos de trabalho de seus empregados e baixa da sociedade, dano por abalo moral do nome comercial, reembolso do dispêndio com publicidade e propaganda etc...".

As prefaciais enfocadas pela ré imerecem prosperar.

A ação não é inepta (art. 295 — I e § único, IV do CPC) com o quer fazer valer a ré pois não ocorre a alegada incompatibilidade de pleitos, visto que os pedidos cumulados não são antagônicos e referem se, cada um, a um fato isolado, decorrente da aventada rescisão unilateral. Compatível é o que pode coexistir, o que é conciliável com outro, ou outros. A compatibilidade não é necessariamente lógica, mas sim compatibilidade jurídica.

Portanto, são eles compatíveis entre si, de modo a permitir uma apreciação distinta. A inicial, ademais, expôs com clareza os fatos e fundamentos jurídicos dos pedidos.

Da mesma forma, não há como reconhecer-se a carência da ação (art. 295 — II do CPC) eis que, "a ilegitimidade que determina o indeferimento da petição inicial não é ilegitimidade *ad causam* ou capacidade para estar em Juízo, isto é, para ser sujeito da relação processual" (*ADCOAS* 1974, nº 29.942, TJSC).

A ré confirma de conseguinte a ocorrência de sucessivos negócios realizados entre as partes; logo dessume-se a capacidade da autora, para figurar no pólo ativo da relação processual.

Apreciadas as preliminares, passo ao exame do mérito.

De início cabe a análise apurada a respeito da existência ou não do alegado contrato de concessão para revenda com exclusividade dos produtos da acionada.

Na doutrina de JOSÉ XAVIER CARVALHO DE MENDONÇA,

> "negócio jurídico, sob o ponto de vista comercial é a declaração da vontade, manifestada pela pessoa hábil, visando a constituir, modificar ou extinguir uma relação jurídica (Cód. Civil, art. 81). Pouco importa que esses efeitos resultem simplesmente daquela declaração ou do concurso desta com outros elementos de fato como nos contratos, onde além da declaração da vontade, se exija

a *praestatio rei* (o mútuo, o depósito, o penhor, o *report*, o pagamento da dívida etc.).

DERNBURG acertadamente diz que o negócio jurídico constitui para o agente o meio de expandir sua liberdade no Direito Privado.

... no Direito Comercial, somente apreciamos uma categoria, a dos negócios jurídicos de direito patrimonial, que ainda se distinguem em negócios de eficácia real e em negócios produtivos simplesmente de relações pessoais, isto é, que fazem nascer, modificar, ou extinguir em direito de obrigação. Os primeiros produzem efeito *erga omnes*, os segundos somente entre as partes.

O negócio jurídico pode ser unilateral e bilateral.

... o segundo se aperfeiçoa pelas declarações convergentes da vontade de mais de uma parte; cada declaração provém de pontos opostos ou pelo menos não idênticos, de modo que com o seu encontro se dá o consentimento — Exemplos: a compra e venda, a locação etc.

O negócio jurídico bilateral exprime-se com os vocábulos contrato, convenção. Por meio dele, as partes obrigam-se reciprocamente à constituição, modificação, confirmação ou extinção de uma relação de direito. Esta é, decerto, a parcela mais notável compreendida no negócio jurídico. Na matéria de comércio forma a parte principal" (*Tratado de Direito Comercial Brasileiro*, vol. VI, 6ª edição, Livraria Freitas Bastos — 1ª parte, págs. 41/44).

Infere-se dos autos como fatos incontroversos que a autora desde o ano de 1937 revendia os produtos da requerida (cerveja), na época fornecidos pela antecessora "Cervejaria Catarinense Ltda." (fls. 83).

Ainda, sua atividade no ramo de bebidas data de 1923 (fls. 3.712 item 21).

A prova documental no bojo dos autos é robusta, no sentido de comprovar as operações mercantis entre as partes, e que não havia contrato de fornecimento por escrito.

O pressuposto material do pedido é pois a alegada existência de um contrato de concessão para revenda com exclusividade em área determinada, que teria sido ajustada (informalmente) entre a autora e a ré e rescindido injusta e unilateralmente por esta.

É incontroverso nos autos também de que houve uma relação de negócio entre as partes.

E o contrato, no sentido lato, é a concorde manifestação da vontade de duas ou mais pessoas em situação antagônica, entre si, para o escopo de constituírem, modificarem ou extinguirem uma relação jurídica.

No dizer do tratadista J. X. CARVALHO DE MENDONÇA,

> "a missão do Juiz é pesquisar e conhecer a vontade das partes, desenvolvendo-a nas conseqüências lógicas em face dos fatos que se produzirem, a fim de que o Estado dê eficácia ao que efetivamente elas quiserem, e que constitui a rígida lei que o magistrado deve inexoravelmente aplicar, a menos que se não ache ante uma impossibilidade absoluta e objetiva. Eis por que o Código Civil explica o art. 85: nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção do que ao sentido literal da linguagem; CLÓVIS diz com razão que o preceito deste art. 85 é mais do que uma regra de interpretação. É um elemento complementar do conceito do ato jurídico. Afirma que a parte essencial ou nuclear do ato jurídico é a vontade. É a ela, quando manifestada de acordo com a lei, que o Direito dá eficácia" (ob. cit., págs. 447/448).

Vislumbra-se nos autos, sem qualquer sombra de dúvida, que entre as partes houve um contrato (comercial, pois teve por objeto ato de comércio) de concessão para revenda, com exclusividade pois as partes se obrigaram reciprocamente uns para os outros criando duas obrigações principais e correlatas, visto que, nos contratos bilaterais, cada um dos contratantes é credor e devedor ao mesmo tempo. O vendedor é devedor da mercadoria e credor do preço; o comprador é devedor do preço e credor da mercadoria.

Houve ajuste de vontades neste sentido.

Como sói acontecer em casos tais, a exclusividade é exigência do fornecedor e nos autos vem manifestada em todos os momentos da relação negocial entre os litigantes.

Lecionando a respeito dos contratos mercantis o insigne mestre WALDEMAR FERREIRA em sua clássica obra *Tratado de Direito Comercial*, 8º volume, Ed. Saraiva, às págs. 12/17, nos ensina:

> "... nos contratos comerciais, doutrinou CESARE VIVANTE, a palavra basta, em regra para criar o vínculo obrigacional: o comerciante, como homem de negócios, cuja profissão está no

contratar, tem tal energia de prontas e sagazes deliberações, que é supérflua para ele, a cautela das formas. A rapidez com que se tratam e ajustam os negócios, mesmo fora dos Bancos, na praça, na Bolsa, onde faltam meios de reduzi-los logo a escrito; a ignorância de muitos comerciantes que, todavia, dirigem empresas importantes; a possibilidade de servirem-se de muitos meios probatórios, que se constituem natural ou contemporaneamente com os negócios, como os livros de comércio, a testemunhança de mediadores e comissários; a opinião comum aos comerciantes de não se deverem preocupar, quando tratam de seus negócios, com as controvérsias judiciárias que podem originar, levando-os a preferir as dificuldades, de certo modo raras, do litígio, às contínuas observâncias da forma — eis causas que introduziram e mantêm, nas leis comerciais, a regra mercê da qual o validamento dos contratos é livre de toda forma. Só excepcionalmente, ou por torpe influência do Direito Civil, senão por força de razões próprias de algumas espécies de negócios, manteve o Codigo Comercial a necessidade de forma.
Em verdade, o Código Civil preceituou o art. 129, não depender a validade das declarações de vontade de forma especial, salvo quando a lei expressamente a exija. Assim é, pois, tanto no civil quanto no comercial.
Neste principalmente. Desde que as vontades se manifestam e as de duas ou mais pessoas se conjugam, celebra-se o negócio jurídico mercantil. Torna-se contrato obrigatório".

Ainda, adverte o renomado professor:

"... inquire-se e assaz se controverte quanto à manifestação da vontade tacitamente, de molde a haver-se o negócio jurídico como perfeito e acabado, independentemente de aceitação explícita.
Quem cala, diz velho adágio popular, consente. Será assim também na esfera contratual?
Devendo, para celebração do ato jurídico, atuar a vontade humana, inequivocamente, pois onde ela se não manifeste ato jurídico não se tem, pode-se, acaso, atribuir ao silêncio força criadora do negócio jurídico? Se, como já dito alhures, o negócio jurídico, resultado que o Direito determina que se produza porque o declarante o quer — como formá-lo quando ele não o declare? Sem vontade não se forma o ato jurídico. *Somente quando ela se*

exterioriza é que ela pode ter por efeito gerá-lo. Há de externar-se pela forma prescrita ou não defesa em lei. Sua validade, pela regra do art. 129 do Código Civil, não depende de forma especial, senão quando a lei determinadamente a exija.

Daí o ter TEIXEIRA DE FREITAS, no art. 446 do esboço, afirmado que os atos exteriores, por que a vontade se manifesta, podem consistir, ou na prática de algum fato material, consumado ou começado; ou simplesmente na expressão positiva ou tácita da vontade. A positiva é a que é certa, por manifestada verbalmente, ou por escrito, ou por outros sinais inequívocos, com referência a determinados objetos e por modo determinado. A tácita resulta de certos atos, de que se possa concluir o propósito do agente, nos casos em que não se exija a expressão positiva.

A expressão tácita da vontade, para formar ato jurídico, decorre presuntivamente de fato ou ato do homem; ou da lei. Não se afirma por palavra falada ou escrita. Nem por gestos, que estes também exteriorizam a vontade. A dos surdos-mudos assim se revela. Mas não somente a deles. Por simples movimento de cabeça, diz-se sim ou não.

Não há portanto, na expressão tácita de vontade, o silêncio. Deduz-se ela de atos ou fatos. Ao passo que o silêncio é mudez. É inatividade.

Existe ele, no sentido jurídico e no ensinamento de RENÉ DEMOGUE, quando a pessoa no curso da atividade permanente, que é a vida, não manifestou sua vontade, respeito ao ato jurídico, nem por ação especial tendente a esse efeito (vontade expressa) nem por ação de que se possa deduzir sua vontade (vontade tácita).

Do conceito de PACCHIONI de que o homem, tendo deveres sociais, sobrelevando o de falar, em certos casos, de modo que, deixando de fazê-lo, comete falta e deve, pois, responder por ela, indagou RENÉ DEMOGUE se ele é, realmente, obrigado a falar. A necessidade prática observou, consagrada pelo uso, impõe a de responder a quem se encontre em relações seguidas de negócios. A guarda do silêncio por tempo prolongado pode ser havida como aceite.

Bem andou, por isso, o codificador brasileiro em editar, no art. 1.084 do Código Civil, a regra de que, sendo o negócio daqueles que se não costumam aceitar expressamente, *ou o proponente o*

tenha dispensado, se refuta concluído o contrato, não chegando a tempo a recusa. Não chegando a tempo ou não chegando nunca. O silêncio, em tais casos, importa em concluir-se o contrato. Sugestivos são os exemplos invocados por CLÓVIS BEVILÁQUA. Se o industrial costuma remeter os seus produtos, anualmente, ao comprador, que ao recebê-los, lança a operação em seus livros e efetiva o pagamento do preço, quando não lhe convenha mais aceitar tais produtos ou algum deles, deve dar, sem tardança, conhecimento de sua recusa, sob pena de, não o fazendo a tempo, considerar-se o negócio concluído".

Filtra-se dos autos de que a autora revendia os produtos da ré, com exclusividade desde o ano de 1937, como já dito.

A prova testemunhal e a pericial produzida nos demonstra essa situação.

E esses meios de prova e os princípios que os norteiam ainda persistem com as modificações introduzidas pelo Código de Processo Civil. Declara, este, com efeito, admissíveis em Juízo todas as espécies de prova reconhecidas nas leis civis e comerciais. Não foram, portanto, por ele revogados os dispositivos do Código Comercial atinentes às provas dos contratos comerciais, e entre eles, necessariamente as do Decreto nº 737, com elas condizentes, desde que não explicitamente revogadas por textos expressos.

Conquanto, conforme restou demonstrado pelas provas testemunhais de fls. 3.817 a 3.836 e 3.890 a 3.897, e 3.906, embora tacitamente, havia entre as partes um contrato de concessão para a revenda de bebidas, desde o ano de 1937.

As notas fiscais no-lo demonstram com franciscana singeleza.

O contrato por sua vez era de exclusividade eis que a autora além de vender unicamente os produtos da ré era conhecida na região como sendo revendedora "Antarctica".

A testemunha da ré, de fls. 3.904, noticiou que a ré tentava negociar a exclusividade para posteriormente contratar por escrito, e que em várias regiões mantém contratos de exclusividade com os seus distribuidores.

Disse mais, que a ré "assegurava à autora a área de distribuição de seus produtos e no caso era, Indaial, Rodeio, Ascurra e Apiúna, e que o corte de fornecimento ocorreu, porque a autora comercializava

produtos concorrentes e pelo que sabe a ré não manifestou por escrito qualquer restrição à autora".

Logo, conclui-se que a área de atuação foi determinada pela demandada.

Anoto, outrossim, que era do conhecimento da ré e isto ficou comprovado no depoimento do informante de fls. 3.904 que a autora operava desde o ano de 1982 com produtos de outra marca, ou seja, Brahma e Coca-Cola, consentindo com o fato até o corte do fornecimento em 1984.

Pelo exame do Sr. Vistor Oficial ficou demonstrado:

1 — Que a autora comercializava 88% dos produtos da requerida.

2 — Que a participação de produtos similares, tais como os refrigerantes da linha Coca-Cola, era mínima, ou seja, uma média de 124 dúzias/mês.

3 — Que a ré indicava as cotas mensais de produtos a serem adquiridos pela autora e os locais de retirada.

4 — Que após o corte no fornecimento, a autora teve uma sensível diminuição no volume de comercialização e as instalações apresentam uma ociosidade de 90% de sua capacidade.

5 — Que o quadro de funcionários foi reduzido.

6 — Que a propaganda dos produtos da requerida era cobrada da autora.

7 — Que as instalações da autora são próprias para o comércio de revenda de bebidas.

8 — Que a autora atuava nos municípios de Indaial, Rodeio, Ascurra e distrito de Apiúna.

9 — Que a autora comercializava bebidas com a requerida desde o ano de 1937.

10 — Que a autora deixou de contabilizar os lucros, que nos exercícios de 1981, 1982 e 1983 foram em média na ordem de Cr$ 50.000.000,00 (cinqüenta milhões de cruzeiros) anuais.

Na verdade, pelo que se dessume de tudo, a empresa autora tem um bom nome comercial, ótimo conceito e o nome da família dos sócios simbolizava os produtos "Antárctica" da empresa ré.

Por outro lado, como já de fôlego admitido, o contrato de revenda com exclusividade, embora tácito, existiu entre as partes.

Na mesma forma, afigura-se-me que houve uma rescisão unilateral da avença, eis que, abruptamente, sem qualquer aviso preliminar, a ré sustou o fornecimento das mercadorias que vinha praticando sistematicamente há cerca de 51 anos.

Os sucessivos contratos de compra e venda, que se repetiram por mais de cinqüenta (50) anos, com regular freqüencia; as imposições da requerida, conduzem a uma só conclusão: Realmente a relação jurídica existente entre as partes caracteriza um contrato de revenda com exclusividade.

Estes fatos estão estampados nos autos às escâncaras.

O fato de ter a autora comercializado paralelamente os produtos da Coca-Cola, por si só, não justifica o corte de fornecimento sem qualquer aviso ou notificação conforme restou demonstrado. Ademais, insta ressaltar que "a autora operava desde o ano de 1982 com produtos de outra marca, ou seja, Brahma e Coca-Cola, por isso o convite para a oficialização" (depoimento de fls. 3.904 da 1ª test. da ré).

Portanto, admitiu a ré, sem oposição, o comércio dos produtos concorrentes pela autora, por quase dois anos, para só então suspender, através de uma comunicação verbal, o fornecimento de seus produtos.

Data venia, "um erro não justifica o outro, mesmo porque a requerida foi procurada epistolarmente (fls. 44/92) e também por via judicial – autos nº 5.046 (fls. 35/76) para que remetesse a programação de retirada de bebidas, silenciando-se a respeito, para simplesmente, a final sustar o fornecimento de seus produtos. A propósito dos fatos, parece-me oportuno destacar que:

> Enquanto a prova no Direito Civil é feita segundo princípios rígidos, no Direito Comercial ela é admitida com maior flexibilidade e rapidez, amparada sempre na boa-fé dos contratantes", é o que afirma FRAN MARTINS (*Contratos e Obrigações Comerciais*, 4ª ed., Forense, pág. 84), em enunciado quase elementar.

Todas essas circunstâncas, bem positivadas nos autos, levam à inarredável conclusão de que não se configurava no caso simples reiterações de operações de compra e venda mas sim verdadeiro contrato de concessão comercial.

O conjunto probatório admite o reconhecimento de concessão comercial, que é contrato atípico (com exceção da concessão comercial entre produtores e distribuidores de veículos automotores, regulada pela Lei federal nº 6.729, de 28.11.79) .

Nessa matéria, não há norma legal e a doutrina engatinha (*RT* 536/173).

É esse contrato não podia ser rescindido unilateralmente, sem nenhuma reparação; pelo contrário, "a rescisão unilateral desmotivada pode, perfeitamente, ser revista sob as luzes da teoria do abuso de direito, atribuindo à vítima do ato abusivo, um direito à indenização. No caso de rescisão do contrato de concessão de venda com exclusividade, dadas as suas peculiaridades técnicas, podem ocorrer sérias conseqüências de sua ruptura desmotivada que o direito não pode e não deve desconhecer"(RUBENS REQUIÃO, "Contrato de Concessão de Venda com Exclusividade" ou "Contrato de Concessão Comercial", *RDM*, ano XI, 7/17 — 45 — 37, conferência pub. *in RF* 239/7–23) .

Tudo bem visto e examinado, tenho que, à luz das particularidades jurídicas que se apresentam, das provas carreadas e da legislação vigente outra solução não há a não ser a procedência parcial da ação.

Entretanto, em se tratando de múltiplos pedidos formulados na peça pórtica, cabe-me analisá-los de per si :

a) *Fundo de comércio:*

Em francês *fonds de commerce*; em italiano *azienda*, *fondo* etc.; em espanhol *hacienda*, *empresa* etc. .

É o conjunto de direitos e bens, corpóreos e incorpóreos, que integram um estabelecimento comercial, tais como as mercadorias, patentes de invenção, os móveis, utensílios, o nome comercial etc.

Entre esses bens e direitos, se destaca o direito ao ponto comercial, que constitui um bem imaterial pertencente ao comerciante que exerce a sua atividade no local.

De fato, a atividade mercantil vem aumentar o valor do imóvel em que é exercido determinado comércio, em vista da clientela, da freguesia que vai ao local, enfim "da fama".

O insigne DE PLÁCIDO E SILVA em sua obra *Vocabulário Jurídico*, vol. II, pág. 726, Forense, define:

> "Fundos de comércio é a designação dada ao conjunto de direitos, que se estabelecem a favor do comerciante, nos quais se computam e se integram não somente os que se possam representar ou configurar materialmente, mas toda sorte de bens, mesmo imateriais, que se exibem como um valor a favor do comerciante. O fundo de comércio pode assim ser representado pelo ponto, em que o negócio está estabelecido, pela popularidade do

estabelecimento, o que constitui a sua fama, pela condição de negócio instalado, pela freguesia, nome comercial, marcas de fábrica e de comércio, enfim por todo e qualquer elemento de que disponha o comerciante para desenvolvimento e realização de seus negócios.
O negócio instalado, cerceado de todas as circunstâncias, conseqüentes de sua instalação e funcionamento, resulta na evidência de um fundo de comércio que se representa em bem patrimonial do comerciante pois que possui inegável e indiscutível valor econômico".

É devido, pois, o fundo do comércio pelo que a autora merece ser indenizada eis que introduziu no município de Indaial e região o nome comercial da requerida, posto que conforme restou demonstrado, na localidade, "Schweder era sinônimo de Antarctica".

b) *Perda da clientela*

É evidente que o corte no fornecimento dos produtos da ré causou à autora a perda de clientela, entrementes, afigura-se-me indevida a indenização pleiteada a esse título, vez que, estaria a situação invariavelmente embutida nos eventuais lucros cessantes sugeridos.

Assim tudo que a autora deixou de ganhar refere-se aos lucros cessantes.

c) *Lucros cessantes*

Na lição do renomado mestre DE PLÁCIDO E SILVA, *in* ob. cit., vol. III, pág. 968:

" Lucros cessantes é a expressão usada para distinguir os lucros, de que fomos privados, e que deveriam vir ao nosso patrimônio, em virtude de impedimento decorrente de fato ou ato, não acontecido ou praticado por nossa vontade. São assim os ganhos que eram certos ou próprios ao nosso Direito, que foram frustrados por ato alheio ou fato de outrem. O *lucrum cessans*, assim distingue-se do *damnum emergens* (dano emergente) que já se anota a diminuição ou ofensa efetiva ao patrimônio.
O *lucrum cessans* é o que deveria vir.

O *damnum emergens*, ao contrário, já se mostra prejuízo efetivo. Assim sendo, não há lucros cessantes, quando, efetivamente, não ocorreu paralisação de lucros, esperados pela pessoa, não se evidenciando, pois, prejuízos reais e efetivos. Lucros problemáticos não formam lucros cessantes, quando se aleguem obstáculos, impedimentos ou estorvos por outrem promovidos. Os lucros cessantes eram lucros certos, que deixam de vir por fato estranho e não desejado".

In casu são devidos os lucros cessantes solicitados haja vista que a autora deixou de lucrar com o corte inopino no fornecimento das mercadorias da ré.

d) *Recompra do vasilhame*

Os vasilhames adquiridos pela autora junto à requerida integram agora o seu patrimônio, de forma a somente valorizá-lo. Descabe a indenização, de sua recompra, vez que poderão ser reutilizados, inexistindo qualquer prejuízo à requerente, mesmo sendo o que se chamou de vasilhames exclusivos. Nesse aspecto improcede a postulação.

e) *Pré-aviso*

Devida também é a verba paga pela autora aos seus empregados a título de pré-aviso, eis que, como restou suficientemente demonstrado, inclusive com a perícia realizada, a partir de 1º de julho de 1984 houve uma redução de 60% no quadro de empregados da autora.

f) *Ressarcimento do dispêndio nas construções e instalações específicas para o fim a que se destinavam – depósito e comércio de bebidas – e sua adaptação*

É incontroverso nos autos que a autora ainda continua no ramo de revenda de bebidas. Portanto as construções e instalações se lhe aprouveram, e como tal continuam a lhe servir, sendo desta forma indevido o ressarcimento a esse título.

g) *Reembolso dos encargos com as rescisões dos contratos de trabalho dos empregados despedidos*

É devido o reembolso dos encargos assumidos em decorrência dos contratos de trabalho dos empregados despedidos, porque como já justificado, houve uma redução de 60% no quadro de funcionários da autora.

h) *Devolução das verbas de publicidade despendidas pela autora e cobradas pela requerida*

Não há como obrigar a ré na devolução de tais verbas, mesmo porque foram elas destinadas a fazer a publicidade não só do nome da requerida, mas também e sobretudo do nome da autora, que não obstante teve o retorno assegurado com a boa fama que desfruta na praça, lucrando também com a revenda dos produtos.

i) *Composição dos danos morais*

O dano moral é *indenizável*, quando se apresenta autonomamente ao prejuízo patrimonial. É por uma necessidade de nossas relações humanas, sempre insuficientes e não raro grosseiras, que o Direito moderno se vê forçado a admitir se computem em dinheiro os interesses morais. A tese da reparabilidade dos danos não patrimoniais, na jurisprudência brasileira, progride, ao contrário da evolução doutrinária, lentamente e exige, ainda para concretização do *préjudice moral*, prova do *damnum material*, fugindo destarte da homenagem do *restitutio in integrum*.

Antolha-se-me, entretanto, que a autora não logrou êxito em provar o descrédito público alegado, mesmo porque não há provas também do abalo do nome comercial e ao contrário do que afirma parece merecer a fé de sempre pois continua atuando com sucesso no ramo de bebidas, embora sem a concessão da ré. Inexistem assim danos morais a compor.

j) *Indenização pelo abalo moral do nome comercial*

Como já enfatizado, não há provas que possibilitem uma condenação no tocante ao alegado abalo moral do nome comercial, quando muito esta indenização já estaria inclusa nos lucros cessantes anteriormente reconhecidos.

k) *Ressarcimento das despesas para encerramento das atividades comerciais*

Incabível o pleito, eis que conforme consta das peças que compõem o caderno processual, a autora não encerrou as suas atividades e continua no mesmo ramo de negócios.

l) *Indenização pela desvalorização do imóvel e benfeitorias*

Não me ocorreu que o imóvel da autora e as benfeitorias construídas sofressem qualquer desvalorização com a rescisão do contrato, muito pelo contrário, estão muito mais valorizadas com a inflação galopante que assola o País. *Indevida*, também, tal verba.

m) *Reembolso das despesas judiciais e de viagens que deu causa a autora*

O requerimento não é objeto do pedido inicial (fls. 02/31) e não merece desta forma ser reconhecido, mesmo porque se isto não bastasse, é entendimento jurisprudencial, não ser devido o reembolso.

3 — *Conclusão*. Isto posto com fundamento nos artigos 159, 1.071, 1.085, 1.095, § único, do Código Civil e artigos 121, 122, itens 2, 4, 5 e 6, do Código Comercial, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido formulado através da presente ação de indenização por rescisão unilateral de contrato de concessão para revenda com exclusividade etc., ajuizado por INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE BEBIDAS ALFREDO SCHWEDER LTDA. contra COMPANHIA SULINA DE BEBIDAS ANTARCTICA, para condenar a ré:

1 — ao pagamento de uma indenização relativa ao fundo de comércio, no valor correspondente à média do lucro auferido pela autora na revenda de bebidas, nos anos de 1981, 1982 e 1983, anteriores à rescisão do contrato, multiplicado por cinco (5), sendo o equivalente a um ano para cada decênio de atividade;

2 — aos lucros cessantes;

3 — ao pré-aviso;

4 — ao reembolso dos encargos com as rescisões dos contratos de trabalho dos empregados despedidos após 1º de julho de 1984.

Os valores deverão ser apurados em liquidação de sentença; o termo inicial da correção monetária incidente sobre os mesmos será estabelecido naquela decisão, bem como os juros legais.

Condeno a requerida ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que arbitro em 10% sobre a importância que vier a ser apurada.

Publique-se. Registre-se. Intime-se

Joinville, 13 de junho de 1988.

RICARDO JOSÉ ROESLER
Juiz Substituto

39ª VARA CÍVEL
Comarca da
Capital — RJ
Processo nº 8.156-87

AÇÃO ORDINÁRIA PARA RECEBER METADE DO VALOR DO LOGOTIPO DA LOGOMARCA — Defesa fundada na impossibilidade jurídica, por ser o autor empregado da ré e, no mérito, na negativa de autoria, por ser o símbolo-marca resultante de evolução de diversos rótulos anteriores. Por ser uma criação do espírito humano, em busca de resultado externo, estético ou comercial, mas valorizado, a logomarca constitui direito autoral, e não propriedade industrial. E mesmo produzida por empregado, tem este direito à metade dos direitos, se outra coisa não se estabeleceu. Ação procedente.
(Sentença do Juiz de Direito Jorge de Miranda Magalhães)
* Confirmada.

Vistos etc.

OLAVO DA SILVEIRA WERNECK propôs esta Ação Ordinária em face de COMPANHIA CERVEJARIA BRAHMA, objetivando o recebimento da "metade do valor do símbolo-marca, logomarca ou logotipo de sua autoria", símbolo usado pela ré e decorrente do contrato de trabalho ou de serviços prestados pelo autor à ré, e que se tornou sua obra intelectual. Juntou documentos de fls. 15/130.

Defesa a fls. 135 (2º volume), alegando-se, em síntese:

a) preliminar de carência da ação, eis que o autor trabalha para a ré e se valeu de uma "elipse" que já vinha sendo utilizada por ela, como marca figurativa ou mista, havia mais de 50 anos.

b) igualmente, porque a logomarca reivindicada "não é" absolutamente de sua autoria, sendo resultado de uma evolução dos

diversos rótulos das marcas da ré, desenvolvida com a ajuda de agência de propaganda;

c) do mesmo modo, porque ele se valeu da condição de empregado da ré, pela qual era devidamente remunerado; aplicando-se o art. 40 do Cód. de Propriedade Industrial, que revogou o art. 454 da CLT, a qual determina pertencerem ao empregador "os inventos e aperfeiçoamentos obtidos durante a vigência de contrato expressamente destinado a pesquisas", como acontecia com o autor.

d) no mérito, o autor não foi o inventor do produto, nem a "logomarca pode ser classificada como desenho conforme art. 6º da Lei 5.988/73; na verdade, era mero gestor e, nesta condição, nada mais fez do que sugerir a sistematização do logotipo Brahma".

Juntou documentos de fls. 144/159.

Réplica a fls. 160, com saneamento a fls. 174, deferindo prova pericial e remetendo as preliminares para exame final, juntando-se a fls. 175 estimativa de valores para a criação da logomarca.

Laudo pericial a fls. 215, vindos os dos assistentes técnicos da ré a fls. 448 e do autor a fls. 481, sobre eles falando o autor a fls. 494 e a ré a fls. 518.

A fls. 530 o Juízo, então dirigido por seu digno titular, hoje aposentado, Dr. Benvides Lunz, despachou no sentido de que o autor complementasse os honorários do Dr. Perito, o que foi objeto do Agravo de Instrumento, já examinado pelo E. Tribunal de Justiça, conforme apenso.

Audiência de instrução e julgamento a fls. 571, onde foram tomados os depoimentos de fls. 572/577, inclusive do dr. Perito, para atender às questões previamente formuladas a fls. 580.

Memoriais das partes a fls. 584, pelo autor, e a fls. 600, pela ré. Converteu-se o julgamento em diligências, a fls. 640, as quais foram atendidas a fls. 642 e 644, manifestando-se as partes a fls. 646 e 647.

É O RELATÓRIO.
TUDO VISTO E EXAMINADO.

Três são os pontos básicos a serem dirimidos nesta controvérsia, a saber:

a) a alegada preliminar de ilegitimidade *ad causam* do autor para a presente postulação, por ser ele empregado da ré e estar seu trabalho remunerado inserido nos que reclama como direitos autorais;

b) *a sua efetiva participação na logomarca Brahma, cuja utilização pela ré, em caráter altamente rendoso, lhe propicia participação nos lucros;*

c) *o valor líquido dessa eventual participação.*

A questão *sub a* é plenamente esclarecida pelo parecer de fls. 499, da lavra do ilustre Dr. Jorge José Lopes Machado Ramos, conhecido *expert* na matéria, e membro do hoje desativado Conselho Nacional de Direito Autoral, que o aprovou em 17.12.86, sob o nº de Parecer 115, onde S. Sa., a propósito de informações de autos de livro de História, "em cumprimento a dever funcional", analisa o assunto, à luz do art. 36 da Lei 5.988/73, que estabelece de modo expresso:

> "se a obra intelectual foi produzida em cumprimento a dever funcional ou contrato de trabalho ou de prestação de serviços, os direitos do autor, salvo convenção em contrário, pertencem a ambas as partes, conforme for estabelecido pelo CNDA".

Ora, no caso em tela, não há qualquer convenção das partes em contrário, restando analisar apenas, I — se a logomarca é obra intelectual; e II — qual a participação nela, pelos interessados, ou seja, patrão e empregado.

Como a segunda questão será objeto de exame infra, nos moldes dos itens *b* e *c* supra, resta analisar quanto ao caráter de *obra intelectual* da logomarca, o que é rejeitado de plano pela ré, como se vê de sua última argumentação, a fls. 649, onde afirma "ousadia jurídica, totalmente destituída de cabimento técnico e incompatível com a justiça que se pretende aplicar".

Na verdade, *obra intelectual* é toda criação do espírito humano na elaboração intelectual da individualidade humana (Dr. Jorge José Machado Ramos) e decorre do direito da personalidade, de caráter absoluto, ao lado do direito à *integridade física* (à vida; ao próprio corpo; ao cadáver), do direito à *integridade moral* (à honra, à liberdade, ao recato, à imagem, ao nome e à moral, e do autor).

Evidentemente, na concorrência com seus semelhantes, o homem se põe em risco de ver atingido qualquer desses valores, devendo ser respeitados não só os que ostentam imediato conteúdo patrimonial, como também os relativos a seus valores pessoais, que repercutem em seu sentimento.

Assim, na obra intelectual não desaparece o sujeito gerador do fenômeno *criativo*, "aquele cuja criação do espírito dá origem e conse-

cução ao processo intelectual de elaboração da obra". Daí decorre que, a toda interferência da mente humana na obtenção de resultado externo, sobretudo de resultado estética ou comercialmente reconhecido como de valor, teremos uma *obra intelectual*.

E os autos demonstram que o autor, através de reiteradas tentativas com auxílio de desenhistas, e utilização de formas plásticas (de cores, tamanhos e espessuras), fez nascer a *logomarca* conhecidíssima e que assegura haver trazido lucros à ré.

Esclareça-se que tal trabalho atendeu, sem dúvida, ao conceito de *logomarca*, ou seja, à montagem de vários elementos com que caracterizar um produto em busca de sucesso mercantil, tal como esclarece o douto perito do Juízo, em seu depoimento oral, a fls. 577.

As demais testemunhas não destoam disso, assegurando a primeira (fls. 573):

> "que a logomarca, tal como está hoje montada, foi iniciada a partir da entrada do autor na firma: ...que durante o tempo de sua adoção a logomarca de fls. 5 foi a única adotada pela companhia; que o símbolo também era usado pelo corredor José Carlos Pace..."

A de fls. 574 assevera que a empresa de propaganda Dennyson

> "Apenas passou a limpo a idéia do autor... a logomarca foi várias vezes submetida ao autor ou, eventualmente, a alguém indicado por ele..."

A de fls. 575, sintetizando o conceito de logomarca e a atuação do autor naquela em discussão, assegura

> "que a Brahma tinha outros títulos perdidos, razão pela qual o autor se preocupou em uniformizar as marcas para efeitos de propaganda, daí porque o desenho de fls. 5 era usado em luminosos, barracas de praia, camisetas, ..."

Finalmente, o depoente de fls. 576, única testemunha da ré, e diretor-presidente da Dennyson, publicitária da ré, diz que

> "nesse caso, a agência não gostou de receber a idéia (do losango em que deveria entrar a cor azul e um desenho oval onde deveria

entrar a cor vermelha) pronta, sentindo-se ofendida; que, no seu ponto de vista, a idéia era superada, ...que a Brahma usou a logomarca durante vários anos...".

Induvidoso, pois, que o autor seja o real criador da obra e que esta seja uma logomarca, utilizada, ao menos, durante 14 anos pela Brahma, afastada fica a preliminar quanto à suposta carência da ação, por falta de interesse (e não de legitimidade) já que o autor teria agido no cumprimento de seus encargos.

Resta, pois, analisar o *valor líquido dessa efetiva participação, para efeitos de liquidação da pretensão do autor.*

O douto perito do Juízo, acedendo à indagação de fls. 640, em diligência, quanto "à efetiva participação do autor no conjunto de marcas, chamado logomarcas", se limita, a fls. 644, a aditar a seu laudo que

> "a importância da contribuição do autor foi fundamental para que os negócios da ré se processassem com êxito durante largo período".

Ora, também os assistentes técnicos das partes, a fls. 448, pela ré, e fls. 481, pelo autor, fixaram esse valor em 300 e 57.465,08 OTN's, respectivamente tudo o que demonstra a necessidade de melhor apuração desse valor em fase de liquidação, com o que concorda o próprio autor a fls. 651.

Pelo exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido para condenar a ré a pagar ao autor a quantia que se apurar em liquidação por arbitramento, além das custas e honorários de 10% sobre o total apurado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 19 de março de 1992

JORGE DE MIRANDA MAGALHÃES
Juiz de Direito

7ª VARA CÍVEL
Comarca da
Capital — RJ
Processo nº 14.720

CADERNETA DE POUPANÇA — Responsabilidade do banco depositário pelas diferenças de remuneração, em janeiro de 1989 e março de 1990, provocadas por mudança na legislação, ofendendo o direito adquirido dos poupadores. O princípio da irretroatividade da lei e o rígido sistema a que se filia o Direito pátrio. Irretroatividade em matéria contratual. Irrelevância das chamadas normas de ordem pública, aplicáveis no Direito francês e italiano, porque lá o princípio da não retroatividade é dirigido somente ao Juiz e não ao legislador. Adminículo: a natureza do depósito bancário e o papel da boa-fé contratual. (Sentença do Juiz de Direito Jairo Vasconcelos do Carmo)

Vistos etc.

I

1 — VINCENZO CARUSO, ANTÔNIO FIORENZANO, GETÚLIO PESSOA DA COSTA, IRENE MARQUES GIRÃO, MÍLTON COSTA DE SOUZA, RUBENS KANTO, LEONARDO SPITZ, AUGUSTA VICTORIA PELLON SANTOS MOREIRA, propuseram em face do BANCO ITAÚ S.A., pelo procedimento sumaríssimo, a presente *ação de cobrança*, alegando, em síntese, o seguinte:

a) são titulares das cadernetas de poupança identificadas na inicial, à f.3, tendo o banco depositário, ora réu, deixado de dar-

lhes a remuneração pactícia para os depósitos do mês de janeiro de 1989, disto advindo um prejuízo da ordem de 47,3092%, naquele mês:

b) a razão do banco réu estaria na MP nº 32, de 15.01.89, depois transformada na Lei nº 7.730/89, a qual, retroagindo, modificou o critério de remuneração da Resolução BACEN nº 1.338/87, formulada com base no art. 9º da Lei nº 4.595/64, impondo, então, que a remuneração das contas de poupança, a creditar no mês de fevereiro, para os saldos de janeiro de 89, fosse calculada, não pelo índice maior da inflação, como estipulado na referida Resolução, dentre o IPC, e a LFT, que substituiu a LBC, mas pelo menor índice;

c) sucede que a inflação do mês de janeiro de 89, segundo o IPC, foi da ordem de 70,2800%, incluído o juro de 0.5%, adotando a LFT índice menor — 22,9708% —, também incluído o juro de 0,5%. Com isso, em fevereiro de 89, ao revés da Remuneração de 70,2800% sobre o saldo de janeiro de 89, perceberam apenas 22,9708%, donde a aludida diferença, a menor, de 45,3092% (70,2800% - 22,9708%).

2 — Pedem, em conseqüência, a condenação do banco réu a pagar-lhes a diferença de 47,3092%, assim regularizando a remuneração das suas contas no mês de janeiro de 89, com repercussão necessária nos cálculos dos meses subseqüentes, até a data do efetivo pagamento, sem olvidar o índice de 85,2416%, referentemente aos saldos do mês de março de 1990, incluindo as cadernetas com datas-base entre os dias 14 e 28 daquele mês.

3 — A inicial trouxe diversos extratos e cópias de sentenças atinentes à espécie.

4 — Emenda da inicial, alterando o rito, com novas sentenças, f. 66/80.

5 — Na AIJ, cuja ata está à f.123, o banco réu ofertou resposta escrita, valendo-se, inicialmente, de duas modalidades interventivas — nomeação à autoria e denunciação da lide à União Federal e ao Banco Central —, sob o argumento básico de que somente cumpriu as normas de política monetária, sendo, pois, parte passiva ilegítima. A não ser desse modo, tem ao menos direito de regresso contra os denunciados. No mérito, diz inexistir lesão a direito adquirido, visto

que uma lei nova, de ordem pública, pode intervir nos contratos em curso, derrogando algumas de suas cláusulas.

6 — É o relatório. Seguem os FUNDAMENTOS DA DECISÃO.

II

7 — A questão de que se cogita, embora relativamente nova, já se fez velha na reiteração dos julgados, a maioria favorável à tese dos autores. Também é velha se considerarmos a voracidade de nossa economia, perante a qual, por sua enorme instabilidade e inflação crônica, dois meses é tempo demais. Serei breve no exame da controvérsia, fazendo-o em partes, para facilitar a sua compreensão e a solução a que chegarei, única compatível com o sistema jurídico nacional.

7.1. — NOMEAÇÃO À AUTORIA E DENUNCIAÇÃO DA LIDE

Inconcebíveis as duas modalidades de intervenção de terceiros. Nomeação à autoria é incidente pelo qual o mero detentor, quando demandado, indica aquele que é o proprietário ou o possuidor da coisa litigiosa, ao desígnio de transferir-lhe a posição de réu (art. 62). Cabe, ainda, nas ações indenizatórias, sempre que o réu, acionado pelo proprietário ou pelo titular de um direito sobre a coisa, alega que praticou o dano por ordem, ou em cumprimento de instruções de terceiro (art. 63). Evidentemente que as duas hipóteses de nomeação intentam cobrir certas questões possessórias e de domínio, jamais alcançando os contratos de depósito bancário, vez que o banco não é mero detentor do dinheiro ou coisa depositada e sim sujeito de uma obrigação de bem administrar aquilo que recebeu, restituindo-a ao credor com os frutos avençados. Noutro aspecto, se o dano decorre de lei, era seu dever resguardar os interesses dos depositantes, acionando o Judiciário. Tampouco é cabível a denunciação da lide, a pretexto de que a União Federal e o Banco Central são os titulares do poder normativo balizador da conduta do banco nas suas relações com a clientela. Como se sabe, o pressuposto da denunciação da lide fundada no art. 70, III, CPC, é que o direito de regresso, contra o denunciado, derive de texto expresso de lei ou de relação jurídico-contratual. É preciso, em suma, que o fato mesmo objeto da lide conste de contrato ou de lei específica como causa de ação regressiva (cf. Humberto Theodoro Jr., *Curso de Dir. Processual Civil*, vol. I, Forense, 5ª ed., pág. 137).

De conseguinte, a possível responsabilidade civil da Administração Pública, direta ou indireta, pela prática de atos prejudiciais, é de perseguir em ação própria, nunca neste processo, incidentalmente, sob o pálio de suposta relação jurídica que guarda alguma remota conexão com a questão nele debatida.

7.2 — O PRINCÍPIO DA IRRETROATIVIDADE DA LEI NO DIREITO CONTRATUAL

Diz o banco réu, no mérito, que não houve lesão a direito adquirido, porquanto, em concreto, a lei nova podia invalidar, legitimamente, os efeitos pendentes da relação de depósito, modificando o índice de remuneração das contas de poupança no período de carência, que é de um mês completo. Logo, entende correto o índice aplicado de 22,9708%, tal como previsto na Lei nº 7.730/89, para os saldos do mês de janeiro de 1989, bem como o índice de 73,64% para as contas cuja data-base, em março de 1990, fosse posterior ao dia 14, porque determinação da Lei nº 8.024/90, que instituiu o chamado "plano collor". Os autores, em contrário, argumentam que têm direito aos índices, respectivamente, de 70,2800% e 85,2416%.

A solução do impasse reclama breve incursão na teoria da irretroatividade das leis, nomeadamente em sede contratual, diante da natureza da relação conflitiva. Não o farei por fetiche acadêmico, mas para demonstrar o profundo equívoco de duas assertivas da contestação, uma que envolve o saber de CAIO MÁRIO, tomando do insigne mestre lição genérica, acerca da compreensão de direito adquirido, expectativa de direito e meras faculdades legais, omitindo a sua lição específica, sobre o assunto, em matéria de contratos. A outra consta de sentença do honrado Juízo da 22ª Vara Cível da Comarca de São Paulo, convencido de que

> *"O poupador só adquire o direito ao crédito da correção monetária no dia do aniversário de sua conta. Antes do dia do aniversário só se pode falar em expectativa de direito, como bem demonstrou a contestação do Itaú, baseado na lição do Prof. Cáio Mário, sabido, inclusive, que o saque realizado um dia antes que seja, da data de aniversário, implica na perda de qualquer rendimento. Se o fato jurídico que gera o direito à correção monetária só se aperfeiçoa no dia do vencimento da conta, jamais o poupador poderá invocar a ultratividade da*

norma antiga, revogada antes daquela data. É pela norma em vigor no dia do crédito dos rendimentos que se fixará o índice de atualização monetária do saldo" (cf. f. 112/113).

Isso me parece absolutamente inexato, mas o modo da exposição, feito com grande veemência, além da inserção de Caio Mário, pode seduzir o seu leitor. Urge, pois, apontar-lhe a improcedência.

Sabe-se que o princípio da não-retroatividade da lei inspira três sistemas distintos, tendo o Direito brasileiro adotado, no particular, quase uniformemente, uma só orientação, desde a Constituição Imperial, de 1824, até a Constituição Federal de 1988, todas ditando, à exceção da Carta de 1937, a regra da irretroatividade ao próprio legislador. O que é dizer: O Brasil segue o princípio da não-retroatividade com o rigor de uma norma de natureza constitucional, à semelhança dos Estados Unidos da América (Constituição, art. 1º, seções 5 e X) e do México (Constituição de 1947-48, art. 14). Os dois outros sistemas, com menor extensão e intensidade, ou cuidam do assunto em foro infraconstitucional, prevendo-o na legislação ordinária, como medida de política legislativa, ou sequer formulam uma regra geral, deixando à vontade do legislador, em casos específicos, a imposição da retroação. Exemplos desses dois sistemas são o Direito francês, onde a lei ordinária proíbe o efeito retrooperante, exceto quando o legislador o entender conveniente ao interesse público, e o Direito alemão, a quem falta um preceito legal, embora a doutrina admita, sem estrépito, que a lei pode retroagir se a vontade do legislador claramente o indicar (cf. Caio Mário, *Instituições*, volume I, Forense, 2ª ed., 1991, pág. 100/03). Num e noutro sistema, portanto, conta investigar a vontade legislativa (sistema germânico) ou a ocorrência de interesse público (sistema francês). O nosso ao revés, porque de matriz constitucional, é rígido: vincula o legislador e o Juiz, que não podem fazer a lei nova ordenar para o passado, obediente ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Com essas observações, exsurge a *primeira conclusão*, rigorosamente técnica e justa:

As Leis nºs, 7.730/89 e 8.024/90 não podem retroagir para afetar o ato jurídico perfeito e o direito adquirido, porque, caso incidissem, atentariam contrá o princípio constitucional que os manda observar pelo legislador e pelo Juiz.

Dá-se que uma pergunta se poderia aduzir, nestes termos: o que se entende por ato jurídico perfeito e direito adquirido em matéria de

contratos, e até onde vai o poder da lei nova para comandar determinados efeitos porventura pendentes?

A resposta é de Pontes de Miranda, no sentido de que "o ato jurídico perfeito é fato jurídico que tem o seu momento: entrou em algum sistema jurídico, em dado lugar e data. A lei nova não incide sobre fatos pretéritos e não pode prejudicar os direitos adquiridos, i. e., os direitos já irradiados e os que terão de irradiar-se" (*in Comentários à CF/67*, tomo V, nº 13, págs. 67/68). Nessa mesma linha são as definições da Lei de Introdução ao Código Civil, cujos parágrafos 1º e 2º, do art. 6º, identificam o ato jurídico perfeito como o *já consumado* segundo a lei vigente ao tempo em que se realizou, enquanto que o direito adquirido abrangeria os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio do seu titular, como aqueles em que o começo de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem. Quanto à última indagação, esclarece-a Caio Mário, apoiado, atente-se bem, em ROUBIER dizendo que perante contratos patrimoniais, *em curso de produção de efeitos*, a lei nova se guarda de alcançá-los, porque é a lei do dia do contrato que presidirá todo o seu desenvolvimento ulterior (cf. ob. cit., pág. 113).

Percebe-se, a esta altura, que a lei nova somente interfere nos contratos *em curso de constituição*, sendo manifesto que os contratos *a termo* e os de *trato sucessivo* são atos jurídicos perfeitos, apenas *em curso de produção de efeitos*. Como disse Moreira Alves, singelo, elegante e preciso: "Os efeitos do contrato em curso no dia da mudança da legislação regulam-se conforme a lei da época da constituição do mesmo; a norma ulterior não os modifica, diminui ou acresce" (*in RF* 292/222).

Tudo por tudo, é a situação dos contratos de depósitos bancários, nominados de cadernetas de poupança, em que o direito de exigir a remuneração, com *termo prefixado* em um mês, ingressa no patrimônio do depositante, a contar da data do depósito, e desde ali alçado a direito adquirido, na forma do parágrafo 2º do art. 6º, citado. Apregoar a mera expectativa de direito, por conta do prazo de carência — um mês —, é investir contra a lei, doutrina e jurisprudência de qualidade, aí incluído o notável Caio Mário, cujo magistério, sempre luminoso, foi maculado pelo banco réu, não sei se por má-fé ou por vício de leitura apressada. Aliás, para que nenhuma dúvida sobrepaire, devo transcrever aqui outra asserção sua, esta definitiva, porque dita quando aplicava ao nosso Direito o princípio da irretroatividade, depois de

dissertar sobre os três sistemas que mencionei e mais as teorias subjetivas e objetivas. No plano do Direito das Obrigações, entre outros comentários, pontificou: "Os efeitos jurídicos do contrato regem-se pela lei do tempo em que se celebraram"(ob. cit., nº 32, pág. 116).

Tanto nos permite uma *segunda conclusão*, desta feita específica à hipótese dos autos:

> O critério de remuneração dos saldos de caderneta de poupança, uma vez iniciado o período de carência — um mês —, é aquele da lei vigorante no *dies a quo*, estando a salvo de norma posterior intercorrente.

O contrário disso, e descendo à linguagem popular, importa em mudar as regras depois de iniciado o jogo. Ninguém de bom senso o aceita porque seria dar um golpe mortal na necessidade de segurança dos contratos.

8 — Por fim, a contestação alude ao que se costuma designar de leis de *ordem pública*, dizendo que são retroativas. Aponta lição do saudoso Orlando Gomes e até decisão do E. Superior Tribunal de Justiça do teor seguinte:

> *"Constitucionalidade dos decretos-leis sobre finanças públicas, ao editarem normas com a intenção de obter a estabilidade econômica no País.*
> *Normas de ordem pública, que implicam na derrogação das cláusulas de contratos em curso" (R. Esp., nº 3.683 – SP, in* DJU *de 09.10.90).*

Outro acórdão, em que foi relator o Min. Barros Monteiro, *DJU* de 10.12.90, pág. 14.815, bate na mesma tecla. Assim, com efeito, as normas de direito econômico, porque de ordem pública, são de aplicação imediata, atingindo os contratos em curso. Há uma abissal distorção de princípio nesta posição, fácil de explicar, como segue:

8.1 — Quando a regra da não retroatividade é de mera política legislativa, sem lastro constitucional, o legislador pode eventualmente impor o efeito retrooperante para norma de ordem pública, fundado em que prepondera ao interesse individual;

8.2 — Quando, porém, o princípio da não retroatividade restringe o próprio legislador, sob regência constitucional, infringe a Cons-

tituição a lei que preveja contra direitos adquiridos, pouco importando se atende a reclamos de ordem pública (cf. Caio Mário, ob. cit., pág. 118).

9 — A tese da admissibilidade, defendida por escritores franceses e italianos, encontra ampla justificativa porque, naqueles sistemas jurídicos, o princípio da irretroatividade é dirigido ao Juiz e não ao legislador. Não é a situação do nosso Direito, arraigado, desde o Império, ao princípio da não-retroatividade constitucional, pelo que ao legislador é vedado votar leis retroativas, a despeito de lavrarem no interesse público. Posso reconhecer as dificuldades pontuais do sistema de irretroatividade absoluta, sem nenhuma margem para o legislador; todavia foi o sistema que abraçamos, agravado por outra limitação, também constitucional (art.174), estabelecendo que a atuação do Estado, na ordem econômica, é meramente normativa e reguladora, e não interventiva, como foram, desgraçadamente, as Leis nºs 7.730/89 e 8.024/90, citadas.

10 — Todo o raciocínio expedido conduz a *última conclusão*: os saldos das contas de poupança, com datas-base de remuneração posterior ao dia 14.03.1990, fazem jus ao cômputo da correção integral, de acordo com a variação do valor do IPC do mês de março daquele ano, visto que, ao entrar em vigor o critério da Lei nº 8.024/90, já se iniciara o período de carência, incorporando ao patrimônio dos seus titulares o direito à remuneração pelo sistema da lei antiga, era só esperar o *dies ad quem*.

11 — A alteração intercorrente, no meio do jogo, constituiu nova e grave subversão da ordem constitucional, com requinte do bloqueio e da transferência de saldos à ordem do Banco Central. Aí surge o insólito: não se tem notícia de algum banco que saiu em defesa dos seus investidores, acionando o Judiciário para coibir o descalabro e a violência. Qual o que, fizeram-se moucos, como os bons mercadores, deitando flores ao príncipe, para danação da clientela indefesa, deixada aos lobos. A questão é tão patética que o banco, inda agora, defende a integridade de leis flagrantemente inconstitucionais, sob razões pífias, indiferente ao clamor daqueles que lhes confiaram as suas economias.

12 — Para finalizar, diria que o princípio da boa-fé nos contratos, como padrão ideal de conduta negocial, sofre aqui o seu baque mais rude. No aspecto, insta considerar a natureza do depósito bancário, que é uma subespécie de contrato de depósito, podendo classificar-se como um misto de depósito irregular e mútuo. Realmente, consiste na

entrega de uma quantia em dinheiro ao banco, o qual adquire a sua propriedade, obrigando-se a restituir ao depositante na mesma quantidade e qualidade, e com os acréscimos contratuais, quando seja o instante de exigi-la. Daí que a dignidade da banca, inerente a esse ramo profissional, desafiava a valentia dos peões de rodeio, para salvaguardar a intangibilidade dos depósitos, de que é dona, sob as ordens do depositante. Se nada fez, iludiu a boa-fé, que impõe os deveres anexos de proteção e cuidado; para além, foi guardiã relaxada, marcadamente *infiel*, cujo rigorismo, em Direito Civil, legitima, compreensivelmente, até a prisão do depositário, pela urgência de eliminar o risco da infidelidade, que é a certidão de óbito das relações humanas.

III

13 — Exposto e fundamentado, JULGO PROCEDENTES os pedidos constantes do item nº 2, supra, *condenando* o banco réu a pagar aos autores as diferenças de remuneração reclamadas, a prol de cada uma das contas de poupança descritas na inicial, à f. 3, que assinei, nesta base: no mês de janeiro de 1989, aplicando o índice pendente de 47, 3092%, para crédito no mês de fevereiro daquele ano, nas datas aprazadas, recalculando-se, via reflexa, pelo fenômeno da repercussão, todos os valores subseqüentes, até o efetivo pagamento, devendo incidir sobre os saldos existentes no mês de março de 1990, incluindo as contas com datas-base entre os dias 14 e 28, o índice remuneratório de 85,2416%, feitas as devidas compensações, se as houver, tudo acrescido de juros de mora de 1% (um por cento) ao mês, a partir do mês de fevereiro de 1989.

14 — Responde o banco réu, a final, pelas custas, despesas do processo e honorário de advogado, que arbitro no grau médio, em 15% (quinze por cento) do valor da condenação, esta a apurar por cálculo do contador judicial.

15 — P.R.I.

Rio de Janeiro, 12 de março de 1993.

JAIRO VASCONCELOS DO CARMO
Juiz de Direito

VARA CÍVEL
Comarca de
Acaraú — CE
Processo nº 1.801

DECLARAÇÃO DE NULIDADE DE ATO DE JUIZ DE DIREITO POR FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO EM MEDIDA CAUTELAR INOMINADA — Pedido de autorizaçãc para a realização de pleito eleitoral em fundação. Improcedência do requerimento cautelar, por não comprovados in initio litis, *o* fumus boni iuris *e o* periculum in mora.
(Sentença do Juiz de Direito Washington Oliveira Dias)

Vistos etc.

"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e FUNDAMENTADAS TODAS AS DECISÕES, SOB PENA DE NULIDADE, *podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, assegurada ampla defesa" (CRFB, art. 93, IX) (grifos nossos).*

As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458; AS DEMAIS DECISÕES SERÃO FUNDAMENTADAS, AINDA QUE DE MODO CONCISO" *(CPCB, art. 165) (grifos nossos).*

"É NULA a decisão interlocutória sem nenhuma fundamentação" (JTA *34/317) (grifo nosso).*

"A liminar não é uma liberalidade da Justiça; é medida acauteladora do direito do impetrante, que não pode ser negada quando ocorrem os seus pressupostos, como também não deve

ser concedida quando ausentes os requisitos de sua admissibilidade" (HELY LOPES MEIRELES).

PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR, IMPRESCINDÍVEL FIQUEM DEMONSTRADOS OS SEUS DOIS PRESSUPOSTOS BÁSICOS: O *FUMUS BONI IURIS* E O *PERICULUM IN MORA*.

FRANCISCO ADENOR MARTINS, qualificado às fls. e fls., por meio de procurador regularmente constituído e fundamentado nos arts. 796 e segs. do Código de Processo Civil, ingressou em Juízo contra a FUNDAÇÃO DOMINGOS FONTES, pretendendo lhe fosse deferida, liminarmente e *inaudita altera pars*, MEDIDA CAUTELAR INOMINADA que autorizasse a realização de pleito eleitoral para escolha dos novos membros daquela Fundação, eleição esta que ficava designada para o dia vinte e cinco (25) de setembro do ano em curso, às 09:30h, à Rua José Júlio Louzada, nº 444, nesta cidade.

A inicial, uma vez recebida pelo então Juiz que respondia pelo expediente desta Unidade Judiciária, distribuída, registrada e autuada, voltou àquele mesmo magistrado para conhecer da medida cautelar pleiteada, que,

às fls. *06* dos autos *sub examen*, de modo lacônico, concisa e sucintamente, "escreveu": "Concedo o pedido solicitado. Publicações e intimações necessárias". E assim ficou por concedida a medida liminar suplicada (!).

Deve-se questionar, em primeiro lugar, qual a natureza desse ato do Juiz, e por conseguinte, sua validade.

Vejamos então o que dispõe o art. 162, *caput*, e seus parágrafos, do Código de Processo Civil Brasileiro:

> *"Art. 162 — Os atos do Juiz consistirão em sentenças, decisões interlocutórias e despachos.*
> *§ 1º — Sentença é o ato pelo qual o Juiz põe termo ao processo, decidindo ou não o mérito da causa.*
> *§ 2º — Decisão interlocutória é o ato pelo qual o Juiz, no curso do processo, resolve questão incidente.*
> *§ 3º — São despachos todos os demais atos do Juiz praticados no processo, de ofício ou a requerimento da parte, a cujo respeito a lei não estabelece outra forma"*

Diante desses conceitos que a própria Lei Adjetiva Civil apresenta, novamente questiona-se qual a natureza do ato que o Juiz praticou às fls. 06 (depois será questionada a validade desse ato).

Tentaremos demonstrar qual foi (ou qual deveria ter sido) a natureza daquele ato, com as seguintes considerações de ordem doutrinária e jurisprudencial:

> "A sentença é apelável (art. 513), a decisão interlocutória agravável de instrumento (art. 522) e os despachos de mero expediente são irrecorríveis (art. 504). (...)" (TEOTÔNIO NEGRÃO, *in Código de Processo Civil e Legislação Processual em Vigor*, 17ª ed., Edit. RT, São Paulo, 1987, pág. 107, notas ao art. 162).

> *"Cabe agravo de instrumento da decisão que, em processo cautelar, denega (*JTA *33/114) ou concede (*RJTJESP *92/354,* JTA *73/324,* RP *3/330, em. 55) medida liminar provisória" (Id., pág. 324, notas ao art. 798).*

Conclui-se, face aos fundamentos jurídicos supra, que, se aquele MM. Juiz processante pretendia conceder uma medida liminar válida e eficaz, que então proferisse uma decisão de maneira suficientemente fundamentada, com sustentação, embasando sua convicção, pois a formação de seu convencimento deve ficar bem demonstrada, visto que o deferimento ou o indeferimento imotivado, não fundamentado, sem qualquer justificação, acarreta a nulidade do ato do julgador.

A lei, a jurisprudência e a doutrina são claras nesse entender.

Vejamos na legislação, onde na própria Constituição Federal e no Código de Processo Civil encontramos dispositivos como os seguintes:

> *"Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e* FUNDAMENTADAS TODAS AS DECISÕES, SOB PENA DE NULIDADE, *podendo a lei, se o interesse público o exigir, limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, assegurada ampla defesa" (CF, art. 93, IX) (grifos nossos).*

> *"As sentenças e acórdãos serão proferidos com observância do disposto no art. 458;* AS DEMAIS DECISÕES SERÃO FUNDAMENTADAS, AINDA QUE DE MODO CONCISO" *(CPC, art. 165) (grifos nossos).*

"O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas DEVERÁ INDICAR, NA SENTENÇA, OS MOTIVOS QUE LHE FORMARAM O CONVENCIMENTO" (CPC, art. 132) (grifos nossos).

A *jurisprudência* assim se apresenta:

"É *NULA* a decisão interlocutória sem nenhuma fundamentação" (*JTA* 34/317)" (*grifo nosso*).

"A sentença deve atender, ainda que sucintamente, aos requisitos do art. 458 do CPC, sob pena de *NULIDADE* (*RT* 601/178)" (TEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., pág. 386, notas ao art. 1.067).

Na *doutrina* encontramos muitos artigos em revistas jurídicas, monografias e comentários à legislação correlata, sobre a nulidade de decisões judiciais proferidas sem a necessária fundamentação.

A propósito, o eminente processualista JOSÉ CARLOS BARBOSA MOREIRA, *in RBDP* (16/11), escreveu sobre a "Motivação das Decisões Judiciais como Garantia Inerente ao Estado de Direito", e ENRICO TULLIO LIEBMAN, por sua vez, publicou (*in RP* 29/79): "Do Arbítrio à Razão — Reflexões sobre a Motivação da Sentença".

Desse modo tem-se por demonstrado que a *FUNDAMENTAÇÃO* é um dos requisitos essenciais e indispensáveis à *VALIDADE DAS DECISÕES JUDICIAIS*.

Bastante comprovada a *INVALIDADE* do ato (do Juiz) de fls. 06, passemos a examinar outro aspecto que pelo mesmo magistrado não foi especulado: os requisitos ou pressupostos para a concessão de liminar.

"São requisitos da medida cautelar o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* (...).

Esses requisitos se provam mediante *summaria cognitio*, ao passo que na ação de mérito a cognição é plena: "No processo principal cuida-se do bem; na cautelar, da segurança. Por isso, o programa do processo principal concentra seu objetivo na ambiciosa fórmula da busca da verdade, enquanto o da cautelar se contenta com o desígnio, mais modesto, da busca da probabilidade. Assim, têm — processo principal e processo cautelar — campos de instrução distintos e inconfundíveis" (*RT*

603/203) "(TEOTÔNIO NEGRÃO, ob. cit., págs. 323/324, notas ao art. 796).

Portanto, *PARA A CONCESSÃO DE LIMINAR, IMPRESCINDÍVEL FIQUEM DEMONSTRADOS OS SEUS DOIS PRESSUPOSTOS BÁSICOS: O FUMUS BONI IURUS E O PERICULUM IN MORA.*

A proteção cautelar não dispensa a satisfação dos seus dois requisitos. Não satisfeito pelo menos um deles, o seu destino é o indeferimento, como bem assim decidiu o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *verbis*:

> *"MEDIDA CAUTELAR. Requisitos. Ausência. Indeferimento. Não sendo demonstrado o* fumus boni iuris *é de ser indeferida a medida cautelar" (STJ 1ª Turma, Relator: Ministro Cláudio Santos, in* DJU *de 25.02.91, pág. 1.466)*

In casu, nada disso foi levado em conta.

Sequer se verificou que a vestibular foi instruída apenas com o instrumento procuratório que se vê às fls. *05*, e mais nada.

A legitimidade ativa e até mesmo a legitimidade passiva são duas incógnitas.

Mesmo assim houve uma *contestação* (em tempo hábil), onde o contestante, preliminarmente, com fundamento no artigo 301, V e VI, alegou *LITISPENDÊNCIA* e *COISA JULGADA*.

Conforme redação do art. 301, § 3º, "há *litispendência*, quando se repete ação, que está em curso; há *coisa julgada*, quando se repete ação que já foi decidida por sentença de que não caiba recurso"(grifos nossos).

Ocorre, no entanto, que o contestante também não instruiu sua resposta com nenhum documento, no caso, certidões cartorárias que comprovem as alegações de litispendência e de coisa julgada.

Enfim, contestação à parte, nossa decisão é a seguinte:

1 — *DECLARAR NULO* o ato (do Juiz) de fls. 06, e conseqüentemente impedir a eleição por ele autorizada;

2 — *JULGAR IMPROCEDENTE* a cautelar, por não comprovados *in initio litis* o *fumus boni iuris* e o *periculum in mora*.

A cargo do requerente as custas processuais e os honorários advocatícios, os quais fixo em dois (2) salários mínimos, segundo

apreciação eqüitativa e considerando-se que se trata de causa de pequeno valor (CPC, art. 20, § 4º).

P.R.I.C.

Acaraú (CE), 23 de setembro de 1991.

WASHINGTON OLIVEIRA DIAS
Juiz de Direito

1ª VARA DE FAMÍLIA
Comarca de
Duque de Caxias — RJ
Processo nº 28.561

DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER — Improcedência da pretensão por inexistir prova consistente para a obtenção da medida drástica.
(Sentença do Juiz de Direito Luiz José da Silva Guimarães Filho)
* Confirmada.

Vistos etc.

O Curador junto a este Juízo, por designação especial do Exmo. Procurador-Geral da Justiça, fls. 04, propõe AÇÃO DE DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER em face de José Gonçalves Moreira, qualificado às fls. 02, alegando que o suplicado foi casado com Nice Reis Regadas, e, do enlace, nasceram três filhos, Wellinton Regadas Moreira, Mônica Regadas Moreira e Mauro Regadas Moreira. Fundamenta mais que, resultante de várias ações, constatou-se que o suplicado deixou os filhos em total abandono, não fornecendo recursos para o sustento e educação (tendo inclusive sido decretada a sua prisão), e nunca os procurado, sequer, para o conforto de um cumprimento amigável, o que caracteriza o abandono típico explicitado na Lei, pedindo a procedência do pedido e juntando com a inicial os documentos de fls. 04/90.

O réu ofereceu resistência à pretensão, através de contestação de fls. 94/97, que em resumo alegou que os fatos narrados na inicial não são verdadeiros, nunca houve o abandono como alegado e que sempre cumpriu com as obrigações assumidas, exceto quando ficou desempregado. Verifica-se ainda que no item 06 da defesa, o filho do casal, Wellinton, reside em companhia de seus avós paternos, e que apesar disto a ex-esposa, Nice Reis Regadas, sempre recebeu a quantia integral, sem que o suplicado tenha formulado pedido de redução. Na peça de defesa fez um relato de todos os pagamentos, mudanças de

emprego, viagem a Manaus com o filho Wellinton, dificuldade de relacionamento com os filhos devido à ex-esposa que o impedia, item 11 da defesa, tendo inclusive nova companheira de nome Selma Rodrigues da Costa e que desta nova união nasceram Cláudia Rodrigues Moreira, fls. 100, e Michelle Rodrigues Moreira, fls. 101, salientando que reside em um imóvel simples, item 16 da contestação, esperando por fim a Improcedência da Pretensão bem como redução da pensão por entender que apenas Mauro deve ficar na dependência do suplicado.

A defesa veio acompanhada de documentos de fls. 98/136, tendo o Dr. Curador, às fls. 137, se manifestado, saneador irrecorrido às fls. 138, e em audiência se passou o que consta na ata de fls. 143, Órgão Ministerial como *Custos Legis* fls. 152v, foi requerido o que foi deferido, fls. 152, e sua efetiva manifestação fls. 152v/153, Memoriais fls. 154/154v, fls. 157/160 respectivamente do autor e do suplicado, e, finalmente, parecer do Órgão Ministerial de fls. 162/165v no sentido de Rejeição do Pedido. É o Relatório. Decido.

Relevante ser destacado que no passado o pai dispunha do enérgico *Jus Vitae et Necis*, o direito de expor o filho ou de matá-lo, o de transferi-lo a outrem *in causa mancipi* e o de entregá-lo como indenização *noxae deditio*, isto porque, primitivamente, a *patria potestas* visava tão-somente ao exclusivo interesse do chefe de família.

No terreno patrimonial não era diferente, e assim, o filho, como o escravo, nada possuía de próprio. Constata-se, de conseguinte, que nos primeiros tempos os poderes que se enfeixavam na autoridade do pai, tanto os de ordem pessoal como os de ordem patrimonial, se caracterizavam pela sua larga extensão.

Contudo, reduziu-se com o decorrer do tempo o absolutismo opressivo e no terreno pessoal os pais devem apenas exercer o pátrio poder com a finalidade de um simples *direito de correção*. Tanto é verdade que, à época de Justiniano, o *Jus vitae et Necis*, o direito de expor e o *Jus noxae dandi* não passavam de meras recordações. Conclui-se, conseguintemente, que em tempos passados, o pátrio poder representava uma tirania, a tirania do pai sobre o filho. Hodiernamente, é uma servidão, a servidão do pai para tutelar o filho, não sendo menos verdadeiro que existe a fiscalização complementar exercida pelo poder público, embora, todos saibam, que a missão confiada ao pai se reveste de importância social. Em síntese, o pátrio poder é instituído no *interesse dos filhos e da família*, não em proveito dos genitores. Na realidade, pode-se até admitir que o termo mais exato seria Pátrio

Dever. Destarte, o pátrio poder é o conjunto de obrigações a cargo dos pais, no tocante à pessoa e bens dos filhos *menores*. Na verdade, ambos os pais têm o pátrio poder sobre o filho menor sendo falso o argumento de que o *exercício* do pátrio poder pelo pai exclui a mãe desse direito. Com efeito, o art. 380 do Código Civil, com a nova redação que lhe deu a Lei 4.121, de 27.08.62, dispõe: "durante o casamento, compete o pátrio poder aos pais, exercendo-o o marido com a colaboração da mulher. Na falta ou impedimento de um dos progenitores, passará o outro a exercê-lo com exclusividade". Conclui-se, portanto, que o *poder é simultâneo* mas o *exercício* é do marido, com a colaboração da mulher, nunca perdendo de vista que o poder do pai não é outra coisa senão proteção e direção, poder educativo de caráter social, assistindo aos genitores o encargo de velar pela formação dos filhos, a fim de torná-los úteis a si, à família e à sociedade. Alias, o que é escrito nesta sentença, há muito reconhecido por estudiosos do Direito, como por exemplo, LAURENT e RADBRUCH. É de notar-se, ademais, que o texto constitucional em vigor faz expressa referência no art. 229 do dever mútuo dos pais para com os filhos menores.

A hipótese dos autos, segundo a inicial, é a do art. 395, II do Código Civil, ou seja, perda do pátrio poder por abandono, isto porque, pelo documento de fls. 13, no Processo nº 68.656, da 6ª Vara de Família da Capital, o Dr. Juiz quando da prolação de sentença determinou "sejam extraídas peças e remetidas à Procuradoria-Geral de Justiça, a fim de processar José Gonçalves Moreira, por abandono material dos autores".

Ora, o réu trouxe à sua DEFESA prova suficiente documental que não cometera o abandono, a propósito, muito bem examinada pelo Órgão Ministerial às fls. 162/165, merecendo ser assinalado o que consta às fls. 165, "quanto aos alimentos, cabe efetivar a execução, e deve-se diligenciar pelo desconto em folha de pagamento". E mais: "com estas idades, é difícil que o exercício do pátrio poder pelo pai seja nocivo a eles". Observe-se que Mônica tem 20 anos feitos em 19.08, fls. 24, e Mauro, dezessete anos completados em 13.08, fls. 23. É importante frisar que a presente ação, sem dúvida alguma, é Medida Excepcional, e somente aplicável a DESTITUIÇÃO DE PÁTRIO PODER *se não houver outros meios* para a proteção dos menores, que não é a hipótese dos autos, conforme já exposto acima.

Assim sendo, só mediante prova concludente e decisiva pode ser decretada a drástica medida. No depoimento de fls. 144, o réu disse

em Juízo "que sêr destituído do pátrio poder seria o máximo da derrota porquanto já se sente derrotado por estar afastado dos seus filhos". Narrou o desemprego, fls. 144v, e o desejo de proporcionar aos filhos conforto, acaso a situação financeira o permitisse.

De conseguinte, o conjunto probatório não autoriza a decretação da Destituição do Pátrio Poder, bem como não pode o Juízo apreciar pedido de redução de alimentos, por não ser esta a via própria.

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE A PRETENSÃO, sem a condenação do sucumbimento como costumeiro, por ser o Ministério Público parte neste feito.

P.R.I.

Duque de Caxias, 23 de agosto de 1989.

LUIZ JOSÉ DA SILVA GUIMARÃES FILHO
Juiz de Direito

JEPC — JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS
Porto Velho — RO
Proc. nº 4.609/91

EXTRAVIO DE BAGAGEM. INDENIZAÇÃO — Valor da causa e a pretensão à maior, esta para o escopo conciliatório (com as advertências, arts. 22 e 3º, § 2º, da LPC). Competência do Juizado por renúncia do valor excedente à alçada. Pedido implícito acolhido. Legislação aplicável: Cód. Civil e Decretos 92.353/86 e 68.961/71 — a melhor exegese. A cláusula de não indenizar — inadmissibilidade. Transporte gratuito e benévolo — distinção. Não configuração de causas excludentes de ilicitude, art. 160 do CC. A ré, interessada no transporte de passageiro, tem o dever legal de, também, conduzir a bagagem, e vindo extraviá-la impõe-se o ressarcimento do prejuízo experimentado pela autora, mormente se efetivou pagamento de tarifa e seguro.

— Recurso no JEPC. Competência do Colegiado de 3 Juízes de primeiro grau, art. 41 da Lei 7.244/84.

— In casu *dos autos, a favor da autora, a assistência judiciária, art. 54 da LPC, Lei 1.060/50 e arts. 5º, LXXIV c/c o 134 da CF.*
(Sentença do Juiz de Direito Roosevelt Queiroz Costa)
*Confirmada.

Vistos etc.

I — RELATÓRIO

Neste Juizado a autora/reclamante excitou, nos autos em epígrafe, pedido para que a ré/reclamada entregasse sua caixa contendo artigos de armarinhos no valor de Cr$ 227.967,00, transportada de São Paulo a Porto Velho (fl.2).

A ré foi citada (fl.3). Compareceram as partes na audiência conciliatória, sem nada acordarem. A reclamada agregou o instrumento de mandato e carta de preposto (fls. 3, *usque* 6).

Na audiência de instrução e julgamento, incluindo-se a conciliação — objetivo primacial que se persegue — resultou frustrada, mais uma vez. A ré, em audiência, apresentou contestação com preliminar de incompetência relativa, porquanto o valor da causa ultrapassa 10 SMs e, *in meritum*: a reclamante não provou o extravio da bagagem; não juntou a passagem, *ticket* de bagagem e nem declaração de extravio da bagagem — "que comprovaria o alegado".

Argumentou ainda a contestação que a responsabilidade da transportadora é conforme o art. 33 e incisos e parágs. do Decreto 68.961/71, alterado pelo Decreto 71.984/73 que não houve culpa da Eucatur; que os usuários devem ter a iniciativa do seguro; invoca o art. 98 do Decreto 92.353/86; admite a indenização, mas no limite de 4 MVR.

Na mesma audiência (a segunda) a autora apresentou todos os documentos cobrados na contestação. A respeito pronunciou a contestante — no termo da audiência, realizada 3 (três) dias atrás, dia 24 deste mês.

Ante o adiantado da hora assinalei a data de hoje para apresentação e leitura da sentença.

É O RELATÓRIO.

D E C I D O.

UMA PEQUENA DIGRESSÃO

Pela primeira vez o *veredictum* não é registrado em audiência, como costumeiramente o faço, consoante a orientação da LPC (nº 7.244/84), art. 2º c/c o art. 38.

Inadmissível o formalismo neste Juízo. A burocracia deve ficar com os burocratas. A simplicidade, a informalidade e a celeridade estão sempre presentes. Formalidades e arcaísmos implantados neste Juizado os afastei.

Não ignoro que a sentença deve, como os demais atos do processo, notabilizar-se pela concisão. Sem desprezar a agilidade impositiva da LPC, pela vez primeira, neste Juizado, deixo de ser breve para ser prolixo, minudente, face a interpretação das sintéticas sentenças e julgados, anterior e atual, do douto Colegiado nesta Justiça, reexaminador das decisões monocráticas, art. 41 da LPC.

Ao interpretar, estudar um livro, *verbi gratia*, o livro dos livros — a Bíblia, ou ao reexaminar uma sentença, mormente prendendo-se a sua motivação em parte de um texto isolado, sem atentar-se ao contexto, fatalmente chegará a um entendimento errôneo. Só extrairá o verdadeiro sentido empregado verificando o conjunto, o todo, o contexto, *datissima venia*.

PRELIMINAR

Argúi-se a preliminar de incompetência deste Juizado porque o valor excede a 10 SMs. Com razão. A lei estadual restringiu à metade de lei federal.

Mesmo ouvindo vozes dissonantes tenho orientado a escrivania que poderá receber reclamações acima do teto (10 SMs), devendo consignar, na reclamação escrita, o valor limitado da lei e se o direito exceder a alçada registre-o na vestibular, alertando o reclamante que este apenas para efeito (e orientação) da conciliação.

Se o reclamante pede o valor limitado quando o seu direito excede o *quantum* legal, desde então não ficará enfraquecida a real e justa pretensão? Sem dúvida, irá, inclusive, contribuir para dificultar a busca de conciliação, porque o reclamado se apegará ao valor pedido e dificilmente aceitará acordar naquilo não expressado na inaugural.

De regra, neste Juizado, são duas as audiências em cada processo, uma de conciliação e outra de instrução e julgamento, nesta, novamente a conciliação nos termos da lei: "buscando sempre que possível a conciliação das partes", ocasião em que o Juiz esclarecerá sobre as vantagens da conciliação, mostrará os riscos e as conseqüencias do litígio (LPC, art. 22), especialmente quanto à renúncia do crédito excedente ao limite estabelecido na lei, excetuada a hipótese de conciliação (LPC, art. 3º, § 2º).

Data venia dos que entendem diferente, é como interpreto tais preceitos, lembrando ainda que na primeira audiência, a de conciliação, o Juiz não está presente para a exortação recomendada pela lei. Com essa interpretação amplia-se o acesso ao JEPC, evidencia-se a simplificação, a informalidade e a desburocratização. Aos poucos vai-se resgatando a credibilidade da Justiça.

REJEIÇÃO DA PRELIMINAR

Com as ponderações nas linhas volvidas e atento à declaração de renúncia do valor excedente a 10 SM, por parte da autora, atempadamente, em audiência (fl. 10), repilo a preliminar argüida.

O PEDIDO

Ipsis litteris: "Requer a autora que a empresa lhe entregue uma caixa contendo artigos de armarinhos no valor de Cr$227.967,99 que a mesma trouxe de São Paulo a PVH-RO, no dia 26.05.91 às 00:00 horas, conforme documentos que serão apresentados no dia da audiência".

O PEDIDO IMPLÍCITO E A CONTESTAÇÃO

O inteligente articulado da contestação, antecipando a condenação para "entrega de coisa certa" ou o pagamento correspondente, evidencia a impossibilidade deste último porque a reclamante restringiu ao pedido de entrega.

A simplificação do processo no JEPC é uma (dentre outras) "característica que merece ser destacada. Rompe-se, decisivamente, com o exagerado formalismo de processo tradicional, ao ponto de eliminar totalmente ou diminuir sensivelmente os atos processuais previstos no CPC" e continua o Desor. Rêmolo Letteriello do TJMS:

> *"... nas pequenas causas, tudo isso é substituído pelo lançamento, numa SIMPLES FICHA, da RECLAMAÇÃO em QUATRO ou CINCO LINHAS, em sucinta exposição, admitindo até o PEDIDO ORAL, que, nesse caso, será reduzido a escrito pela secretaria do Juizado" (destaquei).*

É o que dessume da LPC. As reclamações aforadas neste Juizado, de regra, têm sido orais e simplificadas como prescreve a lei pertinente.

Em verdade a secretaria registrou apenas o pedido de entrega ao invés de assentar pedido alternativo: entrega ou o equivalente em dinheiro. Nenhum óbice em admiti-lo. O segundo pedido decorre da lógica, está implícito:

> "Compreende-se no pedido o que logicamente dele decorre. ... Nessa ordem de idéias, não deve o julgador desconsiderar os "pedidos implícitos e os formulados por invocação expressa a peças de instrução da inicial" (*RT* 595/237).
>
> *"Assim: "Se determinado pedido há de ser tido como implícito na postulação mais ampla, sob pena de esta não poder ser atendida ou quedar inócua, não se há de dizer que o Juiz prestou tutela jurisdicional sem que a tenha a parte requerido"* (RTJ *125/813 e STF* — RT *633/208)*. Anotações de Theotonio Negrão, *21ª edição, 1991*.

Em audiência a reclamante manifestou o desejo de receber sua caixa com os objetos ou o valor equivalente (com renúncia ao excedente a alçada). A reclamada não ignorou tais pretensões. Se a ré for condenada a "entrega de coisa certa"e se esta perdeu como resolver, solucionar a controvérsia? Impõe-se enfrentar a questão desde logo e não recomendar à liquidação, ao arbitramento judicial (art. 627 do CPC), e sim reconhecer o pagamento de 10 SMs se a entrega não for possível, art. 38 da LPC, sentença líquida.

IN MERITU

Procede a pretensão deduzida pela reclamante, incluindo o pedido implícito. É o que depreende-se dos suprimentos de direito e das provas carreadas para os autos.

A empresa-contestante não admite ter transportado o volume cobrado, mas admite que para a sua comprovação é o *ticket* de bagagem, este é que "determina a responsabilidade da transportadora". Em audiência a reclamante apresentou mais do que pediu e esperava:

a) *Ticket* de bagagem;
b) Bilhete de passagem nº 071698;
c) Bilhete de passagem nº 020745;
d) Taxa de embarque;
e) Declaração de bagagem extraviada (assinada pelas partes); e

f) Nota fiscal nº 582.480, com a descrição dos artigos de armarinhos e o valor da peça exordial.

Na própria audiência a reclamada examinou os documentos relacionados. Confirmou a conexão — a viagem empreendida pela reclamante, disse desconhecer o *ticket* e a declaração por ser seu "trabalho em outro setor" (termo de fl. 10), nada mais.

A autora (esteve na audiência acompanhada de seu marido), pessoa idônea, mostrou-se convicta de seu direito, em nenhum momento foi vacilante, relatou as dificuldades e o tempo para resgatar seus pertences, tudo em vão, porque o valor ofertado foi diminuto, 4 MVR, *ex vi* do Decreto 68.961/71. Assim interpretou a contestante. Na *fattispecie*, mesmo aplicando a legislação invocada pela reclamada não afastará a pretensão da reclamante. É claro o decreto: "No preço da passagem compreende-se, a título de franquia, o transporte obrigatório e gratuito" (art. 33) de bagagem. Faz observar limites de peso, valor de 2 SMs e excedendo o peso de bagagem deverá pagar 1% do valor da passagem. Os incisos e parágs. do citado artigo esclarecem mais: a indenização, cujo valor exceda o limite da franquia, pagará prêmio para cobertura do excesso, para isso "as transportadoras são obrigadas a proporcionar seguro específico". Nas passagens constam o pagamento do seguro e se outro seguro deveria ser pago a reclamada não o proporcionou.

Ademais, o Código Civil, a boa doutrina e remansosa jurisprudência não deixam nenhuma dúvida quanto a justa e completa indenização. Já passamos do tempo em que se defendia a validade da "cláusula da irresponsabilidade", especialmente no contrato de transporte, "como contrapeso do vulto excessivo que a vida moderna trouxe aos encargos da reparação do dano" — Da Cláusula de não indenizar. Era a tese de Aguiar Dias, mudando-se mais tarde. A respeito acrescentou Roberto Rosas: "A tese do eminente jurista não prevaleceu, mormente no contrato de transporte, porque em se tratando de contrato de adesão não se poderia fortalecer contratante contra o contratado que necessita de transporte sem discutir as cláusulas contratuais, às vezes ambíguas, contraditórias que têm como finalidade a desobrigação" (*RTJ* 72/202).

A vida é dinâmica. Os fatos sociais evoluem e o julgador deve interpretar e aplicar a lei, buscar a sua *mens legis*, sempre voltado para a "prática da justiça". "Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo — eis

a grande tarefa do Juiz, ao sentenciar". Continua a lição do renomado mestre: "... Juiz. Este pensa no caso concreto e cabe-lhe apenas, com sua sensibilidade, buscar no sistema de direito positivo e nas razões que lhe estão à base, a justiça do caso" (Cândido Dinamarco, *A Instrumentalidade do Processo*, pág. 280).

Em outra obra do mesmo autor — Des. DINAMARCO — em lições do LPC, testifica que "fazer justiça é a glória" de todos os Juízes. Também anotou (na *Instrumentalidade do Processo)* "a sensível preocupação em lembrar ao Juiz o seu solene compromisso com a justiça e conclamá-lo a proferir decisões justas" (pág. 425). Couture também já dizia que é dever do julgador lutar pelo Direito, mas quando este conflitar com a Justiça, é preferível lutar por esta.

Adotar a tese da reclamada, *data venia*, é incorrer em injustiça, injustiça manifesta, é não respeitar as particularidades, é reconhecer Justiça às avessas, fora da realidade. É reconhecer a ultrapassada cláusula da irresponsabilidade. Há anos a legislação adota a responsabilidade sem culpa — teoria objetiva em alguns casos. Não chega ser esta a aplicável ao caso *sub judice*, mas nem aquela (da irresponsabilidade), eximidora de justa indenização.

Hoje, dificilmente se exonera da obrigação de indenizar. Como causas exonerativas arrola o Código Civil — caso fortuito ou força maior, e a jurisprudência no caso de culpa exclusiva da vítima. A reclamada não está agasalhada em nenhuma dessas hipóteses, nem se cogita de concorrência de culpa. Também não se vislumbra causas excludentes da ilicitude, art. 160 do CC. Igualmente inadmissível a implícita pretensão da cláusula de não indenizar (sem contar o avanço do Cód. do Consumidor com texto expresso):

> *"Em contrato de transporte, é inoperante a cláusula de não indenizar". (Súmula nº 161 do STF).*

A indenização se impõe. Nem se diga que inexistente contrato atinente à bagagem porque o transporte foi gratuito e que nenhum seguro foi entabulado ou pago. Assim tem sido o alegado da contestante e, ultimamente, o D. Colegiado mudou o entendimento (em caso semelhante), Proc. nº 4318/91, onde a sentença singular:

> *"inverteu o ônus ao entender que a transportadora deveria pagar o que foi pedido porque não provou a culpa da vítima. E aqui está o ponto da questão o deslinde" (transcrição do r. Voto do Colegiado deste Juizado).*

Ledo engano. Aí o equívoco, a má interpretação, o perigo de ficar apenas no *texto* e não no *contexto*, conforme narrei na "digressão". Pior, a citada transcrição não corresponde ao que assentou a sentença de duas laudas, em forma de ata (sem parágrafos). O texto que se vê interpretado acima, em verdade, assevera:

> *"A ré não fez prova que contrariasse a pretensão do autor, nem que agiu sem culpa, muito menos fez prova de culpa por parte do autor, nem seria possível porque a bagagem foi simplesmente despachada..."*

O citado e r. Voto, em seu corpo chegou a reconhecer culpa presumida, trazendo a lição de Caio Mário da S. Pereira. Interpretação que se chegaria a uma justa e completa indenização. Tese da sentença, mas a sua conclusão foi diversa da reformada e singela sentença. Eis a lição e que ilustra este *decisum*:

> "A jurisprudência em todos os países tem alargado a idéia de culpa, e estendido o princípio da responsabilidade civil, onde não se pode encontrá-la em sentido estrito. Criou a noção de *culpa presumida*, dando maior consideração à vítima do que ao autor do dano. Chegou a admitir a existência de culpa em situações nas quais falta o pressuposto da conduta antijurídica. Tribunais há que lhes têm de tal modo dilargado o conteúdo, que definem a regra da existência de responsabilidade sempre que alguém causa dano a outrem, em razão do dever geral de não prejudicar" (*In Instituições*, vol. I, pág. 568, Forense, 6ª ed.).

Volto ao encadeamento anterior – suposta inexistência de contrato de transporte de bagagem porque gratuito. GRATUITO não é o mesmo que o chamado transporte BENÉVOLO. A doutrina e a jurisprudência bem distingue-os. Aquele é feito por empresas transportadoras, como os de bens de passageiros (malas e bagagens), "que seria um acessório do contrato de transporte do passageiro" (*in Obrigações e Contratos*, de Arnoldo Wald), enquanto que no benévolo é o vulgarmente chamado "carona", feito por cortesia. Explicita o referido autor:

> "Este último — benévolo — não constitui contrato de transporte. No entanto, se o condutor aufere vantagem indireta, não se considera gratuito o transporte, mesmo sem remuneração. Nesse

sentido, há decisão condenatória de uma empresa, por acidente sofrido em escada rolante de uma loja comercial".

Compulsando outros doutrinadores, são no mesmo sentido. O transporte gratuito, dessarte, divide-se em INTERESSADO e BENÉVOLO. No primeiro — gratuito interessado — o transportador, embora não cobre nada pelo transporte, tem interesse em transportar o passageiro, como o corretor de imóveis ao levar em seu automóvel um cliente para visitar uma propriedade, o passageiro que paga parte da gasolina, o patrão que leva o caseiro para o seu sítio. Assim são muitos outros exemplos figurativos, inclusive o de transporte da bagagem, onde patenteia claro o interesse da transportadora em levar o passageiro que paga o bilhete de passagem. Todas essas pessoas, incluindo-se a transportadora:

> "têm interesse indireto no transporte de seu passageiro" (Sílvio Rodrigues). Faz o arremate Orlando Gomes: "Ao viajante é lícito fazer conduzir, no mesmo veículo, sua bagagem, incluído o transporte no preço da passagem".

A autora-passageira exibiu suas passagens com pagamento das tarifas e valor de seguro. Se a bagagem foi gratuita e se não cobrou o pretendido seguro a reclamante não pode ficar no prejuízo se o contrato de transporte se estabeleceu entre as partes, sem excluir o transporte da bagagem que não chegou a destino e foi extraviada por culpa presumida do transportador, chegando-se ao risco integral:

> "no contrato de transporte, por exemplo, basta que mercadoria ou o passageiro não tenha chegado tempestivamente e em perfeitas condições ao lugar do destino, para que se presuma a *culpa do transportador, que deverá fazer a prova contrária*, evidenciando a inexistência de sua culpa.
> A responsabilidade contratual tem levado a implantar a teoria do risco profissional, entendendo-se que é dever do empresário que tem as vantagens da realização do negócio, arcar com os encargos dele decorrentes, de acordo com o princípio *ejus commodum, ejus periculum*" (Arnoldo Wald). Grifei.

A jurisprudência é farta. O transporte gratuito interessado não exime de responsabilidade contratual (*RF* 250/276). Ao passo que

no transporte gratuito benévolo a responsabilidade é extracontratual, só existindo se provada a culpa efetiva do autor do dano (*RT* 531/222). *In Proponha uma Ação no Procedimento Ordinário*, do Des. CÉSAR MONTENEGRO, 1ª ed., 1980, pág. 372: "Transporte gratuito — Não exclui a responsabilidade do transportador, se agiu este com imprudência ou imperícia, ser de favor ou sem remuneração o transporte por aquele oferecido ao passageiro. Indenização devida, havendo danos, sejam materiais, sejam físicos. Súmula nº 490 do STF". (TRJ, Des. Rodrigues Silva).

À guisa de ilustração, também a jurisprudência do Tribunal de Alçada Civil de SP, específica sobre extravio de bagagem: "INDENIZAÇÃO — Responsabilidade civil — Extravio de bagagem — Isenção de responsabilidade da transportadora — Inadmissibilidade — Matéria delitual que não admite cláusula de exoneração de responsabilidade — Recurso não provido" (*JTACSP* 71/128, rel. Juiz Fonseca Tavares).

Ainda elucidativo o aresto extraído da *Responsabilidade Civil e Seguro Obrigatório*, de Pedro Alvim, pág. 29: "Ocorrendo extravio da bagagem entregue à transportadora mediante comprovante de identificação, fica assegurado ao passageiro o direito de ser indenizado pelo prejuízo sofrido. *Sendo o dano superior ao valor previsto pelo seguro, constante do preço da passagem, à transportadora cabe a indenização complementar, desde que evidenciada esteja sua culpa*" (Ap. Cível nº 6.965, rel.: Juiz Mendes dos Reis) . Grifei.

Despiciendo qualquer comentário a respeito dessas últimas ementas. Apenas saliento: comprovam a tese da sentença, asseguram a justa indenização, seja enquadrando a controvérsia no âmbito da responsabilidade civil (aplicando o Código Civil) , seja admitindo a legislação rogada pela reclamada, consoante anotei à fl. 6 desta sentença. Enfim, robustecem os fundamentos da *vexata quaestio* em tela. Acresço :

> "Evidenciada a culpa, em qualquer de seus matizes, haverá a obrigação de reparar o dano causado. ...essa idéia corresponde rigorosamente a um sentimento de justiça, porque não se deve responsabilizar quem se portou de maneira irrepreensível, acima de qualquer censura, a salvo de toda increpação" (Washington de Barros Monteiro, *Direito das Obrigações*).

Por último, ainda importante asseverar e frisar: a presente causa

não ostenta elevado grau de complexidade. Leva-se também em conta que o pedido da autora foi renunciado no excedente a 10SMs (para adequar ao limite legal) da época, montante aquém de 50 % se considerar o SM atual (Cr$ 42.000,00 X 10 = Cr$ 420.000,00), recentemente reajustado a valor considerável (passou de Cr$ 17.000,00 para Cr$ 42.000,00) . Assim ponderado (atento ao *quantum* limitado, relativamente inexpressivo), estou convencido da preponderância, "da supremacia dos motivos convergentes e por isso afasta os divergentes, mas sempre de modo racional e assumido calculadamente algum risco, que é inevitável". Prossegue o mestre DINAMARCO:

> "Nessa linha é que prestigiosa voz doutrinária disse: "pensando bem, toda prova não passa de prova de verossimilhança"(...) . "As verdades históricas não passam de probabilidades"... Nesse quadro em que a convicção não pode corresponder à certeza, é inevitável correr riscos, sob pena de inviabilizar os juízos. Basta que o Juiz tenha atingido grau suficiente de convicção, a ponto de preferir afirmar o fato e ter por irrelevantes os motivos divergentes" (da cit. obra, *A Instrumentalidade do Processo*, pág. 340).

Bem lembrado ainda pelo mesmo autor de nomeada, Desor. Cândido Dinamarco, na tão citada e magnífica obra — *A Instrumentalidade do Processo*, na qual pretende "reconstruir o pensamento dos processualistas modernos e interpretar os rumos atuais de sua ciência, ... a busca da alcandorada efetividade do processo"; também a sua preocupação de que "é preciso pensar de acordo com os tempos", e mostra os "novos rumos do instrumento", às págs. 434/435 e 452/453:

> " Falar em instrumentalidade do processo ou em sua efetividade significa, no contexto, falar dele como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais felizes (ou menos felizes), mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.
> Hoje busca-se evitar que conflitos pequenos ou pessoas menos favorecidas fiquem à margem do Poder Judiciário.
> "Ultimamente, a implantação dos Juizados Especiais de Pequenas Causas tem sido motivo de esperanças na melhor eficiência do Poder Judiciário e, portanto, de maior grau de legitimidade do sistema processual".

EX POSITIS e com espeque nos arts. 159 e 1.521 do Cód. Civil c/c os Decretos nºs. 68.961/71 e 92.353/86 e 3º parág. 2º, e 38 da Lei nº. 7.244/84, e demais suprimentos de direito, JULGO PROCEDENTE o pedido, e via de conseqüência condeno a EUCATUR — EMPRESA UNIÃO CASCAVEL DE TRANSPORTES E TURISMO LTDA. a entregar coisa certa: uma caixa com artigos de armarinhos, conforme descrição da nota fiscal apresentada aos autos e que corresponde ao volume não entregue, consoante comprovante de bagagem nº 170.282, ou o pagamento de 10 SMs da época do ajuizamento da ação — 28.05.91 — , acrescidos dos consectários legais.

PUBLICAÇÃO e INTIMAÇÃO desta sentença num mesmo instante e na data de hoje, 27. Desde então passando-se a fluir o prazo recursal, art. 506, I, do CPC, no decêndio legal, art. 42, *caput*, da Lei 7.244/84, e preparo em 48:00h, sob pena de deserção, § 1º do cit. art. 42.

Considerando a indispensabilidade de advogado *in casu* de recurso — art. 41, § 2º c/c o art. 133 do Estatuto Político, a favor da autora reconheço a assistência judiciária, esta, por conta do Estado, arts. 5º LXXIV c/c o 134 da CF; 54 da cit. Lei 7.244 e Lei 1.060/50.

Dispensa-se o formalismo do "intime-se" e "publique-se" — face ao supra-explicitado — litigantes já previamente intimados na audiência de três (3) dias atrás, 24, para leitura desta sentença. Despiciendo também o formalismo do "registre-se", neste Juizado informal.

In opportuno tempore, arquive-se.

Porto Velho – RO, aos 27 de setembro de 1991.

ROOSEVELT QUEIROZ COSTA
Juiz de Direito

2ª VARA CÍVEL
Comarca de
Rio Branco — AC

HONORÁRIOS DE ADVOGADO — Inexistência de pactuação. Impossibilidade de cobrança incidente sobre parte de imóvel pertencente aos réus. Improcedência do pedido.
(Sentença da Juíza de Direito Maria Cezarinete de Souza Augusta Angelim)

Vistos etc.

RUY ALBERTO DUARTE, qualificado nos autos em epígrafe, postulando em causa própria, ajuizou AÇÃO DE COBRANÇA DE HONORÁRIOS, fundamentando-se no art. 275, inciso I, letra *m*, do Código de Processo Civil — CPC, contra LAURO JULIÃO DE SOUZA SOBRINHO e sua consorte, CRISTINA MARIA LOPES DE SOUZA, igualmente qualificados, objetivando haver uma área de 78.032,00 metros quadrados, encravada numa área maior de solo urbano totalizada em 390.162,00m², cujo lote equivale a 20% da área total, a título de pagamento por serviços profissionais que alega ter prestado aos demandados.

Acostou à exordial os documentos de fls. 10/32.

Um dos réus foi regularmente citado (fls.35v), para comparecer à audiência de conciliação, instrução e julgamento, apresentando tempestivamente rol de testemunhas (fls. 37). Entrementes, o evento não se realizou, face descumprimento do prazo assinalado no art. 278, do CPC e, por conseqüência, designou-se, *incontinenti*, a data de 27.03.91 para sua realização.

Às fls. 42, o autor requereu a citação editalícia do cônjuge-mulher e ré, cujo pedido, o da citação, não apreciado, ainda assim traduziu-se atendido, através da citação de fls. 43, em cuja parte versa, o Sr. Oficial de Justiça certifica, positivamente, a concreta citação da ré.

Ao depois, por petição, os réus, às fls. 45, pleiteiam complementação de rol de testemunhas acostando, também, instrumento procuratório (fls. 46).

A seguir, às fls. 48, o autor, propugnando pelo adiamento da audiência designada para o dia 27.03.91, sob a alegativa determinante no inciso II, do art. 453, do CPC, fez anexar, respectivamente, por advogadas, instrumento de mandato e atestado médico e, ato contínuo, foi designada a data de 15.04.91 para realização daquele ato processual (fls. 49/51).

Realizada a audiência de conciliação e instrução, nela compareceram as partes, sendo que, uma em causa própria, o autor, e os réus, acompanhados de seu respectivo patrono. Rejeitada a proposta de conciliação, os demandados ofereceram contestação de fls. 56/71, acompanhada dos documentos de fls. 72/74. Na instrução, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pelos réus, cujos depoimentos se encontram acostados às fls. 53/54. Os debates orais foram substituídos por memoriais (fls. 75/81 e fls. 83/87).

Na contestação, os réus, em linhas preliminares, alegam inépcia da inicial, argüindo falta da *causa petendi* e, concomitantemente, carência de ação postulando, com esse entendimento, o indeferimento liminar da ação.

No mérito, asseveram ser a pretensão do autor, atentatória à ética profissional, vez que, incumbia-lhe ao autor, celebrar expresso contrato de honorários, o que não fez, preferindo, ao depois, quando já assegurada a vitória da demanda, impingir aos réus, proposta associativa para deles exigir 20% da área, a título de pagamento, mediante coação moral.

Dentre outros termos contestatórios, enfatizam sobremaneira que, sendo a advocacia um *munus* público, é do próprio Código de Ética Profissional do Advogado, defeso cobrança de honorários recaindo o seu pagamento, em participação de bens, além de ser vedado ao autor, associar-se ao cliente para pagamento de honorários, devendo estes, os honorários, ser fixados em percentual incidente sobre o valor líquido da causa.

Enfatizam sempre, não haverem pactuado tal ajuste de pagamento de honorários, cujo montante pretendido é exorbitante, mormente quando, por sua negligência, do autor, o processo foi extinto sem julgamento do mérito, nos permissivos legais do inciso II do art. 267 do CPC.

Rechaçam a pretensão do autor, reconhecendo como parcial sua atuação no feito, assegurando que este não acompanhou a demanda até seu desfecho, o qual somente dar-se-ia com a sentença de mérito e, em linhas derradeiras, protestam pelo depoimento pessoal do autor, bem como oitiva das testemunhas arroladas, requerendo a final a improcedência da ação, condenando-se o autor, no ônus decorrente da sucumbência.

Instado em audiência, a manifestar-se sobre as preliminares suscitadas pelos réus , na peça contestatória, veementemente refutou-as o autor, requerendo, ainda, a imediata decisão do ilustre MM. Juiz que presidiu a instrução, acerca da matéria questionada, exarando Sua Excelência o seguinte entendimento:

> *"Em que pese o brilhantismo do advogado dos réus as preliminares suscitadas não procedem vez que a petição inicial atende as exigências processuais e o interesse de agir é presente nesta ação".*

Em alegações finais, as partes entendendo provadas suas alegações, ratificaram suas posições iniciais, requerendo, ainda, o autor, com supedâneo no art. 15 do CPC, fossem riscadas expressões constantes na contestação, no seu entendimento injuriosas, enquanto os réus, por intermédio de seu patrono, diversamente postularam a sua preservação, objetivando a manutenção da integridade daquela peça, para fins de direito.

Em despacho exarado às fls. 88, determinei o apensamento dos autos nº 3.713/88, pertinente a Ação Possessória, na qual figura como autores, os réus e, como patrono, o autor. Ao depois, o feito foi encaminhado à Contadoria da Comarca, para levantamento das custas e despesas processuais, nos termos do art. 19 do CPC.

Recolhidas as custas, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

EXAMINADOS, DECIDO.

Trata-se de Ação de Cobrança de Honorários Advocatícios, objetivando haver uma área de 78.032,00 m², a título de pagamento por serviços prestados, cujo lote equivale a 20% de um imóvel urbano, totalizado em 390.162,00 m². O rito da ação é o assinalado no art. 275, inciso II, letra *m*, do Código de Processo Civil.

Na aspiração máxima de dar a cada um o que é seu, ou seja, tornar concreto, diante da lide, o ideal de Justiça, que somente poderá ser alcançado, quando o Juiz conhece, efetivamente, a verdade dos fatos, eis que, neste mister, passo a minudente análise do processo, cujo *desideratum* não é outro, senão, a verdade real, objetivando a aplicação da lei, dentro, naturalmente, do critério legal estatuído no art. 131, do *codex buzaidiano*, *in verbis*:

> *" O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe forneceram o convencimento".*

Dentro desse parâmetro, cotejando-se a prova documental acostada aos autos, nenhuma dúvida paira acerca da efetiva prestação de serviços alegada pelo autor, em que pese sua desídia haver acarretado a extinção do processo, sem julgamento do mérito.

Data maxima venia, intimado que fora do despacho de fls. 31, dos Autos nº 3.713/88, apensos, incumbia-lhe em não pretendendo continuar com o patrocínio da causa, renunciar ao seu mandato, conforme disciplina o *art. 45, do precitado Diploma Legal.* Senão, vejamos:

> *"O advogado poderá, a qualquer tempo, renunciar ao mandato, notificando o mandante, a fim de que lhe nomeie sucessor. Durante os dez (10) dias seguintes à notificação, o advogado continuará a representar o mandante, desde que necessário para lhe evitar prejuízo".*

Inobstante tal faculdade legal, preferiu o autor manter-se silente, acarretando a extinção da demanda, sem julgamento do mérito. Releva-se que o impulso processual independia de ato pessoal das partes.

Resta-me perquirir, acerca do *quantum* pactuado para o pagamento dos serviços profissionais do ilustre autor.

Neste mister, compulsando os autos, não vislumbro elementos probantes, quer documentais, quer testemunhais, que corroborem com as alegações expendidas pelo autor destacando ainda, que a parte ativa não diligenciou a produção de provas, limitando-se, unicamente, a comprovar a prestação de serviços.

De outra parte, em que pese os réus arrolarem testemunhas, os seus depoimentos, colhidos na fase instrutória, nada informam acerca do valor certo e determinado da prestação dos serviços profissionais.

A testemunha EDSON DE ANDRADE LIMA destacou em seu depoimento (fls. 53) que:

> *"... que não viu o Doutor Ruy Alberto contratar seus serviços profissionais com o Doutor Lauro Julião nem sua mulher oferecer um lote de terra a título de honorários advocatícios..."*

Já a outra testemunha, JOÃO GOMES DE MORAIS FILHO (fls. 54), também nada informa:

> *"..que não ouviu falar que o advogado tenha cobrado como honorários 20% da área e terra invadida..."*

Destarte, embora indiscutível que o autor efetivamente prestou seus serviços profissionais, é inquestionável, também, que não conseguiu provar o alegado contrato de honorários em valor certo e determinado.

Neste caso, a solução que se impõe, é a de repelir o pedido do autor e não a defesa dos réus, porquanto quem tem o dever de produzir a objetiva convicção do Juiz é o autor e não os réus.

Ademais,

> *" No entrechoque de provas, ou seja, quando a prova testemunhal de ambas as partes for de igual força, prevalece a produzida pelo réu" (TJSC — Ap. 14.643, Ac. 06.12.79, rel. Des. Ayres Gama A. Paula —* Nova Série, *vol. II, pág. 181).*

... e mais,

> *"Existindo duas versões probatórias e não tendo o julgador como vencer a perplexidade, julga-se a ação improcedente, por não ter ficado demonstrado seguramente o fato constitutivo do direito. Sentença confirmada por seus próprios fundamentos" (TARGS — Ap. 22.027, Ac. 19.12.79, rel. Juiz Melíbio Uiraçaba Machado —* Julgados do TARGS *35/427).*

...e mais,

"Havendo equivalências das provas apresentadas pelos contendores, que se entrechocam e se excluem, não se pode ter como provada a pretensão deduzida em Juízo" (TAMG — AP. 22.741, rel. Juiz Sálvio de Figueiredo — Ac. 06.05.88 – DJMG *15.11.88).*

Com efeito, não tendo provado o autor, como lhe competia provar, que contratara exatamente os honorários reclamados, não há como se acolher o seu pedido apenas com base na sua alegação. Ressalvo, porém, que tal entendimento não significa que se esteja a negar-lhe qualquer remuneração pelo trabalho prestado. Em tais situações, não provado o ajuste, recorre-se ao arbitramento judicial *ex vi* art. 97, da Lei 4.215, de 27.04.63:

"Na falta de estipulação ou de acordo, os honorários serão fixados por arbitramento judicial em percentagem sobre o valor da causa".

A propósito, entendo de necessária importância, trazer a lume, entendimento esposado pelo notável YUSSEF SAID CAHALI, acerca dos honorários de advogado nas ações possessórias:

"...reconhece-se, apenas , a legitimidade da posse do autor e a ilegitimidade da ação espoliatória,turbativa ou molestadora do réu, ou vice-versa; não sendo sentença condenatória, aplica-se na fixação dos honorários advocatícios, o § 4º do art. 20 do CPC...".

E o mesmo autor adverte, ainda:

" Afirma-se que, sendo a possessória ação de teor preponderantemente constitutivo, a fixação dos honorários de advogado deve ser feita pela regra do § 4º do art. 20 do CPC, independentemente, por isso, dos percentuais do § 3º e sem preocupação com o valor da causa, mas consoante a apreciação eqüitativa do Juiz, que deverá levar em conta o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da lide e o tempo de duração da instância, no grau em que a decisão foi prolatada..."

Entrementes, *in casu*, é inviável o arbitramento, face os termos em que o autor colocou o pedido, isto é, certo e determinado, *ex vi* art. 460 do Código de Processo Civil, *in verbis*:

> *"É defeso ao Juiz proferir sentença, a favor do autor, de natureza diversa da pedida, bem como condenar o réu em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".*

Ademais,

> *"A sentença* extra petita *é nula, porque decide causa diferente da que foi posta em Juízo (ex.: a sentença de natureza diversa da pedida" ou que condena em "objeto diverso" do que fora demandado). O Tribunal deve anulá-la"* (RT *502/169*, JTA *37/44, 48/67*, Bol. AASP *1.027/156*, RP *6/326, em. 185*).

No que pertine ao pedido alusivo às expressões utilizadas pelos réus, na peça contestatória, entendo que tais excessos poderiam ser evitados, além do que, desnecessárias à defesa; entrementes, deixo de ordenar a riscagem, para preservá-la íntegra, atenta ainda que, o que não é verossímil, não tem o condão de ofender.

EX POSITIS e, tendo em vista tudo o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, condenando o autor no pagamento das custas e honorários advocatícios que fixo em 20% sobre o valor da causa (*art. 20, § 3º, do CPC*).

Transitada esta em julgado, após as formalidades de estilo, arquivem-se.

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Rio Branco (AC), 01 de outubro de 1991.

MARIA CEZARINETE DE SOUZA AUGUSTA ANGELIM
Juíza de Direito Substituta

16ª VARA CÍVEL
Comarca de
Maceió — AL
Proc. nº 173/90

PERDAS E DANOS — As empresas particulares que se propõem à prestação de serviço público fazem-no atraídas pela possibilidade de remuneração compatível com o capital aplicado. Não é racional, portanto, que, em um regime de economia instável como o nosso, possam, à sua revelia , sujeitar-se a novos e pesados ônus, com repercussão no equilíbrio econômico-financeiro de cada uma.
(Sentença do Juiz de Direito Antônio Sapucaia da Silva).
* Confirmada.

Vistos etc.

RODOVIÁRIA SÃO DOMINGOS LTDA., EMPRESA DE TRANSPORTES URBANOS DE MACEIÓ — ETURB, REAL TRANSPORTES URBANOS LTDA. e EMPRESA SÃO FRANCISCO LTDA., por intermédio de advogados regularmente constituídos, ajuizaram ação ordinária de Perdas e Danos, cumulada com Declaração Incidental, a desfavor da SUPERINTENDÊNCIA MUNICIPAL DE TRANSPORTES URBANOS – SMTU e do MUNICÍPIO DE MACEIÓ, por seus Poderes Executivo e Legislativo, argumentando, em resumo: que são concessionárias para a execução e exploração de transporte coletivo urbano em Maceió, enquanto a SMTU organiza, administra e fiscaliza a execução desses serviços públicos concedidos; que os contratos celebrados estão vigentes e constituem atos jurídicos perfeitos, todavia, o Município os vem alterando, mercê de leis, decretos e outros atos administrativos com profunda repercussão no equilíbrio econômico e financeiro das autoras; que, embora a matéria concernente a transporte esteja compreendida na competência legislativa privativa da União, o Município de Maceió

tem legislado sem cessar, sobre tal matéria; que malgrado a União ainda não tenha regulamentado as disposições constitucionais atinentes a transportes coletivos urbanos, o Município tem concedido privilégios às mais diversas categorias sociais de usuários, ao arrepio dos contratos; que, diante disto, pedem seja declarada a ineficácia jurídica das normas oriundas do Município, que afetam os contratos celebrados, devendo ser reparados os prejuízos, na forma do art. 159 e do Código Civil.

A petição inaugural veio instruída com os documentos de fls. 16 a 101.

A Prefeitura Municipal de Maceió contestou a ação, aduzindo, em síntese, que as leis e decretos arrolados só serão modificados por ato de igual hierarquia, enquanto a SMTU argumenta que as suplicantes não são concessionárias de serviço público, mas meramente permissionárias, devendo, como tais, submeterem-se às condições que são ditadas pelo interesse público; que compete ao Município o disciplinamento do transporte coletivo urbano, que tenha caráter essencial, como é o caso da matéria em apreço; que as suplicantes desconhecem que o decreto concedendo abatimento aos estudantes, nos transportes coletivos, é anterior à data da lavratura do contrato de fls., razão por que a ação deve ser julgada improcedente (fls. 108).

À sua vez, a Câmara Municipal de Maceió alegou que é parte ilegítima na presente lide, pois as supostas perdas e danos alegados não poderiam ter como causador o Poder Legislativo, porquanto não há qualquer envolvimento do mesmo com as autoras; que na edição de leis, o Legislativo apenas exercitou os poderes que lhe foram outorgados pela Carta Magna e pela Lei Orgânica dos Municípios, por se tratar de assuntos de interesse local (fls.114).

Ouvido o Ministério Público, este exarou parecer favorável à procedência da ação.

É o relatório.

Os autos sugerem o julgamento antecipado da lide, a teor do art. 330, inc. 1, do Código de Processo Civil, já que a matéria é unicamente de direito, não havendo necessidade de prova em audiência.

Por outro lado, entendendo ser improcedente o chamamento da Câmara Municipal de Maceió para integrar a lide, vez que, à vista dos contratos incorporados aos autos, é a Prefeitura Municipal de Maceió o Poder concedente e, como tal, responsável juridicamente pela fiscalização e execução dos mesmos, sendo o Poder Legislativo parte ilegítima *ad causam*.

Com efeito, compete privativamente à União legislar sobre trânsito e transporte, na conformidade do art. 22, inc. XI, da Constituição Federal, do mesmo modo que compete aos municípios organizar e prestar, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, os serviços públicos de interesse local, incluído o de transporte coletivo, que tem caráter essencial, como preconiza o art. 30, inc. V, da citada Constituição.

A par dessas disposições constitucionais, é evidente que os contratos celebrados entre o Município de Maceió e as demandantes (fls. 20, 26, 27, 30, 33, 35, 37 e 40) estão em pleno vigor e se cercam de total eficácia jurídica.

Resulta claro, assim, que as leis, decretos e portarias municipais trazidos à colação não se revestem de reserva legal capaz de alterar as estruturas desses contratos, que permanecem íntegros e eficazes. Na realidade, em contratos dessa natureza cabe ao concedente alterá-los unilateralmente, o que constitui preceito de ordem pública, desde que seja preservado o equilíbrio econômico-financeiro do concessionário, que é condição impostergável.

Vale ressaltar, por oportuno e importante, que ao tempo da formalização dessas avenças os estudantes já gozavam do abatimento de 50 % nos preços das passagens e os ex-combatentes já desfrutavam da gratuidade nos transportes coletivos urbanos, tanto quanto os servidores da Empresa de Correios e Telégrafos, estes por força da legislação específica, e aqüeles na conformidade da Lei nº 2.390, de 19.08.1977. Daí, não podem as demandantes insurgir-se contra tais gratuidades, posto que nasceram anteriormente à efetivação dos contratos.

Mas, se é verdade que o elenco dessa legislação não tem a faculdade de alterar os contratos em apreço, também é verdade que a edição dessas leis, decretos e portarias, posteriores aos contratos, exercem forte e negativa repercussão no equilíbrio econômico-financeiro das demandantes.

Aliás, as *cláusulas sétima* e *sexta*, respectivamente, dos contratos de fls. 20 e 40, determinam que caberá à outorgante a fixação de tarifas e suas revisões periódicas, de modo a assegurar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Com muita propriedade, Celso Antônio Bandeira de Melo professa: "Para o concessionário, a prestação do serviço é um meio através do qual obtém o *fim* que almeja: o lucro. Reversamente, para o Estado, o lucro, que propicia ao concessionário, é *meio* por cuja via

busca sua finalidade, que é a prestação do serviço" (*in Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta*, pág. 37).

Em erudito ensaio, sob o título "O Equilíbrio Financeiro na Concessão do Serviço Público", Caio Tácito, após analisar o equilíbrio financeiro no contrato administrativo frente o Direito francês, norte-americano e de outros países, chega à conclusão, dentre outras, que "o equilíbrio financeiro é condição essencial de legalidade na concessão de serviço público, cabendo ao Estado o dever de sua preservação", e que "o Direito brasileiro admite as teorias do fato do príncipe e da imprevisão, como fundamento da responsabilidade extracontratual do Estado, diante da quebra da equação financeira da concessão" (*in Revista de Direito Administrativo*, vol. 65, págs. 19/20).

É bem de ver que, no caso *sub judice*, não se pode apegar-se à teoria da imprevisão, haja vista que inocorreram acontecimentos imprevisíveis e desvinculados da vontade das partes, já que a concedente, *sponte sua*, fez editar leis e decretos assegurando gratuidade ou abatimentos nas passagens de algumas classes sociais.

Embora a teoria do fato do príncipe guarde semelhança com a teoria da imprevisão, é conseqüência irremediável daquele ensejar ao contratante prejudicado direito a indenização, como refere J. Guimarães Menegale (*in Rep. Enc. do Dir. Brasileiro*, vol. 22, pág. 149).

O mesmo J. Guimarães Menegale, citando Hauriou, elucida: "Cuida-se, aí, de indenização por *violação do contrato*, visto que, por hipótese, o fato prejudicial se afirma regular, juridicamente correto. O ato assim expedido surge como um *puro dado de fato* que, sobrecarregando as obrigações do concessionário, é suscetível de alterar o *equilíbrio financeiro* da concessão. Vê-se obrigada a autoridade concedente (posto que outra seja responsável pelo ato) a uma indenização, em razão desse fato, na medida em que garantiu ao concessionário esse equilíbrio financeiro. A indenização não decorre, pois, automaticamente, do fato do príncipe, mas da repercussão dele sobre a execução do contrato. Como resultado, caberá, em cada caso, verificar se o fato do príncipe teve o efeito de agravar para o concessionário a execução de suas obrigações em condições ou proporções que as partes contratantes não podiam prever".

E acrescenta: "Consoante Laubadère, consiste a teoria do fato do príncipe em que *certas* medidas em *certas* condições, abrem em proveito do contratante, relativamente à administração com a qual

contratou, o direito de ser *integralmente resguardado* do *álea administrativa*, ou seja, *integralmente indenizado* das conseqüências onerosas que dele resultem" (idem, ibidem).

Dir-se-ia que, periodicamente, a SMTU procura atualizar os preços das passagens, tal como determina uma das cláusulas dos contratos.

Sucede, porém, que o aumento dessas tarifas dificilmente corresponde ao real aumento dos insumos, do combustível, da manutenção de pessoal, enfim, das despesas com que se debatem essas empresas, mesmo porque o Poder Público não pode onerar excessivamente tais tarifas, sob pena de castigar grande parte da sociedade, gerando um problema social de graves conseqüências.

Se não pode sobrecarregar o enorme contingente de pessoas que utilizam o transporte coletivo, por igual não deve, por vias oblíquas ou indiretas, reduzir aleatoriamente a margem de lucro das empresas, comprometendo-lhes o equilíbrio econômico-financeiro e influenciando subjacentemente na prestação dos seus serviços.

Não é justo nem eqüidoso, por exemplo, que, de acordo com o Decreto nº 2.454/86 (fls.60), por considerar os baixos salários dos professores, possam eles gozar do desconto de 50 % nas tarifas de transporte coletivo urbano, o que significa, na prática, que as empresas estariam a subsidiar-lhes os vencimentos.

Afinal não se é de ignorar que as empresas particulares que se propõem à prestação do serviço público fazem-no atraídas pela possibilidade de remuneração compatível com o capital aplicado, enfrentando normalmente riscos e perigos decorrentes de suas atividades. Não é racional, portanto, que, além dessa margem de risco a que se submetem, sobretudo em um regime de economia instável e desequilibrado como o nosso, possam as concessionárias, à sua revelia, sujeitar-se a novos e pesados ônus, com repercussão no equilíbrio econômico-financeiro de cada uma.

De outra parte, pondo à margem certos aspectos eleitoreiros que transparecem de algumas leis e decretos municipais, no tocante à gratuidade das passagens, é de louvar-se a preocupação da Administração Municipal a prol de determinadas classes, como professores, policiais militares, idosos, presidentes de associações de bairros etc.

Todavia, mais correto e consentâneo com o objetivo, seria o Poder Público subsidiar tais despesas, após cuidadosa análise do custo, naturalmente observadas as regras orçamentárias e o regular processo

legislativo. Do contrário, o equilíbrio econômico-financeiro das concessionárias permanece constante e seriamente ameaçado, o que refletirá fatalmente na prestação do serviço e, via de conseqüência, na própria Administração Pública, face os efeitos negativos que se projetarão sobre os segmentos sociais beneficiários do transporte coletivo.

Frente o exposto, e considerando o contido nos autos, julgo a ação procedente, em parte, para os fins de declarar a eficácia jurídica do contratos celebrados e, ao mesmo tempo, condenar a Prefeitura Municipal de Maceió ao pagamento de indenização a ser apurada em execução de sentença, concernente às leis, decretos e portarias municipais, editados após a formalização dos contratos, bem como ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 20% sobre o valor a ser apurado, atento ao disposto no art. 20, § 3º, letras *a* e *c*, do Cód. de Processo Civil.

Sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475, II, do CPC).

Publique-se, registre-se e intimem-se.

Maceió, 12 de outubro de 1990.

ANTÔNIO SAPUCAIA DA SILVA
Juiz de Direito

17ª VARA CÍVEL
Comarca da
Capital — RJ
Processo nº 12.411

RESPONSABILIDADE CIVIL DO PATRÃO EM ACIDENTE DE TRABALHO — Disregard of legal entity *aplicável, uma vez que coincide os sócios da empresa empregadora com os da que provocou o acidente marítimo com o barco* Bateau Mouche IV.
(Sentença do Juiz de Direito Sérgio Lúcio de Oliveira e Cruz)
* Confirmada.

Vistos etc.

ANTÔNIO ALVES DE FREITAS e sua mulher, MARIA EDITE OLIVEIRA, propuseram ação indenizatória, pelo rito ordinário, contra CAVALO MARINHO COMESTÍVEIS LTDA., dizendo que seu filho, José de Oliveira Freitas, a comando da ré, sua empregadora, prestava seus serviços de *garçon*, no último *reveillon*, a bordo do barco *Bateau Mouche IV*, pertencente à empresa Bateau Mouche Rio Turismo Ltda., que veio a naufragar, daí decorrendo seu falecimento, por afogamento.

A responsabilidade da empregadora, ora ré, decorreria do fato de que, conhecendo a falta de condições de navegabilidade do barco, por seu próprio estado, por conduzir excesso de passageiros e pelo mar revolto no dia, mesmo assim determinou que seu empregado embarcasse, obrando, pois, com culpa.

O falecimento da vítima causou danos aos autores, já que ajudava na manutenção do lar comum.

Pediam a condenação ao pagamento de pensão vitalícia, equivalente a dois pisos salariais da vítima, inclusive 13º salário, além de indenização por danos morais.

O despacho de fls. 2 determinou que se procedesse no rito sumaríssimo, a consideração, *data venia* errônea de seu prolator, de tratar-se de acidente de transporte.

Em audiência (fls. 163), contestou a ré (fls. 137/43), sustentando sua ilegitimidade, por não ter tido responsabilidade pelo evento e denunciando a lide a terceiros e à União Federal. O mérito relatarei adiante.

O despacho de fls. 170/1 bem repeliu a questão prévia, mas, acolheu a denunciação, declinando, conseguintemente, de sua competência o Magistrado, para uma das Varas Federais.

Houve agravo contra essa decisão e, acolhendo-o, a reconsiderei, já que, a meu sentir, por se tratar de ação de empregado, contra empregador, por culpa em acidente de trabalho, descabe a denunciação — o que, no entanto, não privará a ora ré, se procedente esta ação, de acionar diretamente os causadores do acidente, por responsabilidade direta desses —, já que regresso, garantido por lei ou por contrato, não há. Com essa reconsideração, firmou-se a competência deste Juízo.

Vindo às minhas mãos o processo, após assumir a titularidade desta Vara, proferi o despacho de fls. 174, chamando à ordem o processo, para anulá-lo, a partir da citação, vez que se não tratava de ação decorrente de acidente de transporte, mas, de trabalho, que exige o rito ordinário, indisponível pelas partes.

Determinei que se aproveitasse a contestação, já nos autos, e que fossem os autores à réplica, que está às fls. 178/81.

Proferi novo despacho a fls. 184, onde mantive a rejeição à questão prévia de ilegitimidade passiva.

Em sua contestação, sustentava a ré, no mérito, que, por não ser a proprietária do barco naufragado, jamais tendo explorado-o, ou contratado seus serviços, nenhuma culpa poderia ser-lhe atribuída por seu afundamento, além de ser elevada a verba pleiteada a título de pensão e inexistir prova de dependência econômica dos autores em relação a seu falecido filho.

Em audiência (fls. 195), tomado o depoimento pessoal da ré (fls. 196) e ouvidas seis testemunhas arroladas pelos autores (fls. 197 a 202), determinei que viessem os contratos sociais da ré e da empresa proprietária do barco, que estão às fls. 204/8 e 209/12, respectivamente, manifestando-se os autores às fls. 213/4.

Às fls. 215/6, nova petição dos autores, juntando o documento de fls. 217/9.

É o relatório.

TUDO PONDERADO:

desnecessário determinar manifestação da ré sobre o doc. de fls. 217/9, posto desinfluente para a decisão, só tendo utilidade quando da liquidação.

O falecimento da vítima, tendo como causa da morte asfixia por afogamento, está comprovado pela certidão de óbito por cópia a fls. 10.

Sua relação de emprego com a ré está provada pela Carteira de Trabalho (fls. 13/4) e confessada pelo depoimento pessoal da ré (fls. 202), que também reconhece que por ordem sua estava a vítima trabalhando no barco.

Assim, indubitável a existência de acidente de trabalho.

A partir daí, há que examinar a ocorrência de dolo ou culpa pelo acidente. Ressalte-se que, a partir da vigência da nova Constituição Federal, não há mais gradação para essa culpa, revogado que foi o verbete nº 229 da Súmula do Pretório Excelso, pelo disposto no artigo 7º, XXVIII, da Lei Magna.

O laudo pericial produzido no procedimento criminal, "prova emprestada" a este processo, e que está, por cópia, às fls. 34/136, conclui que "... uma série de causas contribuíram isoladamente e em conjunto para o acidente. São elas: a) a condição extremamente precária da estabilidade da embarcação... b) a existência de inúmeros fatores que contribuíram para um alagamento parcial da praça de máquinas, tais como: b.1) o mau *(sic)* estado de conservação do casco... b.2) a entrada de água do mar para o interior da embarcação através dos banheiros do convés inferior... b.3) desempenho insatisfatório da bomba de esgoto... c) a instalação de pesos altos na embarcação: c.1) colocação de uma camada de cimento no convés superior, com conseqüente degradação da estabilidade; c.2) distribuição inadequada de mesas pesadas (com tampo de mármore), cadeiras com armação de aço, pranchões e outros materiais, colocados em posição elevada, que também degradam a estabilidade" (fls. 34 e 35).

Esse laudo não deixa dúvidas quanto à imprudência e à negligência de quem manda ao mar revolto — como naquele fatídico dia se apresentava, pois, chovia — uma embarcação com tantos problemas, modificada atecnicamente e, literalmente, "fazendo água".

Provada restou, portanto, a culpa da empresa Bateau Mouche Rio Turismo Ltda. pelo evento.

Aqui se apura responsabilidade *civil* e, se no procedimento criminal discute aquela empresa a culpa *penal* exclusiva do engenheiro encarregado da manutenção do barco (cuja contratação é noticiada a fls. 196, no depoimento pessoal da ré) e de seu comandante, aqui isso não pode ocorrer, porque, empregados dela, sua culpa civil é a culpa do preponente, conforme dispõe o art. 1521, III, do Cód. Civil.

Vem, à luz, agora, a indagação: se a embarcação não pertencia à ré, mas sim, a outra empresa, cuja responsabilidade expressamente reconheci, como àquela imputar a obrigação de indenizar?

Ora, de há muito vem a doutrina e a jurisprudência estrangeira formulando a teoria que se convencionou chamar de *desconsideração da personalidade jurídica*, que, no Direito americano, recebeu a denominação de *disregard of legal entity*, e que permite ao Juiz desconsiderar as personalidades jurídicas diversas, para, levantando o véu que as encobre, verificar os fatos reais que tenham sido praticados contra o Direito.

Advertia Túlio Ascarelli (*in Problemas das Sociedades Anônimas e Direito Comparado*, Saraiva, pág 115, 1945):

> "Pode, naturalmente, a constituição do patrimônio separado, ser utilizado para fins fraudulentos; pode ser utilizada fraudulentamente a coligação econômica entre várias sociedades quer para ilidir direitos dos credores, quer para ilidir direitos de acionistas.
> Para que a coligação econômica entre duas sociedades acarrete responsabilidade comum é mister tenham elas agido conjuntamente, desrespeitando na sua atividade a separação entre seus patrimônios.
> Poder-se-á, então, aplicar o princípio análogo ao que vigora quanto à responsabilidade dos sócios de uma sociedade de fato".

Também o diz o festejado Rubens Requião, em *Aspectos Modernos de Direito Comercial* (pág. 296, Saraiva, ed. 1977):

> "Tão logo se verifique ou evidencie que, nas suas relações com terceiros — acionistas ou credores — o grupo societário se queira valer da autonomia das sociedades isoladamente consideradas, que o compõem, para, através dessa autonomia, obter vantagens indevidas ou descabidas, deve a personalidade ser desconsiderada, para se tratar o grupo como uma unidade econômica, sem distinções, como de fato é".

Examinando-se os contratos sociais das empresas aqui analisadas, vê-se que, à exceção de um, são os mesmos os sócios de ambas (fls. 204/8 e 209/12) e os nomes e sobrenomes desses sócios deixam claro tratar-se de um mesmo grupo econômico, ainda quando apenas uma das sociedades integrem, unidos em diversos empreendimentos comuns.

Os negócios entre as sociedades se confundiam a tal ponto que era a ré quem prestava o *buffet* e cedia os *garçons* para trabalharem no barco. Os *garçons* recebiam, por esse trabalho, sua remuneração diretamente da ré, com quem mantinham, oficialmente, relação de emprego.

A par da *disregard doctrine*, há, em nosso Direito Positivo, o disposto no art. 2º, § 2º, da Consolidação das Leis do Trabalho, aplicável como uma luva à espécie, e que atribui responsabilidade solidária, quanto às obrigações trabalhistas, às empresas principal e subordinadas.

No caso *sub censura*, embora não se possa nestes autos estabelecer relação de subordinação entre as empresas, no plano contratual, ela existe de fato e reside em que, tendo os mesmos sócios, uma (a proprietária do barco) vivia em função da outra, que lhe equipava, recebendo, como vantagem, a venda de seu produto *(buffet)*.

Voltando à elaboração doutrinária da doutrina analisada, temos que estão presentes os requisitos para sua aplicação, destacados pelo Juiz Antônio Pereira Pinto, em brilhante sentença proferida em 25.02.60 *(in Revista Forense* nº 188, pág. 277):

> *a) que a sociedade esteja influenciada ou governada por essa pessoa, ou que haja entre elas tal identidade de interesses e propriedade, que a sociedade e a pessoa estejam confundidas; b) que os fatos sejam de tal natureza que admitir a ficção de suas personalidades distintas, nas circunstâncias do caso, equivalha a sancionar uma fraude ou promover uma injustiça (págs. 272/273)".*

O governo das duas empresas pela mesma pessoa fica evidente, quando se sabe que foi o próprio representante legal da ré quem gerenciou o embarque para a morte, no dia 31/12 próximo passado (conf. depoimento de fls. 196). Em que qualidade o fez? Como gerente da parte comercial da Bateau Mouche (fls. 196) ou como gerente do restaurante da ré (idem)?

Quão injusto será deixar-se de atender aos reclamos dos pais da vítima, quando essa, decerto, em face de seu nível cultural, sequer sabia que estava, na realidade, trabalhando para duas empresas diversas?

Por tudo isso, embora personalidade jurídica diversa da empresa diretamente responsável pelo naufrágio tenha, deve a ré indenizar

àquelas que detinham dependência econômica em relação a seu empregado morto por afogamento.

O autor não trouxe para os autos qualquer prova de sua dependência econômica em relação à vítima. Ao contrário, os depoimentos de suas testemunhas (fls. 197, 198 e 199) indicam que José Oliveira Freitas morava em São Gonçalo com sua mãe e irmãos e que o ora autor morava no Rio de Janeiro, onde trabalhava, só comparecendo na residência daqueles nos fins de semana e que o real sustento do lar era fornecido por José (fls. 198).

Assim, não tem ele direito ao pensionamento pedido. Não recebendo indenização por danos materiais, pode, contudo, recebê-la por danos morais, que deve ser fixada de forma equânime pelo julgador. Essa verba só ao varão cabe, posto que à cônjuge virago será atribuída aquela outra indenização, com essa inacumulável, segundo entendimento pretoriano dominante.

Já a autora provou razoavelmente sua dependência econômica, ainda mais porque, como antes dito, não recebe a devida assistência financeira do autor.

O piso salarial do autor, digo, da vítima, é estabelecido em convenção coletiva de trabalho e deve ser acrescido do valor recebido a título de gorjetas, que esses profissionais recebem, como é público e notório, dispensando prova.

Tem-se, então, que a remuneração-base para o pensionamento deverá ser de dois pisos salariais da categoria.

Há de se deduzir, desses rendimentos, a parcela correspondente às despesas pessoais do morto, evitando-se que a autora indevidamente se locuplete. Assim, estimadas essas despesas em 1/2, cabe a fixação da pensão no 1/2 restante, ou seja, um piso salarial da categoria, que estará, ainda, sujeita ao limite de dois salários mínimos, por ser esse o valor do pedido, não podendo o Juiz dar mais.

É devida a verba referente a 13º salário, pouco importando "...a natureza aleatória e de prêmio da gratificação para freqüência ao trabalho. Se a morte da vítima não enseja saber da sua assiduidade, também não impede que se tenha o décimo-terceiro salário como um aporte à renda familiar" (*DO* 31.10.85, Ementário nº 32, verbete 36).

A sobrevida provável, tranqüilamente aceita pela jurisprudência, atinge a 65 anos. No caso *sub exame*, chegaria a 19.07.2028.

Os juros, na culpa do empregador por acidente de trabalho, devem ser contados desde a data do evento, na forma do art. 962 do Cód.

Civil, sendo simples, porém, por não decorrerem de crime cometido pela ré, que, por ser pessoa jurídica, não os pode cometer.

Visto o valor da indenização por danos materiais a ser paga à autora, cabe estabelecer o correspondente à indenização por danos morais, ao autor devida.

Não existindo regra legal, recorro ao valor que entendi ser devido à autora, para deferir ao varão pensão igual a um piso salarial da categoria da vítima, pelo número de meses decorridos entre o evento e esta sentença.

ISTO POSTO:

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido da autora, para condenar a ré a pagar-lhe pensões vencidas e vincendas, desde a data do evento (31.12.88) até a data em que a vítima completaria 65 anos (19.07.2028), no valor mensal igual a um piso salarial da categoria profissional a que ela pertencia *(garçons)*, conforme for apurado em execução, limitado o valor mensal, contudo, a dois salários mínimos, acrescidas do 13º-salário e juros simples, desde a data do evento, até a do efetivo pagamento, tudo corrigido monetariamente.

JULGO PROCEDENTE, em parte, o pedido do autor, para condenar a ré a pagar-lhe o equivalente a 11 (onze) pisos salariais da categoria profissional da vítima, acrescido dos juros, na mesma forma acima.

Condeno a ré, ainda, ao pagamento de honorários de advogado, na base de 20% (vinte por cento) sobre o total da condenação, entendido esse, no que respeita à deferida à autora, como posto no art. 20, § 5º, do CPC e no nº 01 da Súmula do Tribunal de Alçada Cível deste Estado.

As pensões vencidas e vincendas serão calculadas pelo contador, devendo a ré constituir capital cuja renda assegure, aplicada em caderneta de poupança, o pagamento das vincendas, consoante as disposições do artigo 602 da Lei de Ritos.

Por fim, condeno a ré ao pagamento das custas processuais.

Sentenciei, embora afastado de minhas funções, à disposição do Colendo Tribunal Regional Eleitoral, por estar vinculado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 13 de novembro de 1989.

SÉRGIO LÚCIO DE OLIVEIRA E CRUZ
Juiz de Direito

JUIZADO DO REGISTRO CIVIL
Comarca da Capital — RJ

TRANSEXUALISMO — ASPECTOS 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 nº 74, ap. 401 — Centro, portador da carteira de identidade sob nº 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. nº 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 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 Demlop — encarregado do Consulado-Geral; fotos da *Playboy Especial* nº 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 ser 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 nº 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, correspondem 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 Apolo (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 genitália externa e interna de um único sexo, respondendo porém, 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 Parafilias*, Novalumar, pág. 23) nos informa que nos primórdios da 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, mas 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 psíquico 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 *de total inversão psicossexual*, que *vive* como mulher, desejando intensamente e urgentemente a mudança do sexo..." (Processo-Consulta CFM — nº 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 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 fenotípico, somático ou corporal, com características secundárias bem ou mais ou menos desenvolvidas), *que, segundo sua história pessoal ou 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 vivencia 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 é elegível para a cirurgia.*

22 — Dado capital mencionado na peça técnica é o fato do transexualismo ser classificado no DSM–III–R (*Diagnostic and Statistical 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 qualquer desordem psicótica primária da personalidade, tal como, exemplificativamente, a idéia esquizofrênica delirante de metamorfose sexual, mostrando-se perfeitamente 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 com as 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 necessita acrescentar adjetivações *como "estética" ou "restauradora"* etc.; trata-se de uma técnica cirúrgica única, que, através das suas 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 freqüentes 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 ético-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 írrito 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, em face do conhecimento científico mais atualizado sobre a 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* nº 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).

"Stötler (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, reve-

iando-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 Inglatèrra, 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 na consulta a ele formulada, pertinente à ação penal transitada perante a 17ª Vara Criminal de São Paulo, movida contra o médico Dr. Roberto 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 cerne 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 Ihlenfeld ("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 deveriam 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 del presunto delitto di lesione è anche il soggeto che esprime il consenso, nessum limite legale dovrebbe suscitare alla libera disponibilità del 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*, nº 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 "intérêt 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 Cânger 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 mental 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 nº 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-se a perigosas provas como faquir, jejuador ou atleta. Todos esses 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. 1, tomo 1, Luiz da Cunha Gonçalves, 1955, 2ª edição — grifos nossos).

22 — No rol meramente exemplificativo 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 partes 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" (*Cours de Droit Civil Positif Français*, 1932, 1º vol.).

3 — O princípio legal adotado pela Lei de Registros Públicos, 6.015, 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 à 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 visarem produzir essas conseqüências jurídicas".

E concluiu o renomado constitucionalista:

"A Constituição, como todo negócio jurídico, *não é neutra a respeito de suas conseqüências jurídicas, pois o simples fato de se ter considerado determinada matéria importante o suficiente para adentrar no texto constitucional significa que uma determinada conseqüência é esperada*, por isso, pelo poder constituinte. Como ato político de decisão sobre o modo de existência e organização da sociedade, também não é 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. 3º 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 quanto ao nome e ao estado, estabelecendo parâmetro entre a nossa 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 2º, dentre os princípios e direitos básicos da personalidade, arrola o que denomina "Entfaltung der Persönlichkeit", 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 normatização 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 combinações 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 um 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 ente sexual, neste particular desafiando a argúcia dos profissionais da área, e exacerbando a disputa entre o determinismo biológico e psíquico.

4 — Trilhando os caminhos da ciência especializada, há uma 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*, nº 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 o sexo 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 e sociais, 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 con 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 più 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 conseqüências 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 que a apreciação da personalidade seja considerada acima de meros rótulos nosográficos, ou dogmatismos cegos ao melhor conhecimento do ser humano sofredor, em seu corpo ou em seu espírito" (*RT* 545 — grifos nossos).

VIII — *A 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 conseqüências 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 nº 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...
... § 9º — 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.Mer.*, 1977, I. págs 6 e segs.); Tribunal Montepulciano, 10.02.1977 (*Giur. Mer.*, 1977, págs 701 e segs.); comparecimento conclusional do procurador da República em 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* nº 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 intranqüilidade, 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 ter 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 *LR*, 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 se 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 emascula-

ção, 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 perfeitamente 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 um único ser. Explica-nos a Dra. perita Rufa Donath que tal exame foi realizado para se apurar a possibilidade de uma intersexualidade no 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" — *in Endocrinologia Ginecológica Clínica e Infertilidade*, Drs. Leon Speroff, Dr. Robert H. Glass e Dr. Nathan G. Kase, Editora Manole Ltda. 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 é 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 os seus 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 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 contribuiria 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 nº 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 como 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

3º OFÍCIO CÍVEL
Comarca de
Belo Horizonte — MG

USUCAPIÃO DE AERONAVE — Possibilidade da aquisição por via de propriedade de aeronave por meio de usucapião. Compatibilidade entre as disposições específicas da legislação aeronáutica e os dispositivos do Código Civil atinente à prescrição aquisitiva.
(Sentença do Juiz de Direito José Altivo Brandão Teixeira)
* Confirmada

Vistos etc.

José Tarcísio de Queiroz moveu contra ETEL — Eletricidade e Telecomunicações Ltda., na pessoa de seu representante legal, ação de usucapião de coisa móvel dizendo que em 1983 adquiriu de Márcio Antônio Terra, pelo preço de Cr$ 15.000.000,00, uma aeronave, equipada com motor e hélice, que Márcio Antônio Terra, em 1979, em pagamento de corretagem concluída 4 dias antes, recebeu da ré a referida aeronave, deixando, contudo, de receber a quitação ou recibo; que a referida corretagem foi referente à intermediação por ele realizada e que culminou na venda, pela ré, de um imóvel rural de sua propriedade, localizado no Município de Diamantino/MT, que foi comprado por dois irmãos, de nomes Douglas Vancoura de Moraes e Walter Vancoura de Moraes; que no contrato de compra e venda, a ré e os irmãos Vancoura de Moraes estabeleceram que ficaria afeta a estes a responsabilidade pela liquidação, junto ao Banco do Brasil S.A. de um financiamento feito, ao qual estavam vinculados, como garantia, não só o imóvel rural objeto da alienação, como também diversos maquinários, inclusive a aeronave referida; que o objeto de venda celebrada com a intermediação do terceiro Márcio Terra, fora única e exclusivamente o imóvel rural, ficando excluídos a aeronave

e demais maquinários descritos no contrato, tendo-os mencionado apenas em função de exigência burocrática; que após a conclusão da transação, Márcio Antônio Terra encontrou-se com a ré para receber sua comissão, previamente fixada em Cr$ 800.000,00, à época; que na oportunidade, decidiu-se que a ré, em pagamento da corretagem a que o terceiro Márcio Antônio Terra fazia jus, entregar-lhe-ia a aeronave PT-NIA, já mencionada; que a consumação da dação fez-se pela entrega das chaves e da documentação da aeronave; que para contornar as implicações envolvendo o financiamento, ao qual estava vinculada, assentou-se que a aeronave permaneceria registrada em nome da ré no DAC, até que se promovesse a liquidação do aludido financiamento; que enquanto o financiamento não fosse liquidado e objetivando garantir o terceiro, Márcio Antônio Terra, os irmãos Vancoura de Moraes, adquirentes do imóvel rural, emitiram uma nota promissória no valor de Cr$800.000,00, vinculando-a à liberação da documentação da aeronave; que Márcio Antônio Terra usufruiu da aeronave pessoalmente, por quase cinco anos, ininterruptos, na firme convicção de *dominus*, não dando relevo ao fato de permanecer o registro no DAC em nome da ré, por quem não foi molestado; somente após o período de quase cinco anos é que Márcio Antônio Terra alienou a aeronave ao autor, que o sucedeu naquela posse, no mês de dezembro de 1983; que quando ele, autor, e Márcio procuraram, entre março e abril de 1985, a direção da ré para obterem a quitação referida, depararam com a recusa da ré, sob alegação de que a venda do imóvel rural aos irmãos Vancoura de Moraes havia sido desfeita, pouco tempo depois de sua concretização, o que foi confirmado por Douglas Vancoura de Moraes; que desde a concretização do negócio, 1979, até a data da manifestação da recusa, decorreram quase sete anos; que o negócio por ele, Márcio, intermediado, foi concluído a contento, não importando se posteriormente ele tenha sido desfeito; que o distrato invocado pela ré, como justificativa para sua torpeza, não tinha nem mesmo a mais leve nota de vinculação com o pagamento da corretagem, que se referia não ao distrato, mas ao contrato que lhe era anterior, e que foi celebrado com a eficiente intermediação do terceiro, Márcio; que o autor optava por instalar a controvérsia no terreno do usucapião de coisa móvel, previsto e tutelado pelo art. 619 do CC, invocando doutrina; que no caso presente concorriam todos os requisitos integrantes da figura do Usucapião de Coisa Móvel, seja na versão do usucapião ordinário, seja no extraordinário, que dispensa o justo título e boa-fé, podendo o autor beneficiar-se de qualquer das duas

modalidades; que por economia de tempo e esforço processual, opinava pelo usucapião extraordinário, que exigia apenas o exercício de posse mansa e pacífica durante o prazo mais elástico de cinco anos, regendo-se a hipótese pelo disposto no art. 619 do CC; que a posse sobre a aeronave vinha se alongando no tempo há mais de 7 anos, conforme atestavam documentos juntados aos autos; que, da mesma forma, vários eram os documentos que provavam ter o autor investido na posse da aeronave em 1983, estando tal fato de acordo com a exigência do art. 619 do CC; que a posse do autor, por si e seu antecessor, sempre foi mansa e pacífica, mantendo estes característicos em todo o tempo de sua longa existência, que já ultrapassava o lapso de sete anos; que era notória e incontestável a possibilidade do autor unir sua posse à do seu antecessor Márcio Antônio Terra, consoante a permissão entranhada na segunda parte do art. 496 do CC.

Requereu a procedência da ação, para o fim de declarar a aquisição do domínio da aeronave pela autor, determinando-se a transição da sentença no registro do DAC e condenando-se a ré no pagamento das custas processuais, indenização de despesas de viagem e honorários advocatícios de 20% sobre o valor atribuído à causa.

Arrolou tetemunhas, fls. 13/14.

Inicial instruída com os documentos de fls. 15/87.

Audiência designada às fls. 89v.

Edital de citação como se vê às fls. 93/97.

A ré arrolou testemunhas, fls. 125.

Em audiência o juízo determinou a reinquirição das testemunhas ouvidas por precatórias, tendo-se em vista que não foram as mesmas instruídas com cópia da contestação, que ora acompanhou, digo, que ora foi apresentada em audiência.

Contestando, a ré, na pessoa de seu representante, disse que o autor não estava representado por advogado legalmente habilitado, invocando o art. 56 da Lei 4.215/63 e seu § 2; que o signatário da inicial estava inscrito na Seção de Goiás, não se tendo notícia de estar ele inscrito na OAB mineira, não tendo, portanto, legitimidade para exercer a advocacia em Minas Gerais, devendo o processo, portanto, ser julgado extinto, nos termos do art.267, IV, do CPC, por ausência de pressuposto de seu desenvolvimento válido e regular; que o autor deveria ser julgado carecedor da ação proposta ante a impossibilidade jurídica do pedido, nos termos do art. 267, VI, do CPC; que não era correto que a aeronave tivesse sido dada, em pagamento de corretagens, a Márcio A. Terra, pela ré, ante a intermediação do mesmo na venda

de terras; que a aeronave em questão foi, juntamente com as demais máquinas existentes na fazenda, prometida à venda, colocada em depósito nas mãos dos irmãos Douglas e Walter V. de Moraes; que com o desfazimento da avença, os irmãos Vancoura de Moraes foram desonerados do depósito, voltando a aeronave às mãos da ré; que se alguma corretagem, por alguma intermediação era devida a Márcio, o era, obviamente, por parte dos promissários compradores, os irmãos Vancoura de Moraes, tanto que firmaram uma nota promissória no valor de Cr$ 800.000,00, a favor do alegado intermediário; que se o autor adquiriu a referida aeronave de Márcio, fê-lo sabidamente *a non domino*, de má-fé, inclusive evidenciada pelo usucapião extraordinário e pela documentação acostada, demonstrando que ele tinha plena ciência de que a aeronave tinha pura e simplesmente sido dada em depósito; que se fossem verídicos os fatos narrados na inicial, a transferência da aeronave para o nome de Márcio dependeria de condição suspensiva, sendo que, em tal hipótese, invariável seria o pedido de usucapião; que o Código Brasileiro do Ar, Decreto-Lei 32/66, art. 17, não prevê o usucapião como meio de perda da aeronave; que, portanto, o autor deveria ser julgado carecedor da ação proposta, nos termos do art.267, VI, do CPC; que se impossível não fosse juridicamente o pedido, improcedente haveria de ser julgado, porque não presentes *in casu* os requisitos autorizados do usucapião extraordinário; que o autor não teve posse *ad usucapionem* da aeronave por cinco anos, no mínimo, já que sua posse não podia ser somada à do citado Márcio A. Terra, que não a teve e, se a teve, o foi de forma viciada e criminosa, *a non domino*; que a posse do autor e de seus antecedentes não foi com *animus domini*; que o autor fez seguro para o aparelho em nome da ré, prova de que não agiu como se dono fosse do bem, invocando o art. 172, V, do CC; que sempre houve oposição da ré à posse criminosa do autor e de seus antecessores sobre o bem.

Requereu o acolhimento das preliminares de extinção do processo, ou no mérito, a improcedência do pedido, condenando-se o autor, em qualquer das hipóteses, no ônus da sucumbência

Contestação instruída com os documentos de fls. 170/178.

As cartas precatórias foram desentranhadas, conforme certidão de fls. 179.

O autor requereu a juntada de outros documentos, fls. 185/191.

Ofícios de outras Comarcas comunicando data de audiência, fls. 184, 191, 193, 194, 196, 198, 199, 200, tendo o autor dado por ciente.

Treplicando, o autor disse que se manifestaria sobre uma cópia de Escritura Pública lavrada na Comarca de Diamantino/MT, ficando o conteúdo dos demais postergado para exame posterior; que a absoluta certeza da quitação da dívida oriunda do contrato de financiamento, conduzia à certeza da extinção de todas as garantias ajustadas, inclusive da hipoteca incidente sobre a aeronave; que esta certeza provinha de certidão expedida pelo Cartório de Registro de Imóveis de Diamantino, invocando o art. 397 do CPC, doutrina, jurisprudência e requerendo sua juntada, bem como juntada de comprovantes de despesas com viagens relativas ao cumprimento das cartas precatórias, fls. 206/228.

Precatórias como se vêem de fls. 229 e seguintes.

As partes, inclusive o Dr. Promotor, deram-se por cientes do processado, tendo o réu impugnado os documentos de despesas juntados pelo autor, porque não provada a ligação com o processo.

O Juiz designou audiência, em continuação, fls. 496.

Em audiência, o autor apresentou suas alegações finais, via memorial, tendo o Juízo determinado aos procuradores dos réus que se juntasse aos autos, instrumento de mandato, bem como suas alegações finais.

Deferiu ao Dr. Promotor, abertura de prazo para manifestar-se nos autos.

Em seu memorial, o autor, após fazer um histórico do processo, disse em síntese o seguinte: que as alegações estampadas na inicial foram provadas, de forma direta, pelos documentos e depoimentos prestados pelas testemunhas: Márcio Antônio Terra, Douglas Vancoura de Moraes, Paschoal Patrocínio Filho, Thompson Leite Rodrigues, principalmente no que dizia respeito à imissão de Márcio A. Terra, na posse da aeronave pela própria ré, através de dação em pagamento da comissão feita em fevereiro de 1979; que a posse do autor estava impregnada dos mesmos requisitos da de seu antecessor, da qual se acresceu com apoio nos arts. 496 e 552 do CC;que o autor satisfez todos os requisitos do usucapião de coisa móvel ordinário e extraordinário, como estava fartamente provado, invocando doutrina; que os polpudos gastos feitos com a aeronave pelo autor e por seu antecessor, provavam a absoluta convicção de que a posse da aeronave é desfrutada *cum animus domini*; que a posse do autor, por si e por seu antecessor, jamais foi contestada pela ré, que no decorrer de todos esses anos não manifestou qualquer oposição ao seu exercício, que se deu pacificamente, consolidando-se provado nos depoimentos das

testemunhas supramencionadas; que a posse do autor, acrescida de seu antecessor, da qual era uma extensão ininterrupta e incontestada, era *ad usucapionem*; que a aeronave indiscutivelmente constituía bem possível de ser usucapido, por não enquadrar-se entre as coisas considerado fora do comércio, previstas nos arts. 66, I, II e III, e 68, do CC; que a atitude do autor, alega, digo, do autor elegendo a via possessória, quando tinha acesso à da declaratória dominial, era perfeitamente lícita e tinha beneplácito da doutrina e dos pretórios; que a Lei 7.565/86, que instituiu o novo Código Brasileiro da Aeronáutica, afirmou peremptória e expressamente a natureza móvel da aeronave, em seu art. 106, p.u. que quando o autor protocolou a ação, 28.05.86, estavam em vigor o Decreto-Lei nº 32/66, que introduziu o anterior Código Brasileiro do Ar, em cujo regime o autor consumou o direito de usucapir a aeronave, invocando o art. 16, letra *B*, que nos remetia diretamente ao CC e a seus arts. 618 e 619; que a *acessio possessionis*, levada a efeito, tinha o amparo dos arts. 496 e 552 do CC, invocando arestos da doutrina; que após alguns meses da distribuição da ação o Decreto-lei 32/66 foi revogado pela Lei 7.565, que provocou expressamente o usucapião como modo hábil de aquisição civil de aeronave, conforme artigos 115, II e 116; que no sistema atual, regulado pela Lei 7.565/86, o possuidor da aeronave pode adquirir sua propriedade com esteio no usucapião, somente quando sua posse se estender por cinco anos e for baseada em justo título e boa-fé; que o autor já havia adquirido o direito de propriedade da aeronave, pelo usucapião regulado nos arts. 618 e 619 do CC, direito este que àquela altura estava definitivamente consumado como ato jurídico perfeito, insuscetível de ser afetado por lei posterior, invocando a Lei de Introdução ao CC, art. 153 § 3º da Constituição Federal, doutrina e jurisprudência.

Requereu a procedência do pedido, condenando-se a ré no pagamento de custas, despesas com viagens e honorários.

Em seu memorial, a ré ratificou suas alegações constantes da constestação, requerendo a improcedência do pedido.

O Dr. Promotor manifestou-se dizendo que a aeronave não foi objeto, sequer, do contrato de compra e venda do imóvel rural referido, consoante se via das cláusulas 4ª e 2ª; que os irmãos Vancoura de Moraes eram fiéis depositários da aeronave, não podendo, portanto, dá-la em pagamento de corretagem; que a posse de Márcio A. Terra não era *animus domini*, já que a transação fora feita através de compromisso de compra e venda, que a final não se concretizou.

Opinou por se declarar o autor carecedor da ação proposta, ou a improcedência do pedido do mesmo, vez que não restaram cumpridos os requisitos indispensáveis à aquisição prescritiva da aeronave.

É o relatório.

Decido.

À época de ingresso da presente ação em Juízo, vigia o Decreto-lei nº 32, de 18.11.66, cujo art. 10 conceituava as aeronaves como bens registrados e que, somente através dos assentamentos do REGISTRO AERONÁUTICO BRASILEIRO, poderiam constituir objeto de direito.

O art. 16 do Decreto-lei 32/66, porém, previa em sua alínea *b* que adquirir-se-ia a propriedade de uma aeronave pelos modos de aquisição civil e conseqüente transcrição do título de propriedade no Registro Aeronáutico Brasileiro.

Diante de tais dispositivos é forçoso reconhecer que, na vigência do diploma legal sob análise, era possível a aquisição de propriedade de uma aeronave por meio de usucapião, nos termos previstos nos arts. 618 e 619 do CC, neste caso, a sentença deveria ser transcrita no Registro Aeronáutico Brasileiro.

A leitura dos dispositivos acima referidos informa que era possível a aquisição de uma aeronave pela posse contínua por cinco anos, independentemente de título e de boa-fé.

O vigente Código Brasileiro de Aeronáutica, a respeito do qual dispôs a Lei 7.565, de 19.12.86, estabeleceu requisitos especiais para aquisição, pór via de usucapião, de uma aeronave, exigindo seu art. 116, alínea III, que a posse fosse baseada em justo título e boa-fé, sem interrupção e nem oposição durante cinco anos.

O mesmo diploma legal, entretando, em seu art. 106, parágrafo único, estabeleceu que a aeronave é bem móvel registrável para os efeitos ali mencionados dentre os quais, obviamente, não inclui a transmissão originária, senão a transferência que se dê por ato entre vivos, constituição de hipoteca, publicidade, cadastramento e outros, cuja menção aqui é desnecessária.

O vigente Código Brasileiro de Aeronáutica esclarece que a função atual do Registro Aeronáutico Brasileiro é, de par com outros, reconhecer a aquisição de domínio (art. 72, alínea II) admitindo como título registrável as cartas de sentença (art. 73, IV).

A digressão a respeito das funções do Registro Aeronáutico Brasileiro foi imposta pela questão preliminar relativa à possibilidade de registro de usucapião consumado sob a égide da lei anterior.

Como o Código vigente atribuiu ao registro a função de apenas reconhecer e publicizar a aquisição do domínio, seria perfeitamente possível que, reconhecida hoje a aquisição por usucapião consumada na vigência do Código revogado, seja a sentença respectiva registrada sob o pálio da Lei atual.

A questão da consumação da aquisição por usucapião no Código Brasileiro do Ar, editado por via do revogado Decreto-lei 32/66, colocava-se independentemente do registro para ato formal, necessário apenas completar a transmissão erigindo-a em ato oponível *erga omnes*, por força da publicidade que dele resultava.

Entre o possuidor que adquiria por usucapião e o proprietário que, perdendo a posse, via extinguir sua propriedade, desnecessário e inócuo o registro da sentença prolatada em um processo, corrido entre ambos, que tivesse ou tinha reconhecido o aperfeiçoamento da aquisição usucapionária porque, face à força da coisa julgada, impossível seria àquele que perdeu o domínio da coisa opor-lhe qualquer resistência.

Se a sentença de usucapião tem função meramente declaratória de reconhecer efeitos produzidos face ao direito por determinada situação fática, bastará o reconhecimento dos requisitos legais exigidos para configuração dessa situação para a declaração de tais efeitos e, por isso, entre o titular da posse que adquiriu o domínio e o titular do domínio que o perdeu face a posse de outrem, a falta de registro do título respectivo a essa situação figura-se novamente inócuo porque a perda do domínio já seria um fato consumado ante a situação de fato que se constituíra.

O art. 16, alínea *b*, do revogado Código Brasileiro do Ar, fazendo referência ao Registro do Título de Aquisições, digo, de Aquisição, na forma da Lei Civil, não se afastava das disposições do art. 550 do CC, que, em referência a usucapião de imóvel, estabelece que a sentença que declara a aquisição usucapionária servirá ao usucapiente de título para transcrição no Registro de Imóveis.

A semelhança é de tal monta que se torna irrecusável o recurso à analogia para estabelecer qual a exata função do registro do título de aquisição de uma aeronave por via de usucapião no Registro Aeronáutico Brasileiro e o registro da sentença prolatada na ação de usucapião de terras particulares.

Ensina o douto Laerson Mauro que a sentença de procedência na ação de usucapião é de natureza declaratória, tendo como função "declarar a constituição do domínio e não constituí-lo", porque o

"usucapiente" já terá adquirido o domínio com efeito imediato no simples decurso do prazo, daí recorrer a Juízo apenas para ver reconhecida e declarada essa situação de fato preexistente, assim tornando certo o seu direito e obtendo título para registro, que é obrigatório" (*Você Conhece Direito Civil ? (Coisas)*, pág. 266, Editora Rio, 1ª edição, 1981).

O ilustre tratadista citado aponta como efeitos do registro, que não será constitutivo de direito, tornar certo o domínio usucapido, criar a publicidade da constituição para que valha *erga omnes* e prover a continuidade do registro (op. cit., pág. 267).

No mesmo sentido, encontra-se a lição de Afrânio de Carvalho (*Registro de Imóveis*, págs. 80/81, Forense, 1976).

Pode-se concluir, sem nenhum temor ou dúvida, que o usucapião previsto no revogado Código Brasileiro do Ar, "pelos modos de aquisição civil" não se constitui por via do registro, mas pela simples ocorrência dos fatos previstos na Lei Civil como capazes de gerar usucapião de coisa móvel.

A Lei 7.565/86, que dispôs a respeito do Código Aeronáutico Brasileiro, que iniciou sua vigência após o ingresso da presente ação em Juízo, inovou quanto aos requisitos necessários à aquisição usucapionária de uma aeronave, passando em seu art. 116, III, a exigir sempre a existência de justo título e boa-fé para que se consumasse a aquisição da propriedade por essa via.

Surge, aqui, indagação se a Lei Nova teria alcançado a situação de fato anteriormente existente de forma que fosse, hoje, exigível do autor a exibição de justo título e a comprovação de boa-fé para que seu pleito lograsse êxito.

Primeiramente, faz-se necessário estabelecer que, consoante a citada lição de Laerson Mauro, não é registro que dá no resultado da aquisição da propriedade por usucapião mas, pela ocorrência fática dos requisitos previstos em lei para cada uma das espécies de usucapião prevista para a aquisição sob enfoque.

Caio Mário da Silva Pereira, que assinalou o rumo francamente subjetivista do art. 3º da Lei de Introdução ao Código Civil, ao expor as teorias respectivas com a acuidade e penetração que lhe são próprias, afirmou que a lei em vigor tem efeito imediato e geral, respeitando sempre o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada, fixando noção de que o direito adquirido abrange os direitos que seu titular ou alguém por ele possa exercer como aqueles cujo começo de exercício tenha termo prefixado ou condição preestabelecida, inalterável ao arbítrio de outrem, rematando:

"São os direitos definitivamente incorporados ao patrimônio de seu titular, sejam os já realizados, sejam os que simplesmente dependem de um prazo para seu exercício, sejam ainda os subordinados a uma condição inalterável ao arbítrio de outrem. A Lei Nova não pode atingi-los, sem retroatividade" (*Instituições de Direito Civil*, vol. I, pág. 152, Forense, 1974).

Antes, o exímio civilista mineiro já havia transcrito definição de Gabba, segundo a qual "é adquirido um direito que é conseqüência de um fato idôneo a produzi-lo, em virtude da lei vigente ao tempo em que efetuou, embora ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação da Lei Nova e que, sob o império da lei então vigente, integrou-se imediatamente no patrimônio de seu titular"(op. cit., págs. 141/142).

Se o autor, já anteriormente ao início de vigência do atual Código Aeronáutico Brasileiro, tinha a seu favor a existência de fatos capazes de gerar usucapião, porque, como se viu nas lições acima citadas, não é nem a sentença nem o registro dela que aperfeiçoam a aquisição da propriedade por esse modo de adquirir, a propriedade já teria sido adquirida e incorporada a seu patrimônio antes de que vigisse a lei nova.

A propósito, a ação de usucapião e a obtenção de uma sentença favorável para registro, em nada afetavam a aquisição da propriedade por parte do autor, caso os fatos a autorizassem na vigência da lei velha, porque antes de entrar em vigor a lei nova, o autor já teria adquirido o domínio.

Não se pode desprezar a opinião de Wilson de Souza Campos Batalha, vazada nos seguintes termos:

"A aquisição dos direitos reais procede de atos jurídicos ou de fatos materiais. Tanto os atos jurídicos como os fatos materiais dão causa a nascimento dos direitos reais de acordo com a legislação de seu tempo".

.....

"Observa Roubier (*Les Conflits*, tomo II, pág. 190, e segs., *Le Droit Transitoire*,pág. 333), que é certo que uma lei nova não pode afetar um ato jurídico anterior, em função aquisitiva, translativa ou extintiva de direito real; uma lei nova não pode ser retroativa, nem que um ato anterior preencha as condições necessárias para a aquisição de um direito real quando a lei sob a qual foi realizado exigia outras condições, nem inversamente,

decidir que um ato anterior não acarretou, nas condições em que foi realizado, a aquisição de um direito real, quando a lei sob a qual foi realizado lhe concedia esse poder" (*Direito Intertemporal*, pág. 1.279, Forense, 1980).

O mesmo autor diz que, em relação à posse que pode conduzir ao usucapião, a lei nova pode ser aplicada "nas condições já expostas" (op. cit., pág. 282).

Impõe-se a conclusão de que este Juízo deverá examinar se o autor tinha condições de usucapiar face requisitos exigidos pelo revogado Decreto-lei 32/66, que dispunha, se o Código Brasileiro do Ar, ou seja, como acima foi dito, pela posse contínua da aeronave por cinco anos, independentemente de justo título e de boa-fé, admitida a soma de posse e, nos termos dos arts. 619, § único e 552, do Código Civil.

Examinando os autos, observo que não há dúvidas de que Márcio Antônio Terra serviu como intermediário entre as partes que firmaram o contrato de compra e venda do imóvel rural que se vê instrumentado a fls. 20 e, vale registrar, teria se tornado credor de uma comissão de corretagem, mesmo que tal contrato fosse desfeito pelas partes, quase um ano depois, como se vê de fls. 341/432, porque o intermediador teria realizado aproximação exitosa dos contratantes que chegaram a consenso quanto ao negócio proposto.

Se a cláusula sexta do contrato de fls. 20/24 é clara quanto às responsabilidades dos contratantes pelas despesas da escritura, tributos que incidiriam sobre a coisa prometida em venda e ITBI, ali nada se dispôs quanto ao pagamento da comissão devida ao intermediador.

Não há dúvidas de que Márcio Antônio Terra funcionou como intermediador dessa venda, como o reconhece testemunha arrolada pela própria ré, cujo depoimento consta de fls. 158, que chega a afirmar que o avião em questão foi-lhe entregue pelos irmãos Vancoura de Moraes como pagamento da comissão respectiva.

Parece-me, entretanto, que, se é certo que foram os irmãos Vancoura de Moraes que entregaram o avião a Márcio em pagamento de comissão de corretagem, fizeram-no com o conhecimento e até mesmo consentimento da ré, como se percebe, de través, por meio de vários indícios.

O primeiro indício, e o maior deles, é o pesado silêncio da ré, durante tão logo tempo e granítica sua inércia na defesa de tão valioso patrimônio.

A ré é uma empresa mercantil, cuja atuação na vida econômica da sociedade se pauta pela procura de lucros em seus negócios e aumento de seu patrimônio.

Seus diretores, como se vê a fls. 20, são homens de elevada qualificação e jamais se permitiriam tão longo silêncio e tão contundente inatividade se tivessem boas razões para recuperar a posse de um bem que traz, para quem o possui, espantosa mobilidade e velocidade de atuação no desenvolvimento dos negócios a que se dedica.

Os equipamentos existentes na "Fazenda Lindalva", inclusive o avião em disputa, conforme o contrato de fls. 20/25, foram deixados em mãos dos irmãos Vancoura de Moraes a títulos de depósito, porém, ao distratar-se o compromisso de venda, os Vancoura de Moraes continuaram na Fazenda e, ainda, como depositários de tais equipamentos, salvo do avião, conforme se vê do distrato de fls. 171, datado de 15.01.80, quando o depósito havia sido assumido em 12.02.79.

Patenteia-se, à falta de qualquer outra explicação para a desconstituição do depósito da aeronave (depósito da prisão por infidelidade do depositário), que os irmãos Vancoura de Moraes quiseram se despir de tão perigosa responsabilidade porque a aeronave não estava em seu poder, ou seja, como afirmam Douglas Vancoura de Moraes (fls. 353), Thompson Lei Rodrigues (fls. 434), Paschoal Patrocínio Filho (fls. 373), ela já estaria em poder de Márcio desde fevereiro de 1979.

Tais depoimentos são corroborados pelos documentos de fls. 27/28.

Se a ré anuiu à desoneração de depositário de tão graves responsabilidades é porque já demonstrava nenhum interesse em recuperar a posse da aeronave.

Se a ré já não demonstrava interesse econômico, como demonstrou ao longo de tantos anos, em recuperar a posse do aparelho em questão, decerto é porque juridicamente se julgava falta de motivos para tentar sua recuperação, sabendo, como devia saber, em mãos de quem o aparelho se encontrava.

Nem em suas alegações finais a ré desmentiu as declarações de Douglas Vancoura de Moraes de que emitira algumas notas promissórias a favor dela para garanti-la contra os riscos de não pagamento dos débitos que assumira por força de compromisso de fls. 20/25.

De igual forma, julgando-se a ré ainda com direito em relação à aeronave, o não pagamento de parcelas de financiamento relativo à sua aquisição deveria ser garantido por uma nota promissória a favor dela.

Por isso, é muito sintomático a emissão de nota promissória para esse fim, mas a favor de Márcio, que somada aos demais indícios, resulta na crença do que a ré não somente sabia com quem estaria o avião e, mais ainda, de que não se opôs à entrega dele a Márcio, que o depoimento de fls. 373 indica como obrada por preposto seu.

A uma posse adquirida pela forma indicada por tão relevantes indícios, não se podem negar os atributos previstos no art. 489 do Código Civil: é posse justa, porque não foi adquirida mediante violência ou clandestinamente.

Inegavelmente, depois de firmado o distrato de fls. 171/173, não poderia mais ser considerada precária (a partir de15.01.80).

A conclusão de que a posse da aeronave por parte de Márcio Antônio Terra era justa explica por que a ré não se arriscou a uma demanda possessória para recuperá-la.

Não havendo dúvidas de que a posse de Márcio Antônio Terra, em relação ao bem objeto da presente ação, era justa e pacífica, porque nenhuma oposição lhe foi feita pela ré, nada impede que o autor possa somá-la a sua própria posse para completar o prazo necessário ao aperfeiçoamento de usucapião, na forma dos arts. 496, 552 e 619, § único, do C. Civil.

É inegável que a posse foi exercida, tanto por Márcio Antônio Terra, como pelo autor, com ânimo de dono, como demonstram os depoimentos do piloto Paschoal, a fls. 373, e os documentos de fls. 27/64.

Digno de registro é a afirmação constante do depoimento Pas, digo, do depoimento do piloto Paschoal, de que o avião estava em péssimo estado, com séria avaria no motor, cujos reparos foram providenciados por Márcio Antônio Terra (v. fls. 373/374).

Apreciando, no que tange ao usucapião de imóveis, a questão do pagamento de impostos em nome de outrem, o atilado Lourenço Mário Prunes, pedindo cautela na apreciação dessa prova, face aos rigores de certas repartições quanto à transferência da titularidade passiva da obrigação tributária, conclui:

> "De qualquer modo, conforme as circunstâncias, o mais importante é o fato do pagamento, não o da pessoa em nome de quem foi o mesmo efetuado"(*in Usucapião de Imóveis*, págs. 31/32, Sugest. it. 1ª ed.).

Aqui, a posse dos documentos de fls. 65/71, contratos de seguros que, embora feitos em nome da ré, teriam sido pagos pelo autor, revela

que ele, embora pagasse seguros e satisfizesse outras obrigações em nome da ré, portava-se como se dono fosse do aparelho porque, em nenhum momento, aparece nos autos alegação ou prova de que ele assim agisse em atenção a qualquer recomendação ou sob qualquer condição imposta pela ré.

Mesmo pagando seguros, ou satisfazendo outras obrigações em nome da ré, o autor fazia os desembolsos respectivos sem dar a ela a menor atenção.

Aceito, porque provado e bem provado, que o autor possui a aeronave por mais de cinco anos, contínua e ininterruptamente, sem oposição de quem quer que fosse, com ânimo de dono, face aos termos do art. 16, letra *b*, do Decreto-lei 32/60, devendo ser havido como proprietário do referido bem.

A questão relativa à regularidade da representação do autor foi solucionada pela juntada do documento de fls. 186.

Pelas razões acima, julgo PROCEDENTE a ação para declarar o domínio do autor em relação à aeronave descrita na inicial, valendo-lhe a presente sentença como título, inclusive para o fim de registro.

Condeno a ré no pagamento das custas e no de honorários de 15% sobre o valor dado à causa que, para esse fim, deverá ser atualizado.

P.R.I.

Belo Horizonte, 29 de agosto de 1988.

JOSÉ ALTIVO BRANDÃO TEIXEIRA
Juiz de Direito da 8ª Vara Cível

II — PARTE CRIMINAL

2ª VARA CÍVEL
Comarca de Rio Branco — AC
Ação Penal nº 2.763/91

ASSALTO À MÃO ARMADA — Concurso de agentes. Culpabilidade dos réus fartamente provada e caracterizada pelo conjunto probatório.
(Sentença do Juiz de Direito Jeronymo Borges Filho)

Vistos etc.

O ilustre representante do Órgão Ministerial denunciou PAULO MENDES CARDOSO, conhecido como "Baixinho", FRANCISCO LOPES DA SILVA, conhecido como "Negão", MARINHO MUNIZ DOS SANTOS, conhecido como "Dedeco"e AGMAR PEREIRA CAVALCANTE, conhecido como "Diná", como incursos no art. 157, § 2º, I e II c/c o art. 69 (concurso), todos do Código Penal, em razão de no dia 30 de julho de 1991, por volta das 13:30 horas, de posse de armas de fogo (revólver e escopeta), à Avenida Getúlio Vargas, 1.701, onde funciona a Panificadora Rio Branco, terem rendido, amarrado e amordaçado os funcionários da padaria, arrombando em seguida o caixa e retirando a importância de quarenta mil cruzeiros e ainda mais quatorze mil cruzeiros, relógios e pulseiras dos funcionários.

Acrescenta ainda a denúncia que os acusados no dia 16 de setembro do mesmo ano renderam o motorista de táxi Manoel Fernandes de Melo e dirigiram-se até o local onde estava o veículo de propriedade da vítima, Pedro Ney Bentes de Oliveira, também proprietário da padaria assaltada e, arrombando o seu veículo, retiraram de seu interior a importância de vinte mil cruzeiros, documentos e talões de cheques, sendo que o primeiro denunciado e líder do grupo falsificou um cheque sacando no Banco do Brasil a importância de quatrocentos mil cruzeiros.

Também no dia 25 de setembro, por volta das 04:00 horas, os mesmos denunciados renderam os funcionários do Motel Cascata e

retiraram do estabelecimento vários objetos de valores, entre os quais televisão, videocassete, amplificadores e outros, conforme termo de fl. 64.

Ainda, em 03 de outubro, arrombaram a residência de Mário Bezerra de Paiva, subtraindo os objetos apreendidos à fl. 68.

Foram arroladas na denúncia nove testemunhas (fl. 03).

Interrogatórios às fls. 97 a 100.

Alegações preliminares às fls. 104 e 105, tendo a defesa do terceiro acusado arrolado as mesmas da peça acusatória.

Termo de declaração das testemunhas às fls. 114 a 129.

Nada foi requerido na fase do art. 499 do Código de Processo Penal.

Nas alegações derradeiras o Ministério Público requereu a procedência da denúncia para condenar o primeiro acusado nos termos da denúncia em concurso e os demais nas *mesmas sanções do roubo qualificado*, sem concurso delitual e absolvendo todos do último crime imputado, por não restar suficientemente provado.

Quanto às alegações do acusado Marinho Muniz dos Santos é levantada a preliminar de nulidade *ab initio*, com esteio no art. 564, III, letra *a* (falta da queixa ou da representação) c/c o inciso IV do mesmo artigo, ou seja, a falta do competente Inquérito Policial para efetivar a denúncia.

É pleiteada, ainda, a sua absolvição nos termos do art. 386, do Código de Processo Penal e, se assim não for o entendimento, a condenação no mínimo legal sem a existência da qualificadora, com a atenuante da confissão.

Para os demais acusados, igualmente foi pedida a absolvição ou decretação da pena mínima, se for o caso.

A fl. 139 verso consta a certidão dos acusados expedida pelo Cartório.

É O RELATÓRIO.
NA SUA CONCISÃO POSSÍVEL DECIDO.

Trata-se, a presente, de ação pública incondicionada promovida contra os acusados, por infração ao artigo 157, § 2º, incisos I e II c/c o art. 69 do Código Penal.

Arrosto, de pronto, a preliminar de nulidade *ab initio* levantada pelo acusado Marinho Muniz dos Santos, fundamentando-se no art. 564, III, *a* e IV do Código de Processo Penal:

Data venia, equivoca-se a defesa vez que se encontra no Inquérito Policial, devidamente cumprida, a primeira parte da letra *a* do inciso III do artigo 564 do Código de Processo Penal, uma vez que a segunda diz respeito à Queixa-Crime, Representação e delitos capitulados nas contravenções penais.

A falta de ato postulatório de acusação pode se erigir em nulidade, o que não se evidencia no presente caso, pois, nesta ação, houve a denúncia e uma seqüência de atos se sucederam após a portaria que iniciou o inquérito, não se afinando, destarte, com o estabelecido no inciso IV do mesmo artigo 564 do Código de Processo Penal.

É curial ressaltar que os defeitos do inquérito policial não impedem a deflagração do processo criminal e, tampouco, justificam a sua nulidade, em nada viciando o processo a que está sujeito o acusado, que alegou irregularidade na portaria inaugural.

Esse entendimento é que extraí da JC 39/391, senão vejamos:

> *"Os eventuais defeitos do inquérito policial não impedem a deflagração do processo criminal nem justificam, igualmente, a sua nulidade. Como mera peça informativa, basta apenas que, para esse fim, o inquérito contenha elementos indicativos de delito" (HC nº 6.951, relator Des. Ayres Gama,* in JC *39/391).*

De outra parte,

> *"Eventuais falhas no inquérito policial não levam a sua anulação, se não passavam de meros elementos informativos em que se baseou a denúncia. Se esta se apresenta formalmente perfeita, baseada nos informes obtidos e os fatos descritos caracterizam em tese ilícito penal, não há razão para se declarar a inépcia ou para se trancar a ação penal" (STF Ac. unânime da 1ª T., publicado em 02.09.88 — RHC nº 66.428/PR, rel. Min. Sydney Sanches).*

De outra parte, os acusados, incluindo Marinho Muniz, foram presos preventivamente por decreto emanado deste Juízo, como se constata dos autos em apenso e da cópia do decreto à fl. 76, bem como dos mandados de prisão devidamente cumpridos às fls. 77 *usque* 80.

Assim, rejeito a preliminar levantada, porque uma nulidade processual, à luz dos elementos constantes dos autos e à míngua de robustez dos requisitos do artigo 564, do Código de Processo Penal, não enseja tal reconhecimento.

Analisemos, agora, o *meritum causae* desta ação:

A materialidade dos delitos vem exteriorizada nos autos de apresentação e apreensão de fls. 11, 30, 35, 64, 66, 68 e 70, e que a torna induvidosa e indiscutível.

Vejamos, agora, a autoria nos quatro delitos apontados na denúncia para os quatro acusados:

Do réu Paulo Mendes Cardoso, o "Baixinho":

1º crime (assalto na panificadora):

Este acusado confessou a sua participação na fase policial em todos os delitos apontados, mas negou em Juízo, embora sejam robustas as provas contra ele, destacando-se entre elas o reconhecimento pelas vítimas (na fase do inquérito e da instrução).

De Pedro Ney Bentes de Oliveira, dono da panificadora:

" que um dos trabalhadores da panificadora reconheceu um dos marginais como sendo o acusado Paulo, o mesmo que dias antes ali estivera à procura de trabalho... fl. 115).

De Lucivaldo José Costa Pinheiro, funcionário da panificadora (fls. 118/119):

"que logo após arriar a caixa sobre o chão o rapaz tirou de dentro da mesma uma arma tipo escopeta e empunhando a mesma disse para a testemunha que se tratava de um assalto determinando que este e a moça que se encontrava no interior do prédio se deitassem ao chão e permanecessem quietos e nesse ínterim o acusado Paulo adentrou ao interior da panificadora... que o acusado Paulo arrombou a porta que dá acesso ao interior do comércio... que Paulo mandou que abrisse a caixa registradora... enquanto isso o acusado Paulo retirava do interior da caixa registradora o dinheiro... que além do Paulo e do rapaz louro a testemunha não viu qualquer dos outros acusados aqui presentes no local dos fatos já mencionados".

De Josilene Antrobus da Frota, funcionária da panificadora, a fls. 121/122:

"que naquele dia, por volta das 12:15 horas chegaram na padaria o acusado Paulo e um outro rapaz louro conhecido por "Zumbi"... em seguida o lourinho tirou a escopeta dizendo que era um assalto, enquanto que Paulo empunhava um revólver determinando que a testemunha e seu colega deitassem no chão... que Paulo amarrou a testemunha e seu colega e os fizeram permanecer sentados atrás de um armário... que dos acusados presentes em Juízo, somente Paulo participou dos fatos narrados".

De Gracione Freire do Nascimento, balconista da panificadora (fls 123/124):

"que ao chegar na panificadora encontrou o acusado Paulo com um outro rapaz, magrinho, louro ... que dirigiu-se à testemunha para tomar água quando teve uma escopeta empunhada pelo rapaz louro encostada no seu peito e logo teve as mãos amarradas por Paulo e a boca amordaçada, sendo conduzida para trás do forno ... que da testemunha os assaltantes levaram o relógio e uma pulseira de ouro ... que dos acusados aqui presentes, somente Paulo participou do assalto à panificadora".

No concurso de agentes a prova é unívoca quando:

"Confessando, os agentes, na polícia e em Juízo, a prática delitiva que lhes é imputada, e confortada, a confissão, pelos demais elementos de prova existentes nos autos, a condenação é conclusão inarredável "(JC – 43/451).

Assim, convenço-me da autoria do primeiro acusado, neste primeiro delito.

2º crime (roubo no carro):

A testemunha Manoel Fernandes de Melo, taxista, foi incisiva em seu depoimento na fase policial em Juízo (fls. 16 e 124):

"quando chegou o acusado Paulo perguntando se o táxi estava livre e ante a afirmativa, entrou no veículo mandando que a testemunha pegasse o rumo da Avenida Getúlio Vargas ... o acusado mandou que a testemunha parasse e nessa oportunidade subiram mais três passageiros logo após a primeira parada do

ônibus determinando que a testemunha prosseguisse viagem ... mandou que a testemunha seguisse um Fiat Prêmio... quando da parada para pegar os outros elementos, dois deles traziam nas mãos uma caixa de papelão e ao pegarem à Rua Isaura Parente, de dentro de tais caixas, retiraram duas escopetas; que ante a presença de tais armas empunhadas dentro do veículo a testemunha não teve outra alternativa senão obedecer as ordens que recebia; *que dos quatro acusados aqui presentes a testemunha confirma como integrante do grupo o acusado Paulo Mendes*, mas quanto aos demais não pode informar pois não se dignou sequer a prestar atenção nas feições dos outros em razão do nervosismo ... que a porta do táxi permaneceu aberta, *ainda que estivesse chovendo e ainda o acusado e seu companheiro adentraram na viatura (Fiat Prêmio) e a testemunha ouviu um barulho forte de coisa quebrando* e logo em seguida adentraram e mandaram que a testemunha tocasse o carro com destino ao Aeroporto Internacional ...).

3º crime (assalto ao Motel Cascata):

Embora todas as testemunhas, vítimas do assalto do Motel Cascata, tenham afirmado que os assaltantes, em número de seis a oito, encontravam-se encapuzados, os demais co-autores incluíram o acusado Paulo, como um dos integrantes do grupo:

Do interrogatório de Francisco Lopes de Silva (fl.98):

"que no Motel Cascata, *além dos quatro acusados*, estavam presentes os três menores conhecidos por "Ferrugem", "Zumbi"e "Raimundinho".

Interrogatório de Marinho Muniz dos Santos (fl.99):

"que logo depois chegaram na casa de Agmar, *o primeiro e o segundo acusados ... que quem teve a idéia de fazer o assalto ao Motel Cascata, inclusive convidando os demais, foi o acusado* Agmar".

"Confissão minudente e harmoniosa de comparsas na polícia e Juízo, supre a posição evasiva do réu que nega a co-autoria do delito"(*COAD*, 31.914).

Do 4º crime, assalto na residência da vítima Mário Bezerra de Paiva, acontecido no dia 03 de outubro de 1991, inexistem provas capazes a identificar a autoria do delito, tanto para o primeiro acusado, como para os demais.

Assim, convenço-me de que Paulo Mendes Cardoso teve participação ativa no assalto à panificadora, acontecido no dia 30 de julho de 1991, no arrombamento do veículo Fiat Prêmio, dele subtraindo dinheiro, documentos e talão de cheques, acontecido no dia 16 de setembro, e no assalto ao Motel Cascata na madrugada do dia 25 do mesmo mês.

Quanto aos demais acusados, pelo que dos autos consta, são culpados do assalto verificado no Motel Cascata. São confessos, tanto na fase policial e em Juízo, com exceção de Agmar que apenas confessou na fase policial (fl. 58). Mas foi apontado em Juízo pelos seus comparsas.

A tônica jurisprudencial tem se pautado no sentido de que, mesmo que existam indícios indicativos da responsabilidade do agente, inadmissível é a produção de decreto condenatório se os contra-indícios fazem emergir profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação, que não é o caso deste último acusado. Vejamos a sua mentira e os contrastes em seu interrogatório, quando negou a sua participação no assalto:

> "que na noite do assalto no motel encontrava-se na casa de sua avó, localizada no Km 200 da BR-364; *que não sabe o nome de sua avó* ... (grifei) que a escopeta que está lhe sendo apresentada neste momento, reconhece como sendo do menor "Zumbi" ... que o acusado Paulo dividiu o dinheiro, entregando cinqüenta mil cruzeiros para o interrogado...".

Ora, que conflito de depoimento! Que contradição! Quem nesta vida desconhece o nome de sua avó? Quem altamente suspeito e denunciado pelos colegas em participação de um assalto desculpa-se dizendo que passou aquela noite na casa de sua avó, cujo nome desconhece ...

> *"Ficando o álibi apresentado pelo agente totalmente divorciado do conjunto probatório, cujos elementos consubstanciados nos indícios veementes de autoria e declaração de seu acompanhante na cena delituosa, que convencem ter o mesmo praticado o crime denunciado, inadmissível se constituía a sua*

absolvição, escorada em insuficiência de provas" (TJSC — 58/393).

Ainda, sobre o acusado Agmar:

"Havendo significativo e valioso conjunto de indícios e circunstâncias, cuja qualidade, alcance e força moral corroboram a confissão extrajudicial, não é possível levar-se em consideração a simples e mera retratação ocorrente em Juízo" (JC — 53/467).

Assim, inaceitável o álibi de que Agmar não teve sua participação no assalto ao Motel Cascata.

De outra parte, como já visto, os acusados Francisco e Marinho, embora sem prova testemunhal porque o assalto ao Motel se realizou com todos os elementos encapuzados, a autoria está a prevalecer, ante a confissão dos mesmos na fase policial (fls. 46 e 52) como no interrogatório (fls. 98 e 99) o que elimina qualquer dúvida ante o cotejo dos demais fatos existentes nos autos.

A autoria dos três delitos restantes (assalto à panificadora, roubo no Fiat Prêmio e roubo na residência) não está a prosperar para estes três acusados, por não restar a autoria suficientemente provada, o que não acontece com a qualificadora do assalto ao motel:

"No concurso de agentes no roubo, respondem pela violência todos os partícipes que agiram dolosamente no sentido de seu emprego, pouco importando qual tenha sido a atuação específica de cada um deles" (COAD — *32.250); ainda,*
"... para a existência da qualificadora basta que o crime seja cometido por duas pessoas ..." (COAD — *48.799).*

Em face do exposto, reputando que existem três delitos consumados de roubo qualificado por arrombamento (assalto à panificadora, roubo no Fiat Prêmio e assalto no motel) para o primeiro acusado Paulo Mendes Cardoso e um delito consumado de roubo qualificado para Francisco Lopes da Silva, Marinho Muniz dos Santos e Agmar Pereira Cavalcante (assalto ao motel) JULGO PROCEDENTE em parte a denúncia, para condenar, como condenado tenho, o réu PAULO MENDES CARDOSO, como culpado dos delitos em que estabelecidos no artigo 157, § 2º incisos I e II c/c o art. 69 do Código

Penal e FRANCISCO LOPES DA SILVA, MARINHO MUNIZ DOS SANTOS e AGMAR PEREIRA CAVALCANTE, como culpados do delito estabelecido no artigo 157, § 2º, incisos I e II do Código Penal.

Consubstanciado nas circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, passo a buscar a pena a ser aplicada ao réu PAULO MENDES CARDOSO, o que faço levando em consideração a sua culpabilidade, seus antecedentes (fl. 44), sua conduta social, sua personalidade, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime, aplicando-lhe a pena base de 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO para cada delito (artigo 69 do Código Penal), em número de três, sendo portanto 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO, aumentada em 01 (UM) TERÇO (art. 157, § 2º) sendo exasperada, portanto, para 16 (DEZESSEIS) ANOS DE RECLUSÃO, que a torne em definitiva na ausência de circunstâncias modificadoras (agravantes ou atenuantes), segundo a inteligência do artigo 68 do Código Penal. O início de pena deverá ser cumprido em regime FECHADO, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, e no Complexo Presidiário Dr. Francisco d'Oliveira Conde. Condeno-o, ainda, ao pagamento de trinta dias-multa, no mínimo legal, a qual deverá ser liquidada até dez dias após o trânsito em julgado desta decisão, a ser recolhida em favor do fundo penitenciário estadual, nos termos do artigo 49, *caput* do Código Penal.

Consubstanciado, ainda nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, passo a buscar a pena a ser aplicada aos réus FRANCISCO LOPES DA SILVA, MARINHO MUNIZ DOS SANTOS e AGMAR PEREIRA CAVALCANTE, o que faço levando em consideração as suas culpabilidades, os seus antecedentes criminais (fls. 50, 56 e 62), suas condutas sociais, suas personalidades, os motivos, as circunstâncias e conseqüências do crime e o fato de serem primários, aplicando a cada um a pena base no mínimo legal, ou seja de 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, aumentada em 01 (UM) TERÇO (art. 157, § 2º), sendo exasperada em 05 (CINCO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO.

Para o réu FRANCISCO LOPES DA SILVA, atenuo a pena em 01 (UM) ANO e em razão de duas atenuantes: ser menor de 21 anos à época do crime e ter confessado espontaneamente perante a autoridade a autoria do crime (art. 65, I e II , letra *d* do Código Penal). Assim, a torno em DEFINITIVA E CONCRETA, na ausência de demais circunstâncias modificadoras, em 04 (QUATRO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, cujo início de pena deverá ser cumprido

em regime FECHADO no Complexo Penitenciário Dr. Francisco d'Oliveira Conde. Arbitro a multa em trinta dias-multa, no seu mínimo legal.

Para o réu MARINHO MUNIZ DOS SANTOS, atenuo a pena base recebida em 08 (OITO) MESES, face a atenuante estabelecida no art. 65, inciso III, letra *d*, do Código Penal e que a torno DEFINITIVA, na ausência de outras circunstâncias modificadoras, em 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, cujo início deverá ser cumprido em REGIME FECHADO, no Complexo Penitenciário Dr. Francisco d'Oliveira Conde.

Arbitro, ainda, em trinta dias-multa, no seu mínimo legal.

Finalmente, para o réu AGMAR PEREIRA CAVALCANTE, inexistindo qualquer circunstância de diminuição ou aumento, da pena, torno-a DEFINITIVA em 05 (CINCO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, cujo início deverá ser cumprido em REGIME FECHADO, no Complexo Penitenciário Dr. Francisco d'Oliveira Conde.

Arbitro a pena de multa, em trinta dias-multa, no seu mínimo legal.

Trânsita em julgado a presente decisão – lance-se os nomes de PAULO MESDES CARDOSO, FRANCISCO LOPES DA SILVA, MARINHO MUNIZ DOS SANTOS e AGMAR PEREIRA CAVALCANTE, no Rol dos Culpados, fazendo-se as comunicações de praxe.

Recomende-se-os na prisão onde se encontram.

Sem custa para os réus, por serem beneficiários da justiça gratuita, com exceção de Marinho Muniz dos Santos.

Publicada em mãos da Sra. Escrivã, registre-se e intimem-se

Rio Branco — Acre, 09 de junho de 1992.

JERONYMO BORGES FILHO
Juiz de Direito

JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÕES CRIMINAIS E TRIBUNAL DO JÚRI
São Luís — MA

CUMPRIMENTO DE PENA EM REGIME ABERTO A SE REALIZAR EM ESTABELECIMENTO ADEQUADO — Autorização para que em seção especial do presídio local, à falta de casa do albergado na comarca.
(Decisão da Juíza de Direito Josefa Ribeiro da Costa)

Vistos etc.

Maria Martha Raposo Seba, ora descontando reprimenda na CEREC, requereu remoção do local em que se encontra, alegando, em síntese, o que segue:

Que se encontra presa desde 26 de fevereiro de 1991, condenada que foi a pena de quatro (04) anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, da qual já cumpriu mais de um quarto (¼), sempre em regime fechado.

Que, sendo primária e portadora de bons antecedentes, com residência fixa e proposta de emprego, quer ser removida para a Casa do Albergado, nos termos do art. 96 da Lei nº 7.210/84.

Ao manifestar-se o órgão do Ministério Público, este foi de parecer favorável ao pretendido pela requerente.

O MM. Juiz sentenciante deferiu o pedido, estabeleceu condições, porém, antes do comparecimento da candidata à prisão-albergue perante o Juiz a fim de tomar conhecimento das condições estabelecidas para seu encaminhamento à Casa do Albergado, do diretor dessa foi recebido ofício no qual aquela direção comunica a inexistência naquele estabelecimento de alojamento adequado para receber apenados do sexo feminino.

Desse acidente de percurso tomou conhecimento o órgão ministerial, que, opinando pela manutenção da decisão, sugeriu apenas que

fossem modificados os horários de permanência da detenta naquela Casa, enquanto se providenciassé acomodação adequada.

Mas outro ofício, desta vez do diretor da Central de Recolhimento onde informa, a pedido do Juiz sentenciante da permanência da sentenciada, ali, e da existência de acomodação que poderá ser adaptada para o recolhimento, à noite, da apenada tendo inclusive, a dita, manifestado tal desejo.

Desta vez o representante da Lei concordou com a sugestão do delegado.

Tudo visto e examinado.

A previsão de regimes de cumprimento da pena, no art. 33 do CP, por obra do legislador, impõe ao julgador a respectiva determinação. E pressupõe a existência de estabelecimentos penitenciários adequados ao quadro de regimes penais ali enumerados.

A nossa Comarca, dispondo de prisão-albergue onde os condenados a cumprir pena em regime aberto podem ser devidamente alojados, se ressente da falta de acomodações para presidiários do sexo feminino. Uma falha administrativa, não resta dúvida, pois não só de delinqüentes masculinos é o quadro geral dos hóspedes dos estabelecimentos prisionais do mundo, do Brasil e do Maranhão.

Em casos tais é a jurisprudência, ou a iterativa dos Tribunais ou a vacilante do mesmo Pretório Excelso, que, retratando a nossa realidade e adaptando-a às nossas necessidades, aponta o caminho, para que o Juiz, pelo menos temporariamente, solucione o impasse, enquanto se adapte na Casa do Albergado uma de suas dependências para abrigar presidiárias condenadas a cumprir pena em regime aberto, doravante.

> *"Segundo a Lei de Execução Penal, o cumprimento da pena no regime aberto deve se dar em estabelecimento adequado. Porém, ante sua inexistência, na cidade, deverá ser cumprida em seção especial da cadeia pública, em obediência às condições estabelecidas" (TACRIM — SP — AC — Rel. Fernandes Braga* — Jutacrim *85/516) no* Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, *pág. 209.*

E continua...

> *"O regime aberto, quando cabível, deve ser cumprido em casa do albergado e não no domicílio. Se, porventura, inexistir casa*

do albergado na Comarca, o certo é recolher-se o sentenciado em seção especial no presídio local" (TACRIM — Rel. Egídio de Carvalho — Jutacrim *93/213). Obra e p. já citadas.*

Esses, os princípios jurisprudenciais, que, numa interpretação mais ampla, permitem a prisão-albergue feita numa cela especial, da cadeia pública, da casa de detenção, no caso *sub judice* – a CEREC, desde que ocorrentes as condições nele estabelecidas. Assim, já se tem decidido, como se vê nos textos apontados.

A CEREC, onde a apenada se encontra e onde quer ficar por falta de acomodação na Casa do Albergado, "destina-se, em primeiro lugar, ao recolhimento de presos provisórios, abrigando-se nessa denominação os submetidos a medidas cautelares (os presos em flagrante ou por prisão preventiva), os pronunciados, nos casos de competência do Tribunal do Júri e os sentenciados com decisão pendente de recurso. Secundariamente, a CEREC pode servir também para acolher as pessoas subordinadas à prisão civil e à prisão administrativa. É, portanto, "um estabelecimento de regime especial, presidido pela presunção de inocência, segundo a qual o *status* de inocência do imputado perdura até a sentença definitiva" (Jason Albergaria, *Comentários à Lei de Execução Penal* — 1987, pág. 1.217). Sendo um equipamento prisional reservado ao preso provisório, é evidente que, por princípio, não pode abrigar presos com sentença final para evitar a influência deletéria deste sobre aquele".

A realidade penitenciária não *se coaduna*, contudo, com o texto legal. Lá só existem celas coletivas onde se abrigam de dez a vinte presos provisórios, onde a rigor só cabem cinco (05), além de uma sala de recepção, uma do delegado e uma maior, ladeado do corredor de passagem para o pátio em torno do qual estão parte das celas. E por isso não seria cabível a arrumação de uma delas, especialmente para a apenada, somente porque, quando da adaptação da casa que ora está transformada em prisão-albergue, foi esquecido de que pessoas do sexo feminino, embora em menor quantidade, também praticam atos delituosos.

Assim, não tendo a Lei das Execuções Penais (Lei nº 7.210, de 11.07.84), em vigor desde janeiro de 1985, cuidado da hipótese do cumprimento da pena em regime aberto, fora da Casa do Albergado, a jurisprudência disso se encarregou e manda aplicar-se, em casos assemelhados, os princípios jurisprudenciais citados, onde se permite ao Juiz poder autorizar o cumprimento da pena em cela especial,

adredemente adaptada no caso *sub judice*, na CEREC, desde que não prejudique o regime de execução cabível.

A apenada Martha se diz presa desde 26.02.91.

Porque são imprecisos os dados relativos a seu tempo prisional, vejamos o resumo de sua trajetória depois daquela data:

Às fls. 50, informa a Clínica São Camilo, que ela esteve ali hospitalizada, de 28.02.91 a 05.07.91 e de 18.07 a 24.12.91.

Por ofício do diretor da CEREC, às fls. 49, sabe-se que dentro desse mesmo período, ela deu entrada ali em 24.04.91, vindo do DFR, de lá saindo no mesmo dia para o 7º DP e, logo no dia seguinte, transferida para o 10º DP (Bom Jesus). Ela voltou a ser hospitalizada, dessa vez no Hospital Presidente Dutra, de 05 a 12.07.91 (fls. 51 do 1º apenso). Por fim, desde 14.12.92 ela, vindo não se sabe de onde, permanece na CEREC (fls, 183 dos autos).

Dissecando esses "desencontros " prisionais, conclui-se que ela possui o dom da ubiqüidade. Passou pelo DFR, pela CEREC, pelo 7º DP e pelo 10º DP estando ao mesmo tempo "hospitalizada" na Clínica São Camilo. Aceitando esse tempo como se realmente ela estivesse presa, é de serem deduzidos, dos quatro anos a que foi condenada, nove meses e vinte e oito dias. Feita a devida dedução, a partir de sua estadia atual na CEREC, terá por cumprida a pena que lhe foi imposta, em 24.02.96.

Isto posto:

Autorizo a apenada a cumprir na CEREC a prisão-albergue que lhe foi concedida, enquanto a administração não dispuser, na Casa do Albergado, de acomodação para presidiárias. As condições que deverão ser obedecidas são as seguintes:

a) obter ocupação laboral, logo;

b) não mudar do território da jurisdição deste Juízo, sem sua expressa autorização;

c) não manter contato com pessoas envolvidas em delito de f urto, roubo, formação de quadrilhas, exceto com seus companheiros de albergue;

d) não portar armas ofensivas, nem instrumento capaz de ofender a integridade física de alguém;

e) não freqüentar bares, casa de jogo, diversões públicas de reputação duvidosa, nem fazer uso de bebidas alcoólicas;

f) não trabalhar durante a noite sob qualquer pretexto;

g) observar, rigorosamente, quando recolhida, o regulamento do estabelecimento;

h) comparecer mensalmente perante este Juízo comprovando o exercício efetivo de seu emprego;

i) sair da CEREC por volta das 8:00 horas recolhendo-se às 20:00 horas; nos dias em que não houver trabalho obrigatório, não poderá deixar a CEREC;

j) pagar as custas processuais e multa aplicada dentro de trinta dias.

Por fim, determino que a apenada seja apresentada a este Juízo no dia três (03) deste mês, às 10:00 horas, para tomar conhecimento das condições aplicadas, bem como seja oficiado ao diretor da CEREC, comunicando-lhe, além desta decisão, da obrigatoriedade do encaminhamento mensal, a este Juízo, de relatório do seu comportamento, ali.

Intime-se.

São Luís, 01 de fevereiro de 1993.

JOSEFA RIBEIRO DA COSTA
Juíza de Direito da 2ª Vara das Execuções Criminais
e Tribunal do Júri

2ª VARA CRIMINAL
Circunscrição
Especial de
Brasília — DF
Proc. nº 7.927/88

DELITO CULPOSO. CONTAMINAÇÃO DA VÍTIMA POR TRANSFUSÃO DE SANGUE DE PORTADOR CONTAMINADO PELO VÍRUS DA AIDS — Absolvição dos réus imposta pela incorrência de culpa in omittendo.
(Sentença do Juiz de Direito Joazil M. Gardés)

"A inocência é proclamada pelo menino de peito; por ele o Senhor sufoca a inveja e o espírito de vingança." (Ofício de S. ANTÔNIO.)

Vistos etc.

O representante do Ministério Público denunciou SÉRGIO BARROCA MESIANO, RUTE RIBEIRO DA SILVA e MARCOS GERALDO FORTES, qualificados às fls. 163, 168 e 171, por infração ao que se dispõe no artigo 129, § 6º c/c artigo 121, § 4º, primeira figura, ambos do Código Penal, alegando, em suma, que no dia 03 de maio de 1988, médico e farmacêutica bioquímica, os dois primeiros, na qualidade de proprietários e responsáveis pelo banco de sangue "Transfuse Serviços de Hemoterapia Ltda..", cederam 300 ml de papa de hemácias contaminada de hepatite "B" e pelo vírus da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, que foram ministradas em SALVINA BORDUNI, paciente internada na Casa de Saúde São Brás, que após a transfusão passou a ser portadora daquelas doenças; que o sangue transfundido foi examinado pelo terceiro denunciado, técnico em laboratório, que liberou a coleta e doação do sangue contaminado, o que contou com a aprovação dos dois primeiros; que assim agindo, ao coletar sangue de um homossexual, pertencente ao grupo de risco, sem proceder exames seguros e eficazes, inobservando regras técnicas,

agiram com negligência, causando lesões corporais graves à vítima, hoje portadora das duas moléstias incuráveis, que podem causar sua morte.

Portaria, fl. 06; *notitia criminis*, fls. 08/54; contrato social do Hemobanco Banco de Sangue Ltda.., e alteração contratual, fls. 75/80; contrato de prestação de serviços entre o Hospital Santa Luzia S. A. e Transfuse, Serviços de Hemoterapia Ltda.., fls. 83/85; expediente do IML, acompanhado de relatório do Departamento de Fiscalização de Saúde, do Distrito Federal, referente à perícia realizada na firma TRANSFUSE, fls.90/95; expediente do Conselho Regional de Medicina do Distrito Federal, atendendo solicitação do Sr. Delegado da 1ª DP (fl.108) quanto à sindicância para apurar responsabilidades sobre a contaminação por vírus da hepatite "B" e Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, que veio a sofrer a vítima e resposta a quesitos, fls. 142/144; informação do IML acerca das contaminações, fls.146/152; despacho da autoridade policial, indiciando os acusados e outros, fls.153/160; autos de qualificação e interrogatórios, fls. 163, 168, 171, 200 e 202; folhas de antecedentes, fls.181/183 e 206/207; cópia do prontuário médico da paciente SALVINA NUNES BURDONI, fls.185/199; relatório, fls.222/223; promoção do Ministério Público requerendo o arquivamento do inquérito policial, quanto aos indiciados VICTOR TANNURI E ANTÔNIO BATISTA FONTENELE FILHO, fls. 225/256, acolhida pela decisão de fl. 225.

Interrogatórios, fls. 237, 238 e 239; ficha do exame submetido pelo doador, fl. 241; defesas prévias, fls. 243, 245 e 250; cópia de publicação no *The New England Journal of Medicine*, sobre a infecção com o vírus de imunodeficiência humana adquirida tipo 1 em homossexuais, fls. 270/297; audiência de instrução e julgamento consoante termo de fl. 298, em que, pelo Ministério Público, foi requerido o encaminhamento da vítima ao IML e, que na denúncia se insira, na capitulação, o parágrafo 7º, do artigo 129, do Código Penal, o que foi deferido e aberto vistas às defesas, determinando-se, em razão do adiantado da hora, a substituição dos debates orais, por memoriais; intimadas sobre o aditamento à capitulação, as Defesas se manifestaram às fls. 321/323, nada alegando a Defesa de SÉRGIO BARROCA MESIANO; laudo de exame de corpo de delito (lesões corporais), fls. 328/329; pelo Ministério Público, em derradeiras alegações, aduzindo que restou provado haver a vítima contraído as doenças por obra dos réus que lhe forneceram papa de hemácias

contaminadas, o que, diante das confissões da coleta de fornecimento do sangue à vítima, revela negligência, por não tomarem os cuidados e as precauções necessárias, revelando imprudência a coleta de sangue de homossexual, pois cabia-lhes rejeitar aquele tipo de doador, já que pode ocorrer a "falsa negatividade", não se admitindo, também, que o sangue coletado seja submetido a apenas um exame antes da utilização, porque podem ocorrer as chamadas "janelas imunológicas" e a "falsa negatividade", reconhecendo imperdoável a falha dos acusados, opinou pelas condenações; pela Defesa de MARCOS GERALDO FORTES, alegando que a acusação é absurda, até mesmo na capitulação, já que a vítima está viva e se aterá apenas no que se refere à lesão corporal culposa, qualificada; que se limitou a proceder o exame de sangue do doador, não mantendo com ele nenhum contato, não tendo como saber se teria resultado positivo ou negativo. Que não basta provar materialidade e autoria, faz-se necessário, também, a culpabilidade, *in casu*, sob a modalidade negligência, por inobservância de regras técnicas, fato que não se amolda à conduta do acusado, que, no período vespertino, se limitou a proceder, como em todas as amostras de sangue, a serem analisadas, pesquisa de doenças transmissíveis, de sangues coletados pela manhã, não tendo contato com os doadores, o que demonstra ter realizado seu trabalho observando as regras técnicas de seu ofício e, diante da falta de prova quanto ao elemento subjetivo do tipo, pediu pela absolvição; pela Defesa de SÉRGIO BARROCA MESIANO, alegando que a prova o isenta de responsabilidade penal, não merecendo acolhida a acusação de que sabia ser o doador homossexual, por não haver qualquer elemento que indique não ter buscado elementos fundamentais, para recebê-lo como doador, sendo inadmissível buscar na palavra "delicado", significado diferente do que quis a segunda acusada, ou seja, "educado", que não parecia homossexual, conforme testemunho da Drª ROSETE RAMOS DE CARVALHO, que manteve contato com o doador, após a descoberta do contágio. Referindo-se aos exames elaborados e à "janela imunológica", ressalta o depoimento da sanitarista DULCE CORREIA DE LIMA, sendo o teste "Elisa", técnica utilizada pela Transfuse, o mais recomendado, fez lembrar a publicação científica sobre o HIV, em que se assevera a constatação soronegativo, em homossexuais masculinos, por períodos prolongados, e que, em nenhum momento restou provado estivesse o doador sofrendo de hepatite "B", a qual, não se transmite por transfusão, cujo contágio se dá através de injeções, conforme testemunho do Dr. EDVALDO PINHEIRO

GUERRA e deste mal a vítima curou-se, pediu pela absolvição; pela Defesa de RUTE RIBEIRO DA SILVA, em preliminar, argúi a inépcia da denúncia, por ser vaga e contraditória, não atendendo aos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, vez que não particularizou a conduta de cada um dos acusados, a permitir-lhes o exercício da ampla defesa e fornecer elementos indispensáveis à individualização da pena; que devem se defender dos fatos articulados, e não, da capitulação, não sabendo se deve contestar a liberação do sangue contaminado ou não ter sido ele submetido a exames seguros e eficazes, duas circunstâncias antagônicas, e, no mérito , que diante do laudo de exame de corpo de delito, baseado em relatório médico, não há elementos para determinar como a doença foi adquirida, não permitindo perquirir a autoria, sem induvidosa demonstração da materialidade, pediu pela absolvição, se ultrapassa a preliminar, e mais, que a obrigatoriedade de apresentação de defesa, sobre acusação vaga, constitui cerceamento de defesa. O ocorrido é lamentável, porém não foi fruto de negligência ou imprudência, vez que a doação e transfusão foram precedidas de triagem e exames a que se submeteu o doador que escamoteou a verdade de sua situação homossexual, e demais informações que poderiam colocá-lo no grupo de risco, por relutar admitir a homossexualidade diante do estigma que persegue os homossexuais das declarações da Drª ROSETE, hoje, os exames têm margem de eficiência de 90% (noventa por cento) e, lamentavelmente, a vítima foi alcançada pelos 10% (dez por cento) da margem de erro, não havendo como saber se o material falhou ou se o vírus estava na "janela imunológica". O doador não foi submetido a exame de corpo de delito e a aceitar o resultado do segundo teste, em que se constatou ser portador do vírus, não há como negar valia o primeiro, negativo. A acusada e seus colegas foram diligentes e, por falta de provas de que se houve com negligência ou imprudência, reafirmou o pedido de absolvição.

É o relatório.

D E C I D O:

A preliminar suscitada pela Defesa de RUTE RIBEIRO DA SILVA, de inépcia da denúncia, malgrado seu labor, não encontra guarida no artigo 41, do Código de Processo Penal; na mesma embora não particularize a ação de cada acusado, expõe o fato de forma a possibilitar as defesas quanto à imputação do crime nela contido. Ademais, a narração genérica, sem a especificação da conduta de cada partícipe, é hoje admitida, consoante entendimento do Colendo Su-

premo Tribunal Federal, que abandonou o rigor de se descrever as condutas nos crimes de autoria coletiva, não se exigindo que, da denúncia, constem minúcias das condutas. Não há, pois, falar em dificuldades de defesa, e nem em circunstâncias antagônicas. A peça acusatória enseja possibilidade de apurar o fato e permite a ampla defesa. Assim, satisfeitas as exigências do artigo 41 do Código de Processo Penal, rejeito a preliminar de inépcia da denúncia.

Quanto ao aditamento, formulado pelo Ministério Público, por ocasião da audiência de instrução e julgamento, fazendo inserir na capitulação do delito o parágrafo 7º do artigo 129 do Código Penal, na verdade não se trata de aditamento, mas de imprimir definição escorreita, de forma a que não restassem dúvidas às defesas, que conforme se vê, ocorreu das derradeiras alegações de MARCOS GERALDO FORTES, que entendeu tenha sido o delito capitulado por homicídio, estando viva a vítima. Assim, nada mais correta a inserção do parágrafo 7º, sem que dela resultasse cerceamento de defesa.

Passemos ao mérito.

Imputa-se, aos acusados, a prática do delito de lesões corporais culposas, com à causa de aumento de pena, decorrente da inobservância da regra técnica de profissão, por cederem papa de hemácias contaminada de hepatite "B" e pelo vírus da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS, que foram ministradas em SALVINA NUNES BORDUNI.

Registro que não se deu vistas ao Dr. AIDANO FARIA, admitido como assistente da acusação, porque o mesmo sequer permaneceu na sala de audiências durante todo o período da instrução, fato que enseja seja alijado da ação penal.

Crime culposo, conforme legislador pátrio, casuisticamente, indicou, é aquele cujo resultado decorre de imprudência, negligência ou imperícia do agente, ou seja, "a conduta voluntária (ação ou omissão) que produz um resultado (evento) antijurídico não querido, mas previsível, e excepcionalmente previsto, que podia, com a devida atenção, ser evitado", conforme o define MAGGIORI.

A denúncia alude a cessão de papa de hemácias contaminada com vírus de hepatite "B" e pelo da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida – AIDS, extraída de sangue doado por homossexual, pertencente ao grupo de risco, com inobservância de regras técnicas e sem proceder a exames seguros e eficazes. Os acusados agiram com culpa *in omittendo*? A atuação foi descuidada e defeituosa, ou faltou atuação em momento próprio? Omitiram ou esqueceram de precauções

e cautelas aconselhadas pela prudência, para prevenir o resultado acontecido? Houve erro profissional? Os acusados negam. SÉRGIO BARROCA declara que à coleta de sangue precedeu exame clínico e entrevista com o doador, sendo realizado exame e pesquisa de doenças comumente transmitidas pelo sangue, inclusive AIDS e hepatite, apresentando resultados negativos e, ao saber que a receptadora apresentava sinais de contaminação, submeteu o doador, que não tinha aparência de pertencer a algum grupo de risco, a novo exame, que deu resultado positivo, afirmando, ainda, que o resultado negativo pode ser explicado em razão de contaminação recente, quando ainda não havia desenvolvido anticorpos, explicando que o exame sorológico detecta os anticorpos e, não, o vírus. RUTE RIBEIRO DA SILVA declara que submeteu o doador à entrevista (bateria de perguntas), exame clínico e pesquisa de anemia, sendo então encaminhado para a coleta de sangue onde o mesmo foi submetido a exame sorológico, explicando que o resultado negativo deve decorrer de contaminação recente, quando ainda não teria anticorpos, que os testes científicos não detectam pequenas quantidades ou pequenas contaminações e que há margem de erro admitida, de mais ou menos dezesseis por cento (16%); MARCOS GERALDO FORTES declara que trabalha no período vespertino, sendo as coletas de sangue efetuadas no período da manhã, e que dos exames de pesquisa de doenças transmissíveis, a que procedeu no sangue transfundido, apresentaram resultados negativos, asseverando que acredita ter sido negativo o resultado devido a que o vírus da AIDS tem período de incubação não detectável.

Antes de perpassar pelo exame da conduta dos acusados, observo algumas facetas que correlacionam com o fato *sub examine*. Vasta foi a publicidade jornalística que se deu ao evento (fls. 37 *usque* 54) e, desde logo, acusando e condenando os envolvidos, ao que parece, mais uma atividade de promoção pessoal do que um alerta, mais uma forma de querer influir o julgamento e determinar a apenação, do que um desagravo à vítima, então cognominada ESPERANÇA, como forma de preservar-lhe a identidade ou auxílio a um julgamento sombrio, justo e perfeito.

As manchetes, quase sempre sensacionalistas, lançando os responsáveis pela transfusão do sangue à execração pública, dão conta da contaminação pelo vírus HIV, decorrente da transfusão, quando do parto, em casa de saúde da Capital. Lamentável, por todos os aspectos, a contaminação indesejada e provavelmente fatal, a falsa preservação

da identidade da vítima e a publicidade desairosa, que antecedeu ao julgamento.

Da publicação no *The New England Journal of Medicine*, sob o título INFECÇÃO COM O VÍRUS DE IMUNODEFICIÊNCIA HUMANA TIPO I EM HOMOSSEXUAIS DO SEXO MASCULINO QUE PERMANECEM SORONEGATIVOS POR PERÍODOS PROLONGADOS, os autores, após alentado desenvolvimento da matéria, quando da discussão do problema, asseveraram: "uma vez que documentamos que homens em alto risco podem ser infectados mas não soroconvertidos por, no mínimo, 36 meses, pode-se especular sobre a possibilidade de algumas pessoas abrigarem o vírus mas nunca soroconvertem". Tal afirmativa teve repercussão no meio médico-científico, conforme se vê da notícia veiculada em o *Correio Braziliense*, edição de 02 de julho de 1989, sob o título *VÍRUS DA AIDS PODE FICAR ANOS EM INATIVIDADE*, a qual transcrevo:

> "Boston — Novas pesquisas mostram que o vírus da AIDS pode ocultar-se no organismo por um período mais longo do que se supunha, escapando aos exames de detecção durante até três anos, em alguns casos. Essa observação contrária à noção tradicional de que os anticorpos contra o vírus da AIDS são produzidos dentro de seis meses após a infecção, podendo ser a partir de então detectados em exame de sangue do tipo usado na triagem de doadores. Em um relatório publicado na revista *New England Journal of Medicine*, os pesquisadores da Universidade da Califórnia em Los Angeles afirmaram que não estão seguros de que as pesquisas que abrigam "silenciosamente" o vírus possam contaminar outras pessoas durante esse período. "As implicações de uma fase de infecção não aparente são ao mesmo tempo encorajadoras e inquietantes", disse ele. Hasseltine explicou que a "boa nova" é que o vírus pode permanecer dormente por mais tempo do que se imaginava. "A observação de que em algumas pessoas a infecção pode ser controlada, ao menos por algum tempo, ou que ela pode manter-se inativa, sugere que seria possível impedir que o vírus se manifeste", afirmou ele.

Sob o título SANGUE COM AIDS ABALA OS FRANCESES, o *Jornal de Brasília*, na edição de 09 de junho de 1991, divulgou a notícia que transcrevo:

"Paris — A trágedia de 1.200 hemofílicos que contraíram o vírus da AIDS antes de 1985 por transfusões de sangue infectado abala a França e vem tomando força política, depois de sucessivas revelações da imprensa. O Centro Nacional de Transfusões Sanguíneas (CNTS), organismo que monopoliza a distribuição na França, autorizou a circulação do sangue apesar de haver comprovado que todos os seus lotes poderiam estar contaminados, segundo relatórios do próprio centro, revelados há algumas semanas pela revista *L'Evenement de Jeudi*. O diretor do centro, o médico Michel Garreta, se demitiu há uma semana e agora os responsáveis pela saúde saíram do mutismo para dizerem que não se sentem culpados e sim vítimas de um grave erro coletivo de apreciação. Segundo esses responsáveis era preciso escolher entre deixar morrer os hemofílicos ou ministrar-lhes produtos dos quais se desconheciam os graus de periculosidade".

Diante dessas observações, temerário concluir tenham os acusados, ao fornecerem a papa de hemácias que coletaram, se havido com negligência. RUTE RIBEIRO DA SILVA submeteu o doador a entrevista (fl. 241) e exame clínico, e não vislumbrando, de suas respostas, pudesse colocá-lo no grupo de risco, embora o achasse "delicado", para determinar a coleta do sangue que foi remetido ao laboratório, onde MARCOS GERALDO FORTES, observando regras técnicas de seu ofício, procedeu aos exames, que resultaram negativos, quanto à pesquisa de doenças transmissíveis pelo sangue.

Vejamos as informações trazidas pelas testemunhas. SALVINA NUNES BORDUNI (vítima) declarou "que dois meses depois da transfusão foi que detectou a contaminação da hepatite, uma vez que já estando a criança com algum peso, não conseguia tê-la nos braços; ... que anteriormente ao parto já fazia tratamento com o Dr. RAUL, pneumologista, porque sofrera pneumonia e também por poeira, pêlos e outros"; DANIEL BORDUNI (marido da vítima) declarou: "que mais ou menos trinta dias após o parto, sua mulher começou a ter febre, daí porque consultaram ao pneumologista do seu órgão de trabalho, EBCT, e então foi constatado estar ela com pneumonia; que foram feitos exames de sangue e então constatou-se estar a mesma com hepatite; que assustada com tal resultado sua mulher buscou fazer outros exames, inclusive teste de AIDS, sendo que o resultado foi positivo; que anteriormente ao parto sua mulher e o declarante não haviam se submetido a exames de hepatite e AIDS; ... que os

antibióticos injetáveis tomados por sua mulher, após constatada a pneumonia, foram mediante seringas e agulhas descartáveis ... que não se recorda o nome da farmácia onde se fizeram as aplicações ..."; ANTÔNIO BATISTA FONTENELE FILHO (obstetra da vítima) assevera: "que após a vítima constatar a contaminação, por ela foi procurado na EBCT, onde também presta serviços médicos, tendo a mesma lhe pedido declaração de que fizera o pré-natal, tendo na referida declaração feito constar que a mesma na 7ª semana de gestação teve ameaça de aborto e na 29ª semana, ameaça de parto prematuro; ... que através dos exames de rotina, não é possível detectar existência de hepatite ou AIDS; que durante o pré-natal, a vítima teve pneumonia e salvo engano foram dois processos, tratados por seu colega pneumologista da EBCT"; ROSETE RAMOS DE CARVALHO (médica responsável pela clínica de pacientes aidéticos, no Hospital de Base) informa: "que em agosto de 1988, foi a vítima encaminhada à depoente, pelo Dr. ROBSON, uma vez que tinha ela hepatite e havia resultado "positivo" quanto ao exame ELISA e anti-HIV... que naquela ocasião o doador era tido como possuidor de bom sangue, ou seja, os testes eram negativos;... que por estar a vítima apenas contaminada, a fez encaminhar ao Centro de Saúde nº 08 ... que também pediu fosse o doador submetido a todos os exames, sendo constatado que o mesmo apenas estava contaminado com o vírus... que o doador ao procurar a depoente apresentava-se portador de grande trauma e pavor, caminhando de médico para médico e de exame para exame, daí porque era difícil nele observar trejeitos que denunciassem ser o mesmo homossexual;... que é possível dar resultado negativo em pessoas já contaminadas com o vírus, isto porque, universalmente, os testes não são infalíveis, podendo ocorrer tanto nas fases inicial quanto final da moléstia, assim como nas fases intermediárias, que os organismos dos portadores são lentos em fabricar os anticorpos, o que também pode ser verificado de dia para dia ou mesmo em horas diferentes do dia"; EDUARDO PINHEIRO GUERRA (médico anestesista) registra: "que a hepatite "B" é adquirida através de um vírus, não sabendo dizer, diante de sua especialização, se é possível sua contaminação de outra forma que não seja através de transfusão de sangue; que como anestesista pode informar ser possível a contaminação através de injeções, cujas seringas ou agulhas estejam contaminadas;... que afirmar ser alguém homossexual, em razão de suas maneirices, é por tudo temerário"; CARMEM DULCE CORRÊA DE LIMA (inspetora de saúde) esclarece: "que diante da veiculação através da imprensa,

foi designada para proceder a vistoria no laboratório Transfuse; que o primeiro passo foi uma interdição provisória e dois ou três dias depois, após constatar que não havia quaisquer irregularidades nos procedimentos e técnicas por ele adotadas, a interdição foi suspensa;... que teve oportunidade de ver os registros feitos quanto ao doador e nele constava negativo, para todas as doenças"; "EDWALDO MARTINS LEAL (médico) afirma: "que tem conhecimento da possibilidade de ocorrer a denominada "janela imunológica"; que a janela imunológica é aquele período em que o paciente pode ser portador do vírus, mas que não se detecta nos exames"; JOSÉ PEDRO TOMÉ NETO (biomédico do Hemocentro de Brasília) informa: "ser praticamente impossível adotar providências para impedir que tais ocorrências como aquela relatada venha a acontecer; que através de literatura médica tem conhecimento de casos semelhantes nos Estados Unidos;... que a contaminação de hepatite "B", normalmente ocorre com transfusões de sangue, relações sexuais em que haja sangue e acidentes de trabalho em laboratórios, sendo remota as possibilidades em que venha ocorrer através de outras formas de contágio; que há possibilidade de contágio através de seringas e agulhas não descartáveis, mal esterilizadas e que tenham sido utilizadas por outra pessoa já contaminada ou mesmo reutilização de seringas e agulhas descartáveis, quando anteriormente, também, tenham sido utilizadas por portadores do vírus"; ELIZABETH MARIA TALÁ DE SOUZA (bióloga do laboratório de Biofísica da UnB) esclarece: "que quanto aos falsos "negativos", pode informar que nem sempre os mesmos aparecem, melhor, nem sempre são reclamados, uma vez que as pessoas que recebem laudo negativo nem sempre retornam, porém é possível que uma pessoa já contaminada, e não tendo sido desenvolvidos anticorpos, venha apresentar resultado negativo, quando examinada"; ANTÔNIO DE FARIA VILAÇA (médico responsável pelo laboratório de Histocompatibilidade da UnB) assegura: "que o 3º acusado se sentia muito coagido pelas notícias e divulgações feitas através dos jornais;... que há possibilidade de ocorrerem falsas negatividades em quaisquer exames, principalmente nos exames imunológicos, por serem muito sensíveis, atuando, para tanto, diversas variáveis, inclusive a temperatura ambiente".

Do exame dos autos, das digressões quanto às múltiplas correlacionadas ao delito *sub examine* e das assertivas contidas nos depoimentos coligidos, exsurge:

I — A vítima está contaminada de vírus HIV, sendo que, anteriormente, não se submetera a exame sorológico;

II — A vítima recebeu transfusão de sangue colhido de doador contaminado pelo vírus HIV;

III — Publicidade jornalística antecipou o julgamento, coagiu vítimas, levou a opinião pública a pânico, descrédito e incerteza quanto a organizações de saúde, bem como expôs a vítima a comiseração e conduziu à interdição do laboratório, que por não serem constatadas irregularidades nos procedimentos e técnicas, foi suspensa;

IV — Pessoa pode estar infectada, mas não soroconvertida, de forma a ser detectado no exame ELISA, provocando a denominada "janela imunológica" (período em que o paciente pode ser portador do vírus, não detectado nos exames) ou a "falsa negatividade" (paciente já contaminado, sem que tenha desenvolvido anticorpos, passíveis de serem detectados nos exames imunológicos, em razão de diversas variáveis, inclusive temperatura ambiente), por não serem infalíveis os testes;

V — O vírus da hepatite "B" pode ser transmitido através de seringas ou agulhas deficientemente esterilizadas ou, se descartáveis, reaproveitadas quando anteriormente foram utilizadas por portadores do vírus;

VI — A vítima, por diversas vezes, foi acometida de pneumonia (duas durante a gestação), fez uso de antibióticos injetáveis, em farmácia da periferia, não se tendo certeza, absoluta, de que as seringas e agulhas utilizadas, de fato, eram devidamente esterilizadas, descartáveis ou não reaproveitadas;

VII — Não se tem certeza quanto à origem da contaminação pelo vírus da hepatite "B", vez que não há indicação estivesse o doador contaminado;

VIII — Escorreitos os procedimentos na triagem do doador (entrevista e exame clínico) e na pesquisa de doenças transmissíveis através do sangue (laboratório) o que afasta a ocorrência de culpa *in omittendo* ou de erro profissional.

Lembro aqui, por oportuno, o milagre atribuído a SANTO ANTÔNIO, a cujo respeito, na liturgia franciscana, no ofício do Santo, se lê: " *A inocência é proclamada pela boca do menino do peito; por ele o Senhor sufoca a inveja e o espírito de vingança*". Para os não afeitos aos temas religiosos, transcrevo trecho de obra sobre a vida de Santo Antônio de Pádua: "Certa mulher foi acusada de um grande crime, que os autores não caracterizam. Inocente, ela era vítima

de uma intriga infernal, cuja urdidura a sagacidade dos magistrados não lograva deslindar. A infeliz tinha por si tão-somente a sua consciência. Isto porém não bastava para os homens; estava, pois, em risco de perder a honra e a vida. No meio de suas angústias, recorreu ao Bem-Aventurado, que parecia ser enviado do Céu, expressamente para tirá-la do embaraço. Ele, vendo nos braços da infeliz o menino que amamentava, teve a inspiração de invocar o testemunho deste que pelo Deus que faz os surdos ouvirem e que dá eloqüência aos lábios das criancinhas de peito. Interrogou-o do fato, e logo a língua da criança desatou-se: ela proclamou, diante da imensa multidão, a inocência de sua mãe; dando, assim, a vida àquela de quem tinha recebido". Lembro que do parto em que fora transfundido o sangue, coletado de doador contaminado pelo vírus HIV, veio à luz uma criança, a qual, quando no peito, houvesse possibilidade de ser interrogada pelo Santo, seu testemunho, por certo, proclamaria que os acusados não deram causa ao resultado por imprudência, negligência ou imperícia, do que me convenço.

ISTO POSTO, considerando que a lesão corporal experimentada pela vítima não decorreu de culpa *in omittendo*, com apoio no que se dispõe no artigo 386, VI, do Código de Processo Penal, absolvo SÉRGIO BARROCA MESIANO, RUTE RIBEIRO DA SILVA e MARCOS GERALDO FORTES, do delito que lhes foi imputado.

P. R. I.

Brasília, 24 de março de 1992.

JOAZIL M. GARDÉS
Juiz de Direito

VARA CRIMINAL
Comarca de
Itapiúna — CE
Processo nº 493/90

EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. RESPOSTA DO JUIZ DE DIREITO EXCETO — As hipóteses que dão causa à incapacidade subjetiva do julgador somente são aquelas expressamente definidas em lei.
(Resposta do Juiz de Direito Washington Oliveira Dias)
* Acolhida pelo Tribunal.

Vistos etc.

"Não conheço qualquer ofício em que, mais do que no Juiz, se exija tão grande noção de viril dignidade, esse sentimento que manda procurar na própria consciência, mais do que nas ordens alheias, a justificação do modo de proceder, assumindo as respectivas responsabilidades" (CALAMANDREI, PIERO, *in Elogio dei Giudici Scritto da un Avvocato*, 6ª ed., Livraria Clássica Editora, Lisboa (Portugal), 1981, pág. 167.

"Não se pode averbar de suspeito o Juiz que cumpre seu dever de velar pela rápida solução do litígio, sem prejuízo dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. Exceção rejeitada" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 6, ano 1983, e. nº 6.502, pág. 220).*

JOSÉ DOS SANTOS, qualificado às fls. e fls., conjuntamente com dois procuradores por ele regularmente constituídos (v. inst. de fls. 17), subscreveu uma *EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO* contra este Magistrado, que preside a Ação Penal em que o excipiente foi denunciado por crime previsto no art. 129, § 1º, I, do Código Penal pátrio, ora em fase de tramitação nesta Unidade Judiciária.

Recebida a propositura, este Juiz, não aceitando a suspeição levantada, por considerá-la absurda, injusta, improcedente, solerte, impertinente, procrastinatória, e, enfim, por merecer a mesma todos os mais abomináveis qualificativos, determinou que os autos lhe viessem conclusos para a resposta, que ora se apresenta.

O que "alegou" o excipiente?

Simplesmente que este Julgador, "recebendo a delatória, incontinentemente decreta prisão preventiva, e, surpreendentemente, ao invés de *ter-se declarado suspeito*, reserva UMA LAUDA INTEIRA, intercalando a medida, para, extravasando o ódio, FAZER VEEMENTE PROTESTO e carga ferrenha a todos os colegas policiais do epigrafado e a este... " (v. fls. 02) (grifo nosso)

Infelicíssimo foi o excipiente diante de tão descabida argüição de suspeição, tão mal orientada, tão mal preparada *e sem embasamento legal*, conforme passaremos a demonstrar, e, temos certeza, com esta fundamentada RESPOSTA, muito aprenderão os causídicos subscritores do malsão requerimento.

EXCUSATIO NON PETITA, FIT ACCUSATIO MANIFESTA

Eis uma máxima latina, que, traduzida, quer dizer: "O escusar-se sem ser requerido, torna a acusação manifesta".

Assim pretendia o excipiente, quando disse que este Magistrado, na ocasião do recebimento da denúncia, deveria "ter-se declarado suspeito".

Por que, se não havia para este Julgador nenhum motivo, quer de "foro íntimo", quer legal (CPP, art. 254, I a VI)?

Por que, se a consciência deste Juiz, sempre imparcial, sobrepõe-se às contingências?

Queria o excipiente, então, que este Magistrado censurasse a si próprio, para julgar-se suspeito, sem razão, sem fundamento?

Nunca, nem o excipiente, nem ninguém, queira ou espere que isso aconteça.

EXCEPTIO EST STRICTISSIMAE INTERPRETATIONIS

Outra máxima não observada pelo excipiente e seus procuradores, a de que "A EXCEÇÃO É DE INTERPRETAÇÃO ESTRITÍSSIMA".

Assim vejamos, diante da lei e das decisões dos Tribunais.

O art. 254, incisos I *usque* VI, do Código de Processo Penal Brasileiro, bem como o art. 135, incisos I *usque* V, da Lei Adjetiva

Civil pátria, *são exaustivos* das causas pelas quais se reputa fundada suspeição de parcialidade do Juiz.

Desse modo, fora das hipóteses elencadas nesses mencionados dispositivos legais, *não se poderá argüir suspeição.*

> "AMPLIAÇÃO DO TEXTO LEGAL — As causas previstas na disposição fazem parte de rol taxativo, que não pode ser ampliado" (*in Código de Processo Penal Comentado*, DAMÁSIO E. DE JESUS, 7ª ed., Saraiva, São Paulo, 1989, pág. 162, notas ao art. 254).

> *"Não se enquadrando os motivos alegados pelo excipiente, no elenco das disposições do art. 135 do Código de Processo Civil, desprocede a argüição de suspeição levantada contra o Juiz da causa"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 02 (ano 1979), e. nº 1.443, págs. 47/48).*

> *"Rejeita-se a exceção de suspeição do Juiz que não se enquadra em qualquer dos dispositivos do art. 135 do Código de Processo Civil"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará", *v. 05 (ano 1982), e. nº 5.023, pág. 65).*

Reportando-se ao requerimento de fls. 02/05, por meio do qual foi argüida a suspeição ora considerada, no texto do mesmo, em nenhuma parte se vê alguma causa apontada pelo excipiente que se enquadre no rol (taxativo) do art. 254 do Código de Processo Penal, porquanto o mesmo limitou-se a levantar a suspeição deste Juiz por dois motivos ali não enumerados: primeiro, porque este magistrado, "recebendo a delatória, incontinentemente decreta prisão preventiva"; em segundo lugar, porque fez veemente protesto contra a onda de arbitrariedades policiais e de corrupção hoje existentes neste país, principalmente no meio policial.

Ora, nenhum desses dois fatos está no elenco do citado art. 254. Portanto, é de ser rejeitada a exceção de suspeição quando ela se funda em haver o Juiz decretado a prisão preventiva do excipiente (!) e haver, no despacho que determinou essa medida constritiva, feito um protesto contra a onda de violência policial e corrupção existentes neste país (!), *pois as hipóteses que dão causa à incapacidade subjetiva do julgador somente são aquelas expressamente catalogadas.*

O Juiz deve ser intimorato, sem precisar ser inescrupulosamente ousado ou irresponsavelmente temerário. E quem melhor que um Juiz,

como representante de um Poder, para se rebelar contra a arbitrariedade e a corrupção?

Na verdade fizemos o nosso "VEEMENTE PROTESTO" (expressão do excipiente), *mas sem assacá-lo contra a pessoa de JOSÉ DOS SANTOS*.

E tal protesto se mantém, e se manterá. Não somente se manterá o protesto, mas a ação enérgica e providencial deste humílimo magistrado, sempre e onde for necessário combater a arbitrariedade e a corrupção. Relativamente a esses dois males, nunca seremos acusado de omissão.

Não temos culpa se a imprensa alardeou e noticiou o fato de maneira distorcida, conforme cópias autênticas de recortes de jornais que fizemos questão de anexar a esta resposta. Ressaltamos que não procuramos nenhum dos três maiores jornais do Ceará, no caso, o *Diário do Nordeste*, *O Povo*, e o *Tribuna do Ceará*, para direta ou indiretamente, dar qualquer entrevista, até mesmo tendo em vista a vedação contida no art. 36, III, da Lei Orgânica da Magistratura Nacional (LC nº 35, de 14.03.1979).

É indispensável que ressaltemos que nosso protesto não se põe isolado, pois toda a Nação brasileira grita e sofre com as arbitrariedades e a corrupção. É dever de cada um de nós, mesmo na qualidade de cidadãos comuns, denunciá-las e contra elas lutar. Se é dever do cidadão comum, muito mais que dever será para os Magistrados.

No meio policial, particularmente, ao lado da arbitrariedade e corrupção, existe a "hedionda tortura".

Essa expressão ("hedionda tortura") nos faz lembrar o jurista Hélio Bicudo, em uma oportunidade em que, anos atrás, dando entrevista (por nós assistida) em um canal de televisão, disse: "Para que todos tenham idéia de que a tortura é uma prática constante e ininterrupta, podem crer que, no momento em que estou dando esta entrevista, dezenas de brasileiros, indefesos, estão sendo torturados no interior de delegacias de polícia de todo esse Brasil". E, parodiando Hélio Bicudo, dizemos: "No momento em que estamos respondendo a esta exceção de suspeição, muitas arbitrariedades, corrupção e torturas estão sendo praticadas nos mais diversos lugares deste país". O que é mais grave: muitos que podem e têm o dever de fazer alguma coisa contra aquelas práticas, chegam ao absurdo de até mesmo negar que elas estejam ocorrendo.

Como pode o excipiente dizer que um protesto de tal modo generalizado está contra ele dirigido? Será que ele, pelo fato de "ser

policial", personifica todas as corporações e instituições policiais? É claro que não.

Demonstramos, assim, com mais esses argumentos, a improcedência da argüição de suspeição contra este Juiz lançada.

CARCER AD CUSTODIAM LEGAL

A prisão preventiva está revestida da mais perfeita legalidade. (Deixamos de juntar cópia do respectivo despacho, por já tê-lo feito o excipiente — v. fls. 06/12.)

O excipiente, logo que preso, tentou, através dos dois causídicos que subscreveram a petição de fls. 02/05 (argüição de suspeição), a revogação da mesma. Sabendo que isto não seria conseguido, partiu, então, para o ardiloso expediente ora em consideração, censurando a imparcialidade deste Magistrado.

Faltaram aos subscritores da exceção de suspeição, além do conhecimento do aspecto legal, um detido exame de consciência.

A falta de conhecimento dos aspectos legais, conforme acima demonstrado, deveu-se ao fato de se pretender a suspeição de um Juiz por haver este "decretado uma prisão preventiva"e "feito um protesto contra a arbitrariedade e a corrupção".

> *"SUSPEIÇÃO DE JUIZ — Parcialidade alegada em decorrência de atos praticados pelo Juiz no exercício de sua atividade jurisdicional. Exceção improcedente"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 05 (ano 1982), e. nº 4.937, pág. 36).*

> *"Uma decisão judicial, capaz de ser reparada através dos veículos de impugnação, não gera a suspeição do Magistrdo, máxime quando o Magistrado se escora em preceito da lei para despachar"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 04 (ano 1981), e nº 4.416, pág. 276).*

Tendo-se em vista essas decisões jurisprudenciais, com certeza concluirá o excipiente e seus defensores, que o caminho a ser percorrido teria sido outro, isto é, deveriam ter tentado um *habeas corpus* em lugar da exceção de suspeição.

AMIZADE ÍNTIMA OU INIMIZADE CAPITAL, AD ARGUMENTANDUM TANTUM

Só para argumentar, digamos que o pretendido fundamento da exceção tenha sido inimizade capital entre este Juiz e o excipiente. Seria um absurdo, como também não seria aceitável a alegativa de amizade íntima. Nenhuma das duas coisas, pois, na verdade, trabalhando juntos há mais de quatro anos, o excepto como autoridade judiciária e o excipiente, na condição de autoridade policial, sempre mantiveram relações estritamente funcionais e formais.

Percebe-se que o excipiente arrolou testemunhas em sua exceção (v. fls. 05). O que, através das testemunhas, pretende provar, não sabemos seguramente, pois, como já dissemos, o conteúdo da sua exceção foi, precisa e unicamente, o "decreto de prisão preventiva" e o "veemente protesto contra a arbitrariedade e a corrupção".

Se, acaso, através da prova testemunhal, eventualmente admitida, pretender provar inimizade entre o excipiente e este Magistrado, já em resposta temos o seguinte:

> *"Prova oral pretendida em processo de suspeição de Juiz, para que possa ser deferida, é indispensável guardar pertinência com o fato de que se deseja provar,* segundo o relato contido na inaugural, *assim como requerida com a dedução da exceção, desde logo apresentado o competente rol"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 04 (ano 1981), e. nº 4.188, pág. 201) (grifo nosso).*

Grifamos a expressão "SEGUNDO O RELATO CONTIDO NA INAUGURAL" porque, segundo se pode observar no rosto da vestibular exceptiva, mais precisamente no canto superior esquerdo, lê-se: "BASE JURÍDICA: ARTS. 95, I; 254, I, CPP". Ocorre, porém, que em nenhuma linha daquele requerimento há algum "RELATO" que corresponda à circunstância contida no inciso I do art. 254 do Código de Processo Penal. E, bem interpretando a ementa acima transcrita, entendemos que não basta a simples e descolocada indicação do dispositivo legal, mas exige-se pertinência do fato que há de ser dissertado com o fundamento jurídico que para o mesmo se pretende como amparo.

Por que se tentar criar, agora, uma inimizade entre o excipiente e o excepto, principalmente quando este não é afeito a qualquer tipo de indiferença?

Não somente em relação ao excipiente, mas em relação a todos os imputados que já foram submetidos a julgamento por este Juiz, não

há mágoa, não há rancor, não há nenhum sentimento negativo, porque nunca olvidamos o que CALAMANDREI (ob. cit., págs. 173/174) assim escreveu:

> "Um velho magistrado, sentindo que morria, dizia assim serenamente do seu leito:
> "Senhor, queria ao morrer ter a certeza de que todos os homens que morreram antes de mim, pois não posso pensar que fiquem nas prisões deste mundo, a sofrer penas humanas, os que lá foram metidos por ordem minha. Queria, Senhor, que quando me apresentasse ao Teu Juízo, os encontrasse à Tua porta, para que me dissessem que os julguei com justiça, segundo aquilo que os homens chamam Justiça, e se para com algum e sem dar por isso fui injusto, esse, mais do que outro, desejaria encontrar ao meu lado, para lhe pedir perdão e para lhe dizer que nem uma só vez, esqueci ser uma pobre criatura humana, escrava do erro; que nem uma só vez, ao condenar, consegui reprimir a perturbação da consciência, tremendo perante um ofício, que, em última instância, apenas pode ser Teu, Senhor!".

Ainda *ad argumentandum tantum*, mesmo que houvesse qualquer distanciamento de relações entre o excipiente e o excepto, tal "distanciamento" deveria ser suficientemente provado e julgado capaz de gerar suspeição.

Senão vejamos.

> *"SUSPEIÇÃO DE JUIZ. IMPROCEDÊNCIA — Só a inimizade capital pode fundamentar a exceção de suspeição. A simples antipatia, a malquerência e a inconformidade de opiniões não constituem motivos que legitimem a suspeição e o conseqüente afastamento do Juiz da causa"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará", *v. 02 (ano 1979), e. nº 1.686, págs. 126/127).*

> *"Só se reputa fundada a suspeição, quando restar provada a amizade íntima, ou a inimizade capital, entre o juiz e a parte. Suspeição rejeitada à falta de amparo legal. Decisão confirmada"* (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 07 (ano 1984), e. nº 7.259, pág. 58).*

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO. ALEGAÇÃO DE AMIZADE ÍNTIMA — É de se rejeitar a suspeição quando não se faz nenhuma prova do motivo que a determina" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 02 (ano 1979), e. nº 2.132, pág. 280).*

"SUSPEIÇÃO DE JUIZ — Só a amizade íntima, ou a inimizade capital, entre o Juiz e a parte, é que legitima a argüição de suspeição" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 02 (ano 1979), e. nº 1.998, pág. 234)*

As increpações ora assacadas contra este juiz, em nada alterarão nossa conduta e nossos sentimentos, relativamente a quem quer que seja. Temos desempenhado regularmente nosso nobre mister com zelo e presteza, cumprindo nossas atribuições e deveres, zelando pelo prestígio da Justiça e, equilíbrio e serenidade, temos promovido e distribuído JUSTIÇA, dentro de estrita observância dos ditames legais, sempre com fidelidade aos princípios de ética funcional, bem como mantido a respeitabilidade de nossa pessoa e a dignidade do nosso cargo, impondo assim o maior respeito à sublime Instituição da Magistratura. E, com orgulho, como Advogado, Promotor de Justiça e Juiz, *nunca* sofremos qualquer pena disciplinar, bem como contra nós não foi intentada nenhuma representação, sendo esta, inclusive, a primeira exceção de suspeição a que respondemos.

Pelos exaustivos argumentos e fundamentos apresentados, este Julgador NÃO ACEITA A EXCEÇÃO apresentada, esperando que o Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, ao apreciar e julgar esta *exceptio suspicionis*, profira uma decisão nos termos das seguintes:

"Increpação de parcialidade a pairar no vácuo das palavras, sem mínimo respaldo em qualquer elemento de prova, força é rejeitá-la. Aplicação do art. 314, primeira parte, do Código de Processo Civil" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 06 (ano 1983), e. nº 6.072, pág. 74).*

"Suspeição de parcialidade assacada a magistrado e por este repelida, sem que o excipiente oferecesse qualquer elemento de prova em abono de suas increpações. Rejeição" (in

Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 02 (ano 1979), e. nº 1.534, págs. 78/79).*

"A suspeição tem lugar quando a lei, ou o Juiz por si mesmo, declaram que ele por direito não pode ser julgador na causa. Mas não basta a recusação, se ela não resulta cumpridamente provada" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 04 (ano 1981), e. nº 4.126, pág. 181).*

"EXCEÇÃO DE SUSPEIÇÃO — Se, diante do que consta dos autos, evidente o propósito do excipiente de afastar o Juiz do processo, dispensa-se a produção de prova testemunhal. Não há de negar-se, dos ensinamentos doutrinários e da própria jurisprudência dominante, não bastar um simples capricho do excipiente ou mesmo parecer-lhe que o Juiz não oferece suficiente garantia de imparcialidade, para arredá-lo da função que a lei lhe atribuiu" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 04 (ano 1981), e. nº 3.837, pág. 80).*

"A exceção de suspeição há de se especificar o motivo da recusa, que deverá restar plenamente comprovado. Tal não ocorrendo, por insubsistente é de ser tida a argüição" (in Ementário de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, *v. 04 (ano 1981), e. nº 3.881, pág. 95).*

Destarte, espera este Magistrado *seja julgado improcedente este incidente de suspeição*, por absoluta falta de fundamento, devendo o excipiente ser condenado nas cominações legais.

Com todo o respeito e o devido acatamento à superior decisão desse Eg. Tribunal de Justiça, manifesta-se nesses termos a nossa resposta.

Itapiúna (CE), 13 de dezembro de 1990.

WASHINGTON OLIVEIRA DIAS
Juiz de Direito

13ª VARA CRIMINAL
Comarca da
Capital — RJ
Processo nº 46.374

FURTO QUALIFICADO. RECEPTAÇÃO. DIREITO AUTORAL. CRIME CONTINUADO — Subtração, reprodução de matrizes iguais (acetatos) de seleção musical gravada pelo cantor Roberto Carlos e venda de discos. Comprovados o furto qualificado, a receptação, a violação do direito autoral no crime continuado.
(Sentença do Juiz de Direito Cármine Antônio Savino Filho)

Vistos etc.

WILLIAM ARAÚJO LUNA, NEIR MONTE AGUIAR, HÉLIO ARAÚJO LUNA, JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA, MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS, ROGÉRIO PINTO DE BASTOS, EDSON LUIZ DIAS e JOSÉ DA SILVA GOMES, devidamente qualificados nos autos, foram processados por esta justiça através de requerimento inicial de queixa-crime,

que informa, a fls. 02 *ut* 07:

"DISCOS CBS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA., sociedade comercial, com sede nesta cidade, à Praia do Flamengo, 200, 15º andar, nos autos do requerimento de perícia em curso neste Juízo, e tendo em vista o que se apurou no inquérito nº 19/81, realizado pela Delegacia de Roubos e Furtos, aforado também nesse Juízo (Proc. nº 45.979), vem, no prazo legal, apresentar

QUEIXA

contra *NEIR MONTE AGUIAR*, brasileiro, solteiro, técnico de corte, domiciliado à Rua Djalma Pontes Nogueira, 2 (Ilha do Governador);

WILLIAM ARAÚJO LUNA, brasileiro, casado, comerciante, domiciliado nesta cidade, à Av. Borges de Medeiros, 3371, ap. 201, e *JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA*, brasileiro, casado, comerciante, domiciliado nesta cidade, à Rua Raul Barroso, 89, pelos fatos delituosos que a seguir são narrados.

I

1 — A querelante é cessionária de direitos sobre interpretações artísticas, conforme contrato celebrado em 31 de outubro de 1978, com o cantor Roberto Carlos Braga, que usa simplesmente o prenome Roberto Carlos (fl. 38 do inquérito). Com base nesse contrato, a querelante fabrica e comercializa discos e fitas magnéticas, com obras musicais interpretadas pelo cantor.

2 — A querelante constitui, no Brasil, empresa do grupo americano CBS, sendo a CBS (Columbia Broadcasting System) Inc. proprietária da totalidade das cotas de seu capital, por si mesma e por sua subsidiária, a Columbia Recording Corp. que é titular de ínfima parcela. Assim sendo, somente a querelante pode usar no Brasil a marca CBS, que está registrada no Instituto Nacional de Propriedade Industrial, sob nº 1272/0309685 (fl. 13). À querelante compete, portanto, defender a exclusividade do uso da marca, que constitui valioso patrimônio.

II

3 — O querelado *NEIR MONTE AGUIAR* abusando de sua condição de empregado da querelante, e violando gravemente os seus deveres funcionais, fabricou dois acetatos referentes ao último disco do cantor Roberto Carlos, subtraindo-os. Acetatos são os discos matrizes, fabricados com material importado e mediante delicados processos técnicos, com os quais se fabricam os discos, sendo possível com um acetato produzir até 500.000 cópias. O fato ocorreu no final do mês de novembro de 1980.

4 — Tendo fabricado, para subtrair, os dois acetatos, *NEIR MONTE AGUIAR* os vendeu ao querelado *WILLIAM ARAÚJO LUNA*, com quem já havia anteriormente trabalhado, na firma Somil Som e Imagem Ltda., pelo preço de Cr$ 200.000,00, dos quais recebeu apenas Cr$ 80.000,00. O valor material de cada acetato é de US$200 (duzentos dólares), embora o seu valor para um fabricante de discos seja inestimável, dado o imenso número de cópias que permite.

5 — Recebendo os acetatos, o querelado *WILLIAM ARAÚJO LUNA* produziu em sua firma denominada INFOCO, localizada na Av. Brasil, 8.865, uma quantidade de cópias desconhecida, embora tenha confessado apenas a produção de 12 a 13 mil cópias (fl. 13 v do inquérito).

6 — Para comercialização dos discos, *WILLIAM ARAÚJO LUNA* contratou com a Gráfica Itabira Ltda., situada à Rua Pedro Ernesto, 38, na Gamboa, a confecção de selos (etiquetas) e capas, o que ficou perfeitamente comprovado com a apreensão de fotolitos dos selos e filmes para impressão das capas, realizada naquele local pela autoridade policial (fl. 6 do inquérito) e com a confissão do responsável pela gráfica, *Orestes Fantoni* (fl. 20 do inquérito) .

7 — A contratação, elaborada por processo fotográfico, reproduz, nos selos e nas capas dos discos, a marca CBS (fl. 38 e 39).

8 — Uma vez produzidos pelo querelado *WILLIAM ARAÚJO LUNA* os discos, e em condições de comercialização, com a colagem dos selos (nos discos autênticos os selos são prensados) , foram eles vendidos ao querelado *JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA*, que não podia desconhecer a sua origem criminosa. Este, por seu turno, os revendeu a diversos comerciantes, vendendo-os também ao público em sua loja (Rafaela Discos Ltda., em Duque de Caxias) (fl. 9v do inquérito) .

9 — Os discos produzidos criminosamente foram quase todos vendidos imediatamente ao público. Quando um disco de Roberto Carlos é lançado, vendem-se 2 milhões de cópias. Os que adquiriram discos falsificados são comerciantes regulares do ramo, e vendiam também discos autênticos (que eles reconheciam facilmente não só pelas diferenças técnicas notáveis, como, e principalmente, pelo preço). Os discos falsificados foram vendidos, evidentemente, primeiro.

10 — Foi possível, no entanto, apreender na firma Beija-Flor Discos Ltda., situada à Rua 13 de Maio, 78, em Nova Iguaçu, de responsabilidade de *José da Silva Gomes*, 5 discos reproduzidos ilegalmente (fl.35). *José da Silva Gomes* afirmou ter trocado os discos falsificados com *Edson Luiz Dias* (fl. 18 do inquérito), que os comprou sem nota fiscal do já citado *Jefferson Antônio da Silva Vieira* (fl. 19v do inquérito).

III

11 — A ação policial conduziu também à apreensão de fitas magnéticas falsificadas, com músicas interpretadas pelos cantores

Roberto Carlos e Julio Iglezias, que são de fabricação exclusiva da querelante. Tais fitas foram apreendidas na firma M. F. Alves dos Santos, de propriedade de *Manuel Frederico Alves dos Santos*, que comprou também discos falsificados de *Jefferson Antônio da Silva Vieira* (fl. 22 do inquérito). Em poder de *Manuel Frederico Alves dos Santos* foi apreendida uma capa falsa (fl. 34).

12 — Na firma Beija-Flor Discos Ltda., de José da Silva Gomes, foram igualmente apreendidas fitas falsificadas (fl. 34), além dos discos.

13 — Demonstra-se assim a existência de um comércio marginal com discos e fitas falsos, em extensa atividade criminosa, com graves danos para a querelante.

IV

14 — O querelado *NEIR MONTE AGUIAR*, com a atividade descrita, praticou o crime previsto no art. 184 CP, na forma como se achava em vigor antes do advento da Lei 6.895, de 17 de dezembro de 1980. Praticou, por igual, o crime de violação de direito de marca de indústria, previsto no art. 175, I Cod. Propriedade Industrial e o de corrupção previsto no art. 178, X do mesmo código.

15 — O querelado *WILLIAM DE ARAÚJO LUNA* praticou os crimes previstos no art. 184 CP, na forma como se achava em vigor antes do advento da Lei 6.895, bem como os crimes previstos nos artigos 175, I e 178, IX Cod. Propriedade Industrial.

16 — O querelado JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA praticou o siume previsto no art. 184 CP, como se achava em vigor antes do advento da Lei 6.895, bem como o crime previsto no art. 175, I, Cod. Propriedade Industrial.

17 — São estes os crimes praticados pelos querelados e que fundamentam a presente queixa.

V

18 — A investigação dá também notícia de outros crimes de ação pública, que devem ser objeto de denúncia. Assim, *NEIR MONTE AGUIAR* praticou também o crime de furto (art. 155 CP). *WILLIAM ARAÚJO LUNA* e *JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA* praticaram também o crime de receptação (art. 180 CP). *JOSÉ DA SILVA GOMES, EDSON LUIZ DIAS, MANUEL FREDERICO ALVES*

DOS SANTOS praticaram o crime previsto no art. 184 § 1º CP, como se apresenta após a vigência da Lei 6.895.

VI

19 — À vista do exposto, requer o querelante seja a queixa recebida, prosseguindo-se como for de direito para a final condenação dos querelados, às penas cominadas aos crimes que praticaram.

Os acusados foram denunciados pelo Representante do Órgão do Ministério Público (fls. 09 ut 16), com atribuição neste Juízo, como incursos nas penas do artigo 155 § 4º, IV (CP) = 1º, 2º e 3º acusados; artigo 180 (CP) = 4º acusado; artigo 184 § 2º c/c 51 § 2º do C. Penal (hoje: artigo 71 CP) = 5º, 6º, 7º e 8º acusados;

P O R Q U E:

Segundo denúncia de fls. 09 *ut* 16,

"Na segunda quinzena do mês de novembro de 1980, em dia e hora que se não obteve determinar, *nesta cidade do Rio de Janeiro, na Rua Visconde do Rio Branco, número 53*, os *PRIMEIRO, SEGUNDO E TERCEIRO DENUNCIADOS*, unidos na realização de um desígnio criminoso comum, subtraíram, para si, duas matrizes iguais (acetatos) da seleção musical gravada pelo cantor Roberto Carlos para o disco número de série 230055, com dez músicas, cujos títulos e autores estão especificados às fls. 12 e 13 do laudo pericial de fls. 25/56 dos autos da medida preparatória que, juntamente com o inquérito neste Juízo tombado sob o número 45.979, instrui esta acusatória, matrizes essas pertencentes à *DISCOS CBS INDÚSTRIA E COMÉRCIO LIMITADA*, com oficina no endereço ora em referência e que ficou lesada no seu patrimônio.

O *SEGUNDO DENUNCIADO* — cuja adesão ao plano criminoso havia sido obtida pelo *PRIMEIRO DENUNCIADO*, autor intelectual de toda a trama e que lhe prometera, quando do ajuste do cometimento, o pagamento de duzentos mil cruzeiros pela execução material do fato — foi quem, como combinado, levou a cabo o apoderamento, que obteve, valendo-se da sua condição de preposta da *LESADA*, dentro da qual, técnico de corte que era, fabricou, ao receber as fitas com as gravações em causa, dois acetatos a mais dos que lhe haviam determinado fazer,

exatamente os dois de que se apoderou e que, assim fazendo, ato seguido, levou até o estabelecimento da *HAWAY GRAVAÇÕES LTDA.*, situado na rua Costa Ferreira, número 102, nesta Cidade do Rio de Janeiro, onde foram recebidos pelo *TERCEIRO DENUNCIADO*, que, ao que se tem, de tanto se incumbira perante o *PRIMEIRO DENUNCIADO*, o qual, diga-se, somente veio a pagar ao *SEGUNDO DENUNCIADO*, parceladamente, apenas oitenta mil cruzeiros do preço que combinara.

O *PRIMEIRO DENUNCIADO*, recebendo os acetatos, reproduziu na INFOCO, estabelecida na Avenida Brasil, número 8.865, nesta cidade do Rio de Janeiro, a seleção musical em questão, fabricando, pelo menos, doze mil cópias, em forma de discos, além do que, simultaneamente, contratou com a GRÁFICA ITABIRA LTDA., estabelecida nesta cidade do Rio de Janeiro, na Gamboa, na Rua Pedro Ernesto, número 38, a confecção de selos e capas, semelhantes aos originais da *LESADA* e destinados aos discos em alusão, arredondando, assim, a contrafação desde antes colimada e que subsume não só violação de direitos autorais, mas também de direito de marca, ambas tipificadas como crimes em o nosso sistema penal material vigente.

No princípio do mês de dezembro do ano de 1980, em dia e hora que se não obteve determinar, nesta cidade do Rio de Janeiro, na Rua Costa Ferreira, número 102, o *QUARTO DENUNCIADO*, sabendo que eram produto dos crimes já descritos, adquiriu das mãos do *PRIMEIRO DENUNCIADO*, pelo preço de duzentos e vinte cruzeiros a unidade, onze mil e setecentos discos e respectivas capas, quantidade equivalente à quase totalidade das reproduções delituosas em consideração, parte da qual recebeu no estabelecimento da INFOCO, enquanto a outra lhe foi entregue pelo *PRIMEIRO DENUNCIADO* ele mesmo, no estabelecimento da RAFAELA DISCOS LTDA., em Duque de Caxias, neste Estado do Rio de Janeiro, onde o *QUARTO DENUNCIADO*, durante o mês de dezembro de 1980, expôs à venda e vendeu, no balcão, os discos adquiridos, com exceção dos que permutou com o *QUINTO DENUNCIADO* e dos que vendeu aos *SEXTO* e *SÉTIMO DENUNCIADOS* e a um tal Nílton, vendedor extra, transações estas que serão, excluída a última, descritas a seguir.

No dia 17 de dezembro de 1980, em hora que se não obteve determinar, neste Estado do Rio de Janeiro, em Duque de Caxias, na Rua José de Alvarenga, na loja 25 do Shopping Center, o *QUINTO DENUNCIADO*, sabendo que eram produto dos crimes já descritos, recebeu, por permuta, no valor de duzentos e cinqüenta cruzeiros a

unidade, das mãos do *QUARTO DENUNCIADO*, novecentos e noventa discos e respectivas capas, os quais, no período compreendido entre a data supra e o dia 21 de janeiro de 1981, em transações sucessivas, vendeu no estabelecimento da M. F. ALVES DOS SANTOS LTDA., situado no endereço ora indicado acima.

No início do mês de dezembro de 1980, em dia e hora que se não obteve determinar, neste Estado do Rio de Janeiro, em Duque de Caxias, na Rua José de Alvarenga, número 140, o *SEXTO DENUNCIADO*, sabendo que eram produto dos crimes já descritos, adquiriu das mãos do *QUARTO DENUNCIADO*, pelo preço de duzentos e cinqüenta cruzeiros a unidade, três mil e quinhentos discos e respectivas capas, os quais, no período que abrange o mês de dezembro de 1980 e os primeiros vinte e um dias do mês de janeiro de 1981, em Duque de Caxias, no estabelecimento da MUSICAL E INSTRUMENTAL CAXIENSE LTDA., situada no endereço ora indicado acima, e nos da GALERIA DA MÚSICA e RAFAELA DISCOS LTDA., vendeu, em transações sucessivas.

Na segunda quinzena do mês de dezembro de 1980, em dia e hora que se não obteve determinar, neste Estado do Rio de Janeiro, em São João de Meriti, na Avenida Doutou Arruda Negreiro, número 105-A, o *SÉTIMO DENUNCIADO*, sabendo que eram produto dos crimes já descritos, adquiriu das mãos do *QUARTO DENUNCIADO*, pelo preço de duzentos e sessenta cruzeiros a unidade, um mil e duzentos discos e respectivas capas, dos quais duzentos foram permutados com o *OITAVO DENUNCIADO*, enquanto os mil restantes, no período que abrange a segunda quinzena do mês de dezembro de 1980 e os vinte e cinco primeiros dias do mês de janeiro de 1981, em transações sucessivas, foram vendidos por ele mesmo no estabelecimento da MAQUETTE SOM, COMÉRCIO DE DISCOS LTDA., situado no endereço ora indicado acima.

Na segunda quinzena do mês de dezembro de 1980, em dia e hora que se não obteve determinar, neste Estado do Rio de Janeiro, em Nova Iguaçu, na Rua 13 de Maio, número 78, o *OITAVO DENUNCIADO*, sabendo que eram produto dos crimes já descritos, recebeu, por permuta, das mãos do *SÉTIMO DENUNCIADO*, duzentos discos e respectivas capas, os quais, no período que abrange a segunda quinzena do mês de dezembro de 1980 e os vinte e cinco primeiros dias do mês de janeiro de 1981, em transações sucessivas, vendeu no estabelecimento da BEIJA-FLOR LTDA., situado no endereço ora indicado acima.

Ainda os *QUINTO* e *OITAVO DENUNCIADOS*, aquele no estabelecimento da M. F. ALVES DOS SANTOS LIMITADA e este no da BEIJA-FLOR DISCOS LTDA., acima já particularizados, respectivamente nos dias 22 de janeiro de 1981 e 26 de janeiro de 1981, expuseram à venda as fitas cujos números estão indicados, respectivamente, nos itens I, letra *a*, primeiro parágrafo, e II, letra *a*, primeiro parágrafo, ambos do número 3 dos quesitos adicionais e constantes de fls. 11 do laudo pericial de fls. 25/56 da medida preparatória e descritas às fls. 13 da mesma peça técnica, fitas essas que, como os discos e capas tratados anteriormente, consubstanciam contrafação, já em relação aos direitos autorais, já em relação ao direito da marca CBS, o que induvidosamente era do conhecimento dos denunciados em alusão.

O laudo da medida preparatória, nas partes às quais se remeteu o MINISTÉRIO PÚBLICO, fica integrando esta denúncia.

Estando assim, incursos os *PRIMEIRO*, *SEGUNDO* e *TERCEIRO DENUNCIADOS* na sanção do artigo 155, parágrafo 4º, inciso IV, do Código Penal, o *QUARTO DENUNCIADO* na sanção do artigo 180 do Código Penal e os *QUINTO*, *SEXTO* e *OITAVO DENUNCIADOS* na sanção do artigo 184, parágrafo 2º, do Código Penal, combinado com o artigo 51, parágrafo 2º (hoje artigo 71), do mesmo diploma legal, quer o MINISTÉRIO PÚBLICO propor a presente ação penal, requerendo, em conseqüência, que se digne Vossa Excelência de receber esta acusatória e de ordenar o chamamento dos Imputados, para que venham responder a todos os seus termos, permanecendo no feito até o seu final.

Processo desenvolvido dentro das normas legais.

Documento traduzido a fls. 21 e 22;

Interrogatório de NEIR MONTE AGUIAR (fls. 42), negando a autoria, dizendo que assinou confissão na polícia sob a ameaça de espancamento;

Interrogatório de JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA (fls. 43), onde nega a autoria, afirmando ter sido agredido para assinar a confissão na polícia;

Interrogatório de HÉLIO ARAÚJO LUNA (fls. 44), negando autoria, confirmando que trabalhava com o irmão William;

Interrogatório de MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS (fls. 45), negando também a autoria, mas confirmando que chegou a trocar de 400 a 500 discos com Jefferson, sem saber que o material era de procedência ilícita;

Interrogatório de JOSÉ DA SILVA GOMES (fls. 46), não confirmando a autoria, mas diz ter chegado a trocar discos com Edson;

Nobres advogados apresentam Alegações Preliminares a fls. 48, 49, 50, 51 e 52;

Foram juntados documentos a fls. 53 *ut* 95;

Alegações de José da Silva Gomes, a fls. 96;

Peças juntadas a fls. 97 *ut* 116;

Interrogatório de WILLIAM ARAÚJO LUNA (fls. 117) : negando a autoria e afirmando não ter comprado de Neir acetato, nem vendido disco para o Jefferson; diz que assinou declarações na polícia, sob ameaça de agressão;

Alegações de William Araújo Luna, a fls. 119 e 120;

Documentos juntados a fls. 131 *ut* 138;

Interrogatório de ROGÉRIO PINTO DE BASTOS (fls.141), que afirma ter comprado as lojas de Jefferson , e com elas vieram os discos referidos no processo;

Interrogatório de EDSON LUIZ DIAS (fls. 142), que nega a autoria, mas confirmando que chegou a comprar discos do José, mas estes eram da fábrica;

Alegações da Defesa a fls. 144 *ut* 146;

Requerimento da querelante a fls. 148 e 149;

Documentos a fls. 150 a 153;

Habeas Corpus denegado a fls. 209 e 210.

Procedeu-se a instrução criminal, sendo inquiridas as testemunhas: BOLÍVAR TELLES SIMÕES (fls. 211 e 211v) — confirmando as acusações contra NEIR e WILLIAM; FRANCISCO DAS CHAGAS MONTEIRO (fls. 212/212v) — que declara ter Jefferson vendido discos falsos, mas que os outros acusados compraram o material de boa-fé;

Documentos a fls. 241 *ut* 247;

Foram ouvidas as testemunhas: ROBERTO EDWARD HALBOUTI (fls. 250 a 250v) — confirmando as acusações contra o acusado Neir; MARCO AURÉLIO ÉBOLI (fls. 251) — confirmando a existência de discos "piratas" de Roberto Carlos; que confirma a acusação contra Neir; PAULO CÉSAR COSTA (fls. 252) — que confirma a venda de discos "piratas"de Roberto Carlos na Baixada;

A fls. 255 *ut*, requerimento e deferimento da assistência do MP;

Foram ouvidas, ainda, as testemunhas: ORESTES FANTONI FILHO (fls. 258 e 258v) — que tem gráfica e imprimiu para William 15.000 capas para o disco do Roberto Carlos; ELIESER PINTO FIGUEIRA (fls. 259), negando as acusações contra os réus;

Documentos juntados a fls. 266 *ut* 269;

Prosseguindo a instrução criminal, foram inquiridas as testemunhas de defesa: RENATO CARNEIRO (fls. 275, 275v e 276), nada confirmou contra os acusados; EDUZARDO G. ROCHA (fls. 277) — nada confirmou contra os acusados; JOSÉ DA COSTA MEDEIROS (fls. 278 e 278v) — não confirmando as acusações contra os acusados; VICENTE DA SILVA LIMA (fls. 279) — nada confirmando contra os acusados; JOSÉ RIBAMAR LEITÃO (fls. 280) — que conhece apenas o 1º e o 3º acusados, nada tendo contra os mesmos, e nada sabendo que possa desabonar a conduta dos acusados; que sobre os fatos, em si, nada pode esclarecer.

Alegações Finais da parte querelante, a fls. 310 a 321, pleiteando a acusação dos acusados, na forma do pedido inicial, considerando que as acusações propostas contra os réus resultaram comprovadas;

Alegações do Órgão do Ministério Público, a fls. 322 *ut* 327, pleiteando a condenação dos acusados, nos exatos termos da peça exordial do M. Público. No que tange à ação privada, opina o M. Público pela sua procedência, com a exclusão, entretanto, do acusado JEFFERSON, da imputação que lhe é feita do crime previsto no artigo 175 do Código de Propriedade Industrial, em vista de não ter restado provada na fase policial e em Juízo a prática, pelo mesmo, de tal delito, em concurso com os acusados NEIR e WILLIAM.

Pela da parte querelante a fls. 329 *ut* 333, requerendo a condenação dos réus;

Alegações de WILLIAM ARAÚJO LUNA (fls. 335 *ut* 342) — prestando informações e requerendo a absolvição do mesmo;

Documentos juntados a fls. 343 a 386;

Alegações Finais de JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA (fls. 387 *ut* 394), requerendo pela absolvição do mesmo;

Alegações Finais de ROGÉRIO PINTO DE BASTOS (fls. 395 a 404), com o pedido final de absolvição do réu;

Alegações Finais de JOSÉ DA SILVA GOMES (fls. 410 a 412) — requerendo a absolvição do mesmo;

Alegações Finais de EDSON LUIZ DIAS (fls. 413 a 417) – com pedido final de absolvição do mesmo réu;

Alegações Finais de NEIR MONTE AGUIAR (fls. 420 *ut* 423) — expondo e requerendo a absolvição do réu;

Alegações Finais de MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS, a fls. 424 e 425, requerendo a absolvição, pela fragilidade da prova colhida;

Alegações Finais de HÉLIO ARAÚJO LUNA (fls. 426 a 428), requerendo a absolvição, em decorrência da prova frágil e insuficiente;

Competência declarada, a fls. 433;

Conflito negativo de competência, a fls. 444 a 447;

Conflito solucionado pela Segunda Instância, determinando que a 13ª Vara Criminal é competente para julgar o feito.

NOS AUTOS EM APENSO, tenho:

Auto de apresentação e apreensão a fls. 04 *ut* 08, dos discos referidos nas peças iniciais (querelante e Órgão do MP);

Audição de WILLIAM ARAÚJO LUNA (fls. 11 a 12v) — confirmando os fatos; WILLIAM foi ouvido ainda a fls. 13 a 14. Audição de NEIR GOMES AGUIAR (fls. 15 e 16) — confirmando os fatos; ELIESER PINTO FIGUEIRA (fls. 17 e 17v) — fala sobre um recado para NEIR, sobre algum "tape"; ouvido JOSÉ DA SILVA GOMES (fls. 18 e 18v) — que afirma ter trocado discos com Edson; EDSON LUIZ DIAS (fls. 19 e 19v) — que comprou discos de Jefferson, e este afirmou que estava acabando com suas lojas; ORESTES FANTONI (fls. 20 e 20v) — confirmando que fez para William capas para o disco do Roberto Carlos; ROGÉRIO PINTO DE BASTOS (fls. 21 e 21v) — que comprou as lojas de Jefferson e com elas vieram os discos do Roberto Carlos. Que não sabia da ilicitude da origem dos discos; MANOEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS (fls. 22 e 22v) — informa que trocou discos com o Jefferson; que desconhecia a procedência do material.

Peça policial a fls. 23 *ut* 31, sobre os fatos;

Apreciação técnica sobre as reproduções ilícitas (fls. 33 a 37), confirmando as alterações;

Contrato de cessão de direitos sobre interpretações artísticas (fls. 38 a 57);

Documentos a fls. 58 *ut* 78;

No segundo AUTOS EM APENSO, TENHO:

Peça da parte querelante, a fls. 02 *ut* 06;

Documentos a fls. 07 a 15;

Quesitos, a fls. 17 a 19;

Quesitos do Órgão do M. Público, a fls. 20;

Laudo de exame de material, a fls. 25 *ut* 55, confirmando as acusações contidas nas peças exordiais.

É o Relatório.

II

Isto posto, passo a DECIDIR:

a) QUANTO AOS ACUSADOS:

WILLIAM ARAÚJO LUNA, NEIR MONTE AGUIAR, HÉLIO ARAÚJO LUNA, as AUTORIAS resultaram provadas. Os mesmos se uniram na realização do delito, ou seja, o primeiro acusado organizou o crime, com ajuda do segundo acusado e terceiro, inexistindo patamar lógico-jurídico às teses argüidas pelas nobres Defesas (fls. 11 a 12v, 13 e 14) (autos em apenso de número 01); 15, 16 (apenso 01) — e fls. 211 a 211v ; fls. 250. 250v, fls. 251; fls. 258 e 258v.

Ressalte-se que o material gráfico, encomendado pelo primeiro acusado, foi feito por Orestes Fantoni (fls. 258 e 258v), confirma seu trabalho, para William.

Os acusados negam as autorias, em Juízo.

O OBJETO MATERIAL da ação está positivado pelo laudo de avaliação indireta (fls. 306, 307) , auto de apresentação técnica sobre as reproduções ilícitas, de fls. 33 a 37, no primeiro apenso; e Laudo de exame de material, de fls. 25 a 55 — do apenso dois.

O JUÍZO DE REPROVABILIDADE do obrar desvalorado dos autores do fato punível resultou provado, face o dolo relativo ao tipo do injusto violado (art. 155 § 4º, do C. Penal).

O primeiro acusado organizou a trama, fazendo a subtração de material da CBS, com a ajuda de NEIR e toda participação do irmão HÉLIO.

Os réus são primários;

b) QUANTO AO ACUSADO:

JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA, a AUTORIA também resultou provada. Apesar da negativa em Juízo, Jefferson comprou o material da CBS, para revenda. A receptação vem comprovada nos autos (fls. 252) , comprovada ainda a fls. 19 e 19v, nos autos em apenso; Não só comprou os discos, como também, revendeu os mesmos. Inexiste base lógico-jurídica à tese da nobre Defesa, do mesmo acusado.

O OBJETO MATERIAL da ação está positivado através do auto de apresentação e apreensão a fls. 04, 08 — e mais, provas comple-

mentares do laudo de avaliação indireta (fls. 33 a 37) — (APENSO 01), Contrato de Cessão de Direitos sobre interpretações artísticas (fls. 38 a 57) — (Apenso 01) e Laudo de exame de material (fls. 25 a 55) (Apenso 02).

O JUÍZO DE REPROVABILIDADE do obrar desvalorado do autor do fato punível resultou provado, face o dolo relativo ao TIPO do injusto violado (art. 180 do C. Penal).

O réu é primário.

c) QUANTO AOS RÉUS:

MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS, ROGÉRIO PINTO DE BASTOS, EDSON LUIZ DIAS e JOSÉ DA SILVA GOMES, resultou comprovada as AUTORIAS surgiram comprovadas. Os acusados negam, mas estas vêm reveladas nos autos.

Diz o § 2º do Art. 184 do C. Penal:

Dos crimes contra a propriedade intelectual. Da violação do Direito autoral:

"... na mesma pena do parágrafo anterior incorre quem vende, expõe à venda, introduz no País, oculta ou tem em depósito, para fim de venda, original ou cópia de obra intelectual, fonograma ou videofonograma, produzidos com violação de direito autoral"

Os autos revelam que o material da CBS, reproduzido ilicitamente, foram encontrados nas lojas dos acusados acima mencionados.

Claro que, conhecedores do ramo do disco, das fitas, e outro material similar, os acusados sabiam que a transação deste material exige documentação legal, o que não foi atendido pelos acusados em questão (fls. 45, 22 e 22v) (Apenso 01), fls. 141, 21 e 21 v (Apenso 01) , fls. 142, 19 e 19v (Apenso 01) , fls. 46, fls. 18 e 18v (Apenso 01) . E fls. 252, fls. 258 e 258v.

Considere-se ainda que, tendo sido feito também capas falsas, na gráfica de ORESTES FANTONI (fls.258 e 258v), mais outra evidência para que os acusados acima, desconfiassem da origem do material.

Observe-se ainda que:

ao planejar a reprodução de material ilícito, WILLIAM necessitaria do auxílio de comerciantes. Não se pode produzir material ilícito, sem a conivência de lojas para a venda do material.

O OBJETO MATERIAL da ação está positivado pelo Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 04 a 08), além de outras peças

complementares a fls. 306, 307 (Laudo de Avaliação indireta), fls. 33 a 37 — apenso 01 — (Apreciação técnica sobre as Reproduções ilícitas; fls. 38 a 57 (Contrato de Cessão de direitos sobre interpretações artísticas) (Apenso 01); fls. 25 a 55 — apenso: Laudo de exame de material.

O JUÍZO DE REPROVABILIDADE do obrar desvalorado dos autores do fato punível resultou provado, face o dolo relativo ao TIPO do injusto violado (art. 184 § 2º c/c art. 71 do C. Penal).

Os réus são primários.

III

DISPOSITIVO:

Por qualquer perspectiva que se contemple a questão, os autos revelam que WILLIAM, NEIR e HÉLIO se organizaram na subtração de elementos que possibilitassem a reprodução de trabalhos artísticos do cantor ROBERTO CARLOS sendo que apenas a CBS possuía direitos para tal, que JEFFERSON cometeu a receptação , adquirindo o material ilícito; que MANUEL, ROGÉRIO, EDSON e JOSÉ, proprietários de lojas de dicos, vendiam e expunham para venda o material ilicitamente reproduzido.

Assim:

Julgo procedente, EM PARTE, as postulações da Queixa-Crime — e procedente o pedido exordial do Órgão do Ministério Público, a fim de condenar WILLIAM ARAÚJO LUNA, NEIR MONTE AGUIAR, HÉLIO ARAÚJO LUNA, JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA, MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS, ROGÉRIO PINTO DE BASTOS, EDSON LUIZ DIAS e JOSÉ DA SILVA GOMES, pela infringência dos artigos 155 § 4º (1º, 2º e 3º acusados), 180 (4º acusado) e 184 § 2º c/c 71 (crime continuado) — (5º, 6º, 7º e 8º acusados) — todos do Código Penal, à pena privativa de liberdade, cuja base fixo:

PARA:
WILLIAM ARAÚJO LUNA
NEIR MONTE AGUIAR e
HÉLIO ARAÚJO LUNA:

tendo em vista a primariedade e o dolo em relação ao tipo do injusto (fls. 220, 219), em: *02 (dois) anos e 06 (seis) meses* de reclusão, pena esta que considero definitiva, na ausência de outras circunstâncias

especiais de aumento ou diminuição e ao pagamento de 10 (dez) DM — com o valor único de 1/30 do SMR, à época do fato;

PARA:

JEFFERSON ANTÔNIO DA SILVA VIEIRA:

tendo em vista a primariedade e o dolo em relação ao tipo do injusto (fls. 221), em *02 (dois) anos e 04 (quatro) meses* de reclusão, pena esta que considero definitiva, na ausência de outras circunstâncias especiais de aumento ou diminuição — e ao pagamento de 10 (dez) DM — com valor unitário de 1/30 do SMR, à epoca do fato.

Ressalte-se que o referido acusado não só adquiriu a *RES*, como, também, transmitiu-a aos comerciantes, proprietários das lojas de discos;

PARA:

MANUEL FREDERICO ALVES DOS SANTOS,

ROGÉRIO PINTO DE BASTOS,

EDSON LUIZ DIAS e

JOSÉ DA SILVA GOMES:

tendo em vista a primariedade e o dolo em relação ao tipo do injusto, em : *01 (um) ano e 06 (seis) meses* de reclusão, que aumento da metade, pelo reconhecimento da existência do crime continuado (art. 71 CP), ficando a pena calculada definitivamente em: *02 (dois) anos e 03 (três) meses* de reclusão, na ausência de outras circunstâncias especiais de aumento ou diminuição – e ao pagamento de 10 (dez) DM — com o valor unitário de 1/30 do SMR, à época do fato.

CUSTAS *EX LEGE*, proporcionalmente por todos os réus.

Lancem-se seus nomes no rol dos culpados.

Expeça-se a documentação necessária, fazendo-se as anotações de praxe.

Considerando a primariedade dos acusados, estabeleço para os mesmos o regime ABERTO.

Transitada em Julgado, que estes autos sejam encaminhados à Vara de Execuções Criminais.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 28 de dezembro de 1987.

CÁRMINE ANTÔNIO SAVINO FILHO
Juiz de Direito

1ª VARA
Comarca de
Goiatuba — GO

PECULATO — Delito caracterizado pela apropriação de numerário cuja posse funcionário detém em razão do cargo. Absorção do crime de falsificação pela figura delituosa do peculato.
(Sentença do Juiz de Direito Olavo Junqueira de Andrade)
*Transitou em julgado o recurso.

Vistos etc.

Os presentes autos (nº 341/82) da ação penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO contra J. G. M., sob alegação de ter o mesmo, no dia 10 de março de 1983, no Posto de Arrecadação Fiscal Estadual, localizado no "Rio dos Bois", apropriado-se da importância de Cr$ 6.371.767,20 (seis milhões, trezentos setenta e um mil, setecentos e sessenta e sete cruzeiros e vinte centavos), pertencente aos cofres deste Estado, proveniente de arrecadação de ICM (Imposto de Circulação de Mercadorias), no período de 1º a 9 de março de 1983, constante de sete blocos de notas fiscais emitidas, com as respectivas datas adulteradas pelo mesmo, de modo que pudesse permanecer com o numerário arrecadado por mais tempo, possibilitando efetuar operações de aplicações bancárias de curto prazo *Open Market*, no Bradesco, agência de Castelândia; com premeditação, pois no dia 8 de março, sacou na referida agência a importância de Cr $ 2.051.000,00 (dois milhões e cinqüenta e um mil cruzeiros), e,no dia 1º de março , sacou de sua conta no Banco de Crédito Real de Minas Gerais S.A. a importância de Cr$ 500.000,00(quinhentos mil cruzeiros), e, na madrugada do dia 10 de março, abandonou seu posto de trabalho, sem maiores explicações,

evadindo-se; sendo que estava na obrigação de prestar contas à Agenfa local, a cada dez dias; assim, incurso nos arts. 323, § 1º, 312 e 293, inc. V, do CPB.

O presente processo seguiu seus trâmites legais: denúncia de fls. 2/4, subscrita pelo i. Dr. Anthienor Godoy, de 27.04.83, acompanhada do respectivo inquérito policial de fls. 5/159, iniciado pela portaria de fls. 6/7, contendo certidão de ocorrência de f. 8, representação de fls. 9/10, diploma de f.11, decreto de f. 12, ofício de fls. 13/14, depoimentos de Ironilda Maria de Souza, companheira do acusado, de f. 15; de Anicácio Alves Cabral, de fls. 16/17; Odon Fonseca de Souza, de f. 18; relação de notas fiscais de f. 19; fotocópias de fls. 20 a 152; relatório do i. presidente do inquérito, Bel. Miguel Garcia Riesco, do fls. 154/157, representando quanto à prisão preventiva do indiciado. Também requerida a prisão preventiva na denúncia. Recebida a denúncia, cf. f. 2, em 27.04."87" (*sic*), tentada a citação real, sem êxito (f. 162), foi o acusado citado por edital (f. 164), sem que o mesmo comparecesse para interrogatório (f. 164, verso). Às fls. 166/167, foi decretada a prisão preventiva do acusado, "por conveniência da instrução criminal e para assegurar a aplicação da lei penal", tendo tal prisão se efetivado, cf. fls. 169/170. Expedido o mandado de f. 172, foi o acusado citado, cf. se vê da certidão de f. 173. À f. 175, vê-se procuração do acusado ao Advogado Dr. Valdivino Marques da Costa. À f. 177, em 21.02.84, o então diretor do processo declarou nulos os atos anteriormente praticados, à exceção da prisão cautelar, adaptando-o ao disposto no art. 514 do CPP. O acusado, através do seu i. Defensor, às fls. 178/179, requereu a concessão de liberdade, sob fiança, juntando fotocópia da documentação de fls. 180/184; bem como 185/190, apresentou "defesa prévia", alegando não ter havido o crime denunciado, não se podendo dar crédito aos documentos de fls. 13, 14 e 19, nem aos de fls. 20/152, visando o processo vingança política; e ainda que não houve, no caso, exame de corpo de delito; não havendo provas de ação delituosa do acusado, preponderando em seu benefício a presunção de que a importância poderia ter sido apanhada por terceiro; requerendo a rejeição da denúncia. Às. fls. 192/193, manifestou-se o Ministério Público, por sua i. Representante, Drª. Luzia Vilela Ribeiro, contrariamente à pretendida concessão de fiança. Determinadas diligências, à f. 194; inclusive, abrindo-se novo volume dos autos. À f. 197, o Ministério requereu a juntada de fotocópia autêntica do respectivo inquérito

administrativo de fls. 198/337. Recebida a denúncia e designada data para interrogatório, à f. 339, foi o acusado citado, cf. f. 339, qualificado e interrogado, cf. fls. 340/341, ocasião em que confessou, parcialmente, negando apenas ter adulterado notas fiscais: e apresentou o acusado as alegações de f. 343. Depoimentos de Ironilda Maria de Souza, à f. 348; Anicácio Alves Cabral, às fls. 349/350; Darli de Souza, à f. 356; José Ribeiro de Mendonça, f. 357; José Eurípedes Guimarães, f. 358; Benito Rodrigues Dias, f. 359. À f. 360, vêem-se dispensa de testemunha e "relaxamento" da prisão do acusado. À f. 367, o Município de Goiatuba requereu admissão ao processo como assistente da acusação, juntando a procuração de f. 368. Depoimentos de Odon Fonseca de Souza (fls. 372/374). Às fls. 376/378, v. Acórdão da Egr. Primeira Câmara Criminal do Egr. TJGO, no *Habeas Corpus* nº 7.297. Depoimento de Odon Fonseca de Souza às fls. 394/395. Nada requerido, na fase do art. 499, do CPP, cf. f. 398. Alegações finais da acusação, pela i. Drª. Luzia Vilela Ribeiro, às fls. 399/401, no sentido de terem ficado provados os crimes denunciados; requerendo a condenação do mesmo nas sanções dos arts. 323, § 1º, 312 e 293, inc. V, do CPB. Alegações finais da defesa, pelo i. Dr. Valdivino Marques da Costa, de fls. 402/404, ratificando parágrafos terceiro e sétimo da "defesa prévia", no sentido de não ter ficado provado tratar-se o acusado de funcionário público, sendo o convênio de fls. 217/219 nulo por ter sido firmado com pessoa incompetente, no caso, pelo Sr. Benito Rodrigues Dias e não pelo então Prefeito Sr. Sebastião Vicente Rosa; não existindo prova de ter-se o Acusado apropriado de numerário; requerendo absolvição do acusado. Promovida a juntada do processo, cf. f. 405, foi dada nova vista ao Ministério Público e à defesa (f. 406). Após paralisação por mais de quatro anos (f. 583, verso), vieram-me, conclusos, os autos, em 20.09.91, quando determinei novo interrogatório, que se realizou, cf. termo de fls. 589/590. Tendo, em seguida, manifestado-se, às fls 592/593, o Ministério Público, por seu i. 1º Promotor de Justiça desta, Dr. Arquimedes de Queiroz Barbosa, ratificando as alegações de fls. 399/401; bem como o Dr. Defensor, à f. 593, verso, inclusive, aí, renunciando ao mandato. À f.594, chamei o processo à ordem, determinando diligências. Nessa mesma f., o i. Assistente da Acusação se manifestou, ratificando a argumentação ministerial.

Relatado.

Bem examinados, decido:

A acusação pretende a condenação do acusado, por ter, no Posto de Arrecadação Fiscal Estadual do "Rio dos Bois", nesta , se apropriado da importância de Cr$ 6.371.767, 20, dos cofres do Estado, proveniente de arrecadação do ICM, no período de 1º a 9 de março de 1983, constante de sete blocos de notas fiscais emitidas, com as respectivas datas adulteradas pelo mesmo; tendo, no dia 10 de março, abandonado aquele posto, evadindo-se.

Dizem os seguintes artigos do CPB:

"323 — Abandonar cargo público, fora dos casos permitidos em Lei: Pena — detenção, de quinze dias a um mês ou multa. § 1º. Se o fato resulta prejuízo público: Pena — detenção, de três meses a um ano, e multa".

"312 — Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio: Pena — reclusão, de dois a doze anos, e multa".

"293 — Falsificar, fabricando-os ou alterando-os: V — talão, recibo, guia, alvará ou qualquer outro documento relativo à arrecadação de rendas públicas ou a depósito ou caução por que o poder público seja responsável; Pena — reclusão, de um a quatro anos, e multa".

In casu, o acusado, nas suas novas declarações de fls. 589/590, confessou, parcialmente, ter-se apropriado de importância arrecadada para os cofres estaduais e abandonado tal "Posto", em 10 de março de 1983, evadindo-se, discordando apenas do *quantum* e negando ter adulterado qualquer documento, dizendo que apenas atrasava o recolhimento de importâncias: repetindo, basicamente, o que tinha declarado às fls. 340/341, 572/573 e 578; com confirmação da evasão pela companheira do mesmo (fls. 348/350 e 15) e por Darli de Souza (f. 356); e, dos fatos denunciados por ANICÁCIO ALVES CABRAL, subordinado do acusado, naquele "Posto", às fls. 349/350 e 16/17; e ODON FONSECA DE SOUZA, então chefe de Agenfa desta, às fls. 372/374, 394/395 e 18; bem como pelo constante dos inquéritos policiais de fls. 5/159 e 410/585, notadamente notas fiscais "do produtor", de fls. 21 a 152; inquérito administrativo de fls. 197/337, com o julgamento de fls. 333/337, ao qual me reporto, incluindo a esta, especialmente, o ali constante. Segundo o magistério de J. DE MAGALHÃES DRUMMOND (*in Comentários do CP*, vol. IX, For., pág. 268), "o peculato, propriamente dito, i. é (art. 312, cabeça), tem como

integrante os seguintes elementos: a) sujeito ativo — funcionário público; b) objeto — dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular de que o funcionário tenha posse em razão do cargo; c) modo — apropriação ou desvio; d) dolo — o de auferir da apropriação ou desvio em proveito próprio ou alheio.

O conceito legal de funcionário público para fins penais é dado pelo art. 327 do CPB ("considera-se funcionário público, para os efeitos penais, quem, embora transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública"); sendo que, no caso em tela, não resta qualquer dúvida de que o acusado exercia cargo público de fiscal do Posto de Arrecadação do "Rio dos Bois", não tendo o mesmo negado tal situação em nenhuma de suas declarações, pelo contrário, confessando-a; com confirmação dos servidores Anicácio Alves Cabral e Odon Fonseca de Souza; tendo o acusado sido oficialmente colocado à disposição do Departamento da Receita Tributária pelo decreto municipal nº 1.019/82, de 10.12.82, e, pela Ordem de Serviço nº 008/82 da Delegacia Fiscal de Morrinhos, designado auxiliar de Fiscalização e Arrecadação de ICM deste Município (fls. 417, 418, 419, 429 e 430/431).

Também não resta dúvida da existência do elemento "dinheiro", entregue por produtores, naquele posto, com apropriação pelo acusado, com dolo (de auferir da apropriação em proveito próprio).

Por outro lado, quanto ao crime de "abandono de função", reporto-me aos *Comentários ao Código Penal*, de J. DE MAGALHÃES DRUMMOND (op. cit., págs. 310 e segs.); bem como ao *Código Penal e Sua Interpretação Jurisprudencial* (ALBERTO SILVA FRANCO e outros, 2ª ed., 2ª tir., *RT*, págs. 1142/1145): "o crime de abandono de função pressupõe, necessariamente, a conseqüencia acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência do substituto legal do desertor. Estando presente funcionário a quem caiba a substituição do ausente não há, sequer, probabilidade de dano que constitui condição mínima para a existência do evento criminoso" (TACRIM-SP, AC, Rel. Juiz Dínio Garcia, *RT* 451/423). "O crime de abandono de função pressupõe, necessariamente, a conseqüente acefalia do cargo, isto é, a inexistência ou ocasional ausência de substituto legal do desertor. Assim, estando presente funcionário a quem caiba a substituição do ausente, não basta à tipificação do delito o fato de ter o servidor abandonado o cargo por tempo prolongado, mesmo que tenha tomado rumo ignorado. Inexiste,

na espécie, sequer probabilidade de dano, condição 'sine qua non' da configuração de um evento criminoso" (TACRIM-SP, AC, Rel. Juiz Dínio Garcia, *JUTACRIM* 29/130/131). Nesse sentido, também CELSO DELMANTO (*CP Comentado*, F. Bastos, págs. 493/495). Daí, pelo constante dos autos, notadamente, haver, naquele "Posto", o servidor Anicácio Alves Cabral, obviamente aquele não ficou acéfalo, com a presença deste; pelo que concluo não proceder a d. denúncia, nessa parte; não estando caracterizado o crime previsto no art. 323, em qualquer de suas formas.

Quanto ao também denunciado Crime de "falsificação"de documento relativo à arrecadação de rendas públicas (art. 293, inc. V, do CPB) aqui, voltando a reportar-me a J. DE MAGALHÃES DRUMMOND (op. cit., págs. 214/216) e CELSO DELMANTO (*op. cit.*, págs. 447/450); a i. Acusação não especificou as denunciadas adulterações de datas de emissão de referidas notas fiscais, não logrando provar, ao Juízo condenatório, tenha o acusado "falsificado". Resta-me dúvida quanto a tal, sendo, pois, de aplicar-se ao caso o princípio do *in dubio pro reo* (inc. VI do art. 386 do CPP). E, mesmo que estivesse provado, ainda assim, tal delito estaria absorvido pelo de peculato (nesse sentido: "Falsificação de papéis públicos – Delito absorvido pelo de peculato, também atribuído ao réu – Serventuário de cartório que alterava nas escrituras o valor das transações, fazendo constar *quantum* inferior ao declarado pelos interessados — Apropriação da diferença — "Objetivando a falsificação indevida do dinheiro do estado, é o delito em apreço absorvido pelo peculato" (TJSP — AC — Rel. Des. Camargo Sampaio — *RT* 513/357), *apud Cp e sua Interpr. Jurisprudencial*" (Alberto Silva Franco e outros, *RT*, 2ª ed., 2ª tir., pág. 1.031, item 7.01)

Não há, neste caso, excludente de ilicitude, nem causa de isenção da pena.

O acusado é, tecnicamente, primário e de bons antecedentes.

Isto posto, cf. arts. 381 a 388 do CPP, julgo, parcialmente, procedente a presente ação penal, para CONDENAR o acusado J. G. M., vulgo "SOZA", retroqualificado, como incurso no art. 312, *caput*, do CPB; desclassificando dos arts. 295, inc. V, e 323, § 1º, desse mesmo *Codex*.

Atento ao disposto no art. 59 do CPB, concluo ter sido intenso o índice de reprovabilidade do acusado (cidadão conceituado, ex-presidente da Câmara Municipal de Goiatuba, portanto, com plena

consciência da sua ação em detrimento do Município e do Estado); serem bons os antecedentes do acusado, bem como a sua conduta social; sem nada de significativo, nos autos, quanto à sua personalidade, nem quanto ao real motivo do cometimento do crime; tendo o acusado cometido o delito com frieza e numa seqüência de atos, indubitavelmente, bem programados; sem nada também de significativo, nos autos, quanto às conseqüências do crime, além das óbvias, em crimes que tais, dentre elas, falta da elevada importância apropriada; e, observando o disposto no art. 68, fixo a pena-base em *quatro (04) anos e dois (02) meses de reclusão e multa de 20,8 dias-multa*, fixando o dia-multa em (*01*) *um* MSM, cf. art. 49; que, sem agravante, nem atenuante, tampouco causa de aumento ou de diminuição, torno *definitiva*; e, ainda, condeno-o ao pagamento das custas processuais.

Cf. arts. 33, c/c 59, e, especialmente, 42 (aqui, computando-se o período em que o acusado esteve preso, preventivamente, de 13 de fevereiro a 23 de maio de 1984, cf. fls. 169 e 364), do CPB, fixo o *REGIME inicial* para cumprimento dessa pena privativa de liberdade, o *ABERTO*; e, observando que as condições pessoais do acusado o permitem e não há, nesta, casa do albergado, reportando-me às sábias lições doutrinárias e jurisprudenciais de JÚLIO FABRINI MIRABETE (*in Execução Penal*, Atlas, 4ª ed., pág. 311), JOSÉ DE ASSIS (*Prática de Judicatura*, Interlivros de MG, pág. 245), bem como em referência de CELSO DELMANTO (*in CP Anotado*, pág. 66), que a esta incluo; determino que tal cumprimento seja-o, inicialmente, em PRISÃO-ALBERGUE DOMICILIAR, devendo o condenado recolher-se à sua *própria residência, nesta;* observando-se, rigorosamente, o disposto no art. 36; não podendo ausentar-se da mesma sem prévia autorização judicial, bem como comparecer a Juízo, para informar e justificar as suas atividades, quando for determinado (art. 115 da LEP); implicando o descumprimento a essas restrições em recolhimento a estabelecimento prisional.

A multa deverá ser paga cf. art. 50 do CPB.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do condenado no rol dos culpados; bem como, *incontinenti*, remetam-se os autos à Contadoria, para elaboração do cálculo da multa, das custas e da respectiva pena; abrindo-se, em seguida, vista ao Ministério Público e ao defensor.

Designo o dia *30* de junho deste ano, às 16 horas, para *AUDIÊNCIA*, para colher-se a adesão do condenado (art. 113 da LEP); observando-se o disposto nos arts. 114, I, e 115, dessa Lei 7.210/84.

Concedo ao condenado o direito de recorrer sem recolher-se à prisão, por tratar-se de réu primário e de bons antecedentes, cf. art. 594 do CPP.

Façam-se as anotações e comunicações de praxe, inclusive remetendo-se o boletim individual.

P. R. I.

Goiatuba, 22 de maio de 1992.

DR. OLAVO JUNQUEIRA DE ANDRADE
Juiz de Direito

JUÍZO DE DIREITO
DA 34ª VARA
CRIMINAL
Comarca da
Capital — RJ

REJEIÇÃO PARCIAL DE DENÚNCIA — Prevaricação não caracterizada. Dúvida da autoridade policial não configura indevido retardamento de ato de ofício. (Decisão do Juiz de Direito Geraldo Luiz Mascarenhas Prado)

DECISÃO

Trata-se de ação penal pública deduzida nos seguintes termos, de acordo com a denúncia de fls. 2/3:

"Marcos Antônio dos Santos, qualificado às fls. 41; e Alberto Calvano, delegado de Polícia da Secretaria de Estado da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro, mat. 1.141.603-9, pela prática dos seguintes fatos delituosos, consoante o apurado no incluso inquérito:

I— No dia dezenove de junho do ano passado, por volta das 13:00 h, Mercês Dartagnan, funcionário da Assessoria de segurança do DETRAN-RJ, quando em serviço junto à divisão de Emplacamento, situada na Avenida Francisco Bicalho, São Cristóvão, nesta cidade, verificou ser falsa a licença especial de trânsito (licença de pára-brisa) ostentada por um veículo da marca Fiat, tipo Fiorino, ano 1991, que ali estava para feitura de emplacamento, oportunidade na qual, após indagar da proprietária do veículo a procedência do documento, logrou saber ter sido produzido pelo primeiro denunciado.

II — Realizada a prova técnica ficou constatado que o primeiro denunciado, na qualidade de vendedor da empresa Itália Barra Veículos Ltda., produziu duas reprografias da licença original

de nº 841, expedida pelo DETRAN, vindo a complementar os campos próprios através de manuscritos seus, donde resultou falsificação de documento público.

III — O primeiro denunciado cobrou a quantia de Cr$ 5.000,00 (cinco mil cruzeiros) pelo documento, valor este pago pela lesada através do cheque LQ-064835, da conta nº 032-00127-78, da Agência Barra do Banco do Estado do Rio de Janeiro a...

IV — Assim agindo, o primeiro denunciado obteve, para si, vantagem ilícita (Cr$ 5.000,00), em prejuízo de Lúcia Perissé, induzindo-a em erro, mediante a confecção de licença falsa, como idônea fosse.

V — O segundo denunciado, na qualidade de delegado de Polícia que presidiu a condução do inquérito policial — base de sustentação da presente proemial, retardou, indevidamente, ato de ofício, qual seja, o imediato cumprimento do mandado de busca e apreensão determinado pela Autoridade Judiciária às fls. 48, para satisfazer sentimento pessoal, de natureza moral, consistente na recusa em aceitar a nova sistemática de tramitação dos feitos inquisitoriais, que se fez estabelecida com a criação das Centrais de Inquéritos, vale dizer, a falta de distribuição prévia dos mesmos, por mero capricho intelectual, reproduzido de forma irretorquível nos despachos exarados às fls. 50/50v, 54/55 e 65/66, com os quais gerou o próprio esvaziamento da medida, eis que cumprida depois de passados mais de seis meses, não obstante a Autoridade Judiciária tivesse determinado e reordenado o cumprimento por quatro vezes, inclusive com reexame da matéria no que concerne a sua legalidade, consoante estampado nas decisões de fls. 52, 62v, e 69".

A inicial lastreou-se em inquérito policial instaurado em 12 de setembro de 1991, após o recebimento de *notitia criminis* em 20 de junho de 1991 (fl. 7), tramitando a investigação pela Delegacia Especial de Crimes Contra a Fazenda, a Administração Pública e o Patrimônio do Estado do Rio de Janeiro.

Em sede policial os atos de apuração foram praticados sucessivamente por ordem dos delegados de Polícia Cláudio Gonçalves (na época titular da especializada) (fl. 7, ordenando a instauração de VPI; fl. 25, determinando diligências; e fl. 30, cuidando da instauração, em 13 de setembro de 1991, do inquérito), Jorge Jesus Abreu (fl. 31, especificando diligências de rotina em 26 de setembro

de 1991; fl. 36, solicitando em 16 de outubro de 1991 prazo ao órgão ministerial junto à Primeira Central de Inquéritos, para conclusão das investigações; fl. 42, presidindo acareação entre o primeiro denunciado e a suposta lesada em 18 de dezembro de 1991: e, fl. 49, solicitando a expedição de mandado de busca e apreensão na mesma data, além do pronunciamento de fl. 52, quando, em 7 de fevereiro de 1992, declarou que cumpriria imediatamente a determinação judicial) e Alberto Calvano, segundo denunciado, o qual recebe os autos pela primeira vez em 20 de fevereiro de 1992 (fl. 53).

A par das diligências ordenadas e realizadas pela autoridade policial, representada pelos três delegados que presidiram o inquérito, solicitou-se, conforme salientamos antes, mandado de busca e apreensão, tendo neste sentido se manifestado o MP em 20 de dezembro de 1991 (fl. 50) e a autoridade judiciária, esta em 14 de janeiro de 1992 (fl. 50v).

Também como destacamos antes, a primeira objeção do segundo denunciado efetivou-se em 20 de fevereiro de 1992, data em que lhe foi dada vista dos autos (fl. 53), seguindo-se a vista do Ministério Público em 21 de fevereiro (fl. 54) e novamente a manifestação judicial retratada no despacho de fl. 55, prolatado em 10 de abril. Em 14 de abril os autos retornaram ao MP (fl. 56), sendo então devolvidos à AP em 29 de abril.

A segunda objeção do delegado denunciado está lançada às fls. 57/58, datada de 6 de maio de 1992 e instruída com diversos documentos, entre os quais ressalta o de fl.60. A seguir, em 8 de maio, os autos voltam ao MP, que se pronuncia, dando ensejo ao despacho judicial de fl. 65v, de 19 de maio de 1992, sendo recebido na especializada em 4 de junho (fl.67v), para nova e insistentemente receber da autoridade policial a manifestação de fls. 68/69, em 5 de junho, com remessa em 8 de junho à autoridade judicial que emitiu a derradeira ordem em 19 de junho (fl.72).

Com a recepção dos autos na Delegacia em 22 de junho de 1992 (fl.73), a diligência de busca e apreensão foi realizada no dia seguinte (fl.74).

O mérito da objeção do segundo denunciado está sintetizado no pronunciamento de fl. 53 que, com pequenas alterações, reproduziu em duas outras oportunidades.

Alude o réu ao fato dos Provimentos nºs. 255/91 e 266/91 cuidarem da distribuição de inquéritos policiais sempre que se verificar

qualquer forma de constrangimento a direitos fundamentais, assim entendidos aqueles previstos na Constituição da República.

Oferecida a denúncia, e distribuída a este Juízo de Direito, determinamos, com fulcro no art. 514 do CPP, a notificação do funcionário acusado para, querendo, apresentar resposta, o que fez de acordo com a peça entranhada às fls. 95/97, com os documentos de fls. 98/100.

Em sua defesa o denunciado repele as acusações, afirmando, em primeiro lugar, não ter retardado ato de ofício. Diz que a medida pleiteada tendia a não surtir efeito quando foi deferida, dado o tempo transcorrido entre a solicitação e o deferimento; e alega, por último, que não agiu inspirado em sentimento pessoal, porém sim amparado em entendimento judicial, razão por que pretende ver rejeitada a denúncia.

É O RELATÓRIO.

De fato, a denúncia deve ser rejeitada em relação ao segundo imputado, Delegado de Polícia Alberto Calvano.

Inicialmente, convém salientar, por oportuno, que apesar da peça vestibular ter sido oferecida contra dois acusados, embora somente um deles seja funcionário público, fundar-se em inquérito policial e não em justificação ou conjunto de informações e, por fim, tratar ao mesmo tempo de crime comum e crime de responsabilidade de funcionário público, situações relevantes que atualmente ensejam no Pretório Excelso entendimento pelo qual seria dispensável a notificação prévia (STF, *RTJ* 66/365 e 110/601), decidimos por cumprir o mandamento estabelecido no art. 514 do diploma de ritos por acolhermos a tese de que o citado dispositivo inspira-se em exigência de ordem pública de duas naturezas, no caso a tutela da reputação profissional do funcionário, que pode ser abalada por acusações levianas ou equivocadas, e a tutela do correto andamento do serviço público, ambas a aconselhar a prévia audiência com o fim de impedir a instauração do processo por fatos que não o justifiquem. Neste sentido posiciona-se o Prof. Hélio Tornaghi, em sua obra *Curso de Processo Penal* (Ed. Saraiva, vol.2, 7ª. ed., pág. 253):

> "Dois elevados interesses conduziram a lei a um procedimento diferente: o do funcionário, como tal, e o da Administração Pública no que respeita à probidade, ao decoro, à segurança e a outros bens jurídicos que lhe são essenciais ao bom funcionamento; a lei de processo completa essa proteção cercando o procedimento de determinadas cautelas".

Por isso, admitem à unanimidade doutrina e jurisprudência, o Juiz ao conhecer a causa não se limita, quanto ao funcionário público, a examinar perfunctoriamente a matéria, confrontando o caso concreto com a norma insculpida no art. 43 do CPP para, então, receber ou não a denúncia. Mais até, tendo em vista os valores que avultam na espécie, o julgador realiza verdadeiro exame preliminar de mérito, podendo, de acordo com os elementos colhidos nas investigações, em contraste com aqueles trazidos pelas explicações do funcionário, extrapolar as margens do mencionado regramento para decidir mesmo quanto à procedência ou improcedência do pedido, daí a importância da notificação. Novamente vale recorrermos ao ensinamento de Hélio Tornaghi sobre o assunto (op. cit., pág. 255):

> "6º) *Quanto à rejeição da denúncia ou da queixa.* No procedimento comum, o Juiz repele a denúncia (ou a queixa) nos casos do art. 41. Aqui ele a rejeita pelos mesmos motivos, e, ainda, por se convencer, pela resposta do acusado, da inexistência do crime ou da improcedência da denúncia (ou queixa). Em outras palavras: ele entra no mérito".

A hipótese vertente acaba por traduzir verdadeiro exemplo da necessidade de semelhante providência.

Com efeito, imputa-se ao incriminado o cometimento de crime de prevaricação, aduzindo-se que ele, movido *por sentimento pessoal de natureza moral, qual seja, recusa em aceitar a nova sistemática de tramitação de inquéritos, através da Central de Inquéritos,* ***retardou ato de ofício*** *consistente no cumprimento de mandado de busca e apreensão*, acrescentando o ilustre signatário da vestibular que, em vista disso, a autoridade policial por questão de capricho intelectual esvaziou a medida.

À luz da acusação e tendo em mira o conteúdo do inquérito, cumpre notar, para resgate da verdade e da justiça, que diversas são as considerações que se impõe e que deram causa a tão extenso e incomum relatório.

O primeiro ponto a ser destacado trata do próprio objeto das investigações, isto é, crime de falso e/ou de estelionato, atribuído ao primeiro réu., Marcos Antônio dos Santos. Consta da denúncia que em *dezenove de junho de 1991* Lúcia Perissé foi abordada no pátio do setor de emplacamento do DETRAN, porque seu carro exibia licenças irregulares, provavelmente falsificadas. Ora, *a apreensão das*

mencionadas licenças ocorreu em junho de 1991, com audiência dos interessados na Delegacia Especializada (fls. 15 e 16), ***entretanto, somente em setembro daquele ano instaurou-se o inquérito (fl. 51).*** Já se sabia na ocasião, ou pelo menos suspeitava-se, que havia sido o primeiro denunciado quem preenchera as licenças, contudo, não se solicitou a busca e apreensão de documentos na empresa de venda de carros onde ele trabalhava. Aliás, informam os autos que exatamente seis meses depois de se colher o depoimento de Lúcia, e somente então, cogitou-se de requerer-se a medida (fl. 49).

Atenta leitura do processo nos leva à conclusão que desde o início, portanto em junho de 1991, era recomendável realizar-se a diligência, que naturalmente, por suas características, depende fundamentalmente da surpresa para, se for o caso, coroar-se de êxito.

Destarte, extrai-se dos autos e da experiência ordinária que o julgador não pode olvidar, que a inocuidade da providência, causa pela demora em dela lançarem mão os persecutores, já se vislumbrava dois meses antes do segundo denunciado falar pela primeira vez no inquérito e seis meses depois das citadas licenças terem sido apreendidas.

Realmente, é possível, assim, afirmar ou concluir que Alberto Calvano, o réu, promoveu ainda que involuntariamente o esvaziamento da medida?

Prosseguindo na análise detida das peças de informações, surpreendemo-nos com o seguinte fato: o pleito formulado pela autoridade policial em 18 de dezembro de 1991 mereceu parecer favorável do MP em 20 de dezembro, portanto, dois dias depois (fl. 50). Todavia, *só foi despachado em 14 de janeiro de 1992*, ocasião em que deferiu a ordem! O mandado de fl. 51 está datado de 14 de janeiro de 1992; os autos chegaram à Especializada em 4 de fevereiro do mesmo ano, consoante despacho do delegado responsável pela investigação na época. Frise-se, até então o segundo denunciado não se pronunciara no inquérito.

Repetimos: é, assim, possível, considerando o decurso de cinqüenta dias entre a solicitação da busca e a entrega do IP na Delegacia, responsabilizar-se o segundo denunciado pelo esvaziamento da medida?

Todos os que militam no Sistema Penal sabem que a rigor, quando presente o propósito de executar busca e apreensão, os autos do inquérito seguem, em mãos, do delegado para o promotor de Justiça e deste para o magistrado. A presteza da providência assim o impõe.

Contudo, a rotina forense foi desprezada neste inquérito e, malgrado a "declaração de vontade"do Dr. Jorge Jesus Abreu (fl. 52) no sentido de prontificar-se a cumprir a ordem judicial, cujo solicitador fora ele próprio, os autos chegam às mãos do segundo imputado *treze dias depois*, sem notícia de atendimento!

Pode admitir o bom-senso, consciência fática do julgador, que a medida tenha "se esvaziado" por culpa do acusado?

É evidente que não.

As considerações desenvolvidas, ainda que situadas em plano meramente acidental em relação à imputação formulada, apesar de acentuada pelo órgão acusador a suposta conseqüência do retardamento atribuído ao réu, fizeram-se necessárias para demonstrarmos que na hipótese vertente o Ministério Público valeu-se de pesos e medidas diferentes para situações absolutamente idênticas, perseguindo, contudo, penalmente, só o Delegado Alberto Calvano, por crer, supomos, injustificada a motivação de seu proceder.

O confronto do tipo penal com a descrição fornecida pelo denunciante ao fato e o suporte probatório, nos conduz à conclusão antecipada no início da fundamentação. Vejamos:

Proclama a lei: *"Art. 319 do CP — Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal: Pena — detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa"*.

Diz o ilustre Promotor de Justiça, autor da denúncia, que o réu-funcionário retardou indevidamente o cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido, "para satisfazer sentimento pessoal, de natureza moral, consistente na recusa em aceitar a nova sistemática de tramitação dos feitos inquisitoriais, que se fez estabelecida com a criação das Centrais de Inquéritos, vale dizer, a falta de distribuição prévia dos mesmos, por questão de mero capricho intelectual" e a despeito de reiteradas determinações judiciais, fazendo, ao final, remissão aos pronunciamentos da autoridade policial.

Vejamos, agora, o que consta do procedimento.

Em 20 de fevereiro de 1992, deste modo *oito meses depois da apreensão* das licenças e um mês e seis dias após o deferimento da busca, o denunciado fala pela primeira vez nos autos, nos seguintes termos:

> "Autos conclusos a esta Autoridade Policial, em virtude de assunção à Titularidade desta Delegacia Especial.
> Passo a examiná-los.

Procedimento de polícia judiciária ainda não distribuído a juízo criminal, em que pese ter sido instaurado em 16 de setembro de 1991, por força das disposições da resolução nº 266/91 – Corregedoria-Geral de Justiça.

Às fls. 46 vê-se pedido da Autoridade Policial que o tinha sob sua presidência, para que fosse expedido mandado de busca e apreensão, para diligência a ser realizada na firma ITÁLIA VEÍCULOS LTDA., o que foi atendido pelo MM Dr. Juiz de Direito em exercício perante à Primeira Central de Inquérito, conforme faz certo o documento de fls. 48, sem que se promovesse a regular distribuição, *conforme previsto no art.* 1º, *alínea* d *do Provimento 255/91 da Corregedoria-Geral de Justiça, modificado pelo Provimento nº 266/91 — Corregedoria-Geral de Justiça.* Ali está expresso que somente serão admitidos para distribuição às varas de Competência Criminal, bem como o respectivo registro de distribuição os inquéritos policiais onde houver qualquer forma de constrangimento aos Direitos Fundamentais, previstos na Constituição.

Salvo entendimento diverso, o inciso XI do art. 5º se insere dentre os direitos e garantias fundamentais do cidadão, como também o é o previsto no inciso LXI, impondo-se, assim, à luz da regra estabelecida no provimento retromencionado, que se promova a distribuição do inquérito a um dos juízos criminais, para que este decida sobre a concessão ou não de autorização judicial para se proceder a Busca e Apreensão de papéis necessários à instrução deste procedimento investigatório.

Ao restituirmos os autos ao MM Dr. Juiz de Direito Nagib Slaibi Filho pedimos vênia por discordarmos da solução alvitrada a fls. 47 verso" (fl. 53).

Em face da reiteração da ordem de busca (fl. 55), o denunciado volta a pedir à indicada autoridade judicial que reveja sua decisão, acrescentando outros argumentos e juntando cópias de despacho da lavra do eminente magistrado Luiz Fernando Ribeiro de Carvalho (fl. 60), pelo qual o Juiz Auxiliar da Corregedoria, em situação semelhante, determina a distribuição de inquérito, dando, portanto e inegavelmente, solução distinta.

Mais uma vez o feito é submetido a apreciação judicial, mantendo-se o despacho desobedecido, com aditamento em virtude de que, segundo pronunciado à fl. 65v, seria dispensável o recurso à ordem

judicial por cuidar-se de diligência em sede de empresa e não em residência. Por discordar deste tópico, a autoridade apontada como autora de prevaricação renova súplica judicial (fls. 68/69), somente cumprindo o mandado por conta de se dar conhecimento da desobediência ao Exmo. Secretário de Estado do qual está subordinada.

Para recebermos a denúncia é preciso que admitamos, ao menos em tese, que o retardamento de ato de ofício ocorreu, foi indevido e motivado por sentimento pessoal. Trata-se aqui de positivar a existência do crime.

Com a autoridade de quem contribuiu decisivamente na feitura do Código Penal, lecionava Nélson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, Ed. Forense, vol. IX, 2ª. ed., págs. 377/379):

> "Como se vê, o elemento material da prevaricação pode apresentar-se sob tríplice aspecto: *retardar indevidamente ato de ofício, deixar indevidamente de praticá-lo, ou praticá-lo contra disposição expressa na lei...*
>
> É bem de ver que podem ocorrer motivos de força maior ou de tal ordem que justifiquem a demora ou omissão. O advérbio "indevidamente", empregado no texto legal, tanto significa *ilegalmente*, quanto *injustificadamente*.
>
> Por *disposição expressa* de lei se entende a escoimada de qualquer dúvida ou obscuridade ... Por *sentimento pessoal* entende-se a afeição, a simpatia, a dedicação, a benevolência, a caridade, o ódio, a parcialidade, o despeito, o desejo de vingança, a paixão política, o prazer da prepotência ou do mandonismo, a subserviência, o receio de molestar poderosos etc.
>
> O crime é excluído pelo erro de fato (segundo a regra geral) e até mesmo pelo erro ou desatenção na interpretação da lei, quando esta não é suficiente clara. Os próprios Juízes não estão adstritos a uma impecável inteligência da norma legal, notadamente se esta se apresenta dúbia ou ambígua.

Calcada na lição do mestre resulta forçosamente a conclusão da atipicidade da conduta.

Primeiro, a versão acusatória pela qual ao réu se imputa resistência em aceitar o funcionamento das Centrais de Inquéritos, em outras palavras é o que está escrito na denúncia, decorre de interpretação subjetiva do culto promotor de Justiça quanto ao que está registrado nos autos. Em nenhum instante o acusado nega vigência às normas criadoras das Centrais de Inquéritos, objetando, tão-

somente, em relação à distribuição do procedimento em exame, por entender que, diante das normas que instituíram as mencionadas Centrais e disciplinaram a distribuição de inquéritos às Varas Criminais, o feito em apreço, com solicitação de busca e apreensão, deveria ser regularmente distribuído.

Valeu-se o réu dos provimentos emanados da Eg. Corregedoria e, finalmente, consolidados no Código de Normas recentemente editado (art. 14).

Em vista do alegado por ele, foi indevido o retardamento?

É óbvio que não.

Diz Hungria que indevido significa também injustificado. No caso em exame a dúvida da autoridade, bem ou mal resolvida, apontava para dois caminhos, com conseqüências jurídicas que a autoridade policial, funcionando como polícia judiciária, encarregada de colher elementos visando subsidiar eventual ação penal, não poderia descartar.

Reconhece a doutrina que, mesmo não sendo a busca e apreensão meio de prova, poderá ser fonte de prova, de sorte que o princípio da legalidade, particularizado na interdição constitucional à admissão de provas obtidas ilicitamente, obriga a autoridade policial a respeitar, em todos os aspectos, as formalidades que envolvem a diligência. Mais ainda, em se tratando de postulação cautelar, à qual coercitivamente se submetem as pessoas, destacando-se o primeiro deles, igualmente dogma constitucional, da exigência do Juiz competente.

Tornaghi, em *Instituições de Processo Penal* (Ed. Saraiva, vol. 3, 2ª ed., pág. 53), expõe:

> "A busca e apreensão figuram no Código de Processo Penal no título VII do Livro I, que trata Da Prova. É o último capítulo desse título (cap. XI, arts. 240 a 250).
> Não me parece que seja essa a melhor colocação. A *busca* não é meio de prova; nem sequer se destina sempre à colheita de provas. Pode ter a finalidade de prender criminosos, apreender pessoas vítimas de crimes ou coisas que devam ser confiscadas...
> Por isso me parece mais correto situar a busca e a apreensão entre as providências acautelatórias".

Se é assim, e os provimentos em questão ordenavam a distribuição de inquéritos, com efetivo registro, sempre que houvesse ou requerimento de medida cautelar ou constrangimento aos direitos

fundamentais previstos na Constituição Federal (vide art. 14, alíneas *c* e *d*, do Código de Normas que consolidou e substituiu os provimentos citados), justa era a preocupação do delegado com o fato de, na hipótese vertente, dispensar-se a distribuição .

O que o ínclito promotor de Justiça chama de "capricho intelectual"na verdade não passou de perplexidade, acentuada por causa do ato de fl. 60, em que a regra da distribuição foi respeitada, por ordem de um dos Juízes Auxiliares da Eg. Corregedoria, eis que se tratava de inquérito com pleito de busca e apreensão (art. 5º, inc. XI da CF), assim como pelas conseqüências, para o futuro processo, da realização de diligência ilegal (art. 5º, incs. LIII, LIV e LVI).

A parcela de retardamento atribuível ao réu, como se vê, não pode ser tida como indevida. Por isso, também, é incorreto afirmar que o acusado agiu especialmente por sentimento pessoal.

Como salientou Hungria e o fazem, na mesma trilha, os modernos doutrinadores, releva destacar que o sentimento pessoal inserido na norma penal relaciona-se, evidentemente, a aspectos subjetivos, de ordem afetiva, do agente.

Assim ensinava Heleno C. Fragoso (*Lições de Direito Penal*, ed. Forense, vol. II da Parte Especial, 6ª ed., pág. 446) :

> "É indispensável que a ação ou omissão seja praticada para *satisfazer interesse ou sentimento pessoal*. Nisso está o traço fundamental da prevaricação, que a distingue de outros delitos da mesma natureza... O sentimento pessoal diz *com a afetividade do agente* em relação às pessoas ou fatos a que se refere a ação a ser praticada, e pode ser representado pelo ódio, pela afeição, pela benevolência etc."

Damásio E. de Jesus (*Direito Penal*, Ed. Saraiva, vol. 4, 2ª ed., pág. 145) entende da mesma maneira: "Sentimento diz respeito ao afeto do funcionário para com pessoas, como simpatia, ódio, vingança, despeito, dedicação, caridade etc."

A conduta do réu não se subsume, de maneira alguma, ao tipo penal invocado na exordial. O especial fim de agir do acusado, por não se constituir sentimento pessoal, consoante acima concluímos, só pode ser colocado no plano de ação ou preocupação profissional.

Tal entendimento tem amplo amparo nos elementos colhidos em fase de inquérito, consagrando, ainda que expresso de modo irregular ou, melhor dizendo, sem a presteza digna da causa cuja investigação presidia, propósito do agente de submeter-se à lei e aplicá-la corretamente.

A importância da matéria sobre a qual se debruçou na prática a indigitada autoridade foi magnificamente sublinhada pela Profª. Ada Pellegrini Grinover em sua obra *Liberdades Públicas e Processo Penal* (Ed. RT, 2ª ed., págs. 18/20), não havendo da parte do delegado, ou pelo menos não se expressando, o amor do debate pelo debate, porém, antes, a responsabilidade de quem na prática deve agir nos limites da Lei, respeitando os direitos fundamentais. Diz a renomada autora:

> "Vãs seriam as liberdades do indivíduo, se não pudessem ser reivindicadas e defendidas em Juízo. Mas é necessário que o processo possibilite efetivamente à parte a defesa de seus direitos, a sustentação de suas razões, a produção de suas provas.
> A oportunidade de defesa deve ser realmente plena e o *processo deve desenvolver-se com aquelas garantias, em cuja ausência não pode caracterizar-se "o devido processo legal", inserido em toda constituição realmente moderna.* Ou seja, é preciso que o julgamento se desenvolva com as indispensáveis garantias processuais, entre as quais o contraditório, *o uso dos meios de prova garantidos em geral, a presença do juiz natural*, a publicidade, o duplo grau de jurisdição.
> É dentro do processo penal, entendido como instrumento da persecução, que a liberdade do indivíduo avulta e se torna mais nítida a necessidade de se colocarem limites à atividade jurisdicional"

Em verdade, raramente no âmbito de um inquérito policial ou de um processo penal as discussões quanto aos direitos individuais poderão ser tidas como mero capricho. Seria amesquinhar-se o direito individual, aviltá-lo, através de considerações puramente inspiradas na falsa compreensão de nossas funções.

Dir-se-á que a desobediência ou resistência à ordem judicial, especialmente quando ela não é manifestamente ilegal, constitui fato grave.

Sem dúvida. Porém a censura incidente sobre a conduta revela apenas um aspecto: trata-se de irregularidade, passível de punição no plano administrativo.

O STF, em célebre julgamento cujo acórdão foi reproduzido na *RTJ* 122/001, decidiu que a irregularidade administrativa, por si só, ainda que grave, não configura o crime de prevaricação. Ressalte-se que a hipótese examinada pelo Excelso Pretório ultrapassava em muito o grau de desacerto do comportamento do Delegado Alberto Calvano.

Por último, e com objetivo de espancar qualquer dúvida quanto ao teor e limite desta decisão, enfatizamos que as Centrais de Inquéritos dimanam de exigência constitucional, sendo ilegítimas as objeções que se fazem a elas, de modo a ensejar, sempre quando possível,punição administrativa àqueles que procurarem de qualquer modo dificultar seu funcionamento. A hipótese dos autos, contudo, não revela, malgrado a assertiva constante da inicial, objeção do réu às Centrais, mas sim entendimento louvado na lei de que, *in concreto*, o feito deveria ter sido distribuído.

Ele estava certo.

A rejeição da inicial, decorrente da reconhecida atipicidade, é imperativo categórico, dela tratando todos os doutrinadores que analisaram a questão (vg Tourinho Filho, *in Processo Penal*, Ed. Saraiva, vol. 4, 11ª ed., pág. 148 : "Apresentada a contestação, se o Juiz se convencer da inexistência de crime (*fato atípico...*) ou mesmo irregularidade formal da peça acusatória, rejeitá-la-á, em despacho fundamentado").

Tendo em vista o exposto, cumpre portanto reconhecer a atipicidade da conduta atribuída a Alberto Calvano e, nos temos do art. 516 do CPP, rejeitar a denúncia no tocante a este incriminado.

Recebo a denúncia, contudo, em relação a Marcos Antônio dos Santos, ordenando seja designada data para interrogá-lo, citando-o para o ato e demais termos do processo.

Oficie-se ao Banerj encarecendo envie o cheque consignado na vestibular, informando, ainda, em favor de quem o título foi sacado.

Cobre-se a resposta ao Ofício 606/410.5/91 (fl. 27).

Dê-se ciência ao MP e ao Exmo. Secretário de Estado de Polícia Civil.

Transitada em julgado, dê-se baixa na distribuição, anotando-se e comunicando-se.

Rio, 21 de janeiro de 1993.

GERALDO LUIZ MASCARENHAS PRADO
Juiz de Direito

III — DIVERSOS

8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Comarca da Capital — RJ
Processo nº 2.405

AÇÃO DECLARATÓRIA. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE DIREITO AUTORAL RESULTANTE DE CONTRATOS FIRMADOS ENTRE A AUTORA E A SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S.A, COM VISTAS A TRABALHO FOTOGRÁFICO A SER UTILIZADO NO PROGRAMA DE EDUCAÇÃO AMBIENTAL NA ÁREA DE INFLUÊNCIA DA USINA HIDRELÉTRICA DE SAMUEL, EM RONDÔNIA, A CARGO DA ELETRONORTE — Situação diferente da existente em outros contratos trazidos pela parte autora como paradigma onde ocorreu cessão parcial de direitos autorais. Caracterizada a existência de um contrato de serviços fotográficos onde ressalta a peculiaridade da obrigação de fazer incidir o ISS.
(Sentença da Juíza de Direito Leila Maria C. C. R. Mariano)
*Confirmada.

Vistos etc.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por FOLIO FOTOGRAFIA E PROGRAMAÇÃO LTDA. — ME, em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando ver declarado por sentença a inexistência de fato gerador e a não incidência de ISS sobre as atividades de transmissão ou cessão total de direitos autorais de obra fotográfica e de programação visual, objeto dos contratos em anexo.

Que é uma sociedade comercial, constituída para o desempenho de atividades relacionadas com a criação artística, artes gráficas,

programação e comunicação visual, desenho de produtos, fotografia, cinematografia e VT, conforme cláusula quarta, item A, do contrato social.

Que celebrou, dentro de seu campo de ação, dois contratos com a empresa SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S.A., tendo por objeto a transmissão ou cessão total dos direitos do autor, inobstante, por deficiência terminológica, poder parecer a princípio que as operações ali tratadas constituem fato gerador de imposto sobre serviços de qualquer natureza: ISS.

Que o primeiro contrato tem por objeto a execução de fotos em filmes a cor, destinados à produção de cartilhas, livretos, folhetos e audiovisuais, sendo vedada a subcontratação total ou parcial da execução da tarefa, tendo a atividade desenvolvida cunho personalíssimo.

O segundo contrato tem por objeto a programação artística e visual para produção de cartilhas, folhetos e livretos, abrangendo as atividades de *copydesk*, processamento de layouts e diagramação, fotocomposição, paginação e arte-final.

Que muito embora de seu termo não se verifique qualquer alusão à transmissão de direitos autorais relativos aos projetos de programação visual, na cláusula décima do mesmo ficou vedado à suplicante qualquer utilização da obra gráfica sem expressa autorização da subcontratante, podendo-se concluir, ante tão drástica vedação que houve de direitos autorais.

Que igualmente ao contrato anterior, este último também gerou para o suplicante obrigação de caráter personalíssimo, intimamente relacionada com seus dotes artísticos, já que também há a proibição expressa à subcontratação parcial ou total.

Desta forma entende que a autora, para os efeitos da Lei 5.988/73, equipara-se ao editor.

Com base em recente consulta administrativa formulada pela sociedade comercial MARIGO COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA., sustenta não ocorrer incidência de ISS.

Discorre sob fundamentação de sentença prolatada a respeito.

Que, ante o caráter taxativo da lista de serviços que acompanha o dominante a obrigação de fazer.

Que nos contratos em discussão a predominância é da obrigação de dar, afastando-se pois a incidência do ISS.

Traz a colação considerações de ordem legal e doutrinária.

Junta documentos.

O Município apresentou contestação, onde em o preliminar argúi a falta de interesse jurídico por parte da autora, que poderia ter formulado a presente consulta na esfera administrativa, *ex vi* do que dispõe o Decreto Municipal nº 2.979 de 30.01.81.

No mérito sustenta, com base na cláusula quarta do primeiro contrato e primeira do segundo, que o objeto dos mesmos é a prestação de um serviço, ressaltando outras vezes em que daqueles ajustes há a referência expressa a tal prestação.

Que não há dúvida tenha ocorrido o fato gerador do ISS elencado nos itens 65 da Lei federal 56, de 15 de dezembro de 1987, combinado com o item L da Lei municipal 691, de 24.12.84.

A autora, em réplica , refuta a preliminar, repisando, no mérito, a argumentação inicial.

O MP disse não possuir interesse no processo.

É o Relatório.

Examinados, decido:

Rejeito a preliminar argüida pelo Município. A possibilidade de ser feita consulta na via administrativa não tira o interesse da parte em recorrer ao Judiciário para ver declarada a existência ou inexistência de uma relação jurídida, com base no art. 4º, I, do CPC.

No caso vertente a declaração se prende especificamente a atividade que desenvolverá o autor, em decorrência dos contratos que fez acostar.

Os contratos que se analisarão vão às fls. 21/28 e 29/44, sendo contratante SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S.A.

O objeto do primeiro é "a prestação de serviços fotográficos em filmes a cor, reversíveis, destinados a produção de cartilhas, folhetos, livretos e audiovisuais para os módulos VEGETAÇÃO, SAÚDE II, FAUNA, ENCHIMENTO DO RESERVATÓRIO I, ENCHIMENTO DO RESERVATÓRIO II e QUALIDADE DA ÁGUA, para utilização no Programa de Educação Ambiental da UHE Samuel".

Pela cláusula segunda incumbiria à autora a execução de fotos em filmes a cor, reversíveis, para a entrega de 1.500 *slides* (250 para cada tema selecionado), em 35 mm, montados e destinados à produção de cartilhas etc.

Foi traçado um plano e cronograma de trabalho a ser cumprido pela autora, que indicará um profissional que executará os serviços de fotografia, acompanhado de um produtor–assistente.

Por sua cláusula nona foi proibida a subcontratação parcial ou total dos serviços, bem como a transferência, a qualquer título, do referido contrato, seus direitos e obrigações.

Também lhe foi proibido, pela cláusula décima-terceira, a divulgação, mesmo depois de findo o contrato , de quaisquer dados, relatórios, entrevistas ou fornecer informações relacionadas com o objeto do mesmo, a não ser prévia e expressa autorização da contratante, sendo vital, para a caracterização do teor do contrato de que trata o item 5.3 da Proposta 019-0118/87, de 22.10.87 (fls. 29/30), que, expressamente, passou a fazer parte do contrato SOND-SAM 001/88:

> "5.3 — A proponente cede à Sondotécnica todos os direitos de utilização das fotos objeto da presente proposta, seja para a preparação de audiovisual, ou para impressos do referido programa".

O programa referido é o de Educação Ambiental na área de influência da Usina Hidrelétrica de Samuel, em Rondônia, a cargo das CENTRAIS ELÉTRICAS DO NORTE DO BRASIL S.A — ELETRONORTE, tendo sido contratada para desenvolvê-lo SONDOTÉCNICA ENGENHARIA DE SOLOS S.A.

Esta empresa é que subcontratou a autora com duas finalidades: fotografar, nos locais indicados pela subcontratante, material de acordo com a temática apresentada, através de profissional indicado pela subcontratada (autora), aceito pela subcontratante. Também caberia à autora indicar um produtor assistente que acompanharia aquele fotógrafo.

Há diferenças substanciais entre o contrato de fls. 21/28 e aqueles outros que instruíram o processo trazido como paradigma.

Naqueles contratos firmados entre a empresa MARIGO COMUNICAÇÃO VISUAL LTDA. e a ACM – Assessoria de Comunicação e Marketing Ltda., bem como o que firmou com a COMPANHIA NESTLÉ e a CONSULTER ASSESSORIA DE PLANEJAMENTO LTDA., houve inegavelmente a cessão parcial de direitos autorais.

As fotos pertenciam a um determinado fotógrafo, ou seriam por ele produzidas, para cessão futura de seus direitos autorais sobre as mesmas.

Aqui, não há a característica de obrigação personalíssima, porquanto, como já foi dito, a autora poderia escolher qualquer fotógrafo, ou produtor, devendo o mesmo ser aceito pela contratante.

Mas há fator mais forte a caracterizar efetivamente a prestação de serviços: qual seja o pessoal da autora, subcontratada, teriam as despesas de viagem, hospedagem, transporte, alimentação, pagos pela subcontratante (SONDOTÉCNICA), no período em que estiverem executando os serviços, havendo ainda uma cláusula pela qual, no caso de ocorrerem glosas, por parte da ELETRONORTE, relativas aos serviços ou às despesas aprovados pela subcontratante, referente aos trabalhos efetuados pela subcontratada, será efetuada idêntica glosa no montante da fatura apresentada pela subcontratada (autora).

Além disto, a proibição a que se refere a cláusula décima-terceira é específica no sentido de divulgação de dados, relatórios, entrevistas, informações, relacionadas com o objeto do contrato. Isto compreende-se inclusive por razões de segurança da hidrelétrica que seria objeto das fotos.

Não se pode presumir, tenha ocorrido, em razão da cláusula 5.3, retrotranscrita, a cessão de direitos autorais.

A regra contratual é no sentido da cessão de todos os direitos de utilização para a preparação de audiovisual ou impressos.

Mas que direitos seriam estes?

Primeiramente deveremos ver se as fotografias assim produzidas poderiam ser consideradas obras intelectuais.

O art. 6º, VII, estabelece que apenas são consideradas obras intelectuais as obras fotográficas e as produzidas por qualquer processo análogo ao da fotografia, desde que , pela escolha de seu objeto e pelas condições de sua execução, possam ser consideradas obras artísticas.

No caso vertente, a escolha do objeto foi feita pelo subcontratante e não pela autora. Não veio qualquer prova fossem as mesmas consideradas obras artísticas.

Não se sabe sequer a autoria das mesmas.

Evidentemente não temos *in casu* um contrato de edição, pelo qual o editor obriga-se a reproduzir mecanicamente e a divulgar a obra artística que lhe teria sido confiada pelo autor.

Também não estamos diante de um contrato de encomenda que trata o art. 58 da Lei 4.944, de 06.04.66, pelo qual o autor obriga-se à feitura de obra literária, artística ou científica, em cuja publicação e divulgação se empenha o editor.

Nem a obra é artística, nem o subcontratante é editor, hipótese que se prevalecesse resultaria na incidência do art. 36 da mesma lei, onde se vê o condomínio dos direitos autorais entre o autor e o editor.

Aqui se tem nitidamente um contrato de prestação de serviços fotográficos, sendo nítida a obrigação de fazer, caracterizando de forma irrefutável a incidência do imposto sobre serviços, não sendo hipótese de utilização de obra fotográfica, quando deveriam ser obedecidas as regras do art. 82 da lei específica.

Melhor sorte não tem a autora quanto ao contrato de fls. 31/38, do qual faz parte integrante a proposta SON – 018-0113/87 de fls. 39/44.

Pelo mesmo assume a obrigação de realizar a programação visual para produção gráfica de seis cartilhas, três folhetos e um livreto, devendo realizar o projeto gráfico e os textos básicos.

Caberá à autora proceder ao copidesque dos textos originais, desenvolvidos pela equipe de redação da subcontratante, adequando-os a cada um dos públicos a que se destinam. Também assumiu o encargo de realizar a diagramação para a execução da fotocomposição, processando os *layouts* das peças a serem aprovadas pela subcontratante.

Que será a subcontratante que fornecerá à subcontratada todas as fotos necessárias para a produção das peças, cabendo à mesma a aprovação das capas e ilustrações, após o que a subcontratada confeccionará os fotolitos e a impressão.

Igualmente não se vislumbra aí a edição de obra intelectual a ser protegida, mas mesmo que assim houvesse o certo é que a autora apenas realizará serviços de impressão, mesmo que os preparatórios a esta, sempre sob a orientação e fiscalização da contratante, a cuja equipe caberá inclusive a elaboração dos textos e a escolha das fotos, que a autora fez em razão do contrato de serviço supra-analisado.

Não há como se evocar as regras relativas a direitos autorais, eis que os contratos que firmou a autora são de mera prestação de serviços fotográficos e de impressão, sujeitos portanto ao ISS.

Isto posto e pelo mais que nos autos consta JULGO IMPROCEDENTE o pedido.

Custas e honorários que fixo em 15% sobre o valor da causa, pelo sucumbente.

Procedam-se as anotações e comunicações cabíveis.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 16 de abril de 1990.

LEILA MARIA C. C. R. MARIANO
Juíza de Direito

12ª VARA FEDERAL
Rio de Janeiro — RJ
Processo nº
91.0044012-4

AÇÃO DECLARATÓRIA PARA CONFIRMAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE PARTE AUTORA E UNIÃO FEDERAL — Procedência em decorrência da constitucionalidade do requerido.
(Sentença do Juiz de Direito R. Reis Friede)

Vistos etc.

CIMENTO MAUÁ S.A., empresa devidamente qualificada às fls. 02/15, ajuizou a presente Ação de Conhecimento, de rito comum ordinário, em face da UNIÃO FEDERAL, objetivando:

> "(...) ser declarada, por sentença, a inexistência da relação jurídica entre a AUTORA e a UNIÃO FEDERAL, no que diz respeito ao art. 9º da Lei 7.689/88 e o aumento de alíquota produzidos pelas Leis 7.787/89, 7.894/89 e 8.147/90, ou qualquer outro aumento de alíquota que venha a ser efetivado, ENQUANTO NÃO FOR EDITADA A LEI COMPLEMENTAR EXIGIDA PELO ART. 146, III, a da CF/88, referente à contribuição social FINSOCIAL, permitindo-se que a autora nada recolha a esse título, já que, também, a suposta nova contribuição social FINSOCIAL sobre o faturamento, já tem outra contribuição cobrada em seu lugar (PIS); (...)".

Fundamentou que o FINSOCIAL não era uma Contribuição Social na Carta Política de 67 (com emenda dada pela EC/69), mas sim um verdadeiro imposto não discriminado no art. 153 da Lei Maior, que teria sido extinto – por não enquadrar-se no art. 195 da CF/88 – se esta não abrisse uma exceção no art. 56 do ADCT para que sobrevivesse até que lei complementar dispusesse sobre as contribuições sociais.

Daí por que, uma vez transitória a cobrança do Finsocial, estaria vedado à União Federal modificar a alíquota de 0,5% da exação contestada.

Acrescentou, ainda, que, sobre o faturamento dos empregadores já recai o tributo devido ao PIS, cuja base de cálculo também é a receita bruta operacional.

Por esses motivos, e por ainda entender que as contribuições sociais voltaram a possuir natureza jurídica tributária, sujeitando-se, portanto, às normas constitucionais relativas aos tributos, entende a requerente que foram desrespeitados os princípios constitucionais da *anterioridade* e os demais, *relativos ao Direito Tributário*.

O feito foi preparado à fl. 17v.

Citada, a União Federal contestou às fls. 20/27, fundamentando que a CF/88 não exige lei complementar para a instituição de contribuições sociais, e que as Leis 7.689/88 e 7.738/89, que regularam o FINSOCIAL posteriormente à sua instituição pelo Decreto 1.940/82, entraram em vigor, devidamente, na data em que foram publicadas.

Afirmaram, também, que não houve qualquer revogação de incidência do FINSOCIAL sobre as empresas vendedoras de serviços, uma vez que agora elas teriam passado a calcular a contribuição pela alíquota de 1/2 por cento sobre a receita mensal da venda de seus produtos.

Acrescentou que não tinha consistência a afirmação de que o FINSOCIAL teria a mesma base de cálculo do PIS, já que este teria por base a receita operacional bruta e aquele, o resultado do exercício, antes da provisão para o IR.

RELATEI. DECIDO.

ART. 5º DO CTN:

"Os tributos são impostos, taxas e contribuições de melhoria".

Essa concepção adotada pelo nosso Código, que fixa no fato gerador e na base de cálculo da exação, a técnica de reconhecimento dos tributos, denomina-se TRIPARTITE, compreendendo o tributo como um rígido conjunto de 3 (três) espécies: impostos, taxas e contribuições de melhoria.

Aproximando-se, porém, destas três espécies de tributos, e tendo reconhecida sua natureza jurídica como tributária, o EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO e as CONTRIBUIÇÕES PARAFISCAIS orbitam

esse mesmo gênero "*tributo*", sem, no entanto, serem capazes de transformar a teoria adotada por legislação tributária de TRIPARTITE e QÜINQÜIPARTITE.

O motivo pelo qual não se conceberia tal hipótese, reside no fato de que tais exações, embora tenham natureza jurídica tributária, possuem peculiaridades suficientes para afastarem de si características fundamentais do TRIBUTO. A disciplina jurídica das exações parafiscais não chegou à sistematização alcançada pelas exações fiscais; são tão diversificadas hoje, que já não comportam uma sistematização.

Analisando, portanto, a CF/67, sob a égide da qual foi estabelecido o FINSOCIAL, teremos:

> CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1967:
> "Art. 21 — Compete à União instituir impostos sobre :
> (...)
> § 2º — A União pode instituir:
> (...)
> II — Empréstimos Compulsórios, nos casos especiais definidos em lei complementar, aos quais se aplicarão as disposições constitucionais relativas aos tributos e às normas gerais de direito tributário".

O inciso II deste artigo dispôs, expressamente, que em relação aos empréstimos compulsórios, a União deveria instituí-los considerando as disposições relativas aos tributos.

Implícita, portanto, estava, nesta ordem constitucional, a teoria TRIPARTITE abraçada pela nossa legislação, dentro da qual não encontra lugar os empréstimos compulsórios. Quanto a estes, achou por bem o legislador *excepcioná-los* neste artigo e dotá-los da rigidez dos tributos.

Na mesma situação jurídica dos empréstimos compulsórios, encontram-se as contribuições parafiscais, que, no entanto, não mereceram a exceção dada aos empréstimos compulsórios, isto é, para aqueles, o legislador constitucional não estabeleceu que a sua instituição deveria obedecer às disposições constitucionais relativas aos tributos. Não há dúvida, pois, que para as contribuições parafiscais *não existia* a exigência constitucional de que fossem observadas as regras relativas aos tributos.

O argumento a *contrario sensu*, que integra o método de interpretação lógica da lei, faculta a conclusão pela exclusão, dada a

regra que afirma que as exceções devem vir sempre *expressas*. Daí insistimos na interpretação acima, no sentido de que a instituição das contribuições sociais na CF/67 estava a salvo das limitações impostas aos tributos.

O FINSOCIAL, como se procurou atestar, teve nascimento irrepreensível sob a Carta Política de 1967. E não poderia deixar de ser, uma vez que fosse ele contrário à Constituição da época, nem mesmo teria tido início esta polêmica: não há repristinação face ao novo ordenamento jurídico. Não haveria como defender lei que trouxe a inconstitucionalidade do berço.

Resta agora, para nós que não reconhecemos a sua inconstitucionalidade, mostrar também as razões jurídicas que o fizeram sobreviver sob o império da Lei Magna atual, tornando-se, a ela, perfeitamente harmônico e, por conseqüência, legitimamente exigível.

A matéria legislativa referente às Contribuições Sociais está assim expressa:

DECRETO-LEI Nº 1.940/82:

"Art. 1º — É instituída, na forma prevista neste Decreto-lei, contribuição social, destinada a custear investimentos de caráter assistencial em alimentação, habitação popular, saúde, educação e amparo ao pequeno agricultor.

§ 1º — A contribuição social de que trata este artigo será de 0,5 % (meio por cento), e incidirá sobre a receita bruta das empresas públicas e privadas que realizam venda de mercadorias, bem como das instituições financeiras e das sociedades seguradoras.

§ 2º — Para as empresas públicas e privadas que realizam exclusivamente venda de serviços, a contribuição será de 5 % (cinco por cento) e incidirá sobre o valor do Imposto sobre a Renda devido, ou como se fosse".

LEI Nº 7.689/88:

"Art. 1º — Fica instituída contribuição social sobre o lucro das pessoas jurídicas, destinada ao financiamento da seguridade social.

Art. 2º — A base de cálculo da contribuição é "o valor do resultado do exercício, antes da provisão para o imposto de renda".

Art. 9º — Ficam mantidas as contribuições previstas na legislação em vigor, incidentes sobre a folha de salários e a de que

trata o Decreto-lei 1940, de 25 de maio de 1982, e alterações posteriores, incidente sobre o faturamento das empresas, com fundamento no art. 195, I, da Constituição Federal".

LEI Nº 7.738, DE 09.03.1989:

"Art. 28 — Observando o disposto no art. 195, § 6º, da Constituição, as empresas públicas ou privadas, que realizam exclusivamente venda de serviços, calcularão a contribuição para FINSOCIAL à alíquota de meio por cento sobre a receita bruta".

LEI Nº 7.787, DE 30.06.1989:

"Art. 7º — A alíquota da contribuição para o FINSOCIAL (Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, artigo 1º, § 1º, Lei nº 7.738, de 9 de março de 1989, artigo 28) é fixada em 1% (um por cento), até a aprovação dos Planos de Custeio e Benefícios.

Parágrafo único — O produto de arrecadação do FINSOCIAL, com o acréscimo de que trata este artigo destinar-se-á integralmente à seguridade social, assim definida no Capítulo II, do Título VIII, da Constituição Federal".

LEI Nº 7.799, DE 10.07.1989:

"Art. 67 — Em relação aos fatos geradores que vierem a ocorrer a partir de 1º de julho de 1989, far-se-à conversão em BTN Fiscal do valor:

V — das contribuições para o Fundo de Investimento Social — FINSOCIAL, para o Programa de Integração Social — PIS e para o Programa de Formação do Patrimônio do Servidor Público — PASEP, no 3º (terceiro) dia do mês subseqüente ao do fato gerador".

Art. 69 — Ficará sujeito exclusivamente à atualização monetária, na forma do artigo 67, o recolhimento que vier a ser efetuado nos seguintes prazos:

IV — Contribuições:

a) para o FINSOCIAL, até o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador;

b) para o PIS e o PASEP, até o dia 10 (dez) do 3º (terceiro) mês subseqüente ao da ocorrência do fato gerador, exceção feita às modalidades especiais (Decreto-lei nº 2.445, de 29 de junho de 1988, artigos 7º e 8º), cujo prazo será o dia 15 (quinze) do mês subseqüente ao de ocorrência do fato gerador".

LEI COMPLEMENTAR Nº 7, DE 07.09.1970:

"Art. 1º — É instituído, na forma prevista nesta Lei, o Programa de Integração Social, destinado a promover a integração do emprego na vida e no desenvolvimento das empresas.

Art. 3º — O Fundo de Participação será constituído por duas parcelas:

b) a segunda, com recursos próprios da empresa, calculados com base no faturamento, como segue:

g) Constituição Federal de 1988:

Art. 239 — A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social, criado pela Lei Complementar nº 7, de 7 de setembro de 1970, e para o Programa de Formação do Patrimônio de Servidor Público, criado pela Lei Complementar nº 8, de 3 de dezembro de 1970, passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro-desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo.

h) Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

Art. 56 — Até que a lei disponha sobre o art. 195, i, da arrecadação decorrente de, no mínimo, cinco dos seis décimos percentuais correspondentes à alíquota da contribuição de que trata o Decreto-lei nº 1.940, de 25 de maio de 1982, alterada pelo Decreto-lei nº 2.049, de 1º de agosto de 1983, pelo Decreto nº 91.236, de 8 de maio de 1985, e pela Lei nº 7.611, de 8 de julho de 1987, passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento".

DA RECEPÇÃO DA LEI 1.940/82 PELA CF/88.

Pelo *princípio da continuidade da legislação ordinária anterior*, a legislação criada sob o regime da CF/67 foi recepcionada pela atual Lei Maior e insuflada dos novos princípios constitucionais adotados. Assim, a legislação que com ela não conflitasse e materialmente se

compatibilizasse com as suas novas disposições, foi abraçada instantaneamente, impedindo o surgimento de um inaceitável vazio infraconstitucional.

> "Este é o fenômeno da recepção, similar à recepção do Direito romano na Europa. Trata-se de um processo abreviado de criação de normas jurídicas, pelo qual a nova Constituição adota as leis já existentes, com ela compatíveis, dando-lhes validade, e assim evita o trabalho quase impossível de elaborar uma nova legislação de um dia para o outro. Portanto, a nova lei não é idêntica à lei anterior: ambas têm o mesmo conteúdo, mas a nova lei tem o seu fundamento na nova constituição; a razão de sua validade é, então, diferente (Celso Ribeiro Bastos, *apud* Nagib S. Filho).

"A ordem jurídica anterior é preservada do ponto de vista formal, ainda que a nova Constituição tenha alterado o processo legislativo de sua elaboração" (Nagib Slaibi, *Anotações à CF/88*, 1989). Dessa forma, a "(...) legislação, ao ser recebida ganha a natureza que a constituição nova atribuir atos regentes de certas matérias. *Assim as leis anteriores tidas por ordinárias podem passar a complementares; decretos-leis podem passar a ter a natureza de leis ordinárias; decretos podem obter a característica de leis ordinárias* (Temer Michel) — *Elementos de Direito Constitucional*, 5ª ed., RT, 1988).

O Decreto-lei 1940, de 25.05.82 — instituidor do FINSOCIAL — por força do fenômeno da Recepção, entrou para a legislação infraconstitucional como Lei Ordinária, tendo em vista que o art. 56 do ADTC da CF/88 previu-o expressamente (embora tal disposição fosse descipienda em razão da compatibilidade da norma com a Lei Maior).

No momento em que se dá a Recepção dessa herança normativa pela nova Constituição, a polêmica sobre a vigência ou não de uma lei já existente não se circunscreve em torno de sua "constitucionalidade" ante aos novos preceitos da Lei Magna, e sim sobre a sua *revogação* ou *recepção*: "O que há é mera revogação da lei anterior, naquilo que ferir a nova Carta Magna, pois o princípio geral é que a lei posterior revoga a anterior, quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior (art. 2º do CC)" (Filho, Nagib Slaib, ob. cit.).

DA PERFEITA COMPATIBILIDADE DO FINSOCIAL COM A CF/88

As contribuições parafiscais, como já foi dito anteriormente, embora tenham natureza tributária, não estão incluídas no estrito conjunto de art. 5º do CTN, para o qual a CF/88 impôs rígidos limites à sua instituição.

> "A contribuição parafiscal corresponde ao emprego das finanças públicas com objetivos extrafiscais, não visando precipuamente à obtenção de receitas, mas objetivando regular ou modificar a distribuição da riqueza nacional, equilibrar os níveis de preços de utilidades ou de salários, bem como outras finalidades econômicas ou sociais semelhantes" (Rosa Jr., Luiz Emygdio F. da — *Novo Manual de Direito Financeiro e Direito Tributário*, Renovar, 1992).

A Constituição de 1988 disciplina 3 (três) tipos de contribuições parafiscais: a contribuição de intervenção no domínio econômico, a contribuição de interesse das categorias profissionais e a contribuição para o custeio da seguridade social.

> ART. 149 DA CF/88:
> "Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III e 150, I e III, *e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.*
> Parágrafo único — Os Estados, o Distrito Federal e os Munícipios poderão estabelecer contribuição, cobrada de seus servidores, para o custeio, em benefício destes, de sistema de previdência e assistência social".

O artigo acima transcrito refere-se a duas das três contribuições parafiscais de que trata a CF/88: a contribuição de intervenção no domínio econômico é de interesse das categorias profissionais ou econômicas. Para estas, a CF impôs a rigidez que se observa na instituição dos tributos, e o fez expressamente, atribuindo-lhes a força dos artigos 146, III e 150, I e III, sem os quais todas as contribuições parafiscais previstas estariam distantes das limitações do regime dos tributos.

ART. 146 CF/88:

"Cabe à Lei Complementar:

(...)

III — Estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição dos tributos e suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, base de cálculo e contribuintes".

ART. 150 CF/88:

"Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I — exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

(...)

III — cobrar tributos:

a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado;

b) No mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou".

Foi necessário, portanto, para que tais contribuições adquirissem o regime dos tributos, que a Constituição Federal, *tratando-as no título destinado à disciplina da Tributação e do Orçamento*, previssem-nas na seção que dispõe sobre as *limitações do poder de tributar* — como o fez, na redação que imprimiu ao seu art. 149.

No entanto, a terceira contribuição parafiscal prevista — *a contribuição para o custeio da seguridade social* — não ingressou no art. 149, nem mesmo foi regulado no título referente à tributação e orçamento da União. Ingressou, na realidade, no título destinado à disciplina da Ordem Social e foi prevista no art. 195.

ART. 195 CF/88:

"A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

I — dos empregadores, incidente sobre a folha de salários, o faturamento e o lucro;

II — dos trabalhadores;

III — sobre a receita de concursos prognósticos".

Claro está que se o constituinte pretendesse que para a instituição da contribuição social houvesse as limitações que previu para a instituição das demais contribuições, a redação do art. 149 seria outra — ou incluindo a contribuição para o custeio da seguridade social, ou fazendo constar apenas o termo genérico "contribuições parafiscais", do qual aquela é espécie. O que não se admite é a interpretação que pretende dar à contribuição social o *rígido regime tributário que não recebeu.*

Neste sentido, é a lição esclarecedora do mestre Ruy Barbosa Nogueira a respeito do art. 149 da CF/88:

> "Como se vê, incluídas estas contribuições sociais dentro do Sistema Tributário Nacional e dependentes das normas gerais em matéria de legislação tributária (art. 146, III) e mais das normas tributárias do art. 150, I e III, a Constituição as trata como tributos, isto é, *estas contribuições sociais de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas estão submetidas ao regime dos tributos.*
> (...)
> Observe que já as *contribuições sociais* da seguridade social previstas no art. 195, não só não foram incluídas no capítulo do Sistema Tributário Nacional, mas poderão ser exigidas após decorridos noventa dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou modificado, não se lhes aplicando o disposto no art. 150, III, b, do Sistema Tributário. *Portanto, essas contribuições da seguridade social estão excluídas do regime dos tributos".* (Ruy Barbosa Nogueira. *Curso de Direito Tributário*, 9ª ed., São Paulo, Saraiva, 1989, págs. 127/8) (grifos nossos).

Observamos, inclusive, que não deve ser utilizada a Lei Complementar como veículo legislativo para a criação de contribuições, pois, excetuando a União Federal, as demais entidades políticas (Estados, Municípios e Distrito Federal) *não possuem competência para editarem Lei Complementar, mas possuem, entretanto, competência para instituí-las* (art. 149, parágrafo único, CF/88).

Seria, na verdade, um *paradoxo*, se o legislador constitucional estabelecesse um processo legislativo complexo para o custeio da seguridade social ao mesmo tempo em que alargava o rol de direitos sociais, que, devido a sua natureza, necessitam de uma atuação ágil do Poder Público. Por esse motivo, tais contribuições não estão nem

mesmo sujeitas ao princípio da anterioridade, podendo ser cobradas após 90 (noventa) dias da data da publicação da lei que as houver instituído ou aumentado (art. 195, § 6º, CF/88).

As limitações a que se subordinam as normas constitucionais que atribuem e distribuem competência tributária devem estar expressas, de forma clara, no próprio texto constitucional, não podendo ser inferidas por via de interpretação. *Isto porque tais normas constitucionais possuem eficácia plena.*

O FINSOCIAL, como contribuição para o custeio da seguridade social, não está, portanto, sujeito a instituição através de Lei Complementar, não possuindo as limitações impostas à criação das demais exações. Foi recepcionado expressamente por nossa Constituição Federal vigente e nela estão respaldadas as normas que o modificaram.

Por outro lado, não há como interpretar que a coexistência do PIS e do FINSOCIAL viola a CF, uma vez que é ela mesma quem determina a exigência dessas duas contribuições:

> ART. 239 DA CF/88:
> *"A arrecadação decorrente das contribuições para o Programa de Integração Social (...), passa, a partir da promulgação desta Constituição, a financiar, nos termos que a lei dispuser, o programa do seguro desemprego e o abono de que trata o § 3º deste artigo".*
>
> ART. 56 DO ADCT/88:
> *"Até que a lei disponha sobre o art. 195, I, a arrecadação decorrente de, no mínimo, 5 dos 6 décimos porcentuais correspondentes à alíquota de que trata o Decreto-lei nº 1.940, de 25.05.82 (...), passa a integrar a receita da seguridade social, ressalvados, exclusivamente no exercício de 1988, os compromissos assumidos com programas e projetos em andamento".*

Desta forma, identificando ou não a mesma base de cálculo para essas duas exações, concluímos que as diferentes espécies de contribuição, tipificadas na CF/88, podem ter idêntica base de cálculo. As novas que vierem a ser instituídas é que terão que observar o princípio da não-cumulatividade. É conveniente ressaltar, ainda, que a bitributação é inaceitável apenas em caso de impostos e não em caso de contribuições, consoante entendimento praticamente unânime da doutrina a respeito: "não é o órgão arrecadador mas a destinação

(no caso a Seguridade Social) que define a natureza do tributo; e a Constituição veda a bitributação apenas em caso de impostos e não de contribuições" (Paulo Ferraz — procurador da Fazenda).

A contribuição social é qualificada pela destinação do seu produto de arrecadação. Por este motivo, o argumento de que o FINSOCIAL seria um verdadeiro imposto — em razão de ter gestão realizada pela Receita Federal e não pelo INSS —, não tem, igualmente, fundamento, uma vez que em caso de seguridade social não é o órgão arrecadador, e sim a destinação do produto que define a natureza do tributo.

Também, não há qualquer arbítrio quanto aos fatores de quantificação do FINSOCIAL (alíquotas), considerando que, no máximo, há uma *discricionariedade* constitucional possível em face das próprias particularidades da Contribuição Social (como já mencionamos) e, em particular, desta espécie *sui generis* da contribuição social prevista no art. 195, § 6º, da CF/88.

A veiculação da matéria de contribuição social através de Medida Provisória também é perfeitamente constitucional, tendo em vista recente julgamento pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que assim decidiu:

> *"Argüição de Inconstitucionalidade em AMS nº 90.02.07522-7 — RJ.*
>
> *EMENTA — MEDIDA PROVISÓRIA Nº 22/88, CONVERTIDA NA LEI Nº 7.689/88. CONSTITUCIONALIDADE.*
>
> *A Medida Provisória, desde que convertida em lei, pelo Congresso Nacional, é instrumento hábil para criar ou extinguir tributo;*
> *A instituição da contribuição social de que trata o art. 195 da Constituição Federal independe de Lei Complementar, porque a norma constitucional definiu o fato gerador, o sujeito passivo e base de cálculo da exação;*
> *O fato de ter a contribuição social idêntico fato gerador e base de cálculo igual ao do imposto de renda não viola o disposto no art. 154, I, da constituição;*
> *Foi observado o princípio da anterioridade, porque a Medida Provisória foi editada em 06.12.88, incidindo sobre o fato gerador pendente e tornando operante após o interregno de 90 dias.*

Argüição de Inconstitucionalidade rejeitada" (in DJU, *de 07.05.91, pág. 9.650).*

Isto posto, na forma da fundamentação supra, *JULGO IMPROCEDENTE* o(s) pedido(s) registrado(s) na inicial, entendendo pela absoluta constitucionalidade do tributo em questão, afastando, por efeito, todas as argüições suscitadas a respeito na peça vestibular.

Custas *ex lege*.

Honorários advocatícios em Cr$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros) consoante o disposto no art. 20, § 4º, do CPC.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 03 de junho de 1992.

R. REIS FRIEDE
Juiz de Direito

JUÍZO DE DIREITO
DA 10ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA
Proc. nº 2.655

ATO ADMINISTRATIVO VINCULADO — Responsabilidade da Administração pelos *danos para cujo resultado indiretamente concorreu. Pensionamento devido à viúva e dependentes da vítima.*
(Sentença do Juiz de Direito João Baptista Chagas Filho)

Vistos etc.

MARILDA MONTEIRO TELLES e seus filhos, JOCILEY MONTEIRO TELLES, nascido em 28.04.74, GRAZIELLE MONTEIRO TELLES, nascida em 23.03.77 e ANA PAULA MONTEIRO TELLES, nascida em 14.08.78 propõem esta ação de procedimento ORDINÁRIO, em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO e INSTITUTO DE PREVIDÊNCIA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO — IPERJ, pleiteando a correção do Ato Administrativo, após a morte do marido e pai dos requerentes, JOSÉ MARIA DA SILVA TELLES. Pretendem que seja reconhecido que o pai e marido morreu em serviço e, em conseqüência, farão os autores jus à pensão especial, recebendo as diferenças.

1 — Afirmam que o marido e pai era soldado PM, servindo na 5ª Companhia Independente da Polícia Militar, com sede em Itaperuna, desde 20.07.72. Em 24.11.88, morreu em conseqüência de acidente em serviço, para o qual fora designado em 19.11.88 e o acidente ocorreu no km 0,4, da Rodovia RJ-220, entre Itaperuna e Natividade, quando houve violenta colisão entre o microônibus da PM, dirigido pelo *de cujus* e outro veículo de transporte.

1.1 — O ex-policial fora escalado, juntamente com outros praças, em 19.11.88, para dirigir o microônibus que levaria a guarnição de reforço a Porciúncula, por ocasião das apurações eleitorais.

1.2 — O inquérito e a sindicância instaurados para apurar os fatos desconsideraram a morte de José Maria da Silva Telles como

ato de serviço porque não estaria enquadrado nas condições do Decreto estadual 544, de 07.01.76.

1.2.1 — A única morte ocorrida no acidente não foi considerada ato de serviço; entretanto, os ferimentos causados aos demais PMs, membros da mesma guarnição, assim, foram considerados.

Vieram os docs. de fls. 08/59.

2 — O Estado contestou o pedido, argüindo ilegitimidade passiva, pois sendo questão de benefício, a legitimidade passiva cabe ao IPERJ, autarquia estadual, com personalidade de direito público própria.

2.1 — No mérito, confirmou o acidente como apontado na inicial, com 09 vítimas, entre as quais seis policiais e três civis e o ferimento letal no condutor.

2.2 — Reporta-se ao Inquérito Policial, onde restou inequivocamente configurado que, embora outro motorista, envolvido na colisão, tenha contribuído para o acidente, houve concorrência de culpa do marido e pai dos autores, o qual "desenvolvia velocidade incompatível com o local do acidente e poderia ter evitado a colisão".

2.3 — Nos termos do art. 3º do mencionado Decreto estadual nº 544/76, aqui aplicável, afasta-se a ocorrência de acidente *em serviço* sempre que se comprove que o fato decorreu de imprudência do PM acidentado; assim, nenhum acréscimo de vencimento poderá favorecer os dependentes do ex-policial, além da pensão ordinariamente concedida.

2.4 — O *de cujus* recolhia suas contribuições para o IPERJ e nada há que favoreça os autores.

Vieram os documentos de fls. 69/91, que são cópias do Inquérito Policial Militar.

Manifestaram-se os autores às fls. 93/94, contrariando a preliminar e insistindo em suas razões inicialmente apresentadas.

Manifestou-se o MP (fls. 97v), pedindo a inclusão dos filhos no pólo ativo e regularização da representação.

Veio a representação dos menores (fls. 102/106), juntamente com o pedido de Justiça Gratuita e ainda o laudo de fls. 107/109.

Saneamento às fls. 116v, recorrido de Agravo Retido, às fls. 118/119.

Foi expedida carta precatória para a Comarca de Itaperuna, com o fim de serem ouvidas testemunhas (fls. 125/144).

Manifestou-se o MP às fls. 147, opondo-se à pretensão dos autores e também à preliminar argüida pelo Estado.

A decisão interlocutória de fls. 149/150 anulou o feito, a partir do saneamento. Determinou a inclusão do IPERJ, como litisconsorte necessário e impôs diligências.

3 — Às fls. 164/166, apresentou o IPERJ sua peça de bloqueio, argüindo ilegitimidade passiva, no argumento de que vem pagando normalmente a pensão devida e, em caso de promoção, receberá a viúva o que for de direito e o IPERJ nada tem a ver com a pretendida promoção, o que é da competência do Estado do Rio de Janeiro.

3.1 — No mérito, contesta o pedido, por não haver qualquer prova de que a vítima fatal do acidente tenha morrido em serviço e subscreve as alegações do Estado.

3.2 — Às fls. 169/178, vieram as informações do 29º BPM, como solicitadas às fls. 150.

O MP às fls. 179v, reiterou sua promoção de fls. 147.

Manifestou-se o MP e o Estado. Tanto o Estado do Rio de Janeiro, como os autores, pediram o julgamento do pedido no estado em que se encontra o processo.

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Em primeiro lugar é de se apreciar a ilegitimidade passiva argüida pelo Estado do Rio de Janeiro. Esta preliminar é de ser rejeitada, inclusive com o aval do MP. O Estado é a parte legítima para responder a este processo, uma vez que se trata de *Revisão de Ato Administrativo* praticado pelo réu.

Em segundo lugar, é de se acolher a preliminar de ilegitimidade passiva pelo IPERJ. Este, como autarquia estadual, com personalidade de direito público própria, em nenhum momento participou do Inquérito *sub examine* e, como afirmou, cumprirá as ordens que advierem, caso a viúva seja merecedora, juntamente com seus filhos, de melhoria decorrente de vantagens auferidas em revisão dos atos trazidos a Juízo.

No mérito, a questão se cinge somente ao fato de se saber se a única vítima fatal, pai e marido dos autores, estaria afastado dos benefícios, pela exclusão, do art. 3º do Decreto estadual 544 de 07.01.76.

Diz o art. 1º do mencionado diploma:

> *"Art. 1º — Considera-se* acidente em serviço... *aquele que ocorra com policial militar da ativa, quando: (grifei)*

I — no exercício de suas atribuições funcionais, durante o expediente normal, ou quando determinado por autoridade competente, em sua prorrogação ou antecipação *(grifei).*

...

IV — no decurso de viagens impostas por motivo de movimentação efetuada no interesse do serviço ou a pedido.

Art. 3º — Não se aplica o disposto no presente Decreto quando o acidente for resultado de crime doloso, transgressão disciplinar, imprudência ou desídia *do policial militar acidentado, ou de subordinado seu, com sua aquiescência (grifei).*
Parágrafo Único — Os casos previstos neste artigo serão devidamente comprovados em Inquérito Policial Militar *ou Sindicância".*

O inquérito concluiu por imprudência da única vítima fatal que "evoluía em velocidade incompatível com o local" e concluiu também que houve culpa concorrente de outro motorista que estacionara o autoônibus em uma curva. Se o policial militar estivesse dirigindo com menor velocidade, não teria necessidade de desviar o seu veículo para a contramão, indo chocar-se violentamente com outro veículo que vinha na direção oposta.

Pelos depoimentos colhidos e ainda pelas informações obtidas, não resta menor dúvida de que o ex-policial não estava em escala de serviço e que o mesmo fora escalado excepcionalmente, *tendo ido uma patrulha à sua casa para conduzi-lo ao trabalho, em seu dia de folga.*

A testemunha de fls. 141 afirmou que os policiais escalados para reforçarem a segurança, nas comemorações posteriores às eleições municipais, viajavam em três veículos, formando um comboio. Menciona que o microônibus não funcionava bem e por isso não conseguia acompanhar o comboio. Havia em uma curva fechada, um ônibus de empresa particular parado na pista. O patamo e Gol pararam logo após o ônibus e o microônibus não teve tempo de frear, devendo desviar o veículo para a esquerda, indo colidir com um caminhão, na contramão. Confirma ainda que ele próprio fora encarregado de ir à casa da vítima para *tirá-lo de sua folga e chamá-lo para o serviço.*

O depoimento de fls. 142 repete a mesma dinâmica do acidente e menciona que José Maria da Silva Telles teria acabado de chegar de uma viagem no Rio de Janeiro, estava cansado e, mesmo assim, lhe fora ordenado dirigir o microônibus.

Às 143 reitera-se a mesma versão, dos fatos e da requisição do motorista fora da escala de trabalho.

A narração da dinâmica dos fatos, pelas testemunhas oculares, não diverge do laudo de exame de local de acidente de trânsito (fls. 107/109), expedido pelo Instituto Carlos Éboli.

> *"Atribuímos sua causa direta à manobra para a esquerda efetuada pelo veículo tipo ônibus da 5ª CIMP, que assim invadiu a faixa de tráfego normal e certa do veículo autocarga de placa CF-7020, interpondo-se em sua trajetória, ao nosso ver, ocorreu ainda para os eventos o estado precário do acostamento, que com a vegetação alta dificulta a visibilidade e sua utilização para parada de veículos e, a uma certa falta de cautela do condutor do ônibus da Auto Viação Natividade, ao parar, segundo consta, obstruindo parte da pista,* principalmente se considerarmos o trecho em referência, com visibilidade limitada".

A informação do próprio comando (fls.169) descreve minuciosamente o trabalho desenvolvido pela vítima:

> *"... o dia 15.11.88, cumpriu expediente no horário das 08:00 às 17:00h, tendo sido dispensado do expediente no dia 16.11.88, em virtude de ter de conduzir o microônibus às 24:00h do mesmo dia com policiais militares que representariam a OPM na Olimpíada da Polícia Militar no município do Rio de Janeiro, ficando aquartelado no Batalhão de Choque e de lá, conduzido os citados atletas para o Centro de Recrutamento de Praças 31 voluntários, onde eram realizados os jogos, fazendo este trajeto até o dia 18.11.88, quando regressou a este OPM às 21:00h, perfazendo um total de 53 horas trabalhadas, sendo em seguida dispensado. Foi convocado, através de Plano de Chamada, no dia 19.11.88, em virtude da Força de Choque e todo o efetivo de serviço estar empenhado na apuração das eleições do dia 15.11.88; não era o único motorista, porém o mesmo, segundo informações do chefe da Seção de Transportes, fez questão de assumir a direção do microônibus,* o que sempre fazia com satisfação" *(grifei).*

Ficou muito claro que o motorista fora designado fora de escala, após 53 horas trabalhadas, sendo certo que havia outros motoristas que podiam fazer o mesmo serviço. Entretanto, conforme o depoimento

de outros PMs, uma viatura oficial foi à casa de José Maria, tirando-o de seu dia de folga para levá-lo ao trabalho, repita-se, após 53 horas trabalhadas.

O acidente ocorreu em 19.11.88 e, desde 15.11.88, até 18.11.88, às 21:00h, José Maria ficara na direção do veículo, entre Itaperuna e o Rio de Janeiro.

Convocado fora de escala, foi submetido, por seus superiores, a outra carga de trabalho, "mais do que prometia a força humana", como diria Camões, e esta tarefa "foi aceita com satisfação", para dirigir em uma estrada (fls. 108/109) com acostamento precário, vegetação alta dificultando a visibilidade e ainda a falta de cautela do condutor de ônibus de Viação particular.

O laudo de exame local não apontou culpa ou imprudência do motorista, única vítima letal e sim, a péssima conservação do acostamento, cheio de vegetação e a imprudência do motorista do ônibus da Viação Natividade, o qual, em uma curva fechada, parara e estacionou em meia pista de rolamento.

Os outros dois veículos da PM estacionaram atrás do ônibus, ocuparam ainda mais a pista de rolamento e isto dificultou ainda mais o trabalho da vítima que não teve outra alternativa que não a de projetar na contramão e arriscar, com tal manobra, evitar a colisão com os veículos estacionados, indo porém de encontro ao caminhão de carga.

Os autores, ao pedirem a revisão judicial do ato administrativo que concluiu pela imprudência do PM José Maria da Silva Telles, encontram amparo na Súmula 473 do STF:

> *"A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e* ressalvada em todos os casos a apreciação judicial *(grifei).*

A nossa Administração não tem o *stare decises* do Direito norte-americano, de que nos fala Hely Lopes Meirelles.

Do mesmo autor a definição:

> "Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública, que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria".

"Este conceito é restrito ao *Ato Administrativo* unilateral, ou seja, aquele que se forma com a vontade única da administração e que é o ato administrativo típico (...) os *atos bilaterais* constituem os contratos administrativos" (*in D. Adm. Bras.*, 12ª ed., pág. 109, *RT*, São Paulo, 1986).

Mais adiante, na página 114:

"O mérito administrativo se consubstancia, portanto, na valoração dos motivos e na escolha do objeto do ato, feitas pela Administração incumbida de sua prática, quando autorizada a decidir sobre a conveniência, oportunidade e justiça do ato a realizar".

E prossegue (pág. 115):

"Com efeito, nos atos vinculados, onde não há faculdade de opção do administrador, mas unicamente a possibilidade de verificação dos pressupostos de Direito e do fato que condicionam o processus administrativo, não há falar em mérito, visto que toda atuação do Executivo se resume no atendimento das imposições legais. *Em tais casos, a conduta do administrador se confunde com a do juiz na aplicação da lei* (...) (grifei).

O que convém reter é que o *mérito administrativo* tem sentido próprio e diverso do *mérito processual*, e só abrange os elementos não vinculados do ato da Administração, ou seja, aqueles que admitem uma valoração de eficiência, oportunidade, conveniência e justiça. No mais, ainda que se trate de poder discricionário da Administração, *o ato pode ser revisto pelo judiciário* (grifei) desde que, sob o rótulo do mérito administrativo, se aninhe qualquer ilegalidade resultante de abuso ou desvio de poder.

Induvidoso que o inquérito que apreciou o fato *sub judice* é um *ato vinculado*, pois obediente ao parágrafo único do art. 3º do Decreto 544/76. Foi fiel ao mencionado dispositivo, quando examinou o fato preexistente, entendendo ter havido imprudência do motorista.

Trazido o ato à apreciação do Judiciário, pôde o Juízo, dentro do *princípio da legalidade (caput do art. 37 da CF)*, verificar que houve *outros suportes fáticos* a cingir o fato que ocasionou a morte do motorista.

Seria vedado ao Juízo substituir pura e simplesmente o núcleo do decidido pela Administração, se não valorasse outros suportes fáticos que também ocorreram, como ficou evidenciado, após o exame das provas.

Verifica-se que houve *a quebra da compatibilidade entre o motivo e o objeto*, de que nos fala Celso Antônio Bandeira de Mello, ou, na definição de Marcelo Caetano, *a interrupção da linha de congruência* (*Princ. Fund. do D. Adm.*, Forense, 1980).

A Administração não considerou estar o funcionário em estado de *stress*, ter o acidente ocorrido em curva fechada, com a participação da imprudência do outro motorista que estacionou mal o veículo, o mau estado da pista...

Desdobram-se esses elementos *em concausas*, que quebram a *relação de congruência. Afastadas pela Administração essas concausas, está contaminado o ato administrativo em exame e não estará o Juízo pura e simplesmente o núcleo de decisão administrativa.*

A mens legis do diploma em apreço é afastar de qualquer benefício o agente quando houver sua exclusiva responsabilidade.

Com a devida vênia, não ocorreu *exclusiva responsabilidade do motorista*, uma vez que as provas orais e documentais trouxeram outros suportes fáticos, quais sejam, a dificuldade do local, a fadiga do agente que não se recusou obedecer a seus superiores e a própria vontade dos superiores que, como afirmado às fls. 169, mandaram buscar o motorista que estava fora de escala, quando havia outros que pudessem fazer o mesmo serviço.

Manter a decisão hostilizada seria permitir que a Administração se locupletasse de sua própria torpeza, uma vez que o superior determinou a seu subordinado que, nas condições mencionadas, conduzisse o veículo.

Deve a Administração assumir os riscos do resultado danoso a que, indiretamente, concorreu.

Isto posto, CONSIDERANDO AS RAZÕES ACIMA E TODOS OS ELEMENTOS TRAZIDOS AOS AUTOS, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, para excluir o IPERJ da relação processual, reformar o Ato Administrativo e considerar que houve ocorrência de acidente *em serviço*, sem qualquer imprudência por parte de JOSÉ MARIA DA SILVA TELLES. Serão, via de-conseqüência, concedida, à viúva e dependentes do PM, pensões especiais decorrentes do acidente de serviço, a partir da data do evento, por tratar-se de ato ilícito, para o qual também concorreu a Administração. As verbas em atraso, a serem

calculadas dentro do regulamento da Polícia Militar, serão corrigidas e acrescidas de juros de 1% ao mês.

Condeno o Estado do Rio de Janeiro nas custas processuais e em honorários de advogado, que fixo em 10% sobre as quantias vencidas e 10% sobre as 12 próximas vincendas.

Submeto a presente ao duplo grau de jurisdição.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Rio de Janeiro, 06 de março de 1993.

JOÃO BAPTISTA CHAGAS FILHO
Juiz de Direito em exercício

VARA DE REGISTROS PÚBLICOS
Comarca da Capital — RJ
Proc. 91.607/91

BENS RESERVADOS — Foram abolidos de nosso sistema jurídico após a promulgação da Constituição de 1988, ao estabelecer nos arts. 5, I, e 226, § 6º, a igualdade de direitos e obrigações de homens e mulheres. Da isonomia constitucional de direitos e deveres dos cônjuges resultou a revogação do art. 246 do Código Civil.
(Sentença do Juiz de Direito Eduardo Sócrates Castanheira Sarmento)

Vistos etc.

1 — Tem dúvida o 5º Ofício do Registro Geral de Imóveis em proceder ao registro de título de aquisição de imóvel de interesse de LUÍZA THEREZA BAPTISTA DE MATTOS sobre o ap. 503 da Rua Anchieta, 24 e respectiva averbação da cláusula de bem reservado em favor do cônjuge mulher, tendo em vista o disposto na Constituição Federal assegurando os mesmos direitos a ambos os cônjuges e recente decisão da 2ª Câmara Cível do TJ/RJ na Apelação Cível nº 5.659/89 que entendeu revogado o art. 246 do Código Civil, com a redação que foi dada pela Lei 4.121.

2 — A suscitada, por intermédio de sua ilustre patrona, impugnou a dúvida a fls. 11/13, ressaltando que tal entendimento não é pacífico, eis que ainda em mais recentemente a 1ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, na Apelação 83.301, decidiu que:

> *"Em face da igualdade existente entre homem e mulher em direitos e obrigações referentes à sociedade conjugal, instituída pela Lei Maior, é inegável que o item XII do art. 263 do Código Civil se aplica tanto em favor da mulher como do homem, permitindo que os bens por este adquirido, exclusivamente com seu esforço, sejam considerados reservados, excluídos da partilha, no caso de separação e divórcio.*

Embora a hipótese dos autos não seja resultante de separação ou de divórcio, os fundamentos do V. Aresto também a ela se aplicam, consoante se pronuncia o seu ilustrado relator: "Entendo que a matéria, hoje, deverá ser examinada à luz de duas normas constitucionais: art. 5º, I ("homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição"); parágrafo 5º do art. 226 ("os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher")".

"Em razão delas, inegável que o item XII do art. 263 do Código Civil se aplica tanto em favor da mulher, como do homem, permitindo que os bens por este adquiridos, exclusivamente com seu esforço, sejam considerados reservados, excluídos da partilha, no caso de separação ou divórcio. Não se diga que, assim entendendo, tenha-se como destroçado o regime da comunhão, isso porque a instituição de bens reservados constitui exceção à regra da comunicação" (publ. in DJ, *Minas Gerais, parte II, 07 de fevereiro de 1991).*

3 — Em razão disso, seria inegável que o item XII do art. 263 do C. Civil se aplica tanto em favor da mulher, como em favor do homem, permitindo que os bens adquiridos exclusivamente com o esforço pessoal de cada um sejam considerados reservados, excluídos da partilha, no caso de separação ou divórcio.

Não se diga que, assim entendendo, tenha-se destroçado o regime de comunhão porque a instituição de bens reservados constituiu exceção à regra da comunicação.

4 — Conclui sua impugnação aduzindo que um e outro entendimento jurisprudencial deveriam abranger apenas os casamentos celebrados posteriomente à vigência na nova Carta Constitucional, sem aplicação aos casamentos e respectivos regimes de bens adotados anteriormente à sua promulgação porque a adoção do regime faz-se sob égide de legislação permissiva de aquisição de bens com a exclusão da comunhão – a título de bens reservados, em favor do cônjuge mulher, sem permitir ou possibilitar que outro fosse o regime escolhido.

5 — O MP, em parecer de fls. 16/17, opinou pela solução já adotada pelo Tribunal de Minas Gerais, entendendo que na presente ordem jurídica tanto o cônjuge varão como o cônjuge mulher podem constituir bens reservados.

6 — Frisou ainda que na hipótese o cônjuge varão concordou expressamente na própria escritura pública, com a instituição do bem

reservado o que elimina qualquer possibilidade de prejuízo seu ou a herdeiros do casal.

É O RELATÓRIO

7 — A hipótese está sendo objeto de vários processos nesta Vara, discutindo-se sobre o alcance e extensão dos bens reservados e seus reflexos no Registro de Imóveis, em decorrência das novas regras constitucionais sobre direito de família, notadamente os artigos 5º, I, e 226, § 5º que expressa e enfaticamente declaram que todos são iguais perante a lei, que homens e mulheres são iguais em direito e obrigações e que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

8 — Os bens reservados foram introduzidos no sistema positivo brasileiro através da Lei 4.121, de 27 de agosto de 1962, o denominado Estatuto de Mulher Casada, que deu nova redação ao art. 246 do Código Civil, passando a se constituir com o produto de trabalho exclusivo da mulher exercente de profissão lucrativa e com os bens móveis e imóveis com ele adquirido, formando um patrimônio separado que não se comunicam ao marido, mesmo que o regime de bens da sociedade conjugal fosse o da comunhão total ou parcial.

Os bens reservados receberam condição jurídica especial, ficando excluídos da comunhão, passando a mulher casada a ter amplos poderes de sua administração e disposição, salvo quanto aos imóveis quer para aliená-los ou gravá-los, quer permanecerem dependendo da outorga uxória, preservando-se o paralelismo legal com relação a ambos os cônjuges, prescritos nos art. 235, I, e do art. 242, I do Código Civil.

9 — O acervo patrimonial reservado passou a constituir entidade autônoma, tal como no regime de separação, não se comunicando, em nenhuma circunstância.

Pertenciam à mulher que deles poderia dispor do ato de transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* não ingressando no acervo do casal para divisão quando da dissolução da sociedade conjugal e, no caso da morte da mulher, passavam aos seus herdeiros necessários, na sua integridade.

10 — As fontes históricas dos bens reservados provêm das novas tendências de Direito de Família, principalmente no Mundo Ocidental, que foram se insinuando nas legislações da Suécia (1874), da França, nas leis de 1907 com evolução complementar de 1965, nos Códigos Civis alemão (art. 1.365) e suíço de 1907, arts. 191, nº 3, e 192, e no Direito anglo-saxão, nas legislações inglesa e dos Estados Americanos no Maine, 1821 e Nova York, de 1840.

Tais legislações procuravam adaptar a legislação do Direito de Família às novas condições de evolução social e econômica, do séc. XIX, com a crescente e importante participação da mulher nas relações de trabalho produtivo e sua correspondente emancipação social.

Sem desprezar suas fontes, como assinala CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA no seu *Direito de Família*, vol. V, o sistema não foi copiado servilmente pelo legislador brasileiro, que o adotou com características peculiares.

11 — A questão dos bens reservados com relação ao seu ingresso na tábua registral só se apresentava polêmica quanto à obrigatoriedade ou dispensa de menção de tal condição no título aquisitivo.

Dividiam-se em duas correntes interpretativas: uma, considerando obrigatória sua indicação, tal como, entre outros, ORLANDO GOMES, no seu *Direito de Família*, pág. 197, Ed. Forense, 1981.

Argumentava também com a aplicação do princípio básico do direito imobiliário registral de que tudo que afeta o direito do proprietário deve ser claro, expresso e constar do título para a ciência de terceiros.

Tal tese obteve aceitação em diversos julgados, tal como no acórdão da 7ª Câmara Cível do TJRJ, na Apelação Cível 68.138, citado por PAULO DOURADO DE GUSMÃO, no *Dicionário de Direito de Família*, Ed. Forense, pág. 178.

12 — A outra corrente admite o reconhecimento da condição do bem reservado ante a prova inequívoca de ter sido ele adquirido com o produto do trabalho feminino, forte no fundamento de que onde a lei não distingue não pode o intérprete distinguir.

13 — Nesse caso, não tendo a lei criado qualquer exigência especial, a questão de reserva de bens caracterizava-se pelos modos comuns de prova em direito.

Tal opinião encontrou eco de diversos tribunais do País, v.g. na decisão proferida nas Apelações Cíveis 91.670, da 7ª Câmara Cível do TJRJ, publicada na *Revista de Jurisprudência do TJRJ*, vol. 42, págs. 234/236, rel. o Des. Basileu Ribeiro Filho, e 13.404, da mesma Câmara, rel. o Des. Ferreira Pinto.

14 — No mesmo diapasão decisão da 5ª C. Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, rel. o Des. Ebert Chamoun, publicada no Diário de Justiça de 18 de abril de 1974, entendendo que a qualidade de bem reservado decorre do preenchimento de requisitos legais, entre os quais não se encontra o de constar título aquisitivo dessa natureza, não sendo, portanto, inexigível.

15 — Também no mesmo sentido o acórdão da 3ª Câmara Cível do TJ/SP na Apelação Cível nº 264.640, publicada na íntegra na *Revista do Direito Imobiliário do IRIB*, vol. 5, fls. 76/77,que ao discutir a questão decidiu que se o título, no momento de aquisição de bem, não fizesse menção à circunstância de ser ele bem reservado, considerando-se que tal exigência seria desnecessária, porque a lei não a institui como condição de reserva, que resulta de verificação de pressupostos outros, assinalados pelo legislador ajuntando que:

> *"Argumenta-se ainda, ao inquirir o imóvel, não fez consignar a sua vontade de havê-lo por reservado. Essa exigência, quando se trata de aquisição pós-casamento, é positivamente descabida, porque a lei não a institui como condição da reserva, que resulta da verificação de pressupostos outros bem assinalados pelo legislador.*
> *Argumenta-se, ainda, com várias disposições de lei relativas à comunhão parcial para daí subir à ilação da comunicabilidade. Mas os regimes de bens são inconfundíveis, isolados em compartimentos estanques. E se o intérprete é levado a aderir à tese da comunicabilidade no regime da comunhão parcial é mais por causa da índole desse regime, que visa, segundo Sílvio Rodrigues, a assegurar aos cônjuges a comunhão de todos os aquestos cuja causa de aquisição seja posterior ao casamento (págs. 121, 214 e 215)".*

16 — O novo sistema constitucional disciplinando vários institutos de direitos de família, especificamente os arts. 5º, I, e do 226, § 5º, veio trazer à questão, novo enfoque jurídico com relação aos bens reservados e sua inscrição na tábua registral, tendo sido apresentado neste Juízo diversos processos de levantamento de dúvida escudando-se as recusas de averbação na regra constitucional de que os bens reservados já não mais existem, face a igualdade jurídica do homem e da mulher em direitos e obrigações.

Os oficiais registradores tiveram reforçado seu ponto de vista interpretativo com a decisão da 2ª Câmara Cível do TJRJ, relator Des. SAMPAIO PERES, na Apelação Cível nº 5.659/89 que decidiu estar revogado o art. 246 do Código Civil, com a seguinte ementa:

> *"SEPARAÇÃO JUDICIAL CONTENCIOSA. BENS RESERVADOS DA MULHER. CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 —*

Mulher casada. Bem reservado. Ao dizer a Constituição Federal de 1988 que "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações" (art. 5º, I) e que os "direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher" (art. 226, par. 5º), revogou inúmeros preceitos que concediam direitos especiais a um dos cônjuges, como o direito da mulher de constituir patrimônio reservado "com o produto do seu trabalho". Assim, ressalvados apenas os direitos adquiridos, isto é, aqueles casos já consumados antes do advento da nova Carta, a isonomia entre os cônjuges por ela estabelecida, revogou o art. 246 do Código Civil. Recurso provido (JRC)". (Apel. Cível 5.648/89 — Reg. em 26.6.90 — Capital, 2ª CC, unânime — Des. Sampaio Peres. Julg.: 27.03.90).

17 — No curso destes procedimentos vêm sendo discutidas duas teses antagônicas: uma, sustentando a inexistência de bens reservados; outra, de que os bens reservados continuam a existir e pela aplicação do princípio interpretativo de igualdade jurídica e paralelismo legal podem ser constituídos tanto em favor do homem, quanto em favor da mulher, conforme o acórdão da 1ª Câmara Cível do Tribunal mineiro, na Ap. Cível 83.310, já mencionado no item 2 desta decisão.

18 — No cerne da questão, é preciso buscar-se o sentido e alcance das novas regras de ordenamento constitucional brasileiro, de 1988.

É de evidência primária, que as normas constitucionais têm aplicação imediata e supremacia hierárquica sobre as do direito comum.

PONTES DE MIRANDA com clareza e precisão ensinou que:

> "É princípio básico o princípio da imedata incidência das regras jurídicas constitucionais, salvo se a própria Constituição protrai a incidência de alguma ou de algumas das suas regras jurídicas, ou se a retrotrai. Quando se diz que as novas Constituições incidem imediatamente e há, aí, princípio inegável, de modo nenhum se enuncia que as novas Constituições têm retroatividade e o princípio de respeito aos direitos adquiridos, à coisa julgada e aos atos jurídicos perfeitos não existe para as Constituições. O que acontece é que à própria Constituição ficou a possibilidade de afastar, explícita ou implicitamente, o princípio do respeito ao que surgira em virtude de incidência de lei anterior, inclusive de Constituição. Aí, a Constituição, que poderia protrair a sua incidência, como ocorre com a Constituição de 1967, explici-

tamente retrotrai. Quanto uma Constituição – e aqui está apenas um exemplo – deixa de considerar nacional nato ou nacional naturalizado, que o era sob a Constituição anterior, corta o que ela encontraria, porque a sua incidência é imediata. Poderia ressalvar. Se não ressalvou, cortou.
...(omissis)

Ao direito constitucional também corresponde, como sobredito, o direito intertemporal. A Constituição incide desde logo. Tendo de ser superior às leis ordinárias, corta o que lhe é contrário no presente e no fututo" (*Comentários à Constituição de 1968*, Ed. Rev. dos Tribunais, SP, 1968, tomo VI, pág. 369).

19 — No mesmo sentido a lição de JOSÉ AFONSO DA SILVA, em sua clássica monografia sobre a aplicabilidade das normas constitucionais:

"As normas jurídicas, inclusive as constitucionais, são criadas para reger relações sociais, condutas humanas; enfim, para serem aplicadas. Aplicabilidade exprime uma possibilidade de aplicação. Esta consiste na atuação concreta da norma, "no enquadrar um caso concreto em a norma jurídica adequada. Submete às prescrições da lei uma relação da vida real; procura e indica o dispositivo adaptável a um fato determinado. Por outras palavras: tem por objeto descobrir o modo e os meios de amparar juridicamente um interesse humano".

Noutro passo:

"A orientação doutrinária moderna é no sentido de reconhecer eficácia plena e aplicabilidade imediata à maioria das normas constitucionais, mesmo a grande parte daquelas de caráter sócio-ideológicas, as quais até bem recentemente não passavam de princípios programáticos. Torna-se cada vez mais concreta a outorga dos direitos e garantias sociais das constituições". "Da Aplicabilidade das Normas Constitucionais", *RT* 1968, págs. 42 e 81, respectivamente".

20 — Por derradeiro, resta observar que a sedutora *subtese* sustentada pela culta patrona da impugnante de fls. 13, de que tais normas deveriam abranger apenas os casamentos celebrados posteriormente

à vigência da nova Constituição Federal, sem aplicação aos casamentos e respectivos regimes de bens, adotando antes de sua promulgação porque a escolha dos regimes faz-se sob a égide da legislação que permite a aplicação dos dispositivos permissivos da constituição de bens reservados, é inaceitável.

21 — Sopesando todas estas razões, entendo que a solução que mais se harmoniza e amolda aos princípios gerais vigentes do direito de família brasileira é de que não mais se pode cogitar de existência de bens reservados, filiando-se à corrente doutrinária majoritária que analisou a matéria elencada em artigo doutrinário de SÉRGIO GISCHKOW PEREIRA, publicado na *RT* 669, págs. 257/259.

22 — Este mesmo autor, ao estudar as inovações do Direito de Família na nova Constituição Federal, alertou para as :

> "CAUTELAS NA INTERPRETAÇÃO DA IGUALDADE DE DIREITOS E DEVERES NA SOCIEDADE CONJUGAL — O art. 226, § 5º, da CF contém pauta normativa magnífica, ao impor a igualdade de direitos e deveres entre homem e mulher, no referente à sociedade conjugal. Todos os dispositivos legais que contemplam normas capazes de colocar a mulher em situação de subordinação ou inferioridade se tornaram inconstitucionais. Vale o mesmo para o homem. Destarte: não há mais falar em "chefe da sociedade conjugal"(art. 233 do CC). Vários outros artigos do CC conflitam com a Constituição; vejam-se os exemplos: a) não mais é privilégio do marido a instituição do bem de família (art. 70); b) não mais prevalece a vontade paterna na anuência para o casamento (art. 186); c) o marido não é mais o representante legal da família (art. 233, I), função, aliás, que já se encontrava totalmente esvaziada; d) o marido não mais é o administrador dos bens comuns (art. 233, II); e) não é só do marido o direito de fixar o domicílio da família (art. 233, III); f) o exercício do pátrio poder não é mais só do pai(art. 380); g) pai e mãe passam a ser administradores dos bens dos filhos (art. 385); h) a preferência de nomear tutor não é mais do pai, no pertinente à mãe (art. 407); i) na falta de cônjuge do interdito, pai e mãe do mesmo estão em igualdade de condições para serem nomeados curadores (art. 454, § 1º), valendo idêntico critério para a situação de ausência (art. 467).
>
> A toda evidência, não violam a norma constitucional as hipóteses em que a lei civil põe igualdade de exigência entre os cônjuges, como nos arts. 235 e 242 do Código respectivo.

No respeitante ao bem reservado, tenho que não subsiste, pois significa desigualdade de direitos no âmbito da sociedade conjugal" (Revista *AJURIS*, vol. 45, págs. 146/147).

23 — Na mesma direção o entendimento de MÍLTON FERNANDES em artigo sobre a Família na Constituição de 1988:

"A isonomia revogou também o art. 247, que, com a redação dada pela Lei 4.121/62, instituiu os chamados bens reservados da mulher casada, constituídos pelos adquiridos com o produto do seu trabalho. Como o próprio nome exprime, este patrimônio era incomunicável. Não tendo o marido bens reservados, que somente lei poderia criar, entendemos que os da mulher foram extintos" (*RT* 654, págs. 16/24).

24 — Face ao exposto, inobstante o parecer do MP, julgo a dúvida procedente para que se proceda ao registro do título aquisitivo do imóvel de fls. 7/8 *sem a averbação da cláusula de reserva de patrimônio da mulher, ora suscitada.*

25 — Custas, pela suscitada.

26 — Transitada em julgado, dê-se ciência ao Sr. Oficial Registrador, expedindo-se mandado.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 29 de novembro de 1991.

EDUARDO SÓCRATES C. SARMENTO
Juiz de Direito

6ª VARA DE FALÊNCIA E CONCORDATA
Comarca da Capital — RJ
Processos nºs. 7.604, 3.486, 7.597, 7.935 e 3.487.

RESPONSABILIDADE CIVIL. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. GRUPO COROA-BRASTEL. — Os administradores são responsáveis solidária e ilimitadamente pelos prejuízos causados aos credores, com supedâneo no artigo 40 da Lei nº 6.024/74. In casu, *também, demonstra a culpa* lato sensu, *dos administradores. A coação há que ser devidamente comprovada para ilidir a responsabilidade pelos atos, conscientemente, praticados.* (Sentença do Juiz de Direito Fernando César de Souza Melgaço)
* Confirmada.

Vistos etc.

O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, com fundamento nos artigos 46,49, e seguintes da Lei 6.024 de 13.03.74, promoveu *Ações, pelo procedimento ordinário, para apurar as responsabilidades*, em face de Assis Paim Cunha e outros, pelos fatos discriminados nas iniciais dos processos supra-referidos.

Afirmou que os réus são responsáveis pelos prejuízos apurados nas respectivas sociedades e aos seus credores.

Juntou cópias de peças dos inquéritos efetivados pelo Banco Central do Brasil, após a decretação da intervenção e da liquidação extrajudicial. Os inquéritos encontram fulcro na lei acima citada (art. 41 da Lei 6.024).

Os réus foram citados. Contestaram os pedidos. Alegaram, em resumo, que o Grupo Coroa-Brastel foi coagido a adquirir a Corretora Laureano pelos Srs. Delfim Neto, Ernani Galvêas e Carlos Geraldo Langoni. Que a operação visava livrar o Sr. Roberto Laureano e o

filho do General Golbery Couto e Silva dos compromissos assumidos pela referida corretora, cuja insolvência já era conhecida. Que as autoridades se comprometeram a ajudar o grupo no pagamento do passivo da corretora. Que as origens das irregularidades, cometidas no grupo, tiveram origem na aquisição da corretora e no descumprimento, pelas autoridades, das promessas feitas ao grupo. Que a insolvência da corretora era de conhecimento do mercado e do Banco Central, inclusive as irregularidades cometidas pelos administradores da época. Que os empréstimos obtidos foram utilizados para sanear a corretora, e foram feitos a concordância das autoridades. Que o grupo foi obrigado a adquirir a Laureano; pois parte do patrimônio do grupo já estava investido na corretora e a falta de pagamento acarretaria a quebra da Coroa-Brastel (cerca de NCz$ 180.000.000,00 em 1980).

Afirmaram, ainda, que a liquidação do grupo foi criminosa, pois os liquidantes aniquilaram os valiosos ativos do grupo.

Suscitaram, também, preliminares. Estas foram enfrentadas no saneador. A conexão foi acolhida. As demais foram repelidas. Houve recurso e a decisão foi mantida pela Colenda 8ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Foi rejeitada, também, a denunciação a lide da União e do Banco Central.

Impugnaram os prejuízos levantados nos inquéritos efetivados pelo Banco Central. Alegaram que as sociedades possuíam ativos superiores aos compromissos assumidos.

Contestaram a incidência da correção monetária, com base no artigo 18, letra *f*, da Lei 6.024/74, e que o artigo 153 da Constituição Federal e o artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil amparam sua tese.

Informaram que o inquérito não faz referência ao Sr. Laureano, responsável pelos prejuízos propalados pela Comissão de Inquérito do Banco Central.

Alegaram que "a solução de mercado e a venda da corretora" foram exigidas para liberar o Sr. Laureano, protegido do Sr. Golbery Couto e Silva, das dificuldades econômica e financeira constatadas na corretora. Que o Sr. Laureano deve ser considerado responsável pelos danos e prejuízos causados, inclusive ao grupo Coroa-Brastel.

O réu Ruy alegou que, na época de sua gestão, as sociedades Serco e Coroa ADM eram sadias. Que as irregularidades constatadas foram de julho de 1982 a julho de 1983. Que no inquérito ficou excluída sua responsabilidade.

O réu George alegou decadência, ausência de prejuízo, e que nada ficou apurado na sua gestão, que o inquérito o excluiu de participação nas irregularidades (Processo 7.935).

Os réus Roberto e Antônio Luís (Processo 7.597 — fls.69/74) alegaram que são partes ilegítimas e que não foram indiciados no inquérito do Bacen, que ficou comprovado que os atos irregulares foram praticados a partir de 1981 (fls. 70), que foram excluídos pela comissão e requereram a extinção do processo.

Os réus juntaram documentos. Afirmaram que, estes documentos, são comprobatórios da "manobra" feita pelas autoridades, e que comprovam que o grupo era superavitário na época. Foram realizadas provas testemunhal e pericial (fls.3.888/3.898, 3.962/3.965, 2.885/2.890 e 2.998/3.000 — Processo 7.604). Foi juntada, também, cópia do laudo realizado pelos peritos do Instituto de Criminalística Carlos Éboli e do perito do Juízo (fls. 2.165/2.187 — Perito do Juízo — fls. 1.114 e seguintes).

O Ministério Público se pronunciou sobre as respostas. Ratificou os pedidos, impugnou as preliminares e reiterou os fatos narrados nas iniciais e apontados nos inquéritos. Manteve o pedido e aplicação da correção monetária para evitar o enriquecimento sem causa.

Os réus criticaram a réplica do Ministério Público, e ratificaram suas alegações e provas produzidas.

O Ministério Público corrigiu o valor da causa em relação ao Processo 7.604 (fls.421).

Consta às folhas 437 e seguintes do Processo 7.604 cópia do saneador em relação aos processos números: 3.486, 3.487, 7.597 e 7.604. Às folhas 447 está a cópia de um saneador relativo ao Processo 7.035.

O laudo pericial foi juntado (fls. 1.114/1.141). Juntou-se, também, os documentos colhidos pelo perito. O perito dos réus juntou seu laudo às fls. 3.018/3.029 — volume 10.

O MP requereu esclarecimentos (fls. 2.195/2.197). O perito juntou novos documentos e prestou esclarecimentos (fls. 2.204/2.222 e 2.266).

O liquidante, também, prestou esclarecimentos (fls. 2.270, 2.286, 2.293/2.298 e 2.313/2.511)

O liquidante juntou cópias dos balanços da sociedade envolvida nas demandas (fls. 2.543/2.622).

Os réus requereram a juntada de documentos. Foi deferido (fls. 3.051/3.078 e 3.121/3.160).

Os réus (fls. 3.161) pretenderam a suspensão dos processos, eis que promoveram ação contra a União Federal e o Banco Central. Este Juízo determinou o prosseguimento das demandas. Houve recurso e a decisão foi mantida (fls. 2.226.).

O liquidante prestou esclarecimentos sobre o ativo e o passivo da sociedade Sopro (fls. 3.270/3.274 — volume 11). O Banco Central remeteu documentos e esclarecimentos sobre a liquidação e encerramento da Sopro e da Coroa S. A. Corretora de valores (fls. 3.958/4.734 — volume 13).

Os réus requereram esclarecimentos do perito, em audiência (fls. 3.885). AIJ foi realizada consoante os termos de fls. 3.887 e foram inquiridas as testemunhas presentes (fls. 3.888, 3.889/3.898). Foram juntados outros documentos (fls. 3.902/3.920).

Os réus formularam Agravo Retido (fls. 3.982/3.925 — Processo 7.604). Foi mantido o despacho (fls. 3.926)

A continuação da AIJ ocorreu em 30.05.90 (fls. 3.962). Foram inquiridas as testemunhas Ivo Barroso e Deli Borges (fls. 3.963/3.964).

Foram anexados novos documentos (fls. 3.967/3.983).

O Sr. Liquidante prestou esclarecimentos sobre as sociedades e a liquidação (fls. 4.393/4.416 e 4.408 — volume 14).

O assistente do Ministério Público juntou cópia do título que representa seu crédito (fls. 4.426).

O Ministério Público requereu esclarecimentos do Banco Central (fls. 4.456/4.459).

Foi determinada a juntada dos memoriais (fls. 4.499). Não houve recurso.

O Ministério Público (fls. 4.501/4.511) ratificou suas alegações iniciais. Afirmou que os réus foram os responsáveis pelos prejuízos causados com fulcro nos artigos 39 e 40 da Lei 6.024/74. Ressaltou que responsabilidade é objetiva e há solidariedade prevista na Lei, *apud Doutrina e Jurisprudência*: que a má administração foi a causadora da insolvência e dos prejuízos dos credores. Afirmou que restou comprovada a culpa dos ex-administradores. Suscitou a Doutrina da Penetração como reação ao abuso cometido sob o manto da personalidade jurídica da sociedade (*disregard doctrine*). Os réus Assis Paim e outros apresentaram suas alegações finais (fls. 4.548/4.589). Afirmaram que o grupo era superavitário, que as sociedades quitaram os seus passivos, que a situação da Coroa C.F.I. decorre de fatos posteriores à gestão dos réus, ratificaram as alegações produzidas

nas respostas e demais peças. Que o voto 447 — dimex 82-57 de 28.07.1982, comprova a total responsabilidade do Banco Central, pelos fatos discriminados na defesa. Que não se apurou definitivamente os prejuízos. Que o Banco Central foi o responsável pelas irregularidades cometidas e pela manobra efetivada para que o grupo adquirisse a Corretora Laureano. Que as ações contra a Coroa — Processo 3.487, Coroa Corretora — Processo 7.597, da Serco e da Coroa Adm — Processo 7.604 e da Sopro — Processo 7.935 — deverão ser julgadas improcedentes porque o passivo já foi pago e as liquidações encerradas. Que a conclusão da Comissão (itens 29/30) está equivocada. Que a garantia das letras de câmbio repousa sobre os patrimônios das sociedades. Que a intervenção ocorreu pela disputa de poder entre os Srs. Langoni e Antônio Delfim Neto. Que as letras foram emitidas com a concordância do Banco Central (item 45/46). Que o Banco antes da intervenção emprestou ao Grupo Cr$ 30.000.000.000,00, em 1983 e, ainda, procurou cumprir suas promessas que seria a absorção do Grupo Delfim pelo Grupo Brastel. Que o voto 447/82 demonstra o envolvimento das autoridades. Que a coação restou comprovada (item 51). Que o Banco acobertou as irregularidades sobre os títulos sem lastro. Que o Sr. Paim e Santa Rosa moveram ação contra a União e o Banco Central. Que a perícia (fls. 1.114/1.138) comprovou os fatos alegados pelos réus. Que a prova testemunhal comprova os fatos alegados. Que a responsabilidade prevista no artigo 40 da Lei 6.024 depende de verificação da culpa. Espera a improcedência dos pedidos.

O réu Ruy Paim Cunha alegou que é parte legítima, que nada foi apurado no inquérito, que os prejuízos foram posteriores a sua gestão, requereu a exclusão da lide (Processo nº 7.935). O réu George também requereu a exclusão da lide ou a improcedência do pedido. Alegou que a ação (Processo 7.935 — Sopro) não foi intentada no prazo legal. Que ocorreu a decadência. Que a liquidação da Sopro já encerrou. Que houve quitação geral. Que a lide perdeu seu objeto. Que não se envolveu nos negócios da empresa. Que a Comissão de Inquérito não encontrou evidências de participação nas irregularidades apuradas. Que foi excluído das outras demandas.

Os réus Roberto Laureano e Antônio Luís (Processo 7.597) contestaram o pedido, alegaram que não foram incluídos no inquérito. Que não ocorreram irregularidades em sua gestão e requereram a exclusão da lide.

É o relatório. Decido.

O réu George insistiu na preliminar de decadência. Esta já foi dirimida no saneador (fls. 391 do Processo 7.935). Houve recurso e a decisão foi mantida. As razões invocadas persistem.

A questão da legitimidade dos réus Roberto, Antônio Luís, Ruy, e George, também, foram rejeitadas.

AO AGRAVO RETIDO

O Agravo retido (nºs 3.982/3.925) não merece ser acolhido; eis que a perícia foi efetivada regularmente e os réus apresentaram os quesitos suplementares, na época, na forma do CPC . Os quesitos formulados pelos réus às fls. 3.884 são extemporâneos e se referem na maior parte ao Banco de Crédito Comercial, cujo processo já foi decidido por este Juízo. Sendo que o perito respondeu parte dos referidos quesitos (fls. 3.900/3.901). Acresce que os quesitos não respondidos, não têm influência na presente decisão. Os quesitos foram requeridos em 26.04.90 e a audiência já estava designada para o dia 30.05.90. Destarte, fora do prazo legal e com o objetivo de adiar a audiência. Portanto, incabível, a quesitação e o referido recurso não deve ser acolhido.

DA TESTEMUNHA

O depoimento do Sr. Antônio Delfim Neto não veio aos autos. Inicialmente, foi deferida sua inquirição com prazo determinado para não retardar esse processo. Não se logrou inquiri-lo no prazo fixado. Este depoimento poderá ser junto em qualquer fase do processo, como já ficou explicitado em despacho anterior; *sem recurso* (fls. 4.499). Este depoimento, na verdade, serviria apenas como informação pois o Sr. Delfim é acusado pelos réus de coação na aquisição da Corretora Laureano e outros delitos. Assim, é um informante e não está obrigado a depor sobre determinados fatos, *apud* artigo 405, parágrafo 3º, inc. IV, parágrafo 4º, e artigo 406 do C.P.Civil. Acresce que sobre os fatos já foram inquiridos os Srs. Langoni e Galvêas, que também são acusados pelos réus de participarem da coação. Outrossim, os documentos constantes nos autos já são suficientes para a solução desta lide. Portanto, não há prejuízo para os réus e a questão ficou preclusa, com o despacho de fls. 4.499, sem recurso.

DAS IRREGULARIDADES

Verifica-se nos inquéritos efetuados, com cópias nos autos, que os réus praticam inúmeros ilícitos na sociedade; os quais ensejaram a

intervenção e a liquidação extrajudicial, determinadas pelo Banco Central do Brasil, com fulcro na Lei 6.024/74 e legislação específica.

No processo 7.995 (Coroa S.A. Corretora de Valores), restou constatado o passivo a descoberto de Cz$ 21.633.300,00, inúmeras diferenças de contas de registro das liquidações de *Open Market*, operações não contabilizadas, e irregularidades no Darf (fls. 8/21).

No Processo 3.487, ficou constatado a existência de uma conta não escriturada — caixa 2 —, consoante descreve a Comissão de Inquérito (fls. 3/10).

No Processo 7.604, a Comissão apurou um passivo a descoberto de Cz$ 17.176.078,34, e outras irregularidades, conforme inquérito.

No Processo3.486, apurou-se um passivo a descoberto de Cz$ 230.627.925.936; emissão de letras de câmbio não vinculadas a efetivas operações de financiamento a consumidor a final; que a Serco e Sopro atuaram na emissão das referidas letras, conforme está descrito às fls. 3/17, destes autos, e constam no Inquérito nº 4.870.

No Processo 7.935 — inquérito 4.870, restou comprovado o envolvimento da Sopro com a Serco e Coroa, na emissão de letras de câmbio sem lastro. Apurou-se um passivo de Cz$ 86.607.725,38.

Desde modo, restou, amplamente, demonstrado nos inquéritos, os ilícitos cometidos. *Não obstante, a farta prova produzida, os réus, principalmente, o acionista controlador, o Sr. Assis Paim Cunha – não negaram a existência dessas irregularidades. Pelo contrário, confirmaram-nas, consoante se observa nas respostas, cartas, e esclarecimentos emitidos pelo referido acionista. Porém, alegaram que tais irregularidades eram do conhecimento e com a concordância das autoridades referidas nas demandas e do próprio Banco Central.*

Portanto, não há dúvidas da existência dos ilícitos (emissões de letras de câmbio sem lastro, outras irregularidades e passivos a descoberto, discriminados dos inquéritos). Tais fatos ensejaram a intervenção das sociedades do Grupo Coroa-Brastel na forma da Lei 6.024/74. A intervenção foi estendida às outras empresas com base no artigo 51 da citada Lei. Assim, a intervenção no Grupo foi necessária e eficaz para garantia do crédito público e proteção do Mercado de Capitais. A extensão às demais sociedades estava prevista no referido preceito legal, e *in casu*, restou comprovado nos inquéritos e o próprio Sr. Assis admitiu que o Grupo operava com caixa única (fls. 219 e 315 *in fine* — Processo 7.604). Destarte, não houve irregularidade na intervenção e na liquidação determinada pelo Banco

Central. Foram obedecidos os preceitos legais pertinentes; pois os ilícitos constatados e confessados exigiam esta solução para proteção dos credores do Grupo e do Mercado de Capitais.

DA RESPONSABILIDADE OBJETIVA

Os réus inpugnaram a responsabilidade que lhes foi atribuída com espeque na responsabilidade objetiva. Ficou demonstrado, nos autos, que os réus participaram da administração das sociedades. Restou apurado que o Grupo funcionava com caixa única (constatados nos inquéritos e confessados pelo Sr. Paim — fls. 219/315 do Processo 7.604). Considero, assim, os réus responsáveis pelos prejuízos causados com supedâneo no artigo 40 da Lei 6.024/74, porque se trata de responsabilidade objetiva e solidária. Restou demonstrado que as outras sociedades do grupo participaram dos ilícitos cometidos. Esta responsabilidade é fundada na teoria do risco, segundo lições de nossos D. Juristas. A questão foi apreciada por Paulo F. Campos Sales de Toledo, em a *Revista Forense* nº 292, fls. 77/86, e *Revista Mercantil* nº 60, fls. 25/37. A responsabilidade objetiva foi integralmente acolhida. No referido texto observa-se a lição do Professor Mauro Brandão Lopes, que assevera o seguinte:

> "Aqui não mais se trata de os administradores ressarcirem os prejuízos decorrentes de atos e omissões, trata-se de diferente responsabilidade. Entendo, na verdade, que esses administradores estão em posição muito semelhante àquela que está o sócio de responsabilidade solidária na falência (Lei 7.661/45, *in fine*, artigo 5º e parágrafo). Parece, realmente, que a amplitude e a força da responsabilidade que o artigo 40 atribuiu aos administradores de instituições financeiras pelas obrigações que estas assumiram durante as gestões se podem considerar como equivalentes à criação de novo tipo societário. A mais objetiva das classificações das sociedades, apesar do seu óbvio efeito estrutural, foi sempre a que o separa segundo a responsabilidade dos sócios pelas obrigações sociais, ou sob outro ângulo de visão, segundo a existência ou não de outro patrimônio, além do patrimônio da sociedade que pelas obrigações desta responde total ou parcialmente. No caso das instituições financeitas, outros patrimônios existem, embora não necessariamente do acionista, que respondem pelas obrigações sociais, ou seja, os patrimônios

de seus administradores, de modo que as sociedades anônimas do Brasil, são hoje de dois tipos: as que respondem por suas obrigações só com o próprio patrimônio e as que têm outros patrimônios que por ela respondem".

Doutrina, outrossim, no mesmo sentido Wilson do Egito Coelho, segundo informa o Dr. Paulo:

..."não importa aí, a nosso ver, verificar se o administrador agiu com culpa ou dolo. É irrelevante o elemento subjetivo na definição desta responsabilidade civil. A posição do administrador é a de verdadeiro garante da obrigação: um fiador. É uma solidariedade passiva, permitindo que o credor exija e receba da sociedade e do administrador, aquilo a que se julgar com direito por haver aquela inadimplido o cumprimento de uma obrigação que poderá ser contratual ou extracontratual (fls. 33, item 4.3.3 R.M.)".

Entendo deste modo. A Lei 6.024/74 veio para moralizar o sistema financeiro e garantir *in totum* o ressarcimento dos investidores que foram prejudicados face às irregularidades e abusos de direito cometidos por administradores. A intenção do legislador foi fortalecer o conceito das instituições de crédito, proteger o crédito público e Mercado de Capitais. Neste sentido, observa-se a opinião de Adroaldo Leão e outros ilustres Juristas em — *A Responsabilidade Civil dos Administradores de Empresas*, páginas 38/48, Forense, 1988. As lições destes Doutos Juristas encontram respaldo na Lei e nos Princípios Jurídicos.

Ressalta, ainda, o Doutor Paulo (fls. 83 da *Revista Forense*), que o V. Acórdão da 4ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo – Ap. 284.791, em 27.11.79, confirmou uma sentença fundamentada no entendimento acima explicitado. Informa, também, que houve recurso do STF, que não foi conhecido.

Este Juízo, recentemente, julgou uma ação de responsabilidade, com fulcro nesta d. lições que a Colenda Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça, confirmou-a totalmente (Relator Des. Semy Glanz).

A Egrégia 1ª Câmara Cível do nosso Eg. Tribunal de Justiça também encampou a tese citada, segundo se observa na Ap. Cível nº 2.509/90, Relator Des. Renato Maneschy:

"Instituições financeiras.
Respondendo os admininstradores pelas obrigações assumidas durante sua gestão, a culpa de um se estende aos demais, no sentido de fazer todos responsáveis por tais obrigações" (fls. 4.512 do Processo 7.604).

No mesmo sentido cito a tese de mestrado de Liane Maia Simoni na RDM nº 44, páginas 28 e seguintes, e a lição de Rubens Requião no seu *Curso de Direito Falimentar*, páginas 219/221, 6ª edição.

Portanto, reconheço a responsabilidade dos réus com fulcro nos argumentos acima aduzidos, condenando-os a indenizar os prejuízos causados aos seus 35.000 investidores.

DA CULPABILIDADE DOS RÉUS E AUSÊNCIA DE COAÇÃO

Os réus alegaram que as origens das irregularidades estão na aquisição, sob coação, da Laureano. Informaram que investiram uma vultosa quantia na corretora para sanear o passivo de cerca de Cr$ 5.000.000.000,00 (em 1981). Afirmaram que o Sr. Langoni, o Sr. Delfim e o Sr. Galvêas os coagiram a fim de que assumissem a Laureano, onde já haviam investido Cr$ 180.000.000,00. Se perdessem o referido investimento, todo o grupo quebraria. Requereram os depoimentos das testemunhas e juntaram os documentos (requerimento à Caixa Econômica Federal: autorização do empréstimo de Cr$ 2.500.000.000,00, o voto 447 do Banco Central, cartas do Sr. Paim, Ata 739 e prova pericial).

Nos depoimentos prestados (fls. 3.888/3.898, 3.962/3.965, 2.885/2.899 e 2.998/3.000 — Processo 7.604), não se revelou qualquer indício de coação para aquisição da citada corretora e dos documentos acostados não se pode inferir nenhuma coação de qualquer pessoa sobre os réus ou sobre o grupo.

O artigo 39 da Lei 6.024/74 preceitua:

"Os administradores e membros do Conselho Fiscal de Instituições Financeiras responderão, a qualquer tempo, salvo prescrição extintiva, pelos atos que tiverem praticado ou omissões em que houverem incorrido".

O artigo 98 do Código Civil estatui que:

"A coação, para viciar a manifestação da vontade, há de ser tal que incuta ao paciente fundado temor de dano a sua pessoa, a sua família ou a seus bens, iminente e igual, pelo menos, ao receável ato extorquido".

Não restou comprovado, nestes autos, que tenha havido coação. Não há coator, nem coagidos. O Grupo adquiriu voluntariamente a Corretora. Não restou comprovado o envolvimento do filho do General Golbery na Corretora. Não ficou comprovada a sociedade deste senhor na Laureano. Também a afirmação de que já haviam investido Cr$ 180.000.000,00, e o Grupo quebraria, se não assumisse a Corretora, é inócua e mendaz; pois o passivo da Corretora, segundo perícia, era de Cr$ 5.292.000.000,00. Portanto assumir um débito, muitas vezes maior, do que o próprio investimento seria ilógico e demonstraria total incapacidade do Grupo. Aliás, o investimento, inicial, foi para atender um pedido segundo informa o réu Assis Paim. Não pode alegar, dessarte, coação quem presta favores voluntariamente ou esperando benefícios.

Os entendimentos mantidos com as autoridades citadas, na época, ocupantes de cargos de decisão no Governo, não indicam, por si só, constrangimento ou coação. Tratava-se de resolver uma situação que se reportava às áreas de responsabilidade das pessoas citadas; como representantes do Governo no setor econômico-financeiro. O próprio réu Assis Paim citou inúmeros casos que foram resolvidos com a alienação e absorção por Instituições Financeiras, encampando as sociedades em situações deficitárias. Evidentemente, que tais operações tinham que ter a aprovação das autoridades que disciplinavam as atividades econômicas do País. As operações e transferências, segundo informaram as testemunhas, eram previstas na Legislação e Resolução 374 do Conselho Monetário Nacional. Portanto, a alienação de Instituições deficitárias não contrariava a Lei. Eram realizadas como solução de mercado para evitar-se a liquidação, desmoralização e descrédito no Sistema Financeiro. Deste modo, a concordância na solução de mercado não foi irregular e já fora utilizada em outros casos. A aplicação dos empréstimos obtidos no Banco do Brasil, Banco Central e na Caixa Econômica Federal beneficiaram os réus e o Grupo; porque adquiriram uma Corretora de Valores, cuja incorporação seria de grande utilidade para o Grupo. Sabe-se que a dificuldade para adquirir-se uma Corretora de Valores é enorme e o valor altíssimo.

A tese de coação é insustentável e ilógica. O réu Paim, acionista controlador, com cerca de 99% das ações e cotas das sociedades, possuía considerável conhecimento do mercado e representava um Grupo forte e diversificado conforme constatei nestes autos. Conhecia a situação da Corretora. Já participara de outras operações para adquirir empresas deficitárias, segundo relatou nestes autos (Creditum S.A.,

Falcão, Rei da Voz e outras firmas). Inclusive, antes da intervenção, mantinha contatos para adquirir o Grupo Delfim (documento de fls. 1.154/1.157). Como alegar coação das autoridades? Como alegar coação quem adquire sociedade financeira (Creditum S.A.) logo após a compra da Laureano? Está evidente a ausência de coação.

Os réus alegaram que os investimentos na Laureano desestabilizaram o Grupo. E que o empréstimo de Cr$ 2.500.000.000,00 (em 1981) foi para sanear a Corretora. É verdade. A perícia informou que a quantia ingressou na Laureano. Porém este investimento serviu para adquirir a Corretora e, também, obrigações da Eletrobrás e estas ficaram em garantia do empréstimo. Os réus não podem, agora, alegar que tal importância acarretou desequilíbrio no Grupo; pois verifico no documento de fls. 1.615/1.625, que o empréstimo foi obtido *com prazo de oito anos, com carência de quatro anos e pagamento anual a partir de 1986 em quatro prestações*. Assim o empréstimo facilitou a aquisição da Corretora e não trouxe nenhum prejuízo imediato. Este fato os réus omitiram dolosamente em suas respostas. Como alegar coação quem recebe Cr$ 2.500.000.000,00 em 1981 para pagamento da forma citada? Acresce ainda que levantou, antes da intervenção, Cr$ 30.000.000.000,00 (em maio e junho de 1983). Destarte, não há qualquer indício de coação. Pelo contrário, a aquisição de uma corretora de valores e o apoio financeiro de milhões de dólares foram, altamente, benéficos para o Grupo e para os réus; que inclusive operaram em caixa única.

Não restou demonstrado que a transferência da Corretora ocasionou prejuízo para o Grupo. Ressalta-se, ainda, que o Grupo, após a aquisição da Laureano, expandiu-se célere e grandiosamente, segundo laudo pericial às fls. 1.932/1.934. O Grupo adquiriu cerca de 17 empresas e 75 imóveis (fls. 1.932/1.934 e 2.166), no período de 1981 a 1983. Além disto, abriu cerca de 117 lojas (de cem lojas para duzentos e dezessete lojas — conforme fls. 2.167). Número bem superior ao compromisso assumido com a Caixa Econômica Federal. Não faltou, desde modo, numerário para as aquisições acima citadas. Como alegar que faltava numerário, por causa do investimento na Laureano? Como querer vincular as irregularidades cometidas no Grupo, com a aquisição da Laureano? Há que se ressaltar, ainda, a existência do caixa 2 que supria todo o Grupo e o Sistema de caixa única utilizado nas empresas. Como justificar a necessidade de verba; quando se expandiu, após a compra da Laureano; adquirindo a sociedade Creditum S.A., os imóveis, empresas, e lojas já citadas. Portanto,

verifico e afirmo que a aquisição da Corretora, na época, e o apoio financeiro foram de grande interesse e utilidade para o Grupo e que no período de 1981/1983 o Grupo expandiu-se, o que demonstra não ter sido o investimento a causa dos problemas do Grupo.

A origem das ilicitudes e quebra do Grupo não foi a aquisição da Laureano. O empréstimo da CEF só venceria, parcialmente, em 1986. E a intervenção ocorreu em 1983; porque foram constatadas emissões de letras de câmbio sem lastro e outras irregularidades. Foi a má administração e a ambição demasiada, calcada em ilícitos, devidamente demonstrados, que ocasionaram a quebra do Grupo. As irregularidades resultaram comprovadas e não foram negadas pelos réus. Pelo contrário, confirmaram-nas. Não há prova de autorização do Bacen ou das autoridades citadas para a emissão de letras de câmbio sem lastro. E, se houvesse, seriam inócuas e não ilidiriam as responsabilidades dos réus perante seus 35.000 credores. A suspensão da fiscalização, se verdadeira, não importa em autorização para cometer-se ilícitos civis e penais. A regra é a boa-fé e lisura dos comerciantes. As operações comerciais têm que estar conforme a Lei; com fiscalização ou não.

Assim, restaram, indubitavelmente, comprovados os atos dolosos praticados pelos réus na emissão de letras sem o devido lastro e nos demais atos apurados pela Comissão de Inquérito do Bacen. Portanto, são responsáveis pelos prejuízos causados com fulcro no artigo 39 da Lei 6.024/74 c/c artigo 159 do Código Civil.

DO ACIONISTA CONTROLADOR

Verifico, nestes autos, que o Sr. Assis Paim é detentor de 99% de cotas das sociedades. Partia deste controlador a decisão política econômico-financeira do Grupo. Aliás, o Sr. Paim, inúmeras vezes nestes autos, deixou bem claro ser o proprietário exclusivo das empresas. Estas possuíam caixa única, consoante foi detectado no inquérito e confirmado pelo referido acionista (fls. 219/315). Portanto reconheço que o Sr. Paim é o acionista controlador e que manipulava o Grupo, conforme sua vontade e ditava as ordens às empresas. Deste modo, os prejuízos causados aos credores devem ser suportados, também, pelo acionista controlador; eis que principal responsável pelas irregularidades cometidas no Grupo. Restou, realmente, constatado que o Sr. Paim cometeu abuso de direito e fraude sob o manto da personalidade jurídica de suas empresas. Queria expandir-se, celeremente,

e para isto cometeu inúmeros ilícitos já descritos nestes autos e constatados nos inquéritos. Depois da compra da Corretora adquiriu outras empresas, imóveis e abriu um grande número de lojas. Emitiu letras de câmbio sem lastro e cheques sem fundos. Assim, através das suas empresas, causou prejuízos aos seus credores. Utilizava também o sistema de caixa única. Então há de se aplicar, no caso, a Doutrina da Penetração (*Disregard Doctrine*), pois está fartamente demonstrado a atuação do controlador na gerência do Grupo. O Professor Rubens Requião — em seu *Curso de Direito Comercial* — cita um exemplo da Justiça inglesa, que se adequa como uma luva ao presente caso (páginas 265/267, 1º volume, 8ª edição). Há que se levantar o manto protetor e buscar-se o sócio que praticou os abusos de direito e fraudes. A responsabilidade é solidária e ilimitada, sem se cogitar de culpa, com base na referida Doutrina e decisões de nossos Egrégios Tribunais; como o caso Capemi, decidido na 7ª Vara de Falências, cuja decisão foi mantida pelo Egrégio Tribunal de Justiça.

DOS BENS DAS SOCIEDADES

Os réus afirmaram que os bens foram dilapidados pelos liquidantes e que as empresas eram superavitárias. Não há provas nos autos de que os liquidantes tenham causado prejuízos às sociedades. Os réus, somente, fazem acusações. Porém não promoveram qualquer medida judicial ou não para evitar, ser verdadeiro as alienações e acordos prejudiciais. Não produziram nenhuma prova da má-fé dos liquidantes. As referências feitas em relação ao patrimônio das empresas não são suficientes para macularem os procedimentos adotados na alienação e transferência de bens para sanear os passivos. Houvesse, realmente, malícia ou fraude os réus, certamente, promoveriam as medidas judiciais cabíveis e reclamariam ao Banco Central para obstar as alienações e investimentos considerados prejudiciais; pois desde a intervenção contam com a assistência de ilustres advogados e possuem elevado conhecimento do comércio e do mercado. É evidente que, ocorrendo a intervenção, liquidação e falência de empresa do Grupo, os bens têm que ser alienados para pagamento dos passivos. Os preços alcançados nos leilões, muitas vezes não alcançam os valores que obteriam em uma situação de normalidade. Desse modo, não provaram a má-fé ou fraude suscitadas. Não há prova nos autos de qualquer violação da legislação pertinente por parte dos liquidantes. Rejeito, assim, as alegações dos réus.

DA CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS

A correção monetária é devida desde a data da intervenção com fulcro no BTN'F, e na Lei 6.899/81, combinado com o artigo 46 das Disposições Transitórias da atual Constituição. O artigo 18 da Lei 6.024/74 já estava derrogado conforme decisão de nossos Egrégios Tribunais. A atual Constituição extinguiu qualquer dúvida sobre esta questão. Assim é cabível a correção monetária desde a data da intervenção. Os juros também são devidos com base no Código Civil e artigo 26 da Lei de Falências na razão de 12% ao ano a partir da data da intervenção.

DOS RÉUS RUY PAIM E GEORGE OLIVEIRA

Os *réus* Ruy (Processo 3.487) e o réu George (Processo 7.935) afirmaram que no inquérito nada ficou apurado contra eles. A comissão de inquérito realmente não apurou nenhum ilícito praticado pelos citados senhores. Sendo que o Sr. Ruy já estava fora da diretoria desde 1980. No decorrer da presente demanda, também não houve prova da participação efetiva das irregularidades constatadas no inquérito. Excluo-os, portanto, da lide.

DO RÉU JOSÉ PEIXOTO GUIMARÃES (PROCESSO 7.597)

O citado réu, advogado, exerceu o cargo de diretor presidente da Coroa Corretora. Requereu sua exclusão da lide, eis que conforme declaração do Sr. Paim, seu cargo era a título honorífico. Não acolho esse requerimento; porque o cargo de diretor presidente é de máxima importância de uma sociedade. *In casu*, aconteceram, na sociedade, inúmeras irregularidades e foi constatado um passivo. Como presidente da Sociedade não podia omitir-se. Se se manteve na sociedade é porque concordava com as diretrizes traçadas pela Diretoria. Acresce, ainda, que o passivo a descoberto é de responsabilidade dos administradores. Portanto, não o excluo da lide, segundo preceitos legais citados nesta decisão.

DOS RÉUS ROBERTO LAUREANO E ANTÔNIO MIRANDA (PROCESSO 7.597)

Os réus requereram a exclusão da lide; pois não participaram das irregularidades constatadas no inquérito e não foram indiciados.

Verifico nos autos que a Laureano estava em sérias dificuldades econômico-financeiras. Os documentos de fls. 3.054/3.062 comprovam esta afirmativa. Evidentemente, que a alienação da Corretora foi para sanar as dificuldades constatadas. O Grupo Coroa adquiriu, em 1981, a Laureano e encontrou um passivo de Cr$ 5.200.000.000,00. Pagou parte do passivo. Quando ocorreu a intervenção, em junho de 1983, foi configurado um passivo de Cr$ 21.633.300.000,00. Os artigos 39 e 40 da Lei 6.024/74 preceituam que os administradores são responsáveis pelos prejuízos causados em suas gestões. Restou configurado que houve um passivo a descoberto na época da intervenção; resultou demonstrado, também, que a Corretora foi alienada porque estava em dificuldades econômico-financeiras. Apresentava na época um passivo de Cr$ 5.000.000.000,00. Os documentos de fls. 3.054/3.062 e seguintes comprovam irregularidades antes da venda do controle. Os credores são terceiros em relação aos entendimentos entre os antigos e os atuais proprietários da Corretora. Portanto, dentro do prazo previsto na Lei (5 anos — artigo 43 da Lei 6.024/74) os ex-administradores são responsáveis pelos prejuízos causados aos credores. Não os excluo, deste modo, da lide; pois são responsáveis pelos prejuízos na forma dos artigos 39, 40 e 43 da Lei 6.024 c/c artigo 159 do Código Civil. Responsabilidade, essa, solidária e ilimitada em relação aos débitos da Corretora.

DO ESTADO ATUAL DAS SOCIEDADES

O liquidante informou que algumas sociedades já quitaram os seus débitos. Porém não pagaram a correção monetária plena, isto é, desde a época da intervenção e os juros. Portanto, em relação a estas sociedades, persiste ainda o objeto das respectivas ações; porque a indenização há de ser integral e os réus possuem bens para garantirem o ressarcimento total dos credores. A quitação parcial não extingue as demandas, em que postulam os prejuízos com correção monetária plena e juros. E a legitimidade do MP permanece; pois representa os credores. Ainda que houvesse a cessação da liquidação extrajudicial e, se pudesse entender, que houve perda da legitimidade; haver-se-ia que intimar todos os credores para prosseguirem com todas as ações. Não há perda, assim, do objeto nas demandas citadas. Importa ressaltar, outrossim, que temos neste processo a reunião de várias lides. Os valores já pagos serão oportunamente compensados na fase própria e na forma da Lei.

Pelo exposto, considerando que os réus são responsáveis pelos prejuízos; considerando que restou comprovada e, mesmo, confessada a culpa dos réus; considerando que não resultou comprovada qualquer coação sobre os réus; considerando, também, que a responsabilidade *in casu* é objetiva; considerando que reconheço o réu Assis Paim Cunha, como acionista controlador (artigo 116 da Lei das S.A.); considerando que é solidário e ilimitadamente responsável pelos prejuízos com fulcro na *Disregard Doctrine* e preceitos legais citados, *JULGO PROCEDENTE* os pedidos, na forma abaixo discriminada, com supedâneo nos artigos 116, 153, 158, incisos I e II, e 159 da Lei 6.404/76, artigo 10 da Lei 3.708, artigos 6 e 50 da Lei 7.661/45 c/c artigos 39, 40, e 43 da Lei 6.024/74 e artigo 159 do Código Civil, para condenar os réus solidária e ilimitadamente ao pagamento do principal e prejuízos causados aos seus credores, acrescidos de juros de 12% ao ano e correção monetária com fulcro na BNT"F a partir da data da intervenção. Custas e 5% (cinco por cento) de honorários em favor do Estado. Excluo os réus Ruy e George (já excluídos em outros processos) com base nas razões acima aduzidas.

JULGO PROCEDENTE o pedido (Processo 3.486 Coroa S.A., Crédito, Financiamento e Investimento), para condenar os réus Assis Paim Cunha, Abram Zylberstajn, Waldemar Sebastião Raposo e Fernando Gebara ao pagamento do principal e prejuízos causados aos credores na forma acima explicitada; *JULGO PROCEDENTE* o pedido (Processo 7.604 Serco e Coroa ADM), para condenar os réus Assis Paim Cunha, Abram Zylberstajn, Waldemar Sebastião Raposo e Fernando Gebara ao pagamento do principal e prejuízos causados aos credores na forma já explicitada; *JULGO PROCEDENTE* o pedido (Processo 7.597 — Coroa S. A. Corretora de Valores), para condenar os réus Assis Paim Cunha, Waldemar Sebastião Raposo, Abram Zylberstajn, Fernando Gebara, José Peixoto Guimarães, Roberto dos Santos Laureano e Antônio L. R. Cupertino de Miranda, ao pagamento do principal e prejuízos causados aos credores na forma já explicitada: *JULGO PROCEDENTE* o pedido para condenar (Processo 3.487 — Coroa S. A. Distribuidora) os réus Assis Paim Cunha, Abram Zylberstajn, Waldemar Sebastião Raposo e Fernando Gebara, ao pagamento do principal e prejuízos causados aos credores na forma já explicitada; *JULGO PROCEDENTE* o pedido (Processo 7.935 — Sopro) para condenar os réus Assim Paim Cunha, Abram Zylberstajn, Waldemar Sebastião Raposo e Fernando Gebara, no pagamento do principal e prejuízos causados aos credores nos autos da presente decisão.

Dê-se ciência em edital resumido, aos credores, em jornal de regular circulação, da presente decisão para os fins de direito.

Os valores já pagos serão compensados. A liquidação será por cálculos. Os bens dos réus deverão ser alienados dos valores entregues ao liquidante na forma do artigo 49, parágrafo 1º, da Lei 6.024/74. Comunique-se. Oficie-se.

P. R. I.

Rio de Janeiro, 02 de janeiro de 1991.

FERNANDO CÉSAR DE SOUZA MELGAÇO
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.

I — *RELATÓRIO*

1 — PATRIOLINO 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 1.528 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 fulcro 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 fulcro 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 I/487).

22 — Ou, ainda precioso escólio do renomado 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 pressupostos 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 nº 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 — 1 — 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 NÉLSON 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 jurisprudencial, 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 previsível" (TJGO, Recurso nº 705-Capital, 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" (1º 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 nº 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

12ª VARA FEDERAL
Rio de Janeiro — RJ
Processo nº
87.0007308-3

REVISÃO DE BENEFÍCIO PARA QUE O INSS REAJUSTE APOSENTADORIA DE ACORDO COM OS ÍNDICES DECRETADOS PELO GOVERNO FE-DERAL — Procedência pela transparente verdade reivindicada pela parte autora.
(Sentença do Juiz de Direito R. Reis Friede)

Vistos etc.

MANOEL DE AGUIAR PINTO, devidamente qualificado na inicial de fls. 02/05, ajuizou a presente Ação de Revisão de Benefício, de rito comum sumaríssimo, objetivando:

> "condenar a ré a reajustar de acordo com os índices decretados pelo Governo Federal para os aumentos do salário mínimo a sua aposentadoria previdenciária e mais os pagamentros das diferenças que forem apuradas em liquidação de sentença, desde o início da aposentadoria, até a data do efetivo ressarcimento, mantendo o benefício nas parcelas vinculadas na forma da Lei, sempre na equivalência da política salarial, bem como o mesmo direito em eventual benefício posterior, tudo corrigido monetariamente acrescido de juros, custas e honorários advocatícios na base de 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação e de mais 24 parcelas vincendas".

Documentos anexados às fls. 06/11.

Preparo do feito à fl. 10.

À fl. 11, foi determinada a intimação do autor para que cumprisse o despacho de fl. 10v. Em face da certidão de fl. 13, o despacho de fl.14 determinou a baixa na distribuição e o arquivamento dos autos do presente processo.

Requerido o desarquivamento à fl. 16, o despacho de fl. 19 concedeu vista do processo ao autor, sem que o mesmo se pronunciasse (fl. 18v), o que motivou o despacho de fl. 19 (intimação para que manifestasse o interesse no feito em 40 horas).

À fl. 28, despacho reconhecendo o erro material cometido em função das várias interrupções sofridas durante o trâmite processual, e determinação no sentido da juntada dos carnês originais da Previdência.

A petição de fl. 29 trouxe à colação cópias comuns dos documentos exigidos no original.

Valor da Causa : Cr$ 53.043,72 (cinqüenta e três mil, quarenta e três cruzeiros e setenta e dois centavos) à época da distribuição.

RELATEI, DECIDO

ART. 131 DO CPC:

"O Juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Moacyr Amaral Santos (*Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*, Saraiva, 1990) conceitua prova no sentido objetivo e no sentido subjetivo, respectivamente, como "*meio destinado a fornecer ao Juiz o conhecimento da verdade dos fatos deduzidos em Juízo*" e "*aquela que se forma no espírito do Juiz, seu principal destinatário, quanto à existência dos fatos*". O que o Mestre processualista denominou, portanto, de "prova no sentido subjetivo", parece ser a própria *convicção judicial*, nascida do que ele considerou ser o objeto da prova, ou "prova no sentido objetivo".

Há, aqui, uma *razão dialética* para a apreciação dos documentos que pretendem atestar a veracidade dos fatos relatados ao Juízo. Isto porque nem sempre o que a parte traz como documento probante das alegações que fez ao Julgador, irá, necessariamente, produzir a certeza buscada para a justa composição do litígio. É essencial que o documento tido como "prova"*faça, como tal, repercutir no espírito do Julgador*, sem o que o sistema de apreciação das provas estaria perfilhando o arcaico critério POSITIVO ou LEGAL, tão frio e formal, que foi batizado por LESSONA e GUSMÃO como *Sistema de Tarifamento de Provas*.

"No sistema da prova legal, a instrução probatória se destinava a produzir a certeza legal. O Juiz não passava de um mero

computador, preso ao formalismo e ao valor tarifado das provas, impedido de observar positivamente os fatos e constrangido a dizer a verdade conforme ordenava a lei que o fosse . No depoimento de uma só testemunha, por mais idônea e verdadeira, haveria apenas prova semiplena, enquanto que nos de duas testemunhas, concordes e legalmente idôneas, ainda que absurdos os fatos narrados, resultaria prova plena e, pois, certeza legal" (Moacyr A. Santos, ob. cit.).

O Mestre Moacyr A. Santos, na mesma obra acima referida, sintetiza os conceitos apartados numa união perfeita, que traduz bem o conteúdo que merece a denominação de "prova": tanto o objeto que pretenda asseverar as razões expendidas pelas partes, como os efeitos por ele produzidos no íntimo do destinatário deste objeto:

"Prova, assim, é a verdade resultante das manifestações dos elementos probatórios, decorrentes do exame, estimação e ponderação desses elementos; *é a verdade que nasce da avaliação, pelo Juiz, dos elementos probatórios*" (grifo nosso).

Estampa-se, na transcrição acima destacada, a adoção do Sistema da PERSUASÃO RACIONAL para a apreciação das provas, que veio substituir o Sistema Positivo — ao qual já nos referimos — e o Sistema da LIVRE CONVICÇÃO, que alçava o Magistrado a uma inconcebível posição soberana, a salvo de qualquer observância de regras processuais ou fiscalização superior.

Ao Sistema da Persuasão Racional, também chamado de CONVENCIMENTO RACIONAL, filia-se nosso Código de Processo Civil. Por esse critério, a formação da convicção do Juiz deve ater-se às provas colhidas e anexadas aos autos do processo, não lhe sendo permitido considerar elementos que não foram trazidos à colação. Porém, uma vez atento aos documentos constantes dos autos e às leis processuais, *é livre a formação do convencimento do Magistrado*, não mais podendo mais ser levado a considerar um fato como "provado"(como ocorria no sistema positivo) se os elementos de que dispôs para o julgamento não foram suficientes para assegurar-lhe a segurança nesta afirmação.

I — *DA LEGALIDADE DA EXIGÊNCIA DOS ORIGINAIS*

O(s) autor(es) ajuizou(aram) a presente Ação de Revisão de Benefício, instrumentando-a com cópias comuns dos documentos essenciais à sua propositura.

Cópia é a coisa representativa do original. O documento original é a coisa representativa de um fato. Claro está que a maior distância da cópia para o fato a que se refere implica em uma menor certeza, ou melhor, em uma menor segurança quanto à veracidade do que ela procura espelhar. Já quanto ao documento original, por estar mais próximo ao fato — pois destina-se a fixá-lo de modo permanente e idôneo, a fim de que fique representado no futuro — conduz o Julgador a uma maior segurança no que concerne aos fatos que lhe foram relatados.

O documento essencial para a propositura da presente ação – tendente a confirmar o fato sob o qual se sustenta a lide – foi apresentado como simples cópia comum, o que já conduziria o Juiz a decidir sobre uma pretensão baseada em fato do qual nem mesmo tem a certeza da ocorrência. Houve necessidade, portanto, de ter-se a certeza da existência da relação jurídica entre os litigantes, *antes que se iniciasse a discussão em torno dos efeitos que tal relação teria acarretado.*

> "Certeza é a crença da verdade; convicção, por sua vez, é a opinião da certeza como legítima" (MALATESTA).

Não obstante a constatação da relação jurídica entre as partes pertencer ao exame de mérito da causa, muitas são as razões – jurídicas e contingenciais – que nos impelem a exigir sua comprovação prévia.

Em regra, as contendas formadas pelo INSS — por tratarem de matéria de direito – obtêm prestação jurisdicional antecipada (art. 330, I, do CPC), bastando que, das prova constantes dos autos, transpareça o direito do autor, conduzindo à *certeza* do Magistrado.

Todavia, como é fato público e notório, diante das inúmeras fraudes deflagradas contra a Previdência(insistentemente noticiadas pelos jornais), a certeza que outrora emergia dos documentos oferecidos como "prova" não mais se revela com a segurança necessária, o que nos leva a avaliar com mais rigor os documentos trazidos e ser mais exigentes quanto à regularidade do processo.

Em função do Princípio da Autoridade (art. 125, CPC) e Iniciativa Oficial, segundo os quais *"O Juiz, que é quem dirige a instrução probatória, não está circunscrito, na averiguação dos fatos, às provas propostas pelas partes, podendo determinar, de ofício, a produção de outras provas que entender necessárias à formação de sua convicção quanto à verdade dos fatos"* (M. A. Santos), foi

estabelecido o prazo de 10 dias (art. 284, CPC) para que o(s) autor(es) anexasse(m) os documentos originais, tidos, por este Juízo, como indispensáveis à propositura da Ação de Revisão de Benefício (art. 283, CPC).

> *"Sendo o Juiz o destinatário da prova, somente a ele cumpre aferir sobre a necessidade ou não de sua realização" (TFR – 5ª. Turma, Ag. 51.774-MG, rel. Min. Geraldo Sobral, J. 27.02.89, negaram provimento ao Agravo, v.u.* DJU *15.05.89, pág. 7.793, 1ª Col., em.)*

A exigência dos documentos, sustenta-se, assim, *Sistema da Persuasão Racional* — que assegura a *liberdade de formação do convencimento* do Magistrado, dentro dos limites que impõem as Leis Processuais — , no *Princípio da Autoridade e da Iniciativa Oficial* e, por fim, dos dispositivos do Código de Processo Civil que exporemos adiante:

O art. 129 do CPC autoriza o Juiz a causar embaraço à consecução dos objetivos das partes que praticaram ato com o fim de burlar a lei. Para essa providência, adverte o Julgador para o convencimento baseado nas *circunstâncias da causa*. O convencimento racional, dessa forma, prende-se às *contingências*, às *circunstâncias* que o forçam a admitir uma realidade que nem sempre decorre das "provas"presas aos autos. Por esse mesmo motivo, assegurou o Legislador a prescindibilidade da prova para os fatos notórios (art. 334, CPC).

Embora não nos pareça que a presente ação veicule mais uma fraude a corroer a Previdência, não nos é dado dissolver a lide — afirmando a existência ou inexistência do direito postulado — baseando-nos em documentos que não asseguram ao Juiz a *certeza* de traduzirem a verdade.

É certo que o art. 335 do CPC admite que as reproduções fotostáticas, desde que autenticadas, produzam semelhante efeito probatório em relação àquele gerado pelo original. Contudo, é certo também admitir que tal regra não pode ser interpretada de maneira absoluta e inflexível, e nem que o Juiz — principal destinatário da prova — fique inibido de ministrar razoável temperamento diante das circunstâncias análogas que, em passado recente, tantos transtornos trouxeram ao cenário jurídico nacional.

Precisamente nessas situações, deixa de vigorar a perigosa verdade formal para ceder lugar ao descobrimento substancial da

realidade fática, possuindo o Juiz largo espaço na apreciação do material probatório posto a sua disposição, sem qualquer apego excessivo a parâmetros que o conduzam a um eventual resultado insatisfatório. Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já repugnou o fetichismo de regras formais, ainda que vigentes, quando propensas, *in concreto*, a debilitar a boa administração da Justiça e ao descobrimento da verdade real (cf. *ADCOAS* 56.759).

Desta feita, o eventual fundamento fincado no art. 365, III, assente talvez na economia processual e necessidade de rápida procedibilidade das causas, jamais poderá prevalecer enquanto gerar a expectativa de sério comprometimento do devido processo legal (CF, art. 5º., LIV; TACivRJ, 1ª Câm., rel. Juiz PENNA FIRME, Ap. 2.500/89, julg. em 06.06.89, *D.O.* de 05.12.89).

Conseqüentemente, a este Juízo é permitido concluir que os arts. 125, III e 129 do CPC, conferem poderes ao Juiz para velar pela perfeita regularidade formal, PREVENINDO a produção de qualquer ato atentatório à dignidade da Justiça, bem como à consecução de fim vedado por lei.

Dentro desses parâmetros, sem que se faça qualquer referência específica aos sujeitos parciais do presente feito, não se pode desprezar a cautela — lastreada na experiência pessoal do magistrado e nos fatos que comumente vêm ocorrendo — sem a qual não há a certeza da resolução justa do direito material controvertido. A transcrição jurisprudencial abaixo, firmada no art. 335 do CPC, consagra o entendimento por nós defendido.

> *" O Juiz não pode desprezar as regras de experiência comum ao proferir a sentença. Vale dizer, o Juiz deve valorizar e apreciar as provas dos autos, mas ao fazê-lo pode e deve servir-se da sua experiência e do que comumente acontece"* (JTA *121/39L*).

Acreditamos, portanto, ser irrepreensível a *cautela* que nos leva a ser rigorosos quanto à exigência dos documentos originais. A consciência formada em torno das cópias comuns dos documentos essenciais à propositura da ação não é bastante firme ao ponto de afastar tanta insegurança surgida por ocasião dos escândalos envolvendo a Previdência. Tal consciência deve nascer do Sistema de Persuasão Racional para Apreciação das Provas, que não terá sucesso sem o CONVENCIMENTO DO JUIZ ACERCA DA VERACIDADE DO QUE LHE FOI RELATADO.

Este Juiz, deve-se repetir, não mais se convence com declarações firmadas sobre cópias comuns de originais fornecidos pela Previdência, e, diante dessa *incerteza*, valeu-se do *Princípio da Iniciativa Oficial*, determinando que tais documentos viessem a integrar os autos, para que tornasse, assim, *transparente* a verdade reivindicada pelo autor.

Nesta determinação, alguns dispositivos da Lei Processual já mencionados acolhem o procedimento por nós defendido, cuja importância mereceu maior clareza com o Julgado abaixo destacado:

> *"A melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças" (RST 4/1.554 e STJ* — RT *656/188)*

Ademais, consoante entendimento doutrinário dominante, os documentos não necessários ao *porte* permanente pelo indivíduo devem ser sempre exigidos no *original*, porque nenhuma razão existe para a sua produção em cópias em face de que a própria existência dos mesmos deriva da natural impossibilidade da juntada.

II — *DA ANALOGIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO Eg. TRF DA 2ª REGIÃO*

"A analogia consiste em aplicar a uma hipótese não prevista em lei a disposição relativa a um caso semelhante"(C. Maximiliano , 11ª ed., Forense, 1991).

Ainda que a presente decisão revista-se da legalidade necessária a imputar como justificada e, quiçá, irrepreensível os fundamentos buscados para torná-la sólida e legítima, invocamos o raciocínio analógico – integrador do sistema jurídico – para corroborar ainda mais as razões defendidas neste *decisum*.

Em 29.05.90, o *Diário da Justiça* publicou o seguinte acórdão que teve como relator o Ilustre Desembargador Celso Passos:

> *Ementa: EMPRÉSTIMO COMPULSÓRIO (ART. 10, DECRETO-LEI Nº 2.288, DE 23.07.88). AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. AGRAVO RETIDO DE APELAÇÃO — O Agravo Retido visou despacho do MM Dr. Juiz de 1º Grau que determinou viessem aos autos os originais dos documentos que*

comprovariam o recolhimento do valor cuja repetição se pretende. Preliminarmente, não se conhece do Agravo Retido, pelo não atendimento do despacho que determinou a juntada do comprovante do depósito. Da não juntada do documento original do depósito, suporte fático do pedido, resulta a não comprovação de seu recolhimento. Aplicação do art. 333, F, do CPC. Agravo retido não conhecido, não provida a apelação. Decisão unânime (AC 90.02. LOL 55-4/RJ).

Como se observa, o Agravo retido (originário deste Juízo) — oposto a fim de rediscutir a questão da exigência dos originais — nem mesmo foi conhecido, tendo sido rejeitado justamente pelo não cumprimento da própria determinação a que visou impugnar.

Isto denota que as exigências tocantes à regularidade do processo movido contra a *Fazenda Pública* (que incluem, além da União, dos Estados membros, do Município e do DF, as autarquias) têm sido mais rígidas e inflexíveis; todas elas fundadas no receio de se permitir mais agravos ao patrimônio comum. Nenhuma delas, no entanto, carece de necessário respaldo expresso nas Leis Processuais, o que as torna moralmente sãs e, principalmente, legitimamente justificáveis.

E embora possa-se dizer, porém, que a *"analogia não se funda na vontade presumida do Legislador e, sim, no Princípio da Verdadeira Justiça, de Igualdade Jurídica, o qual exige que as espécies semelhantes sejam reguladas por leis semelhantes"* (C. Maximiliano, ob. cit.), é exatamente o Princípio da Verdadeira Justiça e da Igualdade Jurídica — *uma vez que a Previdência Social é Autarquia Federal* — que deveremos nos basear, integrando o sistema jurídico que motivou a decisão de 2ª instância e invocando o raciocínio analógico, aplicarmos o mesmo direito que coube à matéria tratada pelo Agravo aludido, não conhecido pelo TRF.

Ainda para reafirmar o recurso da ANALOGIA – que consiste na busca da *Integração do Sistema Jurídico* –, transcrevemos abaixo mais uma decisão do mesmo teor da que foi resumida acima:

"Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. DOCUMENTO — É correta a decisão que em ação de repetição de indébito determina a juntada do comprovante no original, eis que, assim não se fazendo, poderá o interessado propor ações diversas em Juízos

diferentes, valendo-se do permissivo do art. 109, XI, § 2º da CF.

Acórdão: Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, na forma do relatório e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado" (Agravo de Inst. nº 91.04.00646-1/RS, relator Juiz Passos de Freitas)

Ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio — onde se depare razão igual à da lei, ali prevalece a disposição correspondente da norma referida: este era o conceito básico de analogia na Roma antiga, que com fulcro nos arts. 267, I c/c arts. 282, III e 283, todos do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Honorários advocatícios em Cr$ 30.000,00 (trinta mil cruzeiros)

P.R.I.

Rio de Janeiro, 03 de junho de 1992.

R. REIS FRIEDE
Juiz de Direito

8ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
Comarca da Capital — RJ
Processo nº 1.548

TRIBUTAÇÃO DE FITAS E TAPES. NATUREZA TRIBUTÁRIA DOS CONTRATOS DE DISTRIBUIÇÃO — A circunstância do material que veicula a distribuição não retornar não implica em caracterização de venda que enseje a tributação do ICMS. Operação listada na Lei Complementar nº 56/87.
(Sentença da Juíza de Direito Leila Maria C. C. R. Mariano)

Vistos etc.

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por VIDEO INTERAMERICANA LTDA., em face do ESTADO DO RIO DE JANEIRO, objetivando a anulação de ato administrativo e a condenação do réu a abster-se de exigir-lhe o recolhimento de ICM.

Esclarece que no exercício de suas atividades celebra contratos com detentores de direitos autorais, pelos quais adquire os direitos de reprodução e exibição de filmes cinematográficos e programas de entretenimentos, em fitas de videotape ou videocassete.

Que tais filmes ou programas depois de gravados e duplicados, com legendagem, dublagem e mixagem sonora, são distribuídos em todo o território nacional, mediante contratos pelos quais a autora cede a terceiros os direitos de exibição do filme ou programa, sem transferir-lhes os direitos a novas reproduções ou duplicações, para que sejam exibidos publicamente em rede de televisão, ou em sessões privadas por intermédio de videoclubes, empresas locadoras e outras.

Que a atividade descrita é uma espécie de operação mista onde existe uma parte de prestação de serviços e outra de fornecimento de materiais.

Que segundo o Decreto-lei 406 de 1 de dezembro de 1968, em seu art. 8º, a hipótese é de incidência de ISS, constando da referida listagem que o acompanha.

Todavia, a partir da vigência da Lei Complementar nº 56 de 15.12.87, que se deu a 1º.01.88, foram introduzidas significativas modificações, já que a operação de distribuição de filmes e videotapes passou a constar explicitamente da lista que estabelece a incidência do ISS, excluindo a do ICM.

Que para evitar a incidência de dupla tributação a autora fez consultas à Secretaria de Estado de Fazenda e à Secretaria Municipal de Fazenda.

A Secretaria Estadual entendeu que o ICM não incidia na remessa de fitas ou tapes gravados desde que devessem eles retornar ao estabelecimento da remetente, mas considerou devido o imposto estadual quando a distribuição das fitas ou tapes não fossem devolvidos à autora.

Em razão de tal posicionamento intimaram a autora a recolher o ICM devido.

Entende que a posição do fisco estadual é ilegal por invadir competência tributária municipal. Que o Município do Rio de Janeiro ainda não respondeu a consulta que lhe foi formulada.

Que para evitar a autuação depositou na ação cautelar em apenso o valor do ICM sobre as operações que praticou de 01.01 a 30.09.88.

Sustenta a incidência do ISS em razão de a operação de que se trata envolve maior parte de prestação de serviço e outra bem menor de fornecimento de mercadorias.

Que em se tratando de operação de natureza mista, há de se aplicar a regra do art. 8º do Decreto-lei 406/68, com redação que lhe deu o Decreto-lei 834/69.

Sustenta que a devolução das fitas não se faz necessária para configurar a incidência do ISS. Isto porque após certo número de exibições as fitas são inutilizadas.

Que a Lei Complementar 56/87 fez editar no item 63 a distribuição de filmes e videotapes no rol dos serviços tributáveis pelos Municípios exatamente porque a essência da operação não é decorrente do fornecimento do material ou da fita de vídeo, mas sim o da transmissão ao público ou ao usuário privado das imagens e sons que integram a obra de arte cinematográfica.

Que as fitas de vídeo são meros elementos secundários ou acessórios que servem unicamente de *corpus mechanicum* ou de veículo para a transmissão da coisa incorpórea representada pela obra de arte cinematográfica.

Que a lei não faz a distinção feita na resposta à consulta.

Considera ilegal o ato administrativo praticado na consulta retro-referida, pelo que pede a sua desconstituição, reconhecendo-se seu direito de não recolher ICM sobre as operações de gravação e distribuição de videotapes. Pede também a anulação do ato que a intimou ao pagamento do ICM que considera indevido, abstendo-se o réu de quaisquer atos de cobrança do mencionado tributo e acessórios sobre as citadas operações.

Pede a citação do Município do Rio de Janeiro para integrar o pólo ativo.

Junta documentos.

O Estado apresentou contestação onde sustenta a conclusão obtida na consulta feita em sede administrativa.

Que o item 63 da lista que acompanha a Lei Complementar nº 56/87 se refere ao serviço de gravar fitas virgens de propriedade do encomendante da gravação e posteriormente distribuí-las. Que tal não é o realizado pela autora que adquire as fitas virgens, as grava e depois as revende gravadas.

Que ocorre a transferência de propriedade ou posse da mercadoria o que caracteriza fato gerador de ICM, enquadrando-se a hipótese no § 2º do art. 8º do Decreto-lei número 406/68.

Pede a improcedência, com os consectários legais.

Em réplica insiste a autora em sua argumentação inicial, trazendo à colação resposta a consulta que fizera à Secretaria Municipal de Fazenda.

Sem provas a produzir o Ministério Público opinou no sentido da improcedência do pedido.

É o Relatório.

Examinados, decido:

Das atividades realizadas pela autora apenas há dúvidas quanto à distribuição de fitas por ela gravadas, sem a necessidade de devolução das mesmas.

Como especificou, através de contratos, cede a terceiros direitos de exibição do filme ou programa duplicado, sem transferir direitos de novas reproduções ou duplicações, para que seja ele exibido publicamente, através de redes de televisões, ou em sessões privadas, através de videoclubes, empresas locadoras e outras.

É justamente quanto a este último aspecto que estão a girar as controvérsias.

No entender do fisco estadual estaria a haver a transferência do domínio ou posse da fita gravada, com a circulação da mercadoria que caracteriza fato gerador de ICM.

Já no entender do Município a hipótese também se enquadra sob a incidência do ISS.

Entendo se deva cuidar da hipótese sob o ângulo exclusivo da legalidade. Aliás o princípio da reserva legal é basilar em se tratando de tributos.

A Lei Complementar nº 56/87, segundo a lista que a integra , desdobrou nos itens 63, 64 e 65 a hipótese antes prevista no item 50 da lista que acompanhava o Decreto-lei nº 834/68.

Aqui merece especial atenção a letra do item 63, supracitado que se refere à gravação e distribuição de filmes e videotapes.

Esta é a atividade desenvolvida pela autora objeto de discussão.

Ela grava as fitas em seus estúdios e as distribui a televisões e particulares.

O conflito de interesses entre o Estado e o Município em matéria tributária deverá ser resolvido por lei complementar, na forma prevista no art. 18 da Constituição anterior.

A lei complementar vigente é a de nº 56 que estabelece a hipótese como de incidência do ISS, sendo de se ressaltar a letra do art. 8º, § 1º, do Decreto-lei 406/68 que textualmente estabelece:

> *"Os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo (ISS), ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias".*

A atual Constituição, ao dispor sobre ICM, estabelece em seu art. 155, § 2º, X, b que haverá incidência

> *"sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios".*

Esta exceção atinge a hipótese *sub judice*. Os serviços de gravação e distribuição de filmes e videotapes constam expressamente da lista que acompanha a Lei Complementar nº 56/87, assim indiferente, para caracterizar a incidência de ICM, que ocorra o fornecimento de material, qual seja das fitas que passarão ao domínio ou posse de terceiros.

A hipótese é nitidamente de incidência de ISS, não sendo exigível portanto o pagamento de ICM.

Isto posto e pelo mais que nos autos consta JULGO PROCEDENTE ao pedido para o fim de declarar que na gravação e distribuição de fitas gravadas pela própria autora incide exclusivamente o ISS, declarando nulos os atos administrativos tendentes a viabilizar a cobrança deste tributo.

Custas e honorários que fixo em 10 % sobre o valor da causa, pelo sucumbente.

Procedam-se as anotações e comunicações cabíveis, submetendo-se ao duplo grau obrigatório de jurisdição.

P.R.I.

Rio de Janeiro, 14 de novembro de 1990.

LEILA MARIA C. C. R. MARIANO
Juíza de Direito

INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL

Impresso em offset, no ano de 1994, nas oficinas da FOLHA CARIOCA EDITORA LTDA. Rua João Cardoso, 23 tel.: 233-5306 CEP 20.220-060 — Rio de Janeiro — RJ

O INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL é uma sociedade civil, sem finalidades lucrativas, fundado em 1979, tendo por objeto promover simpósios, cursos, conferências, debates, estudos e pesquisas sobre assuntos jurídicos, sociológicos ou de interesse geral para a Magistratura; editar livros, estudos, monografias ou publicações em geral de interesse científico; promover e estimular o aperfeiçoamento profissional e cultural dos Magistrados ou candidatos à Magistratura, propiciando-lhes os meios necessários ao seu desenvolvimento em todos os graus e especialidades.

Com uma década de existência, o IMB tem conseguido, com sucesso, atingir suas finalidades sociais, já congregando expressivo número de Magistrados em quase todos os Estados da Federação Brasileira.

Além dos cursos, conferências e pesquisas que já fez realizar, o IMB lançou em caráter pioneiro a série DIREITO CONCRETO, hoje em seu 10º número, com o escopo de servir de instrumento de difusão de trabalhos dos seus associados, que nele têm um valioso veículo de divulgação, procurando mostrar a qualidade e a dedicação profissional da Magistratura Brasileira.

Promove também, em caráter permanente, bienalmente, o Concurso de Monografias Jurídicas Teixeira de Freitas, com o propósito de estimular os estudos teóricos entre seus associados.

Com o seu órgão periódico IMB NOTÍCIAS, tem tido oportunidade de divulgár notícias de caráter associativo, regional, nacional e internacional, além de atividades culturais dos seus associados e das entidades de classe.

DIREITO CONCRETO

SENTENÇAS

"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 espírito. Era realmente preciso que houvesse um órgão que expressasse e desse a medida do valor individual e coletivo da magistratura de primeira instância."

Eliézer Rosa

I - PARTE CÍVEL

- Ação cautelar de separação de corpos. Sociedade conjugal de fato
- Ação declaratória de nulidade de cessão de direitos
- Ação ordinária de indenização por rescisão unilateral de contrato
- Ação ordinária para receber metade do valor de logotipo
- Caderneta de poupança. Responsabilidade pelas diferenças de remuneração
- Declaração de nulidade de ato de juiz
- Destituição de pátrio poder
- Extravio de bagagem. Indenização
- Honorários de advogado
- Perdas e danos
- Responsabilidade civil do patrão em acidente de trabalho
- Transexualismo - Aspectos jurídicos e médico-legais
- Usucapião de aeronave

II - PARTE CRIMINAL

- Assalto à mão armada
- Cumprimento de pena em regime aberto
- Delito culposo. Contaminação da vítima por transfusão de sangue
- Exceção de suspeição
- Furto qualificado. Receptação. Direito autoral
- Peculato
- Rejeição parcial de denúncia

III - DIVERSOS

- Ação declaratória. Incidência de ISS
- Ação declaratória. Confirmação de inexistência de relação jurídica
- Ato administrativo vinculado
- Bens reservados
- Responsabilidade civil. Responsabilidade objetiva. Grupo Coroa-Brastel
- Responsabilidade civil. Risco administrativo
- Revisão de benefício
- Tributação de fitas e tapes

IMB — INSTITUTO DOS MAGISTRADOS DO BRASIL
Av. Erasmo Braga, 115 — corredor B, s/109 — Palácio da Justiça
CEP 20.020 — Rio de Janeiro — RJ — CGC 30.304.620/0001-85