



Estado do Rio Grande do Sul
Poder Judiciário
Tribunal de Justiça

 AJURIS
Associação dos Juízes do Rio Grande do Sul

MULTIJURIS

Primeiro Grau em Ação

ANO II - NÚMERO 4 - DEZEMBRO 2007

Entrevista

Eugenio Facchini Neto,
Juiz de Direito

Práticas Inovadoras

Comissão de Inovação e Efetividade da Jurisdição de 1º Grau
– Reflexões sobre Administração Judiciária e Soluções
Autocompositivas de Conflitos

Ações Coletivas

Projeto Depoimento sem Dano

Alguns comentários sobre o Projeto Violência Doméstica e
Familiar contra a Mulher

Artigos Interdisciplinares

O inconsciente do Juiz pode interferir
em sua função judicante?

Da avaliação de periculosidade à avaliação de risco

Judicialização da Saúde: algumas reflexões para
melhorar a comunicação entre os médicos, os
gestores do SUS e o Judiciário

Sentenças cíveis e criminais

Reflexões

A realidade exige alteração de postura

MULTIJURIS

Primeiro Grau em Ação

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente

Des. Marco Antônio Barbosa Leal

1º Vice-Presidente

Des. Arminio José Abreu Lima da Rosa

2º Vice-Presidente

Des. Danúbio Edon Franco

3º Vice-Presidente

Des. Vasco Della Giustina

Corregedor-Geral da Justiça

Des. Jorge Luís Dall'Agnol

ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL

Presidente

Denise Oliveira Cezar

Vice-Presidente Administrativo

Carlos Cini Marchionatti

Vice-Presidente Social

Breno Beutler Júnior

Vice-Presidente Cultural

Andréa Rezende Russo

Vice-Presidente de Patrimônio e Finanças

Alberto Delgado Neto

Diretora da Revista MULTIJURIS - Primeiro Grau em Ação

Maira Grinblat

CONSELHO EDITORIAL DA REVISTA

Eliane Garcia Nogueira – Coordenadora

André Sünhel Dorneles

Charles Maciel Bittencourt

Daniel Englert Barbosa

Luciano André Losekann

Rodrigo de Azevedo Bortoli

Liege Puricelli Pires

Vanderlei Deolindo

Assistente Administrativo

Daniela Bueno

Jornalista Responsável

Tânia Bampi

Impressão Gráfica

Departamento de Artes Gráficas - TJRS

Arte da Capa

Marcelo Oliveira Ames

Projeto Gráfico e Editoração

Juliano Verardi

Marcelo Oliveira Ames

Tiragem: 860 exemplares

Multijuris : Primeiro Grau em Ação / [publicada por] Poder Judiciário e Ajuris. – v.1, n.1(ago.2006)-. – Porto Alegre : Departamento de Artes Gráficas do TJRS, 2006 – v.

Semestral.

Substitui a revista Sentenças e Decisões de Primeiro Grau n. 1-14 (jun. 1999-dez. 2005).

ISSN 1980-184X

1. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul – Primeiro grau – Periódico 2. Poder Judiciário – Rio Grande do Sul – Sentença – Periódico I. Rio Grande do Sul . Poder Judiciário. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul II. Ajuris.

CDU 347.993(816.5)(05)



Os desafios contemporâneos da atividade judicante impõem a mudança de paradigmas, na busca de prestação jurisdicional mais efetiva, ágil e fortalecida. Neste contexto, a *Multijuris* nº 04, nos espaços destinados à entrevista e a reflexões, objetivou aprofundar o debate acerca do atual sistema judiciário e do papel da magistratura de primeiro grau.

Igualmente, consolidamos o espaço da Comissão de Inovação, por sua importância na busca de maior efetividade na jurisdição de primeiro grau, mediante a troca de idéias, experiências e soluções, em conjunto com a Administração. Nesta perspectiva, em face da relevância do debate, também ressaltamos a iniciativa pioneira da magistratura gaúcha na construção de uma nova forma de atuação jurisdicional, ágil e racional, no enfrentamento dos litígios de massa.

E divulgamos, ainda, sempre com o propósito de fomentar a utilização de novas ferramentas na atividade jurisdicional, o premiado "Projeto Depoimento sem Dano", como uma alternativa mais humana e adequada às inquirições judiciais de crianças e adolescentes vítimas de abuso sexual, com abordagem multidisciplinar, disponibilizada a todos os colegas no Estado. Além do mais, nesta edição, é relatado o projeto que centraliza maior número de atendimentos da Capital a mulheres vítimas de violência doméstica e familiar.

No âmbito interdisciplinar, a tormentosa questão da judicialização da saúde exige, cada vez mais na nossa atividade diária, informações atinentes a protocolos clínicos e a diretrizes terapêuticas, razão pela qual incluímos contribuição de renomado especialista. Também neste número, publicamos trabalho sobre avaliação de risco e de periculosidade, em Psiquiatria Forense, agregando subsídios, em especial, aos colegas que trabalham na área da execução criminal.

Como instrumento necessário para auto-reflexão na nossa vida pessoal e profissional, a *Multijuris*, neste número, contempla trabalho do consagrado médico psiquiatra e psicanalista David Zimerman, sobre os aspectos psicológicos que permeiam nosso trabalho cotidiano.

Nessa caminhada de dois anos, ao término de nossa gestão, esperamos que a Revista *Multijuris – Primeiro Grau em Ação* tenha cumprido o seu papel, seja como espaço de reflexão e diálogo propositivo, como, também, instrumento de fomento a novas práticas, com vistas ao aperfeiçoamento da jurisdição de primeiro grau.

Externamos nossos agradecimentos aos colaboradores que encaminharam seus trabalhos para publicação, bem como à dedicação da Assistente Administrativa Daniela Bueno e da equipe do Departamento de Artes Gráficas. Igualmente, registramos nossa especial gratidão à ativa contribuição dos colegas Eliane Garcia Nogueira, Charles Maciel Bittencourt, Daniel Englert Barbosa, Rosane Bordin, Liege Puricelli Pires, Vanderlei Deolindo, integrantes do Conselho Editorial, e a todos, enfim, cuja participação foi fundamental para a concretização das metas a que nos propusemos.

Andréa Rezende Russo

Vice-Presidente Cultural

Maira Grinblat

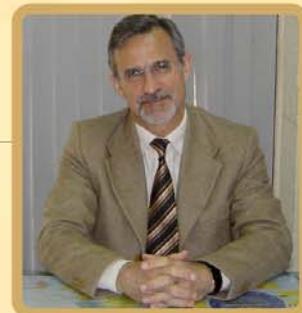
Diretora da Revista

Entrevista

Eugenio Facchini Neto

4

Juiz de Direito



Práticas Inovadoras

Comissão de Inovação e Efetividade da Jurisdição de 1º Grau – Reflexões sobre Administração Judiciária e Soluções Autocompositivas de Conflitos

Marcelo Malizia Cabral
Fábio Vieira Heerdt

8

Projeto Depoimento sem Dano
José Antônio Daltoé Cezar

25

Ações Coletivas

Carlos Eduardo Richinitti

João Ricardo dos Santos Costa

Ricardo Pippi Schmidt

Roberto Behrensdorf Gomes da Silva

Rosane Wanner da Silva Bordaesch

Volcir Antônio Casal

23

Alguns comentários sobre o Projeto Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Jane Maria Köhler Vidal

31

Artigos Interdisciplinares

O inconsciente do Juiz pode interferir em sua função judicante?
David Zimerman

40

Da avaliação de periculosidade à avaliação de risco

José Geraldo Vernet Taborda

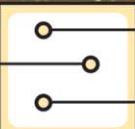
Helena Dias de Castro Bins

Cíntia Dohler

44

Judicialização da Saúde: algumas reflexões para melhorar a comunicação entre os médicos, os gestores do SUS e o Judiciário
Paulo D. Picon

49



Sentenças e Decisões Cíveis

Ação declaratória de nulidade de sentença. Sentença *ultra / extrapetita*. Nulidade relativa, no caso concreto, passível de sanação pela preclusão.

Leandro Raul Klippel

56

Registro Civil. Alteração do prenome e do sexo. Transexualidade. Possibilidade, embora não realizadas todas as cirurgias de transgenitalização. Prevalência da identidade psicológica.

Evelise Leite Pâncaro da Silva

66

Extensão dos efeitos da falência. Empresa constituída por terceiro e pela empresa falida. Identidade de sócios e confusão de patrimônio.

Eliziana da Silveira Perez

78

Compra e Venda Mercantil. *Trading*. Financiamento, pela *trading*, do produto exportado. Descaracterização da simples intermediação. Negócios mercantis complexos.

Teoria do Risco. Indenização pela não-aceitação do produto pelo comprador.

61

Mauro Caum Gonçalves

Ação anulatória de empréstimo consignado com pedido de antecipação de tutela para suspensão dos descontos de empréstimo em valor superior à margem consignável de 30% estabelecida pelo art. 2º, § 2º, do Decreto 4.840/03. Do risco de superendividamento. Da legalidade dos descontos x dignidade da pessoa humana (garantia do mínimo existencial).

71

Clarissa Costa de Lima

Ação Civil Pública. Ministério Público. Movimento Sem Terra e produtores rurais. O direito de reunião previsto na CF (art. 5º, XVI) é assegurado desde que tenha fins pacíficos. Iminente confronto entre dois movimentos.

79

Marlene Marlei de Souza

Sentenças e Decisões Criminais

Penal. Concussão. Médico que atende paciente pelo SUS exerce função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal.

Ruggiero Rascovetzki Sacilotto

82

Crime de tortura. “Uso moderado da força” e “exercício regular de direito” não caracterizados. Soldado da Brigada Militar acusado de submeter a vítima, sob sua autoridade, a intenso sofrimento físico e mental.

Joni Victória Simões

89

Prisão temporária. Pedidos de vista dos autos formulados por defensores constituídos. Indeferimento da postulação. Preponderância do interesse público ao privado, no caso concreto, sob pena de inevitável frustração das investigações.

André de Oliveira Pires

101

Munição usada como adorno de guaica, ausente a arma necessária ao seu disparo, é desprovida de lesividade, constituindo fato atípico.

87

Sidinei José Brzuska

Homicídios de Trânsito. Culpa do agente demonstrada. Princípio da Equivalência das Condições (art. 13 do CP) temperada. Incidência do perdão judicial, instituto a ser aplicado com morigeração. Conversão da pena privativa de liberdade em prestação pecuniária às famílias das vítimas e em prestação de serviços, preferencialmente a ser cumprida em nosocomio de assistência a feridos em acidentes de trânsito.

93

Fábio Vieira Heerdt

Reflexões

A realidade exige alteração de postura

Rodrigo Collaço

104



Eugenio Facchini Neto Juiz de Direito

Juiz de Direito desde 1982 (1º lugar no concurso); Pretor de 1980 a 82 (2º lugar no concurso). Atualmente atua como titular da 2ª Relatoria da Terceira Turma Recursal Cível do RS. Doutor em Direito Comparado, pela Universidade de Florença, Itália. Mestre em Direito Civil, pela Universidade de São Paulo. Professor e ex-Diretor da Escola Superior da Magistratura/AJURIS. Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado da Faculdade de Direito da PUC/RS.



Na visão do colega, como a dinâmica e os valores da sociedade contemporânea influenciam o sistema judicial?

Ex factu oritur jus – o direito nasce dos fatos. É a velha lição romana. O Direito é uma ciência social. Busca regular a vida em sociedade. Nada mais inútil do que um tratado de direito ou uma coleção de leis na ilha de Robinson Crusoé. Assim, um Direito que se dissocie das necessidades e valores da sociedade que pretende disciplinar é não só inútil, como pernicioso, pois pode tender a obstaculizar e represar as dinâmicas sociais.

Isso é válido também para os sistemas judiciais, que devem se adaptar às peculiaridades de suas sociedades e acompanhar suas mudanças.

As sociedades contemporâneas funcionam sob o signo da mudança, num dinamismo crescente. Uma das repercuções disso, na justiça, é no sentido de que se deve privilegiar mais a celeridade e a rapidez na definição dos litígios, do que continuar a insistir na busca da decisão mais justa possível, através de infundáveis recursos. A queixa da sociedade, em relação ao Judiciário, não reside tanto no aspecto qualidade, mas sim na questão relativa à morosidade. Esse, portanto, é o problema a enfrentar.

Domenico di Masi, em seu “O ócio criativo”, fundamenta toda sua análise sobre a evolução do relacionamento do homem com seu trabalho, na idéia de que as atividades repetitivas tenderão inexoravelmente a serem relegadas à máquinas. O único trabalho que realmente restará tipicamente humano será aquele que envolve criatividade, inovação, tomada de decisão. Isso abrange, também, a atividade judiciária. As atividades mecânicas e repetitivas não deverão absorver o caro tempo de um magistrado. Precisamos de juízes criativos e inovadores, afinados com seu tempo, pois se não o fizermos, o tempo passará e nós ficaremos para trás.

Neste contexto, qual é a sua opinião sobre o sistema de recrutamento de magistrados no Brasil? Qual é o perfil de magistrados que o Poder Judiciário deve buscar?

Dentre os sistemas de recrutamento de magistrados que o panorama universal apresenta – eleição (a maioria dos Estados-membros dos EUA), nomeação pelo executivo (caso da justiça



federal norte-americana, Inglaterra, Alemanha e vários países do terceiro mundo), concurso público (caso brasileiro, mas também da França, Itália, Portugal, Espanha, e outros) – o sistema do concurso público talvez seja o melhor e mais democrático.

De fato, como a função de julgar é substancialmente uma função técnica, a ser exercida de forma imparcial, com sujeição apenas ao Direito, a melhor forma de se recrutar juízes qualificados e independentes é através de um concurso público aberto a todos os que possuírem formação em Direito e, após a Ementa Constitucional n. 45, três anos de experiência forense.

Com isso, pessoas oriundas de qualquer classe social, desde que se preparem adequadamente, poderão ingressar na magistratura.

É claro que existem obstáculos econômicos que ainda afastam do seio da magistratura pessoas oriundas de classes menos favorecidas da população. Não porque não tenham as mesmas aptidões e qualidades necessárias para superar um disputadíssimo concurso público, mas sim porque dificilmente essas pessoas disporão do tempo suficiente para se dedicar aos estudos pelo tempo necessário para assimilar os conhecimentos necessários para vencer um certame público. Tais pessoas possivelmente terão que dividir seu tempo entre o estudo e o trabalho para o sustento próprio e o de suas famílias, enquanto candidatos de famílias mais abonadas poderão se dedicar exclusivamente ao estudo e ao preparo do concurso.

Mas, ainda que se considere o peso de tal obstáculo, o concurso público ainda é o sistema que permite uma maior diversidade de origem social dos magistrados.

A falha maior de tal sistema é que ele pressupõe que o simples sucesso no concurso já é título suficiente para que o candidato aprovado possa imediatamente iniciar suas funções. Acontece, porém, que as Faculdades de Direito formam bacharéis, não juízes. Ser juiz exige uma preparação ulterior, mais apropriada às funções judicantes, com saberes mais diversificados que aqueles oferecidos num curso de bacharelado. Assim, seria fundamental que, após o concurso, mas antes de assumir suas funções, o futuro juiz pudesse seguir um curso de for-

mação inicial, no estilo das Escolas Judiciais francesa ou portuguesa.

O perfil de magistrado que o Judiciário deve buscar é aquele de um juiz vocacionado, independente, imparcial, crítico, com sólido conhecimento jurídico, mas também – e principalmente – um juiz sensível aos dramas dos jurisdicionados, atento aos valores de uma sociedade cambiante e comprometido com o horizonte desejado pelo constituinte: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

Como as escolas judiciais podem melhor contribuir na seleção e na formação permanente dos magistrados? Que exemplos encontramos no Direito Comparado?

Percebe-se, em perspectiva comparada, uma importância cada vez maior das Escolas Judiciais. Essa crescente relevância decorre da constatação de que não se encontram juízes prontos... As Faculdades de Direito não tem por função/missão a formação de juízes. Buscam elas fornecer aos seus alunos apenas um conhecimento básico e genérico que permitirá aos seus bacharéis iniciar-se em qualquer carreira jurídica. Cabe às instituições, porém, recrutar seus quadros e fornecer-lhes o conhecimento necessário às especificidades do cargo.

Assim, cabe ao próprio Poder Judiciário, através de Escolas Judiciais, prover a formação inicial de seus juízes, complementando a formação universitária, seja através de um maior aprofundamento do conhecimento dogmático, seja especialmente através do fornecimento de outros saberes, imprescindíveis a uma jurisdição de qualidade, mas que não integram o quadro curricular de uma faculdade.

Por outro lado, não basta formar, capacitar e sensibilizar seus novos magistrados. As sociedades contemporâneas caracterizam-se por mudanças cada vez mais intensas. Novos problemas, novas necessidades, novos valores se sobrepõem em velocidade cada vez mais frenética. Assim, as mudanças sociais impõem alterações no Direito que disciplina essas sociedades. Muitas vezes essas mudanças são acompanhadas na alteração da legislação. Outras vezes cabe à jurisdição, na inéria do legislativo, contribuir para

a evolução do Direito, mediante interpretação evolutiva. Assim, é ingênuo, para não dizer trágico, imaginar que um magistrado possa prosseguir por toda sua vida profissional afora exercendo a difícil função de julgar, com base apenas naquilo que aprendeu na Faculdade ou se preparando para o concurso. Destarte, cabe às Escolas Judiciais também se preocupar com a chamada formação continuada, ou permanente, de seus magistrados, mantendo-os atualizados e capacitados para não só acompanhar tais mudanças no Direito, como também preparando-os para serem agentes responsáveis pela evolução do Direito.

Que experiências no Direito Comparado podem ser utilizadas para aperfeiçoamento do sistema judicial brasileiro?

Diante da importância do tempo, nas sociedades contemporâneas, é inimaginável ter que se reinventar a roda a cada geração e em cada espaço geográfico. Devemos aprender com a experiência alheia, aproveitando experiências bem sucedidas, quando compatíveis com nossa cultura, infra-estrutura e tradição.

Assim, poderíamos, por exemplo, aprender com a profissionalização da administração da justiça norte-americana, por exemplo. A administração da justiça não pode continuar a ser algo que dependa dos dotes eventuais dos integrantes da cúpula do Judiciário. Ser bom juiz não significa ser bom administrador. Todos os tribunais brasileiros têm experiências de magistrados exemplares que se revelaram medíocres administradores. Quanto a esse aspecto, poderíamos muito aprender com a experiência norte-americana e com a criatividade de seus magistrados.

A que causas o colega atribui a crise atual do Poder Judiciário?

Múltiplas são as causas. Algumas são endógenas. Outras, exógenas. Vou me limitar a referir apenas uma de cada, que tenho como as mais importantes.

O mundo contemporâneo exige eficiência. Não mais se toleram amadorismos. Na esfera da sociedade, o mercado é implacável em relação a empresas que não acompanham a evolução tecnológica, que não são sensíveis às novas necessidades da população, às mudanças de hábitos. Empresas familiares tendem a desaparecer, substituídas por uma crescente profissionalização de suas gestões. Na esfera pública, o valor “eficiência” passou inclusive a ter status constitucional, pela sua inclusão no rol dos princípios diretores da administração, previsto no caput do art. 37 da CF.

Assim, uma das causas da crise do PJ é um certo amadorismo na administração do Judiciário, especialmente naqueles Judiciários em que a cúpula é escolhida exclusivamente pelo critério da antigüidade, independentemente da capacidade administrativa dos gestores de plantão. Sem planejamento do PJ a médio e longo prazo, sem a utilização maciça de dados estatísticos confiáveis, não se fará frente aos novos desafios que nos esperam.

Nosso sistema processual, por sua vez, ainda está demasiadamente fundado em litígios individuais, quando, na verdade, o que enfrentamos diuturnamente são litígios de massa, com ações idênticas sendo julgadas uma após outra, dia após dia, em todos os juizados. Sem uma utilização mais intensa de ações coletivas, o Judiciário não terá condições de enfrentar essa demanda crescente.

Nesta perspectiva, qual é o papel da magistratura de primeiro grau?

É de fundamental importância, pois são os juízes que se encontram mais diretamente em contato com a sociedade civil, em todos os rincões do país. Eles estão em melhores condições de sentir o pulsar da sociedade em que vivem.

Há, portanto, que se prestigiar a jurisdição de primeiro grau. Enquanto nela se ver apenas um rito de passagem, cujas decisões são permanentemente submetidas a revisão recursal, não há muita expectativa de melhoria.

Também aqui podemos aprender com o direito comparado. No sistema norte-americano, por exem-

plo, salvo hipóteses restritíssimas de erro grosseiro (clearly erroneous), o recurso é possível apenas para enfrentamento de questões jurídicas, não cabendo recurso quanto à matéria de fato (nova análise da prova). Já no sistema europeu, por exemplo, na França não há duplo grau de jurisdição em relação a decisões que não ultrapassem determinado valor de alçada (até 3.800 Euros, relativamente às decisões proferidas pelo Tribunal de Instance, pelo Tribunal Paritaire de Baux Ruraux, pelo Tribunal des Affaires de la Sécurité

Sociale; até 5.500 Euros em relação ao Tribunal de Commerce; até aproximadamente 6.000 Euros em relação ao Conseil de Prud'hommes - com o esclarecimento de que todos esses órgãos especializados são juizados de primeiro grau).

Para tanto, porém, é necessário que a sociedade tenha confiança em seus juízes de primeiro grau. Daí a preocupação com a qualificação de seus quadros, para que se façam merecedores de tal confiança.

Comissão de Inovação e Efetividade da Jurisdição de 1º Grau – Reflexões sobre Administração Judiciária e Soluções Autocompositivas de Conflitos

Administração Judiciária: caminho para a construção de um Judiciário mais eficiente e legítimo

Marcelo Malizia Cabral
Juiz de Direito

A realização de um breve diagnóstico do Poder Judiciário aponta para a existência de um importante material crítico ligado, no mais das vezes, à sua morosidade e ineficiência, à baixa qualidade da prestação do serviço de realização de justiça, à ineficácia de suas decisões, à dificuldade de acesso e à escassa comunicação com a sociedade.

A essas fragilidades, contrapõem-se alguns pontos fortes, como sua independência, a autonomia da jurisdição e sua probidade.

Todavia, a preponderância do apontamento dos pontos fracos do Judiciário perante a opinião pública é inescondível, o que se pode verificar diariamente nos meios de comunicação.

A propósito, pesquisa realizada pelo Instituto de Estudos Econômicos, Sociais e Políticos de São Paulo – IDESP, em 2000, demonstrou que 89% da classe empresarial brasileira avalia a agilidade do Poder Judiciário como “ruim” ou “péssima”¹.

Na mesma linha, perquirindo sobre a confiança da população brasileira em suas instituições, estudo realizado pelo Instituto Brasileiro de Opinião Pública e Estatística – IBOPE, no ano de 2005, revelou que dentre quatorze organizações investigadas, o Poder Judiciário ocupou a sétima colocação, verificando-se, dentre os entrevistados, maior confiança na Igreja Católica, nas Forças Armadas, nos jornais, na televisão, nos sindicatos e nos advogados.

Em posição pior que o Judiciário, ficaram apenas os publicitários e empresários, a polícia, o Senado, a Câmara dos Deputados, os partidos políticos e os políticos².

Ainda a ilustrar o descontentamento social para com o serviço prestado pelo Poder Judiciário, investigação de Maria Tereza Sadek assenta que “levantamentos de institutos especializados (Vox Populi, Data Folha, IBOPE, Gallup) mostraram que, em média, 70% dos entrevistados não confiam no sistema de Justiça.”³

Pode-se perceber, assim, com clareza evidente e pequeno esforço, a crise experimentada pelo Poder Judiciário brasileiro.

1 – SADEK, Maria Tereza. Judiciário e Sociedade. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 2006, p. 34.

2 – Idem, p. 35.

3 – Ibidem, p. 13.

Importa registrar-se, de outro lado, que a superação desta realidade depende de seu reconhecimento e da realização de gestão estratégica.

Administrar-se estrategicamente o Poder Judiciário é pontuar-se a necessidade de se realizar análise aberta do presente, conscientizando-se dos fatores críticos e das potencialidades da Instituição, questionando-se e reestruturando-se os procedimentos atuais, definindo-se objetivos e metas, projetando-se ações para a superação dos obstáculos, realizando-se-as e, por fim, avaliando-se e repensando-se constantemente suas atividades.

Administrar-se estrategicamente o Judiciário, significa investir-se na profissionalização e na qualificação de seus recursos humanos.

E a realização desse agir estratégico exige a ruptura dos mais variados paradigmas, a começar pelo antigo modelo de juiz, burocrata, erudito, reservado, inerte, focado somente no saber jurídico.

A nova magistratura deve estar atenta a essa realidade, à crise e à falta de legitimação popular do Judiciário e agir estrategicamente, construindo um novo perfil de magistrado, pragmático, inteligível, gestor, participativo, questionador, líder, multidisciplinar, agente político, transformador.

Apresenta-se, assim, a Administração Judiciária, como um dos mais promissores caminhos para a realização de um Judiciário mais eficiente e legítimo.

A tanto, imperiosa a análise das ambientes em que inserida a Instituição.

Dentre os fatores externos à organização que contribuem à sua ineficiência, podem-se assinalar a crise ética da sociedade, com crescente desprezo à cultura de respeito a valores, a crise do Estado na observância de normas constitucionais e na garantia de direitos humanos que exigem prestações positivas, a legislação que propicia o prolongamento excessivo das demandas, a desestrutura dos serviços de assistência judiciária às populações em situação de vulnerabilidade social, os baixos índices de organização social para a tutela coletiva de direitos, a cultura que não privilegia a pacificação dos conflitos e incentiva o litígio, dentre outros.

Esses fatores exteriores que contribuem para a crise do Poder Judiciário, muito embora não estejam em seu controle direto, reclamam a atuação política da Instituição, seja os denunciando, seja articulando-se com a sociedade para sua superação, atuando, pois, como agente de transformação social.

A análise da ambiente interna, por seu turno, relaciona-se com o conhecimento, a classificação e o monitoramento de fatores intrínsecos que contribuem,

positiva ou negativamente, para o desempenho da Organização, tais como os ambientes físico e social, a motivação da equipe, os recursos humanos, as máquinas e os equipamentos, a definição e o treinamento para as tarefas e o modelo de gestão da Instituição.

A atuação nestes elementos, ao reverso daqueles, está ao alcance da Organização e constitui o objeto de estudo da ciência da Administração Judiciária.

Com efeito, não é demais se anotar que a atividade jurisdicional deve observar os princípios proclamados pela Carta Política como orientadores da Administração Pública, quais sejam os da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Deste modo, a necessidade da busca de alto desempenho na realização de suas atividades de parte uma instituição pública como o Judiciário decorre, por princípio, de um pressuposto legal: a exigência constitucional de os serviços públicos serem prestados com eficiência.

Entretanto, a busca do alto desempenho na atividade pública afigura-se imperativa, também, em razão de circunstâncias de ordem ética.

E isto se dá na medida em que toda a atividade pública é financiada, compulsoriamente, pela coletividade.

Assim, nada mais justo que se exigir excelência na relação entre o emprego do dinheiro público e o benefício que dele possa resultar para o grupo social.

Então, também e especialmente em decorrência deste atributo ético, é que a Administração Pública deve buscar, modo incessante, o atingimento do melhor desempenho possível em suas atividades.

Relevante sublinhar-se que este objetivo somente será alcançado com a qualificação dos gestores públicos para as novas possibilidades técnicas do setor.

Em outras palavras, somente com o desenvolvimento de uma gestão profissional e com ênfase para resultados, o que envolve conhecimento e aplicação de princípios e regras científicas, alcançar-se-á desempenho satisfatório de parte dos órgãos integrantes do Poder Judiciário.

A assimilação e a interiorização desse dever ético constituem pressupostos para o desenvolvimento de métodos de gestão inovadores e direcionados para a plena satisfação da comunidade destinatária da atividade pública de realização de justiça.

Hão de se estabelecer, horizontalmente, com a participação de todos os setores envolvidos no processo, a visão e a missão da organização, elegendo-se objetivos e metas para sua materialização a curto, médio e longo prazos.

Somente com o comprometimento de todos os atores da atividade judiciária lograr-se-á atingir os

propósitos traçados coletivamente, o que exige trabalho constante e técnico de medição de desempenho, com o uso de ferramentas de coleta de dados para o exame de indicadores capazes de avaliar o processo de gestão.

Destarte, a idéia de alto desempenho que deve orientar a atividade pública está relacionada à possibilidade de se prestar serviços de excelência com a menor utilização de recursos possível, o que se mostra factível com a utilização de métodos científicos e modernos de gestão.

São exatamente estes os propósitos da Comissão de Inovação e Efetividade da Jurisdição de Primeiro Grau: identificar, catalogar, incentivar e propiciar a multiplicação de ações que traduzam a idéia de alto desempenho na atividade do Poder Judiciário.

Com a utilização da moderna teoria de gestão participativa, a Corregedoria-Geral da Justiça está reunindo magistrados de primeiro grau e servidores da Organização com o propósito de sistematizar métodos de gestão que conduzam à redução do tempo de tramitação dos processos, à melhoria da qualidade da prestação jurisdicional, ao aperfeiçoamento da gestão das mais diversas unidades judiciais, à melhoria do relacionamento e da qualidade de vida dos servidores, à construção de uma imagem mais positiva do Judiciário perante a comunidade, ao aperfeiçoamento e ao incremento de sua comunicação com a sociedade, assim à criação de mecanismos que facilitem e aprimorem o acesso à Justiça.

A esse mesmo horizonte se dirigem diversas experiências de gestão participativa a edificar, solidamente, os

alicerce de um Judiciário com importantes índices de eficiência e de legitimidade social.

É o que se está verificando, por exemplo, em diversas unidades da Instituição que priorizam a valorização de seus atores, seja com a realização de encontros periódicos envolvendo a equipe de trabalho e os mais diversos colaboradores do sistema de justiça, como advogados, promotores de justiça, defensores públicos, dentre outros, estabelecendo-se relação aberta e democrática com todas as interfaces da atividade, seja com a adoção de políticas de metas, incentivos e valorização pessoal, rumo a um Judiciário de alto desempenho, eficiente e legítimo.

Estas bem-sucedidas práticas têm possibilitado a valorização do elemento humano da Organização, a integração de seus mais diversos setores, a percepção recíproca das dificuldades da atividade jurisdicional, a construção conjunta das estratégias à sua superação, a coletivização das decisões administrativas, com aumento das possibilidades de acerto e, por fim, o comprometimento de toda a comunidade com o alcance das metas e dos objetivos estabelecidos pela Instituição.

Noutras palavras, a profissionalização e a democratização da gestão têm assegurado a constante perseguição da eficiência e do alto desempenho do Poder Judiciário.

Conclama-se, assim, a magistratura, os servidores e todos os colaboradores do sistema de realização de justiça, à edificação de um Judiciário mais eficiente e legítimo, valorizando-se, cada vez mais, caminho necessário à sua consecução: a Administração Judiciária.

Autocomposição: um caminho para a quebra do paradigma da litigiosidade remanescente

Fábio Vieira Heerdt
Juiz de Direito

Na parábola de Monteiro Lobato, Pedrinho e Narizinho disputam acirradamente uma lustrosa laranja, na copa da casa do sítio. Irrompe na peça o pai e questiona a ambos o porquê da altercação. - Eu vi a laranja primeiro, papai! – diz Narizinho. - Mas eu peguei-a primeiro! – defende-se Pedrinho. O pai não precisa de dois segundos para tomar a decisão: - Pedrinho, você está sempre implicando com sua irmã. Devolva imediatamente a laranja para Narizinho! Sai o pai, segue a disputa, entra a mãe: - Meus filhos, o que é isso?! Brigando de novo?! Venham cá os dois e me dêem a laranja. Pronto, corto agora em duas metades e ambos ficam satisfeitos, está bem? Porém, nenhum dos dois aceita a proposta. Numa terceira abordagem, é Dona Benta quem tenta resolver a disputa entre os irmãos. - Meus queridos...! O que houve? Por que estão discutindo? Narizinho então explica que quer da fruta apenas a casca, para ajudar Tia Anastácia a fazer um bolo com as raspas. - E você, Pedrinho, por que quer a laranja, meu filho? O menino diz que não estava agüentando esperar pela hora do almoço e queria comer a única fruta que sobrara na dispensa.

- Oh, meus queridos! - pacifica Dona Benta - , vamos resolver a situação e os dois vão ficar satisfeitos... Narizinho, que coisa bonita, querer ajudar a Tia Anastácia com o bolo! Você é uma menina muito querida. Por certo que Anastácia gostará de saber disso! Pedrinho, é ótimo que você prefira comer frutas a esses salgadinhos que hoje vendem por aí. É muito mais saudável! - Dona Benta então descasca a laranja, entrega a pele a Narizinho e a fruta a Pedrinho. Pronto, resolvida a questão, ambos os irmãos ficaram satisfeitos.

Na verdade, a parábola original foi adaptada pelo juiz de direito paranaense ROBERTO PORTUGAL BACELLAR, em exposição realizada no Curso de Técnicas Autocompositivas para Conciliadores, ocorrido no período de 1º a 3 de agosto de 2007, em Porto Alegre. Participaram do evento cerca de 30 pessoas, entre Desembargadores, Juízes de Direito, Juízes Leigos, Conciliadores, Assistentes Sociais e Servidores do Sistema dos Juizados Especiais e da Justiça Comum do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná. Os Professores André Gomma Azevedo e Roberto Bacellar realizaram diversas aulas, palestras, exercícios e oficinas. Trataram temas como "O Poder Judiciário e a Sociedade", "Teoria do Conflito", "Conciliação: Introdução e Panorama", "Conciliação: Procedimento Autocompositivo", e "Conciliação: Questões Éticas".

O encontro, realizado no espírito do Movimento pela Conciliação levado a todo o País pelo CNJ, já treinou centenas de pessoas no Brasil.

BACELLAR é juiz titular dos Juizados Especiais de Curitiba, foi presidente da Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar) de 2002 a 2003, e diretor de Comunicação Social da AMB de 1998 a 1999. Mestre em Direito Econômico e Social pela PUCPR, MBA - Gestão Empresarial pela UFPR, Especialista em Direito Civil e Processual Civil, Professor da PUCPR, Professor da Escola da Magistratura - PR e Professor Convidado da FGV-Law. Há alguns anos, ficou famoso, involuntariamente, quando resolveu ambientar sua sala de audiências, baseado em técnicas extraídas da psicologia comportamental. Pintou a peça de verde, inseriu som-ambiente e aromas, de forma a criar um rapport favorável à composição. Incompreendido dentro de seu próprio Tribunal, chamado de juiz

zen por alguns e adjetivado com outras expressões ainda mais preconceituosas por outros, manteve-se impassível em seus propósitos e, obtidos os resultados favoráveis, é hoje uma autoridade nacional quando se fala em pacificação social por meio das tutelas autocompositivas.

Ao lado de BACELLAR, ministrou o curso o juiz de Direito da Bahia André Felipe Gomma Azevedo. Com sólida formação acadêmica no Brasil e no exterior, Gomma Azevedo tornou-se uma referência no estudo dos métodos não-adversariais de solução de controvérsias. É professor de direito da Universidade de Brasília, mestre em direito pela Universidade de Columbia e professor dos cursos de pós-graduação lato sensu da Fundação Getúlio Vargas, no Rio de Janeiro. Atuou como conciliador nas áreas mais conflagradas de Nova Iorque.

Durante o evento Acesso à Justiça por Meios Alternativos de Resolução de Conflitos, promovido pelo Ministério da Justiça em parceria com o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Azevedo já suscitara questões importantes para reflexão e a importância de se disseminar novas formas de acesso à Justiça: "há uma série de situações em que as partes saem do processo judicial em conflito, o que chamamos de litigiosidade remanescente", afirma. "Temos processo com开始, meio e fim e, ao fim, nós ainda temos uma litigiosidade. Devido a isso, as pessoas encaram o Judiciário com reservas".



André Gomma Azevedo – Curso de Técnicas Autocompositivas para Conciliadores – 1º a 3 de agosto de 2007, Porto Alegre.

Heterocomposição e Autocomposição⁴

A autotutela é a forma mais rudimentar e primitiva da composição de conflitos. Consiste na imposição, por meio da violência moral ou física, de uma vontade sobre outra, de modo a minar a resistência do adversário. Fundamental, na autotutela, é a ausência de um terceiro com poder de decisão vinculativa aos envolvidos. Na esfera penal, são exemplos a legítima defesa e o estado de necessidade, assim como o crime de exercício arbitrário das próprias razões. Dentre outros exemplos de autotutela no direito privado, citam-se freqüentemente o desforço imediato e o penhor legal. A autocomposição, por outro lado, consiste na forma de solução, resolução ou decisão do litígio decorrente de ação dos próprios litigantes. Assim, tem-se por resolvido o conflito na medida em que as partes conseguem encontrar uma forma de adequação dos interesses originalmente contrapostos. Originalmente, entendia-se que somente poderia ocorrer a autocomposição se houvesse algum sacrifício ou concessão por uma (e.g. desistência ou submissão) ou por ambas as partes (e.g. transação). Modernamente, concebe-se que as partes tendem a encontrar soluções que satisfaçam integralmente seus interesses, sem que haja sacrifício ou concessão por qualquer delas. Apontase como características fundamentais da autocomposição a ausência de um terceiro com poder de decisão vinculativa e a acomodação das pretensões das partes decorrente de um ajuste voluntário entre estas. Cabe ressaltar que a autocomposição pode ser direta ou bipolar (e.g. negociação), quando as próprias partes conseguem resolver os pontos em relação aos quais estavam controvérsia, ou assistida, também denominada de indireta ou triangular (e.g. mediação ou conciliação), quando as partes são estimuladas por um terceiro, neutro ao conflito, para assim comporem a disputa. Já a heterocomposição reporta-se a uma forma de solução de conflitos decorrente da imposição de uma decisão de um terceiro, à qual as partes encontram-se vinculadas. Assim, em situações em que aquelas não conseguem (ou não podem por se tratar de demanda relativa a direito não transacionável) dirimir suas próprias lides, um terceiro, neutro ao conflito, é indicado para compor a controvérsia. Tradicionalmente são indicados o processo judicial e a arbitragem como exemplos principais de meios heterocompositivos de solução de conflitos, sendo aquela referida como heterocomposição pública ou estatal e esta como heterocomposição privada. Como características

fundamentais da heterocomposição, apresentam-se a presença de um terceiro com poder de decisão vinculativa, a lide, a substitutividade e a definitividade.

A par da tutela jurisdicional, desenvolveram-se no campo da psicologia cognitiva uma série de projetos voltados à compreensão do modo por intermédio do qual as partes percebem a realidade quando se encontram em conflito. Na esfera da matemática aplicada desenvolveram-se estudos em aplicação de algoritmos para a resolução de disputas. Nos estudos de economia, passaram-se a aplicar conceitos como *Teoria dos Jogos* e *Equilíbrio de Nash* que, quando aplicados à resolução de disputas, sugerem possibilidades para que partes consigam alcançar acordos sem que haja necessariamente a submissão a interesses de outrem ou a concessão mútua. Claramente se percebe, com essas inovações, o abandono da prática intuitiva da conciliação em favor de uma técnica específica desenvolvida para esses novos instrumentos autocompositivos, os quais, com a aplicação dessa metodologia, devem ser considerados atualmente como novos processos, pois cada um destes passou a consistir em um conjunto de atos coordenados lógica e cronologicamente para a composição de um conflito. Todos esses processos integram hoje o sistema (pluri-)processual. Nessa complementariedade, são consideradas as características intrínsecas ou aspectos relativos a esses processos na escolha do instrumento de resolução de disputa (v.g. custo financeiro, celeridade, sigilo, manutenção de relacionamentos, flexibilidade procedural, exeqüibilidade da solução, custos emocionais na composição da disputa, adimplemento espontâneo do resultado e recorribilidade). Assim, havendo uma disputa na qual as partes sabem que ainda irão se relacionar uma com a outra no futuro (e.g. disputa entre vizinhos) em regra recomenda-se algum processo que assegure elevados índices de manutenção de relacionamentos, como a mediação. Por outro lado, se uma das partes tiver interesse de abrir um precedente ou assegurar grande publicidade a uma decisão (e.g. disputa relativa a direitos individuais homogêneos referentes a consumidores) recomenda-se um processo que promova elevada recorribilidade, necessária para a criação de precedente em tribunal superior, e que seja pouco sigiloso (e.g. processo judicial). A moderna doutrina registra que essa característica de afeiçãoamento do procedimento às peculiaridades de cada litígio decorre do chamado princípio da adaptabilidade.

4 – Capítulo extraído do artigo Perspectivas Metodológicas do Processo de Mediação: Apontamento sobre a Autocomposição no Direito Processual – Gomma de Azevedo; André: Estudos em arbitragem, mediação e negociação / André Gomma de Azevedo (org.). – Brasília: Brasília Jurídica, 2002.

Em grande parte, esses processos já estão sendo aplicados por tribunais como forma de emprestar efetividade ao sistema. A chamada institucionalização desses instrumentos iniciou-se ainda no final da década de 1970, em razão de uma proposta do professor Frank Sander denominada *Multidoor Courthouse* (*Fórum de Múltiplas Portas*). Esta organização judiciária proposta pelo Fórum de Múltiplas Portas (FMP) compõe-se de um Poder Judiciário como um centro de resoluções de disputas, com distintos processos, baseado na premissa de que há vantagens e desvantagens de cada processo que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. Assim, em vez de existir apenas uma “porta” – o processo judicial – que conduz à sala de audiência, o FMP trata de um amplo sistema com vários distintos tipos de processo que formam um “centro de justiça”, organizado pelo Estado, no qual as partes podem ser direcionadas ao processo adequado a cada disputa. Nesse sentido, nota-se que o magistrado, além da função jurisdicional que lhe é atribuída assume também uma função gerencial, pois ainda que a orientação ao público seja feita por um serventuário, ao magistrado cabe a fiscalização e acompanhamento para assegurar a efetiva realização dos escopos pretendidos pelo ordenamento jurídico processual, ou, no mínimo, que os auxiliares (e.g. Mediadores) estejam atuando dentro dos limites impostos pelos princípios processuais constitucionalmente previstos.

Com a incorporação desses diversos processos ao sistema processual, o operador do direito deve passar a: I) preocupar-se também com a litigiosidade remanescente – aquela que, em regra, persiste entre as partes após o término de um processo heterocompositivo em razão da existência de conflitos de interesses que não foram tratados no processo judicial - seja por não se tratar de matéria juridicamente tutelada (e.g. a mágoa que se sente em razão de um término de um relacionamento estável) seja por não se ter aventado certa matéria juridicamente tutelada perante o Estado; II) voltar-se, em atenção ao princípio do *empoderamento*, a um modelo preventivo de conflitos na medida em que capacita as partes a melhor comporem seus conflitos educando-as com técnicas de negociação e mediação; e III) dirigir-se como instrumento de pacificação social para que haja uma maior humanização do conflito (i.e. compreensão recíproca), em atenção ao princípio da validação ou princípio do reconhecimento recíproco de sentimentos. Na medida em que esse novo paradigma de ordenamento jurídico se desenvolve, nota-se a necessidade da adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam

cada vez mais uma função de gerenciamento de disputas (ou gestão de processos de resolução de disputas). Naturalmente, a mudança de paradigma decorrente dessa nova sistemática processual atinge, além de magistrados, todos os operadores do direito. Esses novos processos em regra são menos belicosos e adversariais e mais propensos à utilização criativa dos instrumentos jurídicos existentes no ordenamento jurídico (e.g. novação, ajustamento de conduta e transação), focados numa atuação cooperativa calcada na solução de controvérsias de maneira mais eficiente. Criou-se a necessidade de um operador do direito que aborde questões como um solucionador de problemas ou um pacificador – a pergunta a ser feita deixou de ser “quem devo açãoar” e passou a ser “como devo abordar essa questão para que os interesses que defendo sejam atingidos de modo mais eficiente”. Assim, as perspectivas metodológicas do processo de mediação refletem uma crescente tendência de se observar o operador do direito como um pacificador – mesmo em processos heterocompositivos, pois começa a existir a preocupação com o meio mais eficiente de compor certa disputa na medida em que esta escolha passa a refletir a própria efetividade do profissional.

Paradigmas

Conforme acertadamente apontou o Professor André Gomma Azevedo, exige-se, em razão do novo paradigma de ordenamento jurídico, voltado à autocomposição, a adequação do exercício profissional de magistrados para que estes assumam cada vez mais uma função de gerenciadores de processos de resolução de disputas. A expressão *paradigma*, de conteúdo originalmente positivo, assumiu uma conotação diferente após estudos realizados por diversos cientistas sociais, cujas idéias foram sintetizadas por Joel Barker. Estes estudos mostram que nós desenvolvemos as nossas próprias perspectivas e regras não escritas na forma como fazemos as coisas. Estas regras são chamadas de *paradigmas*. Sem perceber, consideramos tais regras como verdades absolutas e como pressupostos básicos sobre a forma como vivemos, trabalhamos e nos relacionamos com as pessoas. Os paradigmas funcionam como hábitos e nos ajudam a resolver problemas do dia a dia, mas também atuam como filtros, impedindo-nos de perceber novas oportunidades. Passamos a acreditar que a maneira habitual de realizar alguma tarefa, por exemplo, é a única possível. Neste caso, os paradigmas tornam-se barreiras à nossa capacidade de aceitar e compreender as novas idéias ou novos produtos.

Até o final da década de 60 os relógios funcionavam por um sistema de molas, e todos tinham de “dar corda” nos relógios periodicamente. A Suíça detinha 70% do mercado mundial e recebeu uma oferta para mudar o sistema de molas para o sistema de quartzo, nova invenção da época. Rejeitou a invenção, e com isto, pouco anos depois perdeu o mercado mundial para os japoneses. Um professor americano, Chester Carlson, apresentou à IBM e General Electric, nos anos 40, sua nova invenção, uma geringonça que tirava cópias de documentos. Estas empresas rejeitaram sua idéia, que foi aceita pela Xerox. Resultado, criou-se um mercado bilionário de copiadoras e a IBM e GE perderam uma fantástica oportunidade.

Atualmente, quando se fala em gestão de processos de trabalho, *paradigma* é termo em desuso, tendo dado lugar a *padrão*. Padrão é algo que resultou de uma prospecção, de uma atuação, de uma medição e, portanto, serve como guia de um determinado processo de trabalho, porque já se constatou um resultado satisfatório.

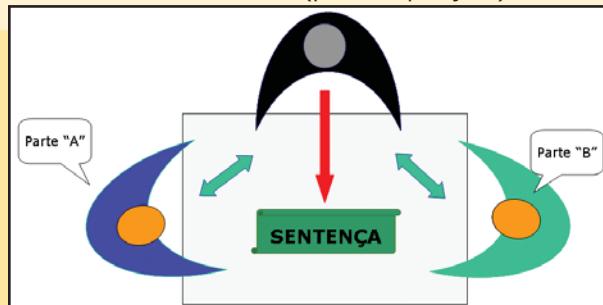
Nos processos de resolução de disputas autocompositivos há técnicas e padronização, que ao observador incauto parecerão obra de pura destreza do conciliador.

Modelos Consensuais Conflituais

Dividem-se os métodos de resolução de conflitos em consensuais e conflituais. No primeiro grupo, estão a NEGOCIAÇÃO, a MEDIAÇÃO e a CONCILIAÇÃO. No segundo, a ARBITRAGEM e o JULGAMENTO. A NEGOCIAÇÃO - processo de tomar decisões conjuntas quando as partes envolvidas têm preferências diferentes (Chiavenato) – apresenta-se em dois tipos: POSICIONAL e COM BASE EM INTERESSES. A primeira de nítida feição competitiva e confrontante, pressupõe a anteposição de perdedores a vencedores e a necessidade de convencimento de uma da partes. Já a negociação COM BASE EM INTERESSES esteia-se numa postura colaborativa, pressupondo a existência de vencedores de ambos os lados. Ressai seu caráter amistoso e propositivo, focado na idéia de formular soluções conjuntas aos interessados. Os pressupostos da negociação posicional são os seguintes: as pessoas são sempre egocêntricas; os recursos são limitados; as decisões são independentes; a meta é ganhar. Já para a negociação com base em interesses, os pressupostos são de que as pessoas têm interesses comuns; os recursos limitados podem ser expandidos através da cooperação; há reconhecimento da interdependência e de sua importância; a meta é encontrar soluções mutuamente aceitáveis e equilibradas.

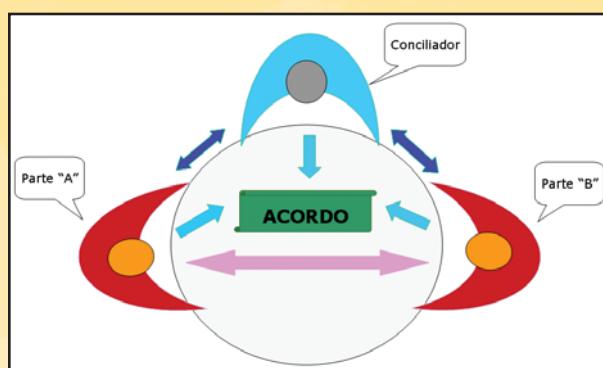
JULGAMENTO/ARBITRAGEM

Modelo conflitual (partes - posições)



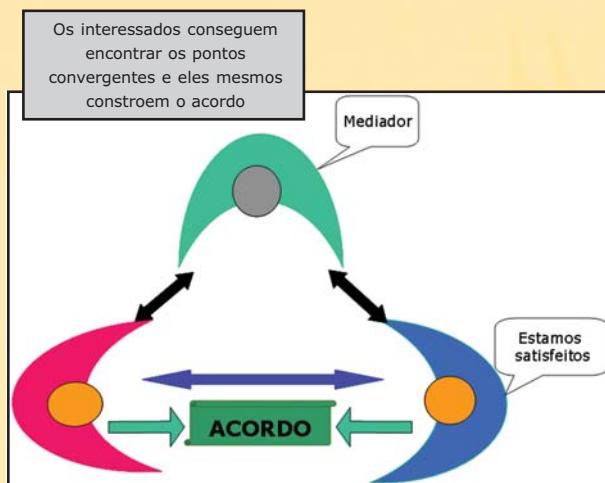
Falemos agora em CONCILIAÇÃO. Em sentido amplo, a conciliação pode resultar: no reconhecimento do pedido; na desistência da ação ou na renúncia à pretensão. Nessas hipóteses, soluciona-se a lide mas não há pacificação. Esse é um proceder atécnico usualmente utilizado pela maioria dos conciliadores para tentar convencer as partes à composição: - Vamos lá, o Sr. perde um pouquinho de um lado, mas ganha outro tanto de outro... Na verdade, embora essa “técnica” recorrente enraize-se na velha figura da transação do Direito Civil (concessões mútuas), é preciso reconhecer que ninguém vai à Justiça para perder... Em termos de técnica jurídica, nada a opor, mas como abordagem que vise à satisfação do interesse real da parte, deixa bastante a desejar.

A postura do conciliador convencional em geral é propositiva: orienta, sugere, participa do conteúdo da decisão: - Quem sabe o senhor paga essa dívida de dez mil reais em vinte parcelas de quinhentos? Nesse tipo de intervenção, a parte não propõe espontaneamente seu verdadeiro interesse; por isso, a pacificação do conflito tem menos chance de ocorrer.



A MEDIAÇÃO, por seu lado, é um processo voluntário em que um terceiro neutro e imparcial, sem poder de decisão sobre a causa, ajuda a duas ou mais pessoas em conflito a buscar uma solução mutuamente aceitável

ao problema. A mediação procura desvendar o interesse. A confidencialidade ou sigilo lhe são característicos. O mediador estimula, auxilia, mas não sugere soluções, só amplia as possibilidades, de forma a que as próprias partes cheguem à solução consensual.



Obviamente que, a exemplo do que ocorre com a negociação, várias abordagens de mediação são propostas e deverão ser escolhidas aquelas, com maior ou menor intensidade, conforme forem identificados os interesses e posições das partes⁵.

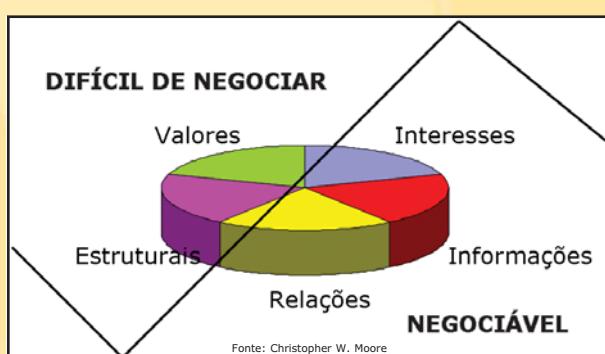
Em qualquer forma de solução autocompositiva, percebe-se que a negociação que envolve princípios, crenças e sentimentos apresenta o grau mais difícil de "negociabilidade", enquanto que aquela que ausulta interesses, dados objetivos e informações tem mais chance de rumar à solução consensual.

Portanto, é sempre necessário que o facilitador, o conciliador, o mediador ou o negociador, tenha preparo técnico para poder atuar, em relação aos envolvidos no conflito, na distinção entre a **POSIÇÃO** e o **INTERESSE** que subjaz à posição. Esta pode se apresentar como uma justificativa, uma meta estratégica (peço o mais para conseguir o menos), por meio do qual a pessoa esconde, dissimula, omite seus verdadeiros motivos, justificativas ou metas; procura não escutar para manter-se firme na posição. Normalmente a posição está nitidamente expressa nos argumentos do processo judicial (lide processual).

Numa mediação de um conflito familiar, há um exemplo bastante claro para distinguir posição de interesse. Frente à mediadora, a mãe queixa-se ao filho usuário de drogas: - Quantas vezes disse a você para voltar a estudar e deixar as drogas?! Você simplesmente não me ouve!! O filho rebate: - Até parece que você não conhece o lugar onde moramos...! Sabe que eu não posso deixar de andar com o *bonde* do Luisão (traficante)! Se eu fizer isso, corro perigo...!!

A mensagem subliminar de ambos os discursos, da mãe e do filho, o interesse que subjaz às **posições**, acima apresentadas, poderia se traduzir como o desejo de ambos em resolver a situação que gera conflito e infelicidade mútua. Na fala da mãe, identifica-se, com nitidez, o interesse de poder restabelecer o diálogo com o filho ("Você não me ouve!"); na do filho, o interesse inequívoco de poder viver em paz no dia-a-dia, na rua e no ambiente familiar. A mensagem implícita na posição – a qual encobre o interesse – poderia ser: "Vamos mudar deste bairro. Quero resolver o problema. Se nos mudarmos, livraremos das ameaças e vamos ter uma vida mais harmoniosa em família..."

ORIGENS DO CONFLITO



As Técnicas Recomendadas para a moderna Autocomposição⁶

Há técnicas e um extenso ferramental para identificar as posições e interesses e poder fazer com que as partes os revelem. Vários instrumentos e padrões são utilizados hoje nas diferentes formas de resolução autocompositiva de conflitos. Trata-se de concepções extraídas de áreas parajurídicas, como a economia, a psicologia comportamental e até mesmo a matemática.

Seja qual for a forma de autocomposição eleita para uma determinada disputa, há certas ferramentas,

5 – Compreendendo as Orientações, Estratégias e Técnicas do Mediador: Um Padrão para perplexos: Riskin; Leonard: in: Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação, Universidade de Brasília - Faculdade de Direito, Editora Brasília Jurídica, 2002.

6 – Capítulo extraído do Manual para Conciliadores, de Roberto Portugal Bacellar e André Gomma de Azevedo, utilizado no Curso de Capacitação para Conciliadores - Porto Alegre, agosto de 2007.

técnicas e posturas que deverão ser comuns a qualquer conciliador.

A COMUNICAÇÃO EMOTIVA é, sem dúvida, uma ferramenta indispensável. Trata-se de uma abordagem estabelecida, ao início da sessão de mediação ou conciliação, introduzida por meio do *rapport*. Para estabelecimento do *rapport*, o *coach* (líder, facilitador, mediador, negociador ou conciliador) deve atuar nos primeiros minutos do contato entre as partes, recebendo-as cordialmente. O próprio conciliador, se possível, deve receber as pessoas à porta da sala de sessões, cumprimentando-as com um aperto de mão, convidando-as para sentar. Dependendo do caso, perguntar se tiveram dificuldade para acessar ao local, se estão confortavelmente sentadas, se preferem o ar-condicionado ligado ou não etc. Não se trata de simpatia gratuita e sim de criar um “clima”, um ambiente favorável ao diálogo.

A respeito do ambiente, há comprovação de que algumas tonalidades de cores são mais propícias ao relaxamento e à conciliação, como o verde usado em hospitais, por exemplo, ao contrário do sóbrio branco usualmente utilizado nos Fóruns, cor que agride, por sua luminosidade, criando, assim, certo desconforto na parte envolvida. Todos devem se sentir fisicamente confortáveis, concentrados e seguros, e o ambiente deverá transparecer conforto e privacidade e, por isso, não deve ser nem tão grande nem tão pequeno.

O *lay out* da sala de sessão é outro tabu. Na conciliação ou na mediação não é necessária mesa. Podem sentar-se todos em semicírculo ou as partes lado a lado, e o conciliador à sua frente. A tradicional e formal disposição dos móveis identifica sempre o conciliador como a figura do juiz, em posição acima das partes, um pouco distante, um pouco censor... Isso enfraquece sobremaneira o chamado *empoderamento das partes*. Na conciliação moderna ou na mediação, é muito importante esse benefício. “Empoderamento” é a tradução do termo em inglês *empowerment*, que significa a busca pela restauração do senso de valor e poder da parte para que essa esteja apta a melhor dirimir futuros conflitos. Ou seja: a parte em posição proativa para a resolução daquele conflito, vendo nessa sua atuação uma oportunidade de crescer como ser humano. Tradicionalmente, conciliadores arcaicos usam de um expediente apelativo que surte um efeito significativamente negativo nas partes: - Preciso de vocês para me ajudarem a fazer este acordo! Esse apelo, de tom quase desesperado, soa mal: a parte dirigiu-se à sessão de conciliação para resolver um problema seu e não do conciliador...!

Assim sendo, de preferência, as partes devem se sentar em posições não antagônicas. Um dos objetivos da conciliação é tentar evitar um sentimento de rivalidade, o

que, no caso da disposição das mesas, é melhor conseguido ao não colocar as partes de frente uma para a outra, mas, sim, lado a lado, no caso de mesa retangular, ou em posição eqüidistante, no caso de mesa circular.

Estar no local da conciliação antes do horário marcado é fundamental. Assim, o conciliador irá se sentir mais calmo, tranqüilo, e, ao mesmo tempo, poderá melhor revisar as técnicas, estratégias e ferramentas que deseja empregar durante a sessão. Recomenda-se que vá até a sala, veja se está tudo em ordem, confira se há assentos suficientes e perceba outros detalhes relevantes (se não há odores, ruídos incômodos etc). Há certas dicas de atuação precedentes à chegada das partes que podem auxiliar o conciliador na consecução do êxito no processo de conciliação. Antes de as partes chegarem – o que deve ser bem considerado, uma vez que é comum que as partes mais nervosas cheguem com dez a quinze minutos de antecedência – devem ser efetuados alguns ajustes, tais como preparar o local em que será realizada a conciliação: mesa, iluminação, temperatura ambiente, privacidade, água, café, local para a realização das sessões privadas (se necessário) ou de espera, materiais de escritório, entre outros; revisar todas as anotações feitas sobre o caso e, se possível, memorizar o nome das partes. Muitas vezes, somente será possível saber o nome das partes já durante a conciliação. Assim, uma vez descobertos os nomes e as preferências, anotá-los é de grande utilidade. Caso haja co-facilitador, conversar com ele sobre como irão trabalhar em conjunto e como será feita a apresentação do processo de conciliação na sessão de abertura.

No início da conciliação é que se estabelece o *rapport*. À recepção das partes, o conciliador deve tomar cuidado para não transparecer estar direcionando mais atenção a uma das partes do que à outra, conversando, por exemplo, ou se portando mais amigavelmente com uma delas. Caso isso venha ocorrer, provavelmente uma das partes terá uma impressão de que há parcialidade. Após a recepção às partes, o conciliador faz a chamada *declaração de abertura*: apresenta-se, diz como prefere ser chamado, faz uma breve explicação do que constitui a conciliação, quais são suas etapas e quais são as garantias. Deve perguntar às partes como elas preferem ser chamadas; estimar o tempo de que dispõem para a sessão, ressalvando a possibilidade de realizarem outros encontros; deixar claro que ambos terão o mesmo direito de falar e que, no caso de sessões conjuntas, todos combinarão de escutarem-se mútua e interessadamente. Nessa etapa – ou depois – poderá questionar as partes se gostariam de inserir uma declaração de confidencialidade.

O conciliador deve buscar adesão das partes para a adoção da confidencialidade, a qual se estabelecerá

acerca de todos os fatos e situações narradas por elas durante o processo de conciliação. É fundamental explicar que será mantido em segredo tudo o que for, na conciliação, apresentado, salvo vontade conjunta das partes em contrário. Caso alguma das partes tenha alguma preocupação ou receio que essa confidencialidade possa não ser mantida, o conciliador deve adiantar às partes que ela poderá ser inserida expressamente como parte integrante do acordo. A confidencialidade tem sido uma das ferramentas fundamentais para desvendar os verdadeiros interesses, por isso recomenda-se sua adoção sempre que isso seja possível.

Uma *boa declaração de abertura* é essencial para a conciliação. É exatamente na fase de abertura que o conciliador firma sua presença e a figura de condutor do processo, fixando os critérios e posturas a serem observados na sessão. Para tanto, deve ele se portar de forma a dar às partes o sentimento de confiança em sua pessoa, como também de imparcialidade, sendo útil, desse modo, que, ao conversar, olhe para cada uma das partes de modo equilibrado e calmo. O conciliador, portanto, deve definir o tom em que transcorrerá a sessão. A declaração de abertura não deve se prolongar demasiadamente – para conciliações judiciais recomenda-se uma declaração de abertura de aproximadamente três minutos. Nessa fase da conciliação, embora inicial, as partes normalmente ainda estão muito nervosas e inquietas, o que dificulta a captação de informações. Recomenda-se, então, a utilização de um tom de voz ameno. Aos poucos, com isso, a adrenalina das partes vai baixando.

Deve-se preferir as expressões com cunho positivo e evitadas aquelas que possam transmitir às partes qualquer sentimento improdutivo. Palavras como “problema”, “complicado”, “difícil”, ou “discussão”, por exemplo, podem ser substituídas por “questão”, “específico”, “importante” e “diálogo”. Ao utilizar linguagem neutra, entretanto, não se pode perder a informação que se pretende transmitir. É importante que o conciliador não deixe de abordar nenhum aspecto importante da controvérsia; deve apenas apresentar a mesma informação de modo mais ameno e eficiente.

Antes de iniciar a explicação do processo em si, é muito importante apresentar algumas palavras de encorajamento. Por isso, é interessante o conciliador elogiar o esforço de cada uma das partes de tentar resolver seu conflito utilizando a conciliação. Sem demora, deve o conciliador abordar a participação e o papel do advogado, ressaltando que o emprego de um esforço no intuito de resolver as questões dos clientes mostra-se essencial à conciliação. Sugere-se esta forma de se manifestar a respeito: “Agradeço a presença dos advogados, pois a expe-

riência demonstra que bons advogados são muito importantes na conciliação, à medida que auxiliam as partes a encontrar novas e criativas soluções às suas questões, bem como asseguram aos seus clientes que estes não abrirão mão de nenhum direito que desconheçam ter”.

O *afago ou reforço positivo* consiste em uma resposta positiva do conciliador a um comportamento elogiável, eficiente e positivo da parte ou do próprio advogado. Por intermédio do afago, busca-se estimular a parte ou o advogado a continuar com o comportamento ou postura positiva para a conciliação. Exemplificativamente, se uma parte admite, em sessão individual que a outra tem, em parte, razão, cabe ao conciliador estimular tal exercício de empatia por intermédio de um afago como: “Interessante essa sua forma de ver esta questão” ou “O fato de perceber que o Jorge teve boa intenção quando lhe entregou a documentação ajuda muito na conciliação. Quando estivermos novamente em uma sessão conjunta seria produtivo se você comentasse isso com ele” ou “Bom ponto!” Vale destacar que muitas vezes um conciliador mais experiente fará um afago simplesmente por meio de uma expressão facial ou com linguagem corporal. Outro aspecto que merece registro consiste na forma com que se exercita o afago: o conciliador deve identificar um comportamento eficiente e apresentar a resposta positiva (afago) especificamente quanto a tal comportamento. Caso o conciliador faça um afago em relação a um comportamento que a parte não realizou, a resposta do jurisdicionado tenderá a ser negativa (v.g. pelo conciliador: “acho que essa proposta é um ótimo começo para abordarmos a questão do carro”. Pela parte: “não, você entendeu mal: eu não fiz proposta nenhuma”). De igual forma, cabe ao conciliador proceder com o afago de forma natural, de modo a não constranger as partes. Evitar constrangimentos mostra-se recomendável.

Para um adequado desenvolvimento de técnicas autocompositivas, sugere-se que o tempo mínimo planejado para cada conciliação seja de trinta a quarenta e cinco minutos. Isso porque em conciliações realizadas em menos de quinze minutos o conciliador somente tem tempo para se apresentar, ouvir resumidamente as partes e apresentar uma proposta de solução – que se considera, como indicado anteriormente, uma forma excessivamente precária de se conduzir uma autocomposição.

Na etapa de reunião de informações, o propósito é dar a todos – conciliador e partes – a oportunidade de ouvir o relato dos fatos e outras percepções de cada uma das pessoas envolvidas. Os conciliadores, por meio das informações, conseguem ter uma visão geral dos fatos e, ao mesmo tempo, captar já algumas questões e interesses envolvidos. Ademais, cada uma das pessoas tem

a oportunidade de explicar seu ponto de vista e expressar seus sentimentos sem interrupções ou quaisquer outros impedimentos. Pode-se afirmar que ser ouvido adequadamente significa ser levado a sério e ser respeitado. Nesta fase de reunião de informações, o conciliador deve não apenas registrar as questões, os interesses e os sentimentos das partes, mas também deve certificar-se de que estas se “sentiram ouvidas”. Caso o conciliador note que há interrupções, pode lembrar a regra básica das partes não se interromperem, apresentada na declaração de abertura.

Antes de passar a palavra às partes, é essencial já estabelecer um critério que defina quem deverá iniciar o relato dos fatos e suas percepções. Para tanto, o melhor a se empregar é um critério objetivo, explicitando-o assim: “em nossas conciliações, sempre quem moveu a ação dá início a essa fase” ou, simplesmente, “em nossas conciliações, sempre quem se senta à direita começa fazendo seu relato”. Alguns autores afirmam que perguntar às partes pode ser uma boa alternativa, embora tal fato possa gerar, logo no início da sessão, um certo grau de desconforto caso surja uma discussão quanto a esse ponto. Assim, recomenda-se que esta opção não seja objeto de negociação pelas partes.

É preciso fixar com clareza os critérios da sessão e relembrá-los às partes sempre que necessário. Com freqüência, aqueles que estão apenas escutando não conseguem se conter e, então, interrompem o outro. Neste caso, suave e educadamente, o conciliador deve intervir. Assim, ele estará demonstrando coerência e técnica, uma vez que está bem administrando a sessão ao zelar por uma eficiente forma de comunicação. Caso o conciliador perceba que alguma das partes está bastante ansiosa para dizer algo ou bastante nervosa em razão do que a outra parte esteja relatando, o melhor a fazer é apenas reassegurá-la que ela terá tempo para também se expressar. Para as pessoas que não conseguem ficar caladas, como antes indicado, o conciliador deve relembrar as regras que haviam sido anteriormente expostas e aceitas pelas partes. Basta dizer: “João, como nós havíamos anteriormente concordado, cada um terá a sua vez para se expressar. É muito importante, para o sucesso da conciliação, que cada pessoa respeite a vez da outra. Eu sei que é, muitas vezes, difícil ouvir algo e ficar calado. Nesse caso, peço que você faça suas anotações e apresente tudo o que deseja na sua oportunidade de falar – que virá logo a seguir”. Outra forma também bastante interessante é apenas corrigir com linguagem corporal – p.ex., com o olhar - de modo não repressivo. Ao assim proceder, o conciliador não quebra a dinâmica do relato da parte que o estiver apresentando. Caso as interrupções continuem

ocorrendo, muito embora o conciliador as tenha tentado impedir, corrigindo as interrupções nos momentos em que estas primeiramente ocorreram, nada impede que ele possa ser um pouco mais firme e direto, mas cauteloso a ponto de não gerar uma reação de antagonismo com as partes. O conciliador, por exemplo, pode se manifestar da seguinte maneira: “João e Maria, vejo que estas questões são muito importantes para vocês – não fosse assim, vocês não estariam se interrompendo desta forma. Ao mesmo tempo, não vejo como essas interrupções vão nos auxiliar a melhor resolver essas questões. Posso contar, daqui para frente, que vocês não irão mais se interromper?”. Agradeça e retorno a ouvir a outra parte.

Da mesma forma que as partes devem se respeitar no que atine à não-interrupção da outra parte, quando ela estiver se expressando, o conciliador também deverá ter bastante cuidado se necessário for interrompê-la para efetuar alguma pergunta. Nessa fase da conciliação, o que se deseja é ouvir acima de tudo, não perquirir pequenos detalhes, que, talvez, sejam mais bem trabalhados na etapa seguinte, que se desenvolverá após terem sido reunidas as informações necessárias junto às partes. Por isso, deve-se perguntar apenas o essencial. O conciliador, afinal, embora seja o administrador e organizador da conciliação, mostra-se também como o modelo de comunicação para os participantes.

Após o conciliador ter perguntado à última das partes a se manifestar se deseja dizer algo mais, deve ele fazer um resumo de toda a controvérsia até então apresentada, verificando as principais questões presentes, como também os interesses subjacentes juntamente com as partes. Alguns doutrinadores recomendam que não se faça o resumo logo após uma das partes ter se manifestado, pois, ao assim proceder, o conciliador poderá dar a entender à outra parte que está endossando o ponto de vista apresentado. Esse resumo é de suma importância, uma vez que dá um norte ao processo de conciliação e, sobretudo, centraliza a discussão nos principais aspectos presentes. Para o conciliador, trata-se de uma efetiva organização do processo, pois se estabelece uma versão imparcial, neutra e prospectiva (voltada a soluções) dos fatos, identificando-se quais serão as questões a serem debatidas na conciliação e quais são os reais interesses e necessidades que as partes possuem. Para as partes, trata-se de um mecanismo que auxiliará a compreensão das questões envolvidas sem que haja um tom judicatório no debate.

Após uma exposição pelas partes de sua versão dos fatos, a qual o conciliador, dentre outras posturas, terá escutado ativamente, haverá oportunidade daquele elaborar perguntas abertas que lhe auxiliarão a entender os aspectos do conflito que estiverem obscuros. A escuta

ativa pressupõe linguagem corporal. O conciliador, enquanto ouve, deverá evitar completar as frases do interlocutor (escuta nervosa), taticitar os dedos, caneta ou qualquer outro objeto na mesa. Deve fixar os olhos em quem esteja discursando, jamais emitir juízos de valor ou demonstrar desinteresse, proferindo expressões como "isso não nos interessa neste momento". Deverá, antes que tudo, escutar para ouvir, não para responder; compreender os significados das palavras; escutar o conteúdo emocional; confirmar às partes que estão sendo ouvidas. Segue-se, então, a identificação de questões, interesses e sentimentos. Durante essa fase, o conciliador fará um resumo do conflito utilizando uma linguagem positiva e neutra. Há significativo valor nesse resumo pois será por meio dele que as partes saberão que o conciliador está ouvindo e compreendendo as questões postas.

Por meio do resumo, o conciliador deverá apresentar uma versão que implicitamente demonstre que conflitos são naturais em quaisquer relações humanas e que às partes cabe a busca da melhor resolução possível diante do contexto existente. Esta demonstração implícita de que conflitos são naturais e que as partes não devem se envergonhar por estarem em conflito nada mais é do que uma ferramenta, comumente denominada de *normalização* ou *recontextualização*.

Sempre que for retransmitir às partes uma informação que foi trazida por elas ao processo, o conciliador deve se preocupar em apresentar estes dados em uma perspectiva nova, mais clara e compreensível, com enfoque prospectivo, voltado às soluções, filtrando os componentes negativos que eventualmente possam conter, com o objetivo de encaixar essa informação no processo de modo construtivo. O conciliador pode, com o mesmo objetivo, escolher as informações que deseja apresentar, descartando aquelas que não tenham uma participação eficiente ou relevante para a boa resolução da disputa.

Exemplo claro de *recontextualização* é um diálogo imaginário entre um refugiado num campo conflagrado, na faixa de Gaza, e um político estatal:

"A: Assassino! Genocida! Assassino de crianças!"

"B: O Sr. Está aborrecido porque gostaria que meu governo usasse diferentemente seus recursos?"

"A: É óbvio que estou aborrecido! Você acha que precisamos de gás lacrimogênio?! Nós precisamos de casas, sossego e liberdade!!

"B: Então você está aborrecido porque gostaria de apoio para suas condições de vida?"

"A: Você tem idéia do que é viver aqui há 20 anos nesse tumulto? Você sabe o que a minha família tem passado?!"

"B: Do que você descreve, parece que está se sentindo frustrado com a falta de mudanças que precisavam ocorrer com urgência e que ainda podem ser realizadas. É isso mesmo?"

"A: Você quer entender? Me diga, você tem filhos?? Eles vão para a escola?? O meu filho está doente porque brinca perto de um esgoto!!

"B: Eu vejo, do que o senhor me descreveu que é doloroso educar seus filhos aqui. E que o que o senhor quer é o mesmo que qualquer pai quer para seus filhos: saúde, boa educação, oportunidade de diversão em ambiente seguro ...

"A: É claro! O básico! O que vocês chamam de direitos humanos! Vocês deveriam vir aqui e ver o que vocês chamam de direitos humanos.

"B: Vocês gostariam de que mais pessoas conhecessem a situação desse acampamento e com essa conscientização houvesse efetivas mudanças."

Veja-se: o diálogo foi conduzido de forma a evitar a *polarização da comunicação*, sempre nefasta na conciliação, com a identificação dos interesses e validação dos sentimentos da pessoa envolvida. A polarização da comunicação traz trabalho ao conciliador: terá de desfazer a espiral do diálogo até que este se desenvolva de forma a revelar o real interesse das partes. Se, por exemplo, o conciliador dirigir uma infeliz expressão para um dos advogados, como "O Sr. deve estar brincando, com essa proposta!", que resposta deverá esperar?: "Não estou, não!". Assim, terá polarizado a comunicação, dificultando o comprometimento daquela pessoa com a solução do conflito e criando uma tensão desnecessária.

É cacoete lamentável de grande parte dos conciliadores iniciar a sessão assim: "Há possibilidade de conciliação?". Se a resposta for não, pronto...! Começou-se pelo fim e haverá de se reconstruir todo um diálogo que, malcomeçado, já encerrou...

Quando, numa sessão de conciliação em um processo de divórcio, o marido vocifera que "Dei os verdes anos de minha vida para essa ingrata, trabalhando de sol a sol, e agora tudo o que ela quer é enrabichar-se com outro, em bailes...!", o conciliador pode tentar recontextualizar o discurso: "Sr. João, o Sr. demonstra que está bastante interessado em que seja reconhecido o seu esforço, de muitos anos, para que seu casamento fosse feliz, para que sua família vivesse em harmonia." Enfocam-se os aspectos positivos do discurso, identificam-se e validam-se os sentimentos e evitam-se juízos de valor. Mas há de se ter uma certa cautela no emprego dessas expressões, a fim de evitar a confusão de que a validação de sentimentos seja, na verdade, uma concordância com os

sentimentos, o que pode gerar dúvidas quanto à imparcialidade do conciliador.

A validação de sentimentos é postura de que o conciliador não deve abrir mão e exige grande esforço de concentração e avaliação:

- *Eu trabalhei nesta empresa durante 3 anos. Eu dei a eles tudo de mim. Jamais me esquivei de meus deveres e nunca reclamei por não estar recebendo muito crédito. Agora eles me dizem que eu devo ficar de lado e deixar um colega iniciante assumir o comando. É realmente injusto. Sentimentos: Desapreço, desprestígio, frustração, aborrecimento, descontentamento.*

- *Quando eu olho para trás e vejo o que fiz, eu simplesmente sinto não ter sido eu. Eu não deveria ter tratado a Nina daquele jeito. Sentimentos: Arrependimento, culpa.*

- *Você quer dizer que você acha que eu deva voltar e simplesmente dizer-lhe na cara? Isso não vai fazê-lo ficar irritado comigo? Sentimentos: Hesitação, dúvida, insegurança.*

Na fase seguinte, o conciliador deverá, com base nas questões apresentadas, nas necessidades, nos sentimentos e nos interesses manifestados na fase de reunião de informações, escolher dois caminhos possíveis: se ele verificar que as partes estão se comunicando eficazmente (estão demonstrando compreensão recíproca, apresentando sugestões, quebrando impasses etc), ele parte diretamente para a fase de esclarecimento de questões, interesses e sentimentos, que será seguida pela fase de resolução de questões com as partes ainda reunidas à mesa, uma vez que, ao assim proceder, há uma grande possibilidade de as partes, por sua própria vontade e iniciativa, chegarem a um consenso. Se as partes não estiverem se comunicando de forma eficiente, já que verificando um alto grau de animosidade, interesses equivocadamente percebidos (em teoria autocompositiva se denominam os interesses percebidos equivocadamente pelas partes como *interesses aparentes*), dificuldade de expressão de uma ou mais partes (e.g. alguém se sente intimidado, ameaçado ou apresenta dificuldade de se expressar) ou ainda há sentimentos que precisam ser propriamente discutidos para que uma parte possa ter uma percepção mais neutra do contexto em que se encontra, o melhor caminho é seguir para a sessão individual, em que o conciliador irá debater todas as questões, interesses, necessidades e sentimentos com cada parte individualmente.

A identificação de questões, interesses e sentimentos ocorre durante a maior parte do processo de conciliação. Todavia, durante a fase de exposição de razões pelas partes deve o conciliador registrar quais são as

questões controvertidas, quais os interesses reais das partes e quais sentimentos eventualmente devem ser debatidos (em eventuais e pontualmente recomendadas sessões individuais) para que a conciliação chegue a bom termo – mesmo que não haja acordo. Com o resumo, o conciliador apresenta a forma com que identificou as questões, os interesses e os sentimentos. Naturalmente, as partes debaterão o conteúdo desse resumo – o que nada mais é do que a fase seguinte – esclarecimentos acerca das questões, interesses e sentimentos. Durante esse período, tanto os conciliadores como as partes irão discutir as informações que ainda necessitam de algum complemento e, ao mesmo tempo, conseguir melhor compreender quais são as principais questões, necessidades e, também, possibilidades. Trata-se de uma fase em que as partes terão a oportunidade, portanto, para falar abertamente – fazendo uso de linguagem apropriada – e expressar seus sentimentos e crenças, como também fazer perguntas. Para o conciliador, é uma fase rica na captação de novas informações. O esclarecimento de interesses, questões e sentimentos é uma etapa essencial e preliminar que auxiliará as partes a avançar no processo de conciliação em direção a um eventual acordo, uma vez que, ao menos tacitamente, elas começam a perceber as perspectivas e necessidades do outro. Com base em tais constatações, as partes são capazes, portanto, de tentar solucionar questões particulares quando da elaboração do acordo.

Com o uso de determinadas técnicas, o conciliador formulará, em passo seguinte, diversas perguntas para as partes a fim de favorecer a elucidação das questões controvertidas. Tendo sido alcançada adequada compreensão do conflito durante as fases anteriores, o conciliador pode, nessa etapa, conduzir as partes a analisarem possíveis soluções. Nessa etapa, todos irão testar a solução alcançada e, sendo esta satisfatória, redigirão um acordo escrito se as partes assim o quiserem. Em caso de impasse, será feita uma revisão das questões e interesses das partes e também serão discutidos os passos subsequentes a serem seguidos. Uma importante questão que sobressai é o papel do conciliador no momento de se encontrar soluções ao problema proposto. Ele pode agir de dois modos distintos: avaliando a situação e fornecendo possíveis soluções de acordo (chama-se conciliador-avaliador) ou empregando técnicas de resolução de problemas que fazem com que as partes, por si próprias, cheguem a um acordo (chama-se conciliador-facilitador). O primeiro método deve ser empregado quando o conciliador verifica que as partes desejam uma orientação para conseguirem chegar a um acordo. Em regra, o conciliador-avaliador (ou mediador-avaliador) é um profissional com ampla experiência em processos autocompositivos e sua sugestão

é considerada como legitimada pelas partes em razão destas terem solicitado tal avaliação em razão do histórico profissional do conciliador. Na doutrina, se exemplifica que um conciliador-avaliador normalmente é um juiz aposentado ou um advogado com muita experiência.

Na fase do fechamento do acordo, sempre é necessário reforçar a confiança de que ele é válido e deverá ser obedecido. Não se prescinde que o acordo seja, acima de todas suas circunstâncias, exequível, pois, do contrário, não se poderá garantir sua instrumentalidade para a efetiva satisfação das partes. Por isso, ao redigí-lo, o deve atentar-se para a produção de um texto em conformidade com os parâmetros legais, além de claro, objetivo, simples, específico e, se possível, de cunho positivo. Além dos efeitos legais do acordo, devem-se apreciar outros aspectos no momento de sua concretização, quais sejam, a clareza, a simplicidade, a objetividade e a especificidade na sua documentação. Como em qualquer texto, a redação clara dos termos do acordo evita a duplicidade de interpretações, de modo que se possa perceber seu exato conteúdo simplesmente pela leitura. Por isso, devem-se evitar expressões vagas e muito genéricas, porque as partes precisam saber exatamente quais serão suas obrigações para a plena realização do acordo e para a satisfação de seus próprios interesses.

Experiências Inovadoras em Mediação e Conciliação no RS

Várias iniciativas pioneiras em matéria de conciliação e mediação têm sido realizadas no Rio Grande do Sul. Na área da mediação, o enfoque ainda situa-se, em grande parte, nas questões familiares, como foi explicitado no nº 1 da MULTIJURIS (agosto de 2006). Trata-se de projeto de mediação familiar em andamento em várias comarcas do Estado.

Também na esfera da justiça restaurativa o RS inovou. O projeto foi implementado, em caráter experimental, no Juizado da Infância da Capital, em março de 2005. Segundo o Juiz Leoberto Brancher, ao invés do confronto, a nova proposta é de encontro entre o réu e a vítima para que todos possam expor suas emoções e, por meio da conversa, chegar a uma solução para o caso. Recentemente, foi realizado o 1º Curso de Capacitação em Justiça Restaurativa. A iniciativa é do Núcleo de Estudos em Justiça Restaurativa da Escola Superior da Magistratura da AJURIS, e integra os esforços do Projeto Justiça para o Século 21 para difundir e implementar práticas restaurativas na pacificação de situações de violência envolvendo crianças e adolescentes em Porto Alegre. A coordenação dos trabalhos está a cargo de Brancher, com apoio da Assessoria Técnica da 3ª Vara do Juizado da Infância e Juventude de Porto Alegre.

A quebra de um paradigma vigente também deu-se com o projeto que viabiliza a conciliação em ações de família na segunda instância ("Apelo a um Acordo"), funcionando em caráter experimental na 7ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça. Na maioria dos casos obteve-se acordo total, com a extinção do processo, ou parcial, permitindo o colhimento de informações adicionais e atualizadas para a decisão processual. Conforme a Desembargadora Maria Berenice Dias, Presidente da Câmara e coordenadora do projeto, o principal benefício é o de oferecer às partes mais uma oportunidade de encaminhamento consensual para a solução do conflito, além de reduzir o tempo de permanência do processo na segunda instância.

O próprio Tribunal de Justiça, em âmbito institucional, volta-se para a conciliação. Em recente discurso de saudação aos novos juízes, o Des. Vasco Della Giustina pontuou que hoje a Justiça do Terceiro Milênio tem um novo componente, qual seja, a conciliação. O TJRS promulgou o ATO Nº 47/2006-P, que dispõe sobre a adesão do Tribunal de Justiça e Comarcas ao Movimento Nacional pela Conciliação, capitaneado pelo Conselho Nacional de Justiça, o qual publicara a Recomendação nº 8, sugerindo aos tribunais a criação de comissões permanentes encarregadas das atividades de conciliação e do planejamento das campanhas locais do Movimento, com a fixação de um dia na semana com pauta exclusiva. Em 2006, no Dia Nacional de Conciliação - 8 de dezembro - , foram realizadas 84 mil audiências no País, obtendo-se 47 mil acordos, ou seja, êxito de cerca de 55%.

Em 2008, a experiência repetir-se-á. O Tribunal de Justiça do Estado vai realizar novamente o calendário do Dia da Conciliação. O projeto Conciliar é Legal RS, iniciado em maio passado, busca antecipar a conclusão de processos judiciais por meio de acordos entre os envolvidos na disputa. Queremos mudar o comportamento dos usuários da Justiça, do modelo conflitante para um modelo consensual - explicou o Juiz Corregedor Luciano Losekann. Sempre na terceira sexta-feira de cada mês, os envolvidos nos processos em tramitação são chamados a fazer um acordo e encerrar o litígio, podendo aceitar ou não o convite do juiz. Conforme Losekann, 2,5 mil processos já passaram pela conciliação no Estado, dos quais 37% terminaram em acordo. A média nacional é de 30% a 35%, observou o colega.

Uma iniciativa da Justiça gaúcha para socorrer os endividados também deve ser ampliada em 2008. O Projeto de Tratamento de Situações de Superendividamento vem sendo executado, desde maio, em Sapucaia do Sul e Charqueadas, buscando acordos que permitem aos devedores quitarem, pelo menos parcialmente, suas dívidas.

São considerados "superendividadas" as pessoas cujo salário não é suficiente para saldar as contas do mês. Elas devem procurar as varas dessas cidades e preencher um formulário que comprove sua situação, solicitando auxílio judicial para fazer um acordo com os credores.

O projeto de tratamento do superendividamento apresenta índice de conciliação significativo, pois atingiu até então o percentual de 81,5% (junho de 2007) em comparação com a média nacional inferior a 30%, segundo dados do Conselho Nacional de Justiça. No que diz com a adesão dos credores ao projeto, o comparecimento às audiências atingiu o percentual de 99%, embora todo o procedimento esteja amparado na voluntariedade das partes. A própria divulgação do projeto tem sido auxiliada por muitos credores aderentes por meio do encaminhamento dos devedores ao Foro, bem como da fixação de cartazes do projeto em seus estabelecimentos comerciais. Os primeiros resultados analisados revelam a adequação do modelo escolhido, que tem ênfase na reeducação, especialmente pelo contato direto entre o consumidor e seus credores na busca de solução conjunta. Esta postura proativa pode configurar o início de uma alteração do paradigma de que o consumidor é o único responsável pelo seu endividamento excessivo.

O dia da Conciliação (8/12), em Porto Alegre, por sua vez, teve índice bastante satisfatório. Das 118 audiências realizadas nos Juizados Especiais Cíveis (JECs) do Foro Central de Porto Alegre, no dia 8/12, foram obtidos 35 acordos. O percentual de aproximadamente 30% ficou acima da média de consensos obtidos nos JECs, que gira em torno de 25%. Para o Coordenador-Geral do Dia Nacional da Conciliação no Estado, Juiz de Direito Gustavo Alberto Gastal Diefenthäler, a data significou bem mais que a mensuração de índices. "As portas do Judiciário abertas no feriado em que se celebra o Dia da Justiça simbolizam um marco, uma quebra de cultura, uma tomada de consciência para a importância da conciliação", analisa.

Já um trabalho de mutirão realizado pela 6ª Vara da Fazenda Pública do Foro Central de Porto Alegre possibilitou a recuperação de R\$ 324.520,16 aos cofres do Estado. O valor é o resultado da conciliação obtida de 80% de 55 execuções fiscais movidas pela Fazenda Pública. As atividades se desenvolveram a 31/8. As audiências foram presididas pelos Juízes de Direito Cláudio Luís Martinewski e Gisele Anne Vieira de Azambuja. As demandas correspondiam, em sua maioria, a dívidas de empresas (pessoas jurídicas) relativas a ICMS. Os devedores firmaram os acordos com a Procuradoria-Geral do Estado (PGE).

"Eu não aceito isso, aprendi a me amar." A afirmação é de uma das vítimas que compareceram ao sétimo mutirão do Juizado da Violência Doméstica e Familiar

contra a Mulher. As audiências ocorreram a 18/7, no Foro Central de Porto Alegre. Do total de 147 processos criminais, 32 terminaram em conciliação e foram arquivados, 115 continuam em andamento, por opção ou porque a vítima não compareceu, sendo que dois foram encaminhados para o JECrim por não se caracterizarem como caso de violência doméstica. Além disso, foram expedidas 12 medidas protetivas (que determinam o afastamento ou a proibição de aproximação do réu).

O excelente curso de capacitação de conciliadores, relatado neste artigo, já frutificou. A partir de 3/9, a Comarca de Canoas passou a contar com o Centro Judicial de Conciliação. Trata-se de um projeto-piloto que objetiva viabilizar conciliações em questões que envolvem qualquer valor e mesmo antes da entrada formal da ação na Justiça. A iniciativa é uma contribuição do Rio Grande do Sul ao Movimento Nacional pela Conciliação do Conselho Nacional de Justiça. A proposta foi idealizada no âmbito da Comissão de Conciliação 1º Grau, coordenada pela Juíza-Corregedora Vera Lúcia Fritsch Feijó. A magistrada acredita que "o projeto reverterá em considerável economia de recursos materiais e de pessoal, na medida em que previne o ajuizamento de demandas e encurta o tempo de tramitação dos feitos no sistema judiciário". As instalações estarão dimensionadas para atender pedidos relacionados com situações de superendividamento, condomínios, consumidor (vícios de produto e serviços, propaganda enganosa, contas de água, luz e telefonia), contratos bancários e registros indevidos em cadastros de inadimplentes e as ações visando a obter indenizações por danos de qualquer natureza. O Centro atua de duas formas, recebendo as partes antes da judicialização do pedido e, caso o processo já tenha sido proposto em uma das Varas Cíveis de Canoas, viabilizando a realização de etapa buscando a conciliação. Canoas foi escolhida por contar com condições físicas no novo prédio que sedia o Foro. As Pretoras Gina Waleska Nicola de Sampaio e Patrícia Souza Silveira de Araújo formaram-se no Curso de Capacitação propiciado pelo CNJ. Segundo dados colhidos até 21/9/2007, o percentual de êxito de acordos chegava a quase 45%.

As experiências acima relatadas têm como fonte as notícias divulgadas no link "Notícias" da página do Tribunal de Justiça do RS na Internet. Trata-se de matérias realizadas pelos jornalistas Tania Bampi, João Batista Santafé Aguiar, Adriana Arend e Lizete Flores.

A Magistratura gaúcha tem inovado em matéria de viabilizar projetos que propiciam formas autocompositivas de resolução de conflitos, buscando a pacificação social e tentando extirpar a litigiosidade remanescente, própria do processo heterocompositivo. São passos importantes, que já estão trazendo satisfação ao jurisdicionado. O ponto é de não-retorno. Só resta avançar.

Ações Coletivas

Carlos Eduardo Richinitti
João Ricardo dos Santos Costa
Ricardo Pippi Schmidt
Roberto Behrensdorf Gomes da Silva
Rosane Wanner da Silva Bordasch
Volcir Antônio Casal
*Juízes de Direito**

Nos últimos anos, o crescimento das chamadas ações de massa tem levado a jurisdição a um caminho que corre rápido para a inviabilidade.

Não há como aceitar, todavia, que o Judiciário atue milhares de vezes – e não raro de forma conflitante – quando o litígio, embora atinja várias pessoas, é um só.

Já quase não como opção e sim por necessidade, impõe-se que todos os operadores do direito se conscientizem e construam uma nova forma de atuação, valorizando de vez as ações coletivas, as quais permitem ao Judiciário uma jurisdição ágil e racional, seja no enfoque jurídico seja no econômico, possibilitando que os recursos humanos e financeiros, cada vez mais escassos, sejam otimizados, principalmente nos litígios individuais, estes sim carecedores de uma atuação particularizada.

Qual a lógica de continuarmos repetindo, não raras as vezes apenas alterando o cabeçalho de uma sentença, dizendo-se milhares de vezes a mesma coisa a respeito de um assunto que poderia e deveria ser solucionado em uma só ação?

É o caso das ações de cobrança dos expurgos inflacionários das cadernetas de poupança. O direito em questão está consolidado nos Tribunais Superiores. Atraídos por notícias publicadas na imprensa, da noite para o dia, milhares de consumidores acorreram ao Judiciário, todos com processos individuais, cujo custo para o Estado de aproximadamente R\$ 400,00 cada – sendo que o objetivo final, muitas vezes, poderá nem sequer atingir este valor.

Algo precisava ser feito e parcela significativa dos juízes gaúchos, em posição arrojada, aproveitando-se do ajuizamento das ações coletivas na Comarca de Porto Alegre contra as instituições financeiras atuantes no Estado, suspendeu a tramitação das ações individuais. A Coordenadoria Cível de Porto Alegre, neste esteira, designou a comissão que esta subscreve, encarregando-a do estudo e gestão deste novo projeto.

Em sentenças inovadoras, várias das ações coletivas já foram julgadas – em prazo de tramitação aproximado de noventa dias -. Calcados no diversos princípios que norteiam este tipo de demanda, está sendo apresentada uma nova forma de atuação para os litígios de massa, onde, basicamente, o Judiciário analisa o litígio e mediante a conjugação a dispositivos de cunho mandamental, determina o cumprimento. Vale transcrever:

"Se outrora o juiz esgotava a jurisdição ao proferir a sentença, muitas vezes não atentando se a solução dada ao caso concreto teria condições ou não de ser levada a efeito, mais modernamente a doutrina e a jurisprudência se aperceberam que só dizer o direito não necessariamente e na maioria das vezes não satisfaz o jurisdicionado. A este importa receber o bem da vida que pretendia ao acionar o Judiciário, sendo por vezes

* Membros da Comissão de Juízes da Vice-Coordenadoria Cível de Porto Alegre para as ações de cobrança das cadernetas de poupança.

muito mais frustrante "ganhar e não levar" até do que perder a ação, dada a expectativa que foi criada. O certo é que a não-efetivação do julgado vem em desprestígio e descrédito do Poder Judiciário e, em última análise, do próprio Estado Democrático de Direito, levando as pessoas a pensarem na busca de seus interesses de forma privada, o que sempre é temerário.

Por tais razões, porque insuficiente apenas dizer o direito, reformas processuais vêm sendo concretizadas de molde a propiciar ao julgador, quando da prolação da sentença, já encaminhar a sua efetiva satisfação, tais como, por exemplo, as regras do art. 461 e art. 461-A do CPC e art. 84 do CDC.

No caso em apreço, cuidando-se de ação coletiva que ter por desiderato a tutela de direitos individuais homogêneos, com muita mais razão se justificam provimentos na sentença que permitam que os substituídos, individualmente, sejam resarcidos dos valores de que foram lesados. A condenação genérica, se não puder ser convertida em satisfação dos interesses dos poupadores, não se justificará."

Para a fiscalização e efetivação do julgado, foi nomeado um gestor, onde profissionais com conhecimento e atuação na área atuarão com o objetivo de concretizar o que foi determinado pelo Juiz prolator da decisão.

Em tendo o Judiciário examinado e declarado as questões relativas ao litígio, bem como determinado a forma de cumprimento, não há mais interesse de agir em relação a novas ações que tenham como objeto o que já foi julgado. Já em relação àquelas propostas anteriormente – e que foram suspensas –, valendo-se de sistemática padronizada e disponibilizada na rede via Internet, terão elas seu processamento, não mais através de uma custosa e desnecessária fase cognitiva, mas de liquidação provisória do que foi julgado nas ações coletivas (sem descurar da possibilidade, de, em liquidação por artigos, ser apurada a existência de relação contratual ou legitimidade ao pleito).

Como tudo o que é novo, esta quebra de paradigma naturalmente ensejará resistências – principalmente no que diga respeito à atuação dos operadores do direito. Isso, contudo, não impede a construção de soluções voltadas a suplantar o problema e afastar a inviabilidade que se aproxima, caso continuemos atuando individual e repetidamente em questões que podem e devem ser decididas em uma só.

Projeto Depoimento sem Dano*

José Antônio Daltoé Cesar
Juiz de Direito

Sumário : 1. Introdução. 2. Síntese do projeto. 3. Ouvir ou não ouvir a criança em juízo. 4. Principais inovações proporcionadas pelo projeto. 5. Evolução do projeto Depoimento Sem Dano no Brasil. 6. O Depoimento Sem Dano no direito comparado: 6.a. O modelo francês. 6.b. O modelo argentino. 6.c. O modelo sul-africano. 7. O Depoimento Sem Dano no ordenamento jurídico nacional. 8. Conclusão. Anexo.

01. Introdução

No momento em que no ano de 2007, especificamente no mês de maio, completou o **Projeto Depoimento Sem Dano** quatro anos de ininterrupta atividade no Rio Grande do Sul, estando por concluir as primeiras mil inquirições no mês de outubro, torna-se importante que algumas reflexões sobre o desenvolvimento dos trabalhos sejam realizadas, sempre com o escopo de corrigir as falhas que foram constatadas, e agregar novas técnicas e conceitos que permitam o seu aprimoramento.

Embora sejam várias as críticas apresentadas ao trabalho, verificar-se-á que o novo sistema de inquirição de crianças e adolescentes vítimas, em juízo, está pouco a pouco se consolidando, seja pela recente integração das atividades que ele envolve – ciências jurídicas, sociais e da saúde – ou pela constatação de que em vários países do mundo não se trata mais de uma novidade.

É visível na prática diária, o descortinamento acadêmico que essas mesmas atividades estão se sujeitando, no momento em que aceitam que diferentes saberes, agindo em conjunto, podem obter um resultado muito mais satisfatório do que aquele advindo de ações segmentadas e fracionadas, ainda que sejam forjadas com o mesmo objetivo.

02. Síntese do projeto

A primeira observação a ser realizada, quando o assunto tratado é a inquirição judicial de crianças e adolescentes vítimas de violências físicas e/ou psíquicas, é que embora tenha o Brasil assumido compromissos internacionais de atendê-las com absoluta prioridade, assim como criar mecanismos para respeitar o estágio de desenvolvimento em que se encontram, que não foram esses compromissos recepcionados pelos ordenamentos processuais penal e civil nacionais, eis que nesses inexiste sequer uma única regra que trate de forma diferenciada a inquirição dos adultos das crianças/adolescentes.

É sabido de todos os que atuam em processos nos quais esses depoimentos se tornam necessários, que essa tarefa não é fácil no meio forense, eis que a capacitação dos agentes que nele atuam – Juízes, promotores de Justiça e Advogados – para inquirirem crianças e adolescentes traumatizados, que que sempre se mostra inexistente e insuficiente, terminando por revitimizar as pessoas abusadas.

Também os espaços físicos das salas de audiência não são projetados para deixarem crianças e adolescentes, vítimas de violências, tranqüilos, à vontade para falarem dos fatos ocorridos, das suas tristezas e dos seus sofrimentos, das suas queixas, pois a par de serem informais e frios, pois são projetados de maneira a criar uma subserviência entre a autoridade estatal e a testemunha, também trazem em seu interior diversas pessoas que necessitam participar daquele ato, todas elas estranhas e quase que sempre inamistosas à figura do depoente.

A forma como as audiências rotineiramente se realizam determina, na maior parte dos casos, que crianças e adolescentes nada falem, muitas vezes chorem e fiquem emocionalmente impedidas de apresentarem um relato minimamente lógico (dentro das condições pessoais do depoente) e aceitável, fiquem tensas e amedrontadas,

* Menção Honrosa no Prêmio Innovare em 2006, categoria Tribunal. O prêmio é instituído pelo Ministério da Justiça, AMB, CONAMP, ANADEP e Fundação Getúlio Vargas.

circunstâncias essas que inviabilizam a responsabilização do abusador, ante a fragilidade da prova produzida.

Essas observações ensejam que se questione a abordagem judicial que vem sendo realizada, para que se concluindo pela sua precariedade, sejam buscadas soluções dentro da ordem constitucional, com obediência ao contraditório e ampla defesa, de melhor inquirir crianças e adolescentes vítimas de violência, evitando assim que lhes sejam causados danos psíquicos, bem como consigam emprestar qualidade aos fatos narrados em seus depoimentos, permitindo dessa forma que também se responsabilize o agressor.

Através da nova forma de inquirição – *Depoimento Sem Dano* – quando dos depoimentos judiciais das vítimas de violência, inicia-se por retirá-las do ambiente formal da sala de audiências, transferindo-as para uma sala especialmente projetada para tal fim, devendo esta estar ligada, por vídeo e áudio, ao local onde se encontram o Magistrado, Promotor de Justiça, Advogado, réu e servidores da justiça, os quais também podem interargir durante o depoimento.

Dessa forma, realizam-se os depoimentos de forma mais tranquila e profissional, em ambiente mais receptivo, com a intervenção de técnicos previamente preparados para tal tarefa, evitando-se, assim, não só perguntas impertinentes e desconectadas do objeto do processo, mas principalmente que não respeitem as condições pessoais do depoente.

Após o depoimento, que é gravado na memória de um computador, sua íntegra, além de ser degravada e juntada aos autos, é copiada em um disco e juntada na contracapa do processo, assim viabilizando que não só as partes e Magistrado possam revê-lo a qualquer tempo, afastando eventuais dúvidas que possuam, bem como que os julgadores de eventuais recursos possam ter acesso às emoções presentes nas declarações, as quais nunca são passíveis de serem transferidas para o papel.

03. Ouvir ou não ouvir a criança em juízo?

Questão recorrente no meio jurídico, advém do questionamento se é realmente necessária a inquirição, escuta ou ouvida da criança em juízo, considerando-se que com novos e sucessivos relatos poderá ela sofrer novos danos, e se o ordenamento jurídico não oferece outras formas de obter-se a prova do abuso que não seja pelo seu relato.

Nesse sentido, é manifestação apresentada por Margareth Silveira Campos e Mazlôwa Maris Heck¹:

*"Que o depoimento judicial, mesmo o hoje, considerado **sem dano**, possa ser substituído pelo laudo psicológico que 'tenha por objetivo evitar a revitimização da criança pelo uso 'de técnicas especiais. Este laudo, elaborado por 'profissionais especializados nesta área, necessita ser claro 'e preciso o suficiente, para que possa ser entendido pelos 'juízes, e ter validade como prova. Em geral, as vítimas, pelo 'efeito do trauma, não conseguem falar explicitamente sobre 'o abuso. Assim, técnicas de testes psicológicos, avaliação 'através do brinquedo e atividades gráficas podem 'esclarecer e provar a existência do abuso".*

Em relação a esta dúvida, impõe-se em um primeiro momento seja relembrada a grande modificação advinda da edição do Estatuto da Criança e do Adolescente, em 1.990, que em substituição ao antigo Código de Menores (1.979/1990), transformou a criança de objeto de direito em sujeito de direito².

Pela legislação anterior, apenas parcela da população deveria ser alvo da proteção estatal – menores em situação de risco – cumprindo ao então *Juiz de Menores*, na maior parte das vezes esclarecer como isso ocorreria, estabelecendo planos e ações que conforme seu entendimento fossem mais adequados, eis que os dispositivos legais não elencavam, de forma concreta, como essa ação deveria ocorrer.

O Estatuto da Criança e do Adolescente, e antes já a Constituição Federal de 1.988, retirando o critério discricionário da autoridade judicial da proteção ao *menor*, trouxe ao ordenamento jurídico a doutrina da proteção integral, elencando ela, a legislação, e não mais o *Juiz de Menores*, como e de que forma os direitos de *todas* crianças e adolescentes devem ser observados, com o que os critérios de ação, tanto na esfera pública e privada, passaram a ser objetivos e não mais subjetivos.

Em suma, a proteção integral da criança e do adolescente, assim como aquilo que é de seu melhor interesse, deixaram então de ser conceitos individuais, para transformarem-se em conceitos amplos e gerais, que estejam previamente estabelecidos nas normas legais atinentes à matéria.

Feitas essas considerações, há de se atentar para o que estabelece o artigo 12 da Convenção International sobre os Direitos da Criança, ratificada pelo Brasil e

1 – Campos, Margareth Silveira e Heck, Mazlôwa Maris, Multijuris, Primeiro Grau em Ação, Porto Alegre, Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, 2006, p. 38.

2 – Cezar, José Antônio Daltoé - Organizadores Antônio Carlos de Oliveira e Nair Cristina Fernandes, Violências contra crianças e adolescentes, redes de proteção e responsabilização, Rio de Janeiro, 2007, Nova Pesquisa e Assessoria em Educação, p. 57-58.

incorporada ao seu direito interno através do Decreto Legislativo nº 28:

1. Os estados Partes garantem à criança com capacidade de discernimento o direito de exprimir livremente a sua opinião sobre as questões que lhes respeitem, sendo devidamente tomadas em consideração as opiniões da criança, de acordo com a sua idade e maturidade. 2. Para esse fim, é assegurada à criança a oportunidade de ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhes respeitem, seja diretamente, seja através de representante ou organismo adequado, segundo as modalidades previstas pelas regras de processo da legislação nacional.

Vê-se, assim, que ouvir a criança nos processos que lhes digam respeito, não se trata de mera faculdade da autoridade judiciária, ou prerrogativa do acusado de abuso na produção da prova, mas de um **direito** dessa mesma criança, que está expressamente estabelecido no ordenamento jurídico, e que deverá, verificada a sua condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, ser realizada de forma profissional e acolhedora, sem que se transforme esse mesmo direito em prejuízo para ela.

A escuta da criança nos processos que lhe dizem respeito, mais do que um direito que ordenamento jurídico lhe assegura, trata-se de uma atitude que procura valorizá-la como pessoa, evidencia a importância que lhe está sendo dirigida, sendo, nesse sentido, exemplar a lição de FURNISS³, que afirma que **não se protege a criança deixando de escutá-la**:

Ao fazermos isso nós negamos a própria experiência da criança, e ao negar e rejeitar a experiência de abuso sexual sofrido pela criança, nós rejeitamos a própria criança. O que a criança sente é que o adulto não quer ouvir sobre sua experiência, da mesma maneira como as pessoas não queriam acreditar no abuso ou saber dele antes.

No mesmo sentido é a lição de DOBKE⁴:

A atitude do inquiridor em dispensar o relato da vítima demonstra, inequivocamente, um bem-intencionado senso de proteção. Mas essa medida, aparentemente protetora, de não falar sobre a experiência sobre o abuso sexual, freqüentemente transmite uma mensagem muito diferente para a criança. Ao assim agir, está o inquiridor negando a experiência da vítima e, com isso, a própria criança, o que é por ela percebido. E, ao deixar de examinar a experiência, por razões protetoras, os operadores do direito reforçam a experiência do abuso como síndrome do segredo.

04. Principais inovações proporcionadas pelo projeto

Sem desconsiderar que o *Projeto Depoimento Sem Dano* encontra-se ainda em fase de construção, e que com o desenvolvimento dos trabalhos muitos aprimoramentos certamente serão a ele incorporados, entidades como a ABMP-ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DOS MIGISTRADOS E PROMOTORES DA INFÂNCIA E DA JUVENTUDE, AJURIS-ASSOCIAÇÃO DOS JUÍZES DO RIO GRANDE DO SUL, AMPRGS-ASSOCIAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RIO GRANDE DO SUL, CONSIJ-CONSELHO DE SUPERVISÃO DOS JUÍZES DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL-CONSIJ, SEDH-SECRETARIA ESPECIAL DOS DIREITOS HUMANOS, vinculada à Presidência da República, CONANDA-CONSELHO NACIONAL DOS DIREITOS DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE e SOCIEDADE DE PSIQUIATRIA DO RIO GRANDE SUL, entre outras, manifestaram apoio ao Projeto de Lei nº 35/2007, que contempla a sua prática, e já aprovado pela Câmara Federal, atualmente tramitando no Senado da República, por entenderem que se destaca entre outros méritos pelos seguintes:

- a) tendo em vista que é um direito da criança ser ouvida nos processos judiciais e administrativos que lhe respeitem, e não mera prerrogativa da autoridade judiciária, conforme já analisado, se propõe a atualizar o ordenamento jurídico nacional, que em momento algum, até esta data, cuidou de contextualizar as determinações contidas no artigo 227 da Constituição Federal;
- b) com a efetiva melhoria na qualidade da prova produzida, cria melhores condições para a responsabilização preconizada no artigo 227, § 4º, também da Constituição Federal;
- c) documenta visualmente os gestos e expressões faciais que acompanham os enunciados verbais das crianças;
- d) registro visual e verbal que pode ser revisto muito tempo depois, inclusive pelos julgadores de eventuais recursos;
- e) redução de entrevistas por parte de outros profissionais;
- f) forma de capacitação contínua para os entrevistadores;
- g) evita que a criança presencie debates, algumas vezes contundentes, entre os operadores do direito que permanecem na sala de audiências;
- h) evita que a criança ouça perguntas impertinentes e despropositadas feitas pelas partes;

3 – Furniss, Tilman. Abuso sexual da criança, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre, Artes Médicas, 1993, p. 20.

4 – Dobke, Veleda. Abuso sexual: a inquirição das crianças, uma abordagem interdisciplinar. Porto Alegre, Ricardo Lenz Editor, 2001, p. 61.

i) impede o contato com a pessoa acusada do delito;
j) inova permitindo a produção antecipada de prova no processo penal, que em sendo produzida em tempo mais próximo do fato investigado, evita que a perda de memória não advenha em detrimento da apuração da verdade real;

I) inibe a revitimização da criança, com sucessivas inquirições sobre o mesmo fato, nos âmbitos criminal, cível e administrativo, realizadas sempre por profissionais diferentes;

m) é um produto de 35 anos de luta para reconhecer o sofrimento das crianças abusadas e maltratadas.

05. Evolução do projeto Depoimento Sem Dano no Brasil

Iniciado no mês de maio de 2003, em Porto Alegre, o Projeto Depoimento Sem Dano encontra-se hoje instalado em onze comarcas do interior do Estado – Uruguaiana, Santo Ângelo, Caxias do Sul, Santa Maria, Pelotas, Santa Cruz do Sul, Novo Hamburgo, Osório, Passo Fundo, Canoas e Vacaria – tendo completado, no mês de outubro de 2007, as suas mil primeiras inquirições, sendo que três quartas partes dessas feitas na Capital, que há mais de quatro anos as realiza, e uma quarta parte no interior, que possui equipamentos e técnicos capacitados desde o segundo semestre de 2006.

Ainda no segundo semestre de 2007 outras duas comarcas serão atendidas pelos serviços – Erechim e Bagé – sendo os recursos para compra dos equipamentos e capacitação dos técnicos oriundos de convênio firmado pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul e a Secretaria Especial de Direitos Humanos ligada à Presidência da República em dezembro de 2006.

No Brasil, fora do Estado do Rio Grande do Sul, a primeira sala de inquirição nos moldes do projeto foi inaugurada no início do segundo semestre de 2007 na cidade de Goiânia-GO, tendo ainda sido inauguradas desde então outras em Cuiabá-MT, Porto Velho-RO e Rio Branco-AC.

Há previsão de que até o final de 2007 os serviços também estejam implantados em Natal-RN e Serra-ES.

06. O Depoimento Sem Dano no direito comparado

Embora a prática proposta pelo projeto Depoimento Sem Dano seja relativamente nova no Brasil, modelos similares encontram-se sendo desenvolvidos há mais tempo em diversos países, alguns inclusive já tendo sido incorporados às suas respectivas legislações.

06.a. O modelo francês

A lei de 17 de junho de 1998, relativa à prevenção e à repressão de infrações sexuais, e também à

proteção aos menores, anuncia um certo número de disposições relativas a situação dos menores vítimas: a gravação audiovisual da audiência de um menor vítima no momento da entrevista é obrigatória com o acordo do menor e seu representante. Os custos das perícias médico-psicológicas e seus cuidados necessários à criança vítima são de inteira responsabilidade da previdência social.

Quando as agressões sexuais são cometidas por um francês contra um menor fora da França ou por uma pessoa residente no território francês, a lei francesa será aplicada. Esse artigo permite que a justiça persiga o autor das infrações sexuais além das fronteiras nacionais a fim de punir o turismo sexual.

O prazo de prescrição da ação pública dos delitos cometidos contra os menores previstos e reprimidos pelos artigos 222-9, 222-11 a 222-15, 222-27 a 222-30, 225-7, 227-22 e 227-25 a 227-27 do Código Penal começam a contar a partir da maioridade destes últimos.

Durante a entrevista, se o Procurador da República ou o Juiz de instrução decidir não proceder à gravação, essa decisão deverá estar fundamentada.

O Procurador da República, o Juiz de Instrução ou o Oficial da Polícia Judicial encarregado da enquete pode requerer a qualquer pessoa qualificada para proceder a gravação. Esta pessoa deve se ater ao segredo profissional, e cópia do registro será colocada em um dossiê. O registro original será guardado sob lacre. Sobre a decisão do Juiz de Instrução, a gravação pode ser vista ou escutada durante o processo pelas partes, os advogados ou os peritos, na presença do Juiz de instrução ou do Escrivão.

No prazo de 5 anos, contados da data da extinção da ação pública, a gravação e sua cópia serão destruídas, após o prazo de um mês.

06.b. O modelo argentino

Através da Lei registrada sob o nº 25.852, promulgada pelo Congresso Nacional da Argentina em 04 de dezembro de 2003, e sancionada em 06 de janeiro de 2004, diferentemente do modelo francês, que torna preferencial, mas não obrigatório, a inquirição através de profissionais capacitados e com gravação de vídeo e som, o modelo argentino incluiu em sua ordenação processual penal a obrigatoriedade de tal prática quando a vítima ainda tenha tenha completado dezenas de anos de idade.

O Código Processual Penal Argentino, que pela citada lei teve em si incorporado o artigo 250 bis (Anexo A), proíbe expressamente, qualquer que seja a hipótese, que as vítimas de abuso sexual até os dezenas de anos incompletos sejam interrogados de forma direta pelo tribunal ou pelas partes, devendo também, obrigatoriamente,

ser a facilitação do depoimento ser realizada por psicólogo especializado em crianças e adolescentes.

06.c. O modelo sul-africano

Entre os modelos que procuram evitar danos para crianças-testemunhas em casos judiciais de abuso (sexual), e que tive a oportunidade de conhecer e estudar, creio que a África do Sul marcou a história do direito internacional (e dos direitos humanos), ao incorporar ao seu ordenamento jurídico o Decreto 135 de Emenda à Lei Criminal, de 1.991, o qual prevê a designação de um intermediário para proteger as crianças em casos de abuso sexual que necessitem os seus depoimentos judiciais⁵.

Sucintamente, este o modelo pioneiro implementado pela nação sul-africana, segundo Coughlan& Jarman⁶:

"Na África do Sul, um sistema de intermediação vem 'tentando reduzir o trauma e o abuso secundário freqüentemente experimentado por crianças-testemunhas 'em casos judiciais de abuso (sexual). Ao se separar a 'criança da sala formal do tribunal e permitir que um 'intermediador transmita as perguntas e as respostas da 'criança por meio de um sistema fechado de televisão, 'esperava-se reduzir os estresse que essa experiência gera 'nas crianças, e ao mesmo tempo o direito de preservar os 'direitos do acusado de interrogar testemunhas e ter um 'julgamento justo (...). Proteger os direitos da criança é um 'princípio universalmente aceito, que influencia tanto o 'desenvolvimento de políticas quanto de práticas. Nas 'situações em que ocorre a violação destes direitos – como 'no abuso sexual – é importante que a reação das 'instituições da sociedade (como a justiça e o Estado de 'Bem-Estar) se volte não apenas para proteger as crianças 'de outros abusos de seus direitos, mas também para uma 'atitude ativa de reparar algumas das violações ocorridas. 'Portanto, é essencial que, quando possível, as crianças que 'deponham em casos criminais de abuso sexual sejam 'protegidas contra danos adicionais. O sistema de 'intermediação para crianças-testemunhas é um desses 'esforços".

07. O Depoimento Sem Dano no ordenamento jurídico nacional

Como referido anteriormente, os ordenamento processuais penal e civil brasileiros, em sendo anteriores

à Constituição Federal, à Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança e ao Estatuto da Criança e do Adolescente, não recepcionam, em momento algum, critérios diferenciadores de inquirição para crianças e adolescentes dos adultos, a par de existir comando normativo expresso de que sempre deva ser observada a *condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento* (ECA, art. 6º).

Não havendo previsão legal de que a tomada de depoimento de criança seja obrigatoriamente através de um técnico capacitado para tal tarefa (modelo argentino), ou mesmo preferencialmente (modelo francês), as comarcas onde já se encontra o projeto *Depoimento Sem Dano* instalado necessitam da anuência de todas as partes envolvidas no processo para que possa ele ser validado como prova judicial.

Com o escopo de equacionar a apontada omissão legislativa, tramita no Senado da República o projeto de lei nº 35/2007, já aprovado por unanimidade na Câmara dos Deputados (PL nº 4126/2004).

08. Conclusão

Conforme Coughlan e Jarman⁷ apontam na obra que analisa o modelo sul-africano, a compatibilização do novo modelo com o sistema jurídico não é tarefa fácil, entre outras razões porque sempre ocorre um embate entre a preservação dos direitos do acusado e a necessidade de evitar abuso adicional da criança. Também se faz presente o permanente questionamento da capacidade da criança entender conceitos de verdade conforme os adultos os definem, se um processo bem-sucedido compensa o trauma a que ele submete a criança, e se os trâmites judiciais não poderiam ser alterados, de forma que os depoimentos não ocorressem anos após os fatos, o que não é incomum.

As dificuldades enfrentadas pelo modelo sul-africano podem perfeitamente serem transferidas para o Brasil, pois não só elas também se fazem presentes nos trabalhos daqueles que já utilizam a nova metodologia, como outras também se fazem presentes, como a falta de uma prática referencial anterior, em que um profissional capacitado pudesse emprestar seu conhecimento para a tomada de um depoimento infantil, sem que a autoridade judiciária se visse afastada da presidência da audiência.

5 – Jonker, Gert e Swanzen, Rika, Serviços de Intermediação Para Crianças-Testemunhas Que Depõem em Tribunais Criminais da África do Sul, Revista Internacional de Direitos Humanos, nº 6, edição em português, p. 95 a 168, disponível na internet em www.surjournal.org.

6 – Coughlan & r. Jarman, "Can the intermediary system work for child victims of sexual abuse?", Families in Society, vol. 83, edição 5/6 Nova York, Alliance for Children & Family, set-dez 2002, p. 541.

7 – Coughlan & r. Jarman, "Can the intermediary system work for child victims of sexual abuse?", Families in Society, vol. 83, edição 5/6 Nova York, Alliance for Children & Family, set-dez 2002, p. 544-545.

A verdade é que a prática processual atualmente utilizada é, além de ineficiente, desatualizada e ultrapassada, impondo-se que novos modelos, mais humanos, sejam procurados e desenvolvidos, para que os direitos universalmente reconhecidos às crianças sejam realmente colocados em prática.

Anexo
Código Processual Penal da Nação Argentina

Modificação promulgada em 04.12.2003 e sancionada em 06.1.2004

O Senado e a Câmara de Deputados da Nação Argentina, reunidos no Congresso, sancionam com força de lei:

Artigo 1º - Incorporar no Livro II, Título III, Capítulo IV do Código Processual Penal da Ação, o Artigo 250 bis, que ficará redigido nos seguintes termos:

Quando se tratar de vítimas dos delitos tipificados no Código Penal, Livro II, Título I, Capítulo II e Título III, que até a data em que é requerida sua presença não tenham cumprido 16 anos de idade, adotar-se-á o seguinte procedimento:

a) Os menores aludidos serão entrevistados apenas por um psicólogo especializado em crianças e adolescentes designado pelo tribunal que ordena a medida, não podendo, em caso nenhum, ser interrogados de forma direta pelo dito tribunal ou pelas partes.

b) O ato se realizará em um gabinete acondicionado com todos os elementos adequados à idade e à etapa evolutiva do menor.

c) Dentro do prazo determinado pelo tribunal, o profissional atuante entregará um informe detalhado das conclusões a que chegou.

d) A pedido das partes ou se o tribunal assim determinar, a entrevista poderá ser acompanhada de fora do recinto, através de vidro espelhado, microfone, equipamento de vídeo ou qualquer outro meio técnico à disposição. Nesse caso, antes da iniciação do ato, o tribunal fará saber ao profissional encarregado da entrevista as inquietudes apresentadas pelas partes, assim como as que surgirem no transcurso do ato, as quais serão encaminhadas tendo em consideração as características do ato e o estado emocional do menor.

Quando se tratar de atos de reconhecimento de lugares e/ou objetos, o menor será acompanhado pelo profissional designado, não podendo, em caso algum, estar presente o imputado.

Artigo 2º - Incorporar ao Livro II, Título III, Capítulo IV do Código Processual Penal da Nação o artigo 250 ter, que ficará redigido nos seguintes termos:

Quando se tratar de vítimas previstas no artigo 250 bis, que na data do seu comparecimento tenham cumprido 16 anos e não tenham cumprido 18 anos, o tribunal, antes do recebimento do testemunho, requererá informe do especialista a respeito da existência de risco para a saúde psicofísica do menor em caso se comparecer aos estrados. Em caso afirmativo, proceder-se-á de acordo com o disposto no artigo 250 bis.

Artigo 3º - Comunicar ao Poder Executivo.

Lei registrada sob o nº 25.852.

Alguns comentários sobre o Projeto Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher

Jane Maria Köhler Vidal
Juíza de Direito

Em 12 de dezembro de 2006 foi instalado, no Foro Central em Porto Alegre, o Projeto Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher¹, para atender toda a demanda da capital relativa à Lei 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha². Desde lá, já ingressaram em juízo mais de 4.000 pedidos nos quais são postuladas as medidas protetivas de urgência³, além de veicular a representação criminal contra o/a agressor/a. Esse número expressivo de requerimentos, num curto espaço de tempo, revela que a lei veio a bom tempo, oportunizando de forma mais efetiva a solução desse tipo de problema social tão complexo que acaba por desaguar na rede do Judiciário.

A Lei 11.340/2006 prevê que, enquanto não instalados os juizados da violência doméstica e familiar contra a mulher, as causas relativas à Lei tramitarão perante as varas criminais da Comarca⁴. Assim, o Projeto, obedecendo à regra legal, está afeto a todas as varas criminais da Capital, ou seja, os feitos são distribuídos para as varas criminais, que os encaminham para o Projeto, no qual atuam um Juiz e servidores. Este Projeto atua nos moldes de um futuro Juizado, com algumas carências a serem supridas com a criação da vara especializada.

1 – As Resoluções 562/2006 e 571/2006 do Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dispõem sobre competência e procedimentos dos feitos relativos à Lei 11.340/2006 no Estado do Rio Grande do Sul.

2 – A lei 11.340/2006 foi denominada Lei Maria da Penha em homenagem a uma mulher chamada Maria da Penha Maia Fernandes, considerada símbolo nacional na luta contra a violência doméstica. Maria da Penha, hoje com 61 anos, é uma sobrevivente. Em 1983, seu marido tentou assassiná-la em duas oportunidades: na primeira vez, com arma de fogo e, na segunda, por eletrococção e afogamento. As tentativas de homicídio, porém, deixaram sequelas irreversíveis: Penha está paraplégica e o ex-marido, solto, cumprindo pena em regime semi-aberto. O caso marcou época e fez com que o presidente Lula, atendendo a sugestões do Cladem (Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher), resolvesse batizar a nova lei contra a violência doméstica como Lei Maria da Penha. Esse episódio pode ser conhecido no livro publicado por ela: *Sobrevivi... posso contar*. FERNANDES, Maria da Penha Maia. Fortaleza : 1994.

3 – Artigo 22 da Lei 11.340/2006, *verbis*: "Constatada a prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos desta Lei, o juiz poderá aplicar, de imediato, ao agressor, em conjunto ou separadamente, as seguintes medidas protetivas de urgência, entre outras: I - suspensão da posse ou restrição do porte de armas, com comunicação ao órgão competente, nos termos da Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003; II - afastamento do lar, domicílio ou local de convivência com a ofendida; III - proibição de determinadas condutas, entre as quais:a) aproximação da ofendida, de seus familiares e das testemunhas, fixando o limite mínimo de distância entre estes e o agressor;b) contato com a ofendida, seus familiares e testemunhas por qualquer meio de comunicação;c) freqüentação de determinados lugares a fim de preservar a integridade física e psicológica da ofendida; IV - restrição ou suspensão de visitas aos dependentes menores, ouvida a equipe de atendimento multidisciplinar ou serviço similar; V - prestação de alimentos provisionais ou provisórios".

4 – Art. 33 da Lei 11.340/2006, *verbis*: "Enquanto não estruturados os Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher, as varas criminais acumularão as competências cível e criminal para conhecer e julgar as causas decorrentes da prática de violência doméstica e familiar contra a mulher, observadas as previsões do Título IV desta Lei, subsidiada pela legislação processual pertinente. Parágrafo único. Será garantido o direito de preferência, nas varas criminais, para o processo e o julgamento das causas referidas no caput".

Esse Projeto⁵, cumprindo as regras da legislação, está desempenhando um relevante papel social e jurídico na erradicação da violência contra a mulher e, consequentemente, contra a família, pois, apenas para lembrar, nenhum ser humano vem à luz do mundo senão não através da barriga de uma mulher, sendo ela parte integrante e vital naquilo que chamamos de primeira céluila da sociedade: a família.

Com isso, passado o susto inicial – pois tudo que é novo assusta, traz o medo da mudança e é mais cômodo permanecer como está, pois mudanças incomodam -, é preciso algumas reflexões sobre esse novo diploma legal.

Primeiramente cumpre dizer que esse diploma legal, que trata do conflito de violência doméstica e familiar contra mulher, veio atender às diretrizes impostas ao Estado Brasileiro pela Convenção sobre Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres – a Convenção CEDAW da ONU, ratificada pelo Brasil em 1984, e pela Recomendação Geral 19, de 1992, que reconhecem a natureza particular da violência dirigida contra a mulher, porque a afeta desproporcionalmente⁶. A omissão legislativa quanto ao tema existente até então, afrontava a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher – a “Convenção de Belém do Pará” – ratificada pelo Brasil em 1995.

Essa Lei, em pleno séc. XXI, ainda é necessária porque o discurso da igualdade de gêneros, feminino e masculino, que está associado à cidadania, ainda é apenas uma palavra de ordem. Os dados estatísticos comprovam a violação de direitos, a discriminação entre homens e mulheres, e revelam que, mesmo com alguma legislação de proteção à igualdade de gênero, falta implementação das instituições do Estado para dar efetividade à norma reparadora dessa desigualdade existente na sociedade.

A Constituição Federal Brasileira, em seu artigo 5º, consagra a igualdade entre homens e mulheres. Entretanto, essa igualdade ainda é apenas formal, uma palavra da Lei. Mas há uma distância entre o fato e o Direito. Na realidade, de fato, não há tal igualização.

Ocorre que os princípios geradores do “apartheid feminino” são de ordem cultural, decorrentes da chamada questão de gênero e transcendem ao campo normativo.

Com a revolução da mulher, que segundo Norberto Bobbio⁷, filósofo italiano, foi a mais importante do séc. XX, a feminilidade e a sexualidade passaram a ser vistas independentemente do espaço doméstico. A mulher passou a dividir com o homem os espaços. Dividir, não excluir. Dividir espaços na busca da sonhada igualdade. Mas isso não foi o suficiente para alcançar a igualdade entre eles. E por isso, ainda nessa busca, a nossa Carta da República reclama pela adoção de mecanismos capazes de assegurar, com efetividade, essa garantia.

Assim, nesse viés, foi promulgada a Lei 11.340, de 07 de agosto de 2006, que entrou em vigor em 22 de setembro de 2006 e foi batizada de Lei Maria da Penha, representando uma ação afirmativa do Estado, uma política pública de proteção da mulher. Essa lei representa uma ação afirmativa do Estado naquilo que lhe é dever proteger.

E o que é uma ação afirmativa? É um benefício legislativo para aqueles que estão em situações desiguais. Através dela o Estado busca promover a igualdade material de oportunidades por meio de políticas públicas nela determinadas, atentando para as especificidades desse grupo menos favorecido, compensando, desse modo, as eventuais desigualdades de fato decorrentes do processo histórico e da sedimentação cultural.

Nossa sociedade ainda é machista, discrimina a mulher, tornando-a, muitas vezes, parte hipossuficiente, especialmente nas relações sócio-afetivas. Para amenizar essa hipossuficiência, veio a Lei Maria da Penha. Assim como temos o ECA, o Estatuto do Idoso, o Código de Defesa do Consumidor, temos agora a lei que trata da violência doméstica ou familiar contra a mulher.

A realidade trazida pelas estatísticas nos mostra a necessidade de instrumentos normativos para diluir a desigualdade dos gêneros, especialmente nos efeitos

5 – Como Juíza de Direito designada para esse Projeto, ainda que tenha críticas à Lei, a experiência nessa jurisdição tem-me demonstrado que essa legislação era e é necessária para a erradicação da violência contra a mulher e, como dito, contra a família, que veio a bom tempo e é mais um passo no sentido de uma sociedade mais democrática e igualitária.

6 – Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela. PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Silvia. Artigo veiculado pela Internet, 22.10.2007.

7 – Norberto BOBBIO, em seu livro "A Era dos Direitos" (Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992), afirma que o movimento feminino foi a mais silenciosa e consequente revolução do século XX.

negativos que ela provoca dentro dos lares, de inferiorização da mulher, banalização da violência praticada contra ela e impunidade do agressor. Lamentavelmente, além de as mulheres terem, em alguns casos, um salário menor do que o dos homens, embora em atividades semelhantes, e de participarem menos do mercado de trabalho - o que está mudando paulatinamente-, nos lares, são muitíssimas vezes mais agredidas do que os homens⁸.

A violência contra a mulher, na maciça maioria das vezes, acontece nos lares, no ambiente doméstico e familiar, onde ela ainda está mais fragilizada, com menor possibilidade de defesa. E violência não apenas física, mas psicológica⁹ também. E isso é fruto de uma cultura patriarcal de que a mulher é objeto do homem e de que agredí-la não é fato grave. Assim, as mulheres são educados, mesmo que de forma inconsciente pelo educadores, a tolerar e a suportar diversas formas de agressões, a acreditar que o homem é superior e outras barbaridades. Diga-se de passagem que essa educação, por óbvio, também alcança os homens.

Segundo pesquisas já realizadas¹⁰, no Brasil, a cada 15 segundos, uma mulher é vítima de violência no ambiente privado. Tratando-se de violência doméstica, a vítima é a mulher, em proporção gigantesca em relação ao homem. Este, quando vítima de violência, verifica-se que ela ocorre fora dos lares.

Então, esses dados assustadores¹¹ relativos à violência contra mulheres, nos leva a reconhecer a gravidade

que o fenômeno representa, tornando-se questão de saúde pública, e a proclamar a necessidade de efetivação de políticas públicas para a minimização/erradicação desse problema social. O problema sai da esfera privada - baindo-se o ditado "*em briga de marido e mulher não se mete a colher*" - e entra na esfera pública (se for preciso, se o poder público for chamado, ele meterá a colher), deixando de ser uma questão individual e passando a ser uma questão coletiva, de interesse público, de saúde pública. O Governo e os Poderes do Estado, juntamente com a sociedade civil organizada, devem fazer as mudanças necessárias para o reconhecimento público de que o mal da violência doméstica ou familiar contra a mulher é uma questão social e assumir o compromisso efetivo de combatê-lo.

Daí porque a necessidade, ainda nesse momento histórico do Brasil, de que se promulgue uma Lei direcionada à mulher, para combater essa forma de violência silenciosa que atinge tantas mulheres e, portanto, tantas famílias brasileiras. Urge que se corte o círculo vicioso da violência doméstica ou familiar, pois os resultados obtidos com isso irão além do lar dos envolvidos. Famílias bem formadas produzirão uma sociedade mais igualitária, solidária, fraterna e menos violenta. E para se cortar o ciclo da violência no Brasil, nesse contexto histórico-cultural, temos que proteger a mulher.

Nunca é demais lembrar que estudos das áreas médica e psicológica demonstram que as crianças são uma espécie de "carboninho", copiam tudo que vivenciam.

8 – Como disse Maria Bernice DIAS: " as raras conquistas, os pequenos avanços, no entanto, têm levado a uma verdadeira acomodação. As mulheres se dão por satisfeitas, tentando se convencer de que, diante da igualdade constitucionalmente consagrada, nenhuma diferença persiste... Mas é no âmbito da família que a submissão é mais visível. A mulher é a grande vítima de violência doméstica. É o crime cometido com mais frequência , é o menos denunciado e normalmente não é punido". DIAS, Maria Berenice, Conversando sobre a mulher e seus direitos. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, RS, 2004, p. 42.

9 – A Lei 11.340/2006 prevê várias formas de violência doméstica e familiar . Art. 7º: São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras: I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal; II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação; III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos; IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades; V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

10 – Segundo o Fundo de Desenvolvimento das Nações Unidas para Mulher - UNIFEM -, a cada 15 segundos uma mulher é espancada por um homem no Brasil e, em cada dez mulheres, sete são vítimas de seus companheiros.

11 – A exemplo, dados provenientes de registros policiais, divulgados pelo Observatório da Violência Contra a Mulher - SOS Corpo, revelam que de janeiro a junho de 2006, 170 mulheres foram assassinadas em Pernambuco; já, no Distrito Federal, ocorrências dessa natureza ficam na ordem de 1 assassinato a cada dois dias, o que corresponde a 90 mortes no mesmo período de seis meses (Correio Brasiliense, 23/07/06).

Ou seja, se vivenciam violência, internalizam violência, reproduzem violência, de uma forma ou de outra¹². Portanto, temos que nos preocupar com o bem-estar da família, de onde resultam as personalidades bem ou mal formadas. Temos que mudar essa cultura machista, de violência e desigualdade, e para isso temos que proteger as mulheres. Para a igualdade efetiva, para essa mudança de paradigma, temos que proteger as mulheres.

E justamente isso a Lei Maria da Penha está fazendo, trazendo o problema à tona e protegendo a parte mais fraca, pois ainda vivemos numa sociedade que inferioriza a mulher e cultua a violência doméstica contra a mulher como algo tolerável. Daí a necessidade de se estabelecer políticas públicas voltadas para as Mulheres, para que se promova a tão preconizada igualdade. Tais políticas certamente trarão bons resultados além do esperado.

A Lei Maria da Penha, como política pública que representa, de ação integrada entre os Poderes de Estado e a sociedade, propõe uma forma diferenciada no tratamento do conflito de violência doméstica e familiar, impondo-lhe uma abordagem multidisciplinar, como requer esse tipo de questão. Uma abordagem de natureza cível e criminal - esta última, se preciso.

Importante salientar que a Lei 11.340/06 não visualiza esse conflito apenas sob o viés do direito penal, até porque este deve ser o último setor do Direito a entrar em campo nessa espécie de contenda - mas, se necessário, deverá fazê-lo e estar à disposição da vítima, representando também uma resposta adequada¹³ para o seu sofrimento¹⁴, de forma a prevenir novo martírio.

O que a Lei 11.340/2006 inovou foi na melhor adequação do fato à resposta criminal do Estado, dei-

xando de considerá-lo como de menor potencial ofensivo, para o qual é cabível transação e o livrar-se do processo... Por óbvio, tal conflito não é de menor potencial ofensivo, mas de alto potencial de ofensividade, pois maltrata, em alguns casos, uma família inteira ou até gerações diversas. Vale lembrar que, até então, para os casos de violência contra a mulher, aplicava-se a Lei 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Criminais (JECrim), o que implicava na naturalização deste padrão de violência e reforçava a hierarquia entre os gêneros.

O fato agora, portanto, deverá ser abordado de forma multidisciplinar. A Lei 11.340/2006 não pretende apenas o tratamento penal do agressor. Ela permitiu isso, quando for necessário e cabível, mas não retirou da vítima o poder de interagir na decisão do conflito¹⁵. Isso atende à vitimologia contemporânea, dando voz e vez para a ofendida, buscando ofertar-lhe a solução plena do conflito, tanto sob o aspecto cível quanto criminal.

Antes do advento da Lei Maria da Penha, a mulher vítima de violência doméstica ou familiar tinha que procurar dois Juizes distintos, um da área de família e outro da área criminal, para obter as medidas necessárias, mas de naturezas distintas, para a solução do mesmo problema¹⁶. Agora, um mesmo Juiz poderá decidir, liminarmente, sobre questões de natureza cível e de natureza criminal.

A Lei 11.340/2006 trouxe, portanto, uma mudança de paradigma, enfocando a questão de gênero como promotora de desigualdade e incorporando a ótica preventiva e multidisciplinar, com revigoramento da ótica repressiva-penal, para a melhor solução do conflito de violência contra a mulher.

Outro ponto a salientar é o de que não é qualquer violência contra a mulher que está protegida sob o manto

12 – Sobre violência sexual contra criança e a possível extensão das feridas decorrentes da agressão: Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?. AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS , 2004.

13 – Segundo a teoria mista sobre a finalidade da pena, adotada em nosso Código Penal (art. 59), a pena imposta deve ser necessária e suficiente para reprevação e prevenção do crime.

14 – Inúmeros casos, levados a juízo, de violento sofrimento imposto pelo agressor à vítima, algumas com laços com o algoz decorrentes da existência de filhos, poderiam ser citados, os quais reclamaram a intervenção do Direito de Família. Mas, nem por isso, o sofrimento dessas vítimas deve ficar à margem do Direito Penal. A utilização de um ramo do Direito não exclui o outro, especialmente quando a gravidade do caso reclama a atuação do direito criminal para evitar a vingança privada e impor a necessária punição do infrator, de modo a evitar nova violência.

15 – Como bem leciona Maria Berenice DIAS, o delito de lesão corporal leve continua sendo de ação penal pública condicionada à representação da vítima. In "A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher", Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

16 – Ressalto que, como Juíza de Direito, quando atuei junto ao Juizado Especial Criminal e surgiu um conflito de violência doméstica e familiar, utilizando-me do dispositivo legal que permitia a composição dos danos cíveis entre as partes, realizei acordos nos quais eram fixados alimentos, guarda e visita de filhos, havia reconhecimento de paternidade e até estabelecia reparação de danos patrimoniais e morais. A composição dos danos cível é permitida pela Lei 9.099/95. A matéria cível, afeta ao Direito Civil, abrange a área do Direito de Família. Portanto, o acordo cível permite abranger questões de família, devendo ficar ressalvado que, eventual execução do acordo, dar-se-á no juízo de família.

da Lei Maria da Penha. É somente a violência contra a mulher praticada no ambiente privado (relações afetivas, familiares e domésticas) e desde que baseada numa questão de gênero. Ou seja, como prevê o artigo 5º da Lei 11.340/2006¹⁷, para que a violência doméstica seja tratada no juizado da violência doméstica ou familiar contra a mulher, a ação ou omissão deve ser baseada no gênero. Violência doméstica ou familiar que não for baseada na questão de gênero, não será da competência desse juizado.

Façamos uma reflexão sobre o que é questão de gênero. Gênero é o comportamento feminino ou masculino construído culturalmente nas relações sociais.

Sabemos que homens e mulheres são diferentes biologicamente, têm diferença de sexo, isso é da natureza. O homem tem uma determinada constituição física e a mulher tem outra. Essas diferenças biológicas, naturais, não tornam o homem melhor ou pior do que a mulher. Elas os tornam diferentes em alguns aspectos. Por exemplo: a mulher engravidada, tem órgãos sexuais diferentes do homem. Ele, por sua vez, pode ser dotado de alguma força física maior que a da mulher. Homens e mulheres são naturalmente e maravilhosamente diferentes.

Mas essa maravilhosa diferença da natureza é desfigurada pelo ser humano, que acaba por construir "papéis" masculinos e femininos que subjugam a mulher. Tais papéis ou diferenciações entre homens e mulheres, impostos culturalmente e frutos de uma sociedade patriarcal, inferiorizam a mulher.

Essas discriminações são as chamadas questões de **gênero feminino e masculino**, diferenças impostas culturalmente através de lições de como ser homem e de como ser mulher, lições que vão sendo passadas e aprendidas ao longo da vida, repassadas de gerações para gerações, através da família, da escola, pelos meios de comunicação, pelas relações sociais. E para aqueles que descumprem essas regras, a sociedade, de uma forma brutal, aplica punições¹⁸.

Atualmente, as questões de gênero ainda discriminam a mulher, fomentando, em pleno séc. XXI, a desigualdade e impondo a necessidade de especial proteção por parte do Estado. Para a efetivação da equidade social e de gênero, torna-se, portanto, necessário reconhecer o princípio universal da igualdade e as necessidades de proteção diferenciada para os grupos historicamente excluídos e culturalmente discriminados. Reconhecer a necessidade de proteção é dever do Estado. Aplicar-se-á aqui o princípio da devida proporcionalidade, que, como ensinam Ingo Sarlet¹⁹ e Lênio Streck²⁰, se traduz em dois pontos: a proibição de arbítrio e a proibição de proteção insuficiente.

Então, para cumprir essa proteção consagrada pela Lei 11.340/2006, aqui no Rio Grande do Sul, especificamente em Porto Alegre, o Poder Judiciário criou o **Projeto Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher**, instalado no Foro Central da Capital, e que atende a toda a demanda da cidade. No Projeto atuam, atualmente, além de uma Juíza de Direito, três funcionários, dois estagiários, um Promotor de Justiça e duas Defensoras

17 – Art. 5º: "Para os efeitos desta Lei, configura violência doméstica e familiar contra a mulher qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial:I - no âmbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas; II - no âmbito da família, compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa; III - em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitAÇÃO. Parágrafo único. As relações pessoais enunciadas neste artigo independem de orientação sexual".

18 – Se a mulher não adotar o comportamento considerado aceitável para o sexo feminino, ela é mal vista, discriminada, etc. Se o homem não adotar o comportamento tido como masculino, ele é mal visto, considerado sem masculinidade, etc. O comportamento considerado aceitável para o homem é de que ele é a cabeça do casal, ele manda na mulher e coisas tal. Essa cultura fortalece a ideia de que a mulher é propriedade do homem, que, inclusive, pode dispor do corpo dela, mesmo com violência. Essa visão perpetua a violência doméstica contra a mulher como algo tolerável.

19 – Ensina o Ingo Sarlet: "A noção de proporcionalidade não se esgota na categoria da proibição de excesso, já que abrange, (...), um dever de proteção por parte do Estado, inclusive quanto a agressões contra direitos fundamentais provenientes de terceiros...". SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005, p. 107 e p. 132.

20 – No mesmo sentido, Lênio Streck "Trata-se de entender, assim, que a proporcionalidade possui uma dupla face: de proteção positiva e de proteção de omissões estatais. Ou seja, a inconstitucionalidade pode ser decorrente de excesso do Estado, caso em que determinado ato é desarrazoado, resultando desproporcional o resultado do sopesamento (Abwägung) entre fins e meios; de outro, a inconstitucionalidade pode advir de proteção insuficiente de um direito fundamental-social, como ocorre quando o Estado abre mão do uso de determinadas sanções penais ou administrativas para proteger determinados bens jurídicos. Este duplo viés do princípio da proporcionalidade decorre da necessária vinculação de todos os atos estatais à materialidade da Constituição, e que tem como consequência a sensível diminuição da discricionariedade (liberdade de conformação) do legislador."STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p.180.

Públicas – uma para patrocinar a vítima e, outra, para o agressor ou agressora. Ainda, contamos com a parceria do nosso CIARB - Centro Interdisciplinar de Apoio à Rede Biopsicossocial, que efetiva o encaminhamento das partes para a rede de apoio²¹.

Cabe gizar a importante e valiosa colaboração voluntária de profissionais da área da psicologia, que montaram um grupo de apoio às vítimas e agressões de violência doméstica e familiar, grande diferencial do Projeto. Esse grupo atua uma vez por semana, à tarde, funcionando no gabinete da Juíza do Projeto. A psicóloga responsável por esse Grupo de Apoio, Dra. Rosaura Grossi²², tem realizado um serviço de grande valor social. Isso tem sido facilmente constatado porque, em algumas vezes, o encaminhamento ao grupo feito pelo Projeto exige a comprovação de freqüência das partes, especialmente do agressor²³, o que é realizado em nova audiência designada para essa finalidade. Nela, as partes são ouvidas e dão seu testemunho sobre o atendimento. O depoimento dos agressores praticamente não varia. Narram que, no início do processo, quando comparecem para audiência, sentem ódio, raiva de todos, e não conseguem entender "o porquê" de estarem ali. Depois do acompanhamento terapêutico, afirmam que perceberam os equívocos²⁴ do comportamento e, geralmente, agradecem a oportunidade. Também vale registrar que alguns casais se separam, outros mantêm o relacionamento, mas, na grande maioria dos casos, os homens afirmam que não pensavam na separação, embora admitam parte da responsabilidade pelo término do relacionamento.

Diante disso, fica evidente que a Lei Maria da Penha é um avanço no trato do conflito da violência

doméstica e familiar e que, para que essa legislação atinja sua finalidade, a rede biopsicossocial deve amparar o Juizado, sob pena de as regras não surtirem o efeito desejado, de mudança de cultura e erradicação da violência.

O Projeto gaúcho, o qual ainda não é um juizado nos exatos moldes propostos pela Lei, está cumprindo seu papel e comprovando a necessidade da criação efetiva do Juizado. A média mensal de ingressos já superou 300 processos por mês. Esses dados já revelam inclusive a necessidade de instalação de mais juizados na Capital, com uma estrutura material e de pessoal mais adequada para atender com rapidez e eficiência essas tantas pessoas que se socorrem do Judiciário em busca de dignidade.

E visando atender mais rapidamente a essa expressiva demanda, criamos a chamada "audiência mutirão". O grande número de pedidos de medidas protetivas e a ausência da certeza quanto à urgência e procedência do requerimento implicava em designação de audiência para cada um dos casos, acarretando a falta de pauta para curto espaço de tempo. Diante da falta dessa pauta para breve para oitiva de cada uma dessas vítimas e levando em conta a experiência forense revelando que, em alguns casos, a urgência se perdia, porque as partes já haviam conseguido solucionar o conflito e a vítima pretendia o arquivamento do feito – demonstrando a desnecessidade de se marcar audiência para esses casos –, mas considerando que somente em audiência se poderia constatar a urgência do caso e o interesse da parte no prosseguimento do feito – resolvemos marcar essa audiência mutirão²⁵. Nela, somente as vítimas são chamadas²⁶ e são ouvidas, fazendo-se uma triagem dos feitos que precisam

21 – A rede biopsicossocial da comarca de Porto Alegre ainda é muito carente e muitas vezes não dispõe de vagas para o atendimento da mulher, do homem ou da família.

22 – A parceria com a Dra. Rosaura Grossi nasceu de uma reunião com o Dr. Jesu Antomar Ribeiro da Silva, médico-psiquiatra e coordenador do Instituto Fernando Pessoa – Psicoterapia, Ensino e Cultura-, que inicialmente encaminhou um grupo de profissionais para acompanhar as audiências mutirão, dentre eles a referida profissional. Diante disso, sensível à demanda existente, a Dra. Rosaura montou esse grupo de apoio que já tem quase um ano de atuação junto ao Projeto.

23 – Via de regra, o agressor tem sido do sexo masculino.

24 – Os agressores têm conseguido realizar uma boa reflexão sobre o conflito. Mencionam que antes do acompanhamento "só enxergavam o próprio umbigo" - palavras utilizadas por um dos demandados-, que não conseguiam ver o "lado" da mulher, que sabem que a violência não beneficiava ninguém e que o relacionamento estava ruim e precisava de mudança. Afirmam que compreenderam melhor a outra parte e se dizem "melhores" do que antes.

25 – Dia 29 de março de 2007, na audiência mutirão, 86 mulheres foram ouvidas na presença do Ministério Público, Defensoria Pública, CIARB, e participação voluntária de psiquiatras e psicólogos do Instituto de Psicologia Fernando Pessoa, em uma parceria voluntária com o Projeto. O resultado foram 22 retratações da representação criminal -o que implica na extinção do feito -, e 64 pedidos de prosseguimento do processo. Todavia, para que a Lei alcance seu desiderato, como o tempo e os números demonstrarão, haverá necessidade da criação de Juizado da Violência Doméstica e Familiar, com toda a infra-estrutura de uma Vara, como, por exemplo, funcionários e espaço físico adequado.

26 – Embora a audiência seja designada para oitiva das vítimas, alguns homens comparecem e não lhes é negada a participação. Nesses casos, a oitiva da vítima é feita com maior resguardo e ainda individualmente. É ela quem tem a palavra.

ou não prosseguir. Aproximadamente 150 vítimas são intimadas para o ato²⁷, assistem a uma palestra sobre violência doméstica e familiar, na qual é proposta uma reflexão sobre “questão de gênero”. Essa palestra é proferida pela Juíza de Direito do Projeto e por algum profissional da área (Defensor Público, Promotor de Justiça, Psiquiatras, Psicólogos, ou membro de alguma entidade pública ou privada)²⁸. Após, as vítimas são ouvidas uma a uma, individualmente, e, perante a Juíza, escolhem uma das opções que a lei lhes oferece (arquivamento, prosseguimento do feito de natureza criminal e/ou prosseguimento do feito de natureza cível). Se a opção for o arquivamento do feito, será colhida a renúncia e depois extinto do feito. Evidentemente que o pedido de arquivamento exige a averiguação, pela Juíza, de que esta manifestação de vontade não é fruto de coação ou de outra forma de violência. Se a opção for exclusivamente de prosseguimento do feito cível, será desencadeado pedido de alimentos, separação ou dissolução de união estável, etc. Se houver interesse no prosseguimento do feito criminal, aguardar-se-á a

vinda do inquérito policial - que geralmente ainda não aportou em juízo, dada a brevidade com é designada esta audiência - para posterior oferecimento da denúncia nos casos de ação penal pública, ainda que condicionada.

Assim, há muito por fazer, tanto por Parte do Judiciário como por parte dos demais Poderes e da sociedade em geral para a solução desse tipo de conflito.

É necessário dar-se à Lei 11.340/2006 uma interpretação teleológica ou finalística, principalmente porque, apesar de tudo, deve ser prestigiado o seu caráter de lei protetiva e benéfica. Temos que olhar a Lei 11.340 como um instrumento promotor da cidadania de toda a mulher brasileira. Essa Lei trouxe uma mais-valia para a mulher e veio para reforçar o sentimento de solidariedade na busca do rompimento do círculo de violência e da igualdade. Com a violência todos perdem. Perdem a dignidade acima de tudo. A Lei Maria da Penha representa uma nova ordem, uma ordem de respeito e de fraternidade, buscando erradicar a violência familiar.

Cumpramos todos a nova ordem!

27 – A audiência mutirão realiza-se no auditório do Foro Central.

28 – Vários foram os profissionais que já participaram das audiências-mutirão, entre eles três que se destacam pelo forte trabalho ligado à luta pela igualdade entre homens e mulher: Virginia Feix, advogada e professora universitária, atualmente representante do CLADEM/RS, Rúbia Abs da Cruz, advogada e Coordenadora Geral da Themis Assessoria Jurídica e Estudos de Gênero/RS, e Ana Elusa Rech, do Conselho Estadual dos Direitos da Mulher/RS.

O PROJETO VIOLENCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR CONTRA A MULHER FOI CRIADO EM 12 DE DEZEMBRO DE 2006, FUNCIONA NO FORO CENTRAL E ATENDE TODA A CAPITAL.

DESDE SUA CRIAÇÃO JÁ FORAM OUVIDAS MAIS DE 4000 MULHERES

NÚMEROS DO PROJETO

Quantidade de procedimentos instaurados desde a criação do juizado: **4010**

Média de ingressos por mês: **350**

Quantidade distribuída no mês de julho: **503**

Réus presos desde a criação do juizado: **42**

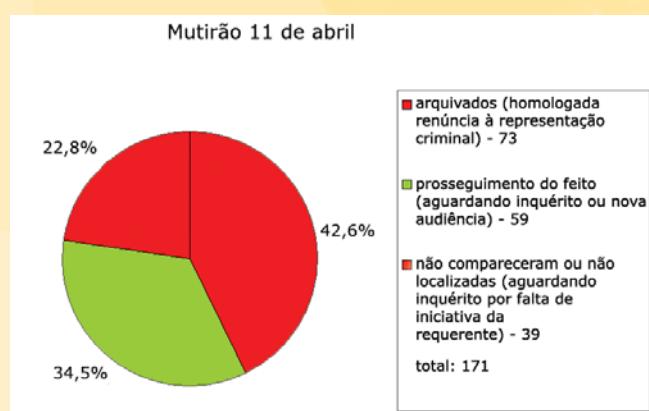
Total de audiências realizadas no mês de julho: **724**

Quantidade de procedimentos arquivados no mês de julho: **336**

A CRIAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS MUTIRÃO

COMO COMPATIBILIZAR O NÚMERO CRESCENTE DE VÍTIMAS QUE PROCURAM O PROJETO COM A AGILIDADE E A EFETIVIDADE BUSCADAS PELA LEI?

A IDÉIA DO MUTIRÃO DE AUDIÊNCIAS SURGIU DA NECESSIDADE DE VIABILIZAR UMA RESPOSTA RÁPIDA AO PROBLEMA DAS VÍTIMAS.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, Maria Regina Fay de. *Violência sexual intrafamiliar: é possível proteger a criança?*. Livraria do Advogado, Porto Alegre/RS, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Edição. Coimbra: Almedina, 1999.

DIAS, Maria Berenice. *Conversando sobre a mulher e seus direitos*. Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, RS, 2004.

_____. *A Lei Maria da Penha na Justiça: a efetividade da Lei 11.340/06 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher*. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2007.

FERNANDES, Maria da Penha Maia. *Sobrevivi... posso contar*. Fortaleza: 1994.

PIOVESAN, Flávia e PIMENTEL, Silvia. *Lei Maria da Penha: inconstitucional não é a lei, mas a ausência dela*. artigo veiculado pela Internet, 22.10.2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre a proibição de excesso e de insuficiência*. Revista da Ajuris, ano XXXII, nº 98, junho/2005.

STRECK, Lênio Luiz. *A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (Übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. Revista da Ajuris, Ano XXXII, nº 97, março/2005, p. 180.



O inconsciente do Juiz pode interferir em sua função judicante?

David Zimerman*

Desde longa data tenho tido o privilégio de ser convidado para participar ativamente em diversos congressos nacionais da Magistratura, em distintos Estados da nação. Isso me permite testemunhar o evidente crescimento do interesse dos magistrados pelos aspectos psicológicos que influenciam no seu trabalho e que, em grande parte, explicam o comportamento dos seres humanos, tanto individualmente como também de forma coletiva, em grupos, instituições, etc.

Assim, há alguns anos, num congresso desta natureza em Fortaleza, percebi um inusitado interesse por parte dos participantes, em sua maioria Juízes de Direito, pelos aspectos humanísticos da prática judiciária. Muitos deles vieram me solicitar referências bibliográficas acerca dos princípios fundamentais da ciência psicanalítica que pudessem ser úteis, no sentido de possibilitar a feitura de conexões com a experiência da atividade jurídica cotidiana. Eu, então, não conhecia nenhuma fonte de referência, sob a forma de livro; fui consultar Juízes e Desembargadores presentes no congresso, que tampouco conheciam. Daí surgiu a idéia de produzir um livro que fosse eminentemente prático e que procurasse, ao máximo possível, estabelecer linhas de conexão e de complementação entre o conhecimento dos fatores emocionais e a prática judiciária. Convidei o então Juiz, hoje Desembargador, Antônio C. M. Coltro, de São Paulo, para organizarmos um livro que preenchesse esta lacuna. Ele, de pronto e de forma entusiástica, aceitou. Num tempo breve organizamos um roteiro programático; para a realização dos respectivos capítulos, fizemos a escolha de colegas, da área jurídica e da psicológica, entre figuras altamente respeitadas, em distintos Estados do Brasil, e daí nasceu o livro *Aspectos Psicológicos na Atividade Jurídica*.

Coincidência ou não, de então para cá, tem havido um progressivo e crescente interesse, por parte dos distintos integrantes da área jurídica, em conhecer os aspectos psicológicos que permeiam o trabalho cotidiano de cada um, assim como também, especialmente nas pessoas dos magistrados, aumenta o desejo de conhecerem a possível influência dos fatores emocionais próprios de cada Juiz em particular, em relação à sua função judicante.

Desta forma, faço questão de louvar a iniciativa da AJURIS, que, no curso preparatório para os candidatos à formação como Juízes de Direito no Estado do Rio Grande do Sul, incluiu no currículo obrigatório aulas sobre "Psicologia e Direito", no qual, eu, um psicanalista, na condição de professor convidado, colaborei com muito prazer.

Tendo em vista a extensão da temática em pauta para cumprir o honroso convite que recebi para colaborar com essa prestigiosa revista - Multjuris -, e a relativa exigüidade do espaço destinado à presente comunicação, vou restringir-me a enumerar alguns tópicos referentes à influência de aspectos psicológicos na função judicante.

Sabemos ser muito comum o fato de que, diante de uma mesma situação traumática, diversas testemunhas oculares, ainda que todas sejam pessoas sérias e bem intencionadas, possam prestar depoimentos bastante contraditórios entre si. Da mesma forma, é possível que dois ou mais magistrados, igualmente sérios e capazes, diante de uma situação de juízo, possam julgar de forma diferente, de acordo com a distinta interpretação que cada um der ao texto frio da lei.

* Membro titular e psicanalista didata da Sociedade Psicanalítica de Porto Alegre. Médico, psiquiatra, grupoterapeuta, psicanalista. Autor de nove livros sobre Psicanálise e sobre Grupos, publicados pela Editora Artmed, de Porto Alegre, e de um livro (em co-autoria com o Desembargador Antônio Carlos Coltro, de São Paulo): *Aspectos Psicológicos na Prática Jurídica*, publicado pela Editora Millennium, de Campinas.

Tudo isto acontece tanto por razões *objetivas* (por exemplo, que o magistrado esteja em um estado de crise pessoal, motivada por razões *extraprofissionais*), por razões *subjetivas* (advindas de pressões de problemas familiares, financeiras, socioeconômicas, doenças orgânicas, diversos tipos de perdas...), como também o Juiz pode sofrer pressões de ordem *profissional* (demanda excessiva de trabalho; comarcas que não são as de sua livre preferência ou escolha; relações conflituosas com chefia ou colegas de trabalho; salários insuficientes, etc.), e, em quarto lugar, as pressões podem ser oriundas do mundo *interior do psiquismo* de qualquer magistrado.

Neste último caso, as pressões se originam desde as camadas inconscientes de cada pessoa. É aí que se entrecruzam, na mente do Juiz, primitivas necessidades, desejos e demandas insaciáveis; conflitos internos entre tendências opostas e contraditórias; uma pluralidade de distintos tipos de mecanismos defensivos utilizados pelo ego; as identificações com pessoas que foram importantes na sua evolução e que agora estão introjetadas dentro do Juiz. Também são igualmente importantes as relações vinculares com o mundo exterior que reproduzem os modelos de relacionamento tal como estão internalizados desde criança em cada um; os diferentes tipos de ansiedade e sentimentos como os de amor, ódio, medo, narcisismo, vergonha, inveja, ciúme, desconfiança, culpas, etc.

O conjunto de todos os aspectos que foram mencionados forma uma constelação de fenômenos psíquicos que configuram a existência de importantes funções do psiquismo e, logo, de diferentes características na formação da personalidade. Dentre essas funções e características, que repercutem na forma de exercer a função judicante, cabe destacar as que seguem.

Juízo crítico. Uma das funções mais nobres do ego, o "juízo crítico" designa a capacidade, de qualquer pessoa, em separar "o joio do trigo", e se constitui como uma das vigas mestras na vida de inter-relações pessoais e na tomada de decisões de julgamento, sendo óbvio que essa capacidade crítica ganha uma maior e significativa relevância na atividade cotidiana de um Juiz de Direito.

Discriminação. Por sua vez, a função do juízo crítico em relação à capacidade judicante está intimamente ligada à capacitação do Juiz em fazer discriminações. "Discriminar" significa o contrário de confundir, ou seja, é a faculdade de o indivíduo reconhecer, e de separar os diferentes estímulos

e respostas, entre o que é dos outros e o que provém dele próprio. Vamos figurar uma hipótese: um Juiz deve julgar um homem acusado de ter agredido a sua esposa, em uma briga de casal. A atitude interna dele, diante desta situação hipotética, pode se manifestar de distintas maneiras: ele tanto pode se manter neutro (não é o mesmo que "indiferente") como também ele pode se identificar, conforme os seus conflitos internos, tanto com o agressor quanto com a vítima. Se, por exemplo, a briga deste casal estiver ressoando no inconsciente do Juiz devido ao registro de brigas que os seus pais tiveram no passado, o mais provável é que o magistrado tomará um partido, o da vítima, por exemplo. Assim, nesta hipótese, o(a) Juiz(a), como se fosse a vítima (no fundo a mulher agredida pode estar representando a mãe deste hipotético Juiz), sentiria a mesma dor e indignação. Essa *identificação com a vítima* pode ser salutar, porque possibilita uma *empatia*, porém, se ela for excessiva, levará o Juiz a um impulso de retaliação, na base de "dente por dente, olho por olho", como, aliás, está implícito na própria etimologia do verbo retaliar: *re* (de novo, mais uma vez) + *talhar* (aplicar a Lei de Talião).

Ideologia pessoal do magistrado. Por "ideologia", aqui, estou me referindo aos valores pessoais, conflitados ou não, que cada um de nós possui em todas as áreas do relacionamento humano, quer sejam de ordem moral, política, religiosa (como, por exemplo, diante de uma situação de aborto provocado), social, cultural, ética, científica, etc. A ideologia pessoal do Juiz é um dos fatores muito importantes que, somado aos outros antes mencionados, participa significativamente para os acertos e/ou erros, na eficiência da difícil ciência, e arte, da função de interpretar, julgar e aplicar os códigos da lei.

Perfil caracterológico do Juiz. Este aspecto constitui-se como um fator importantíssimo para a função judicante. A caracterologia de qualquer pessoa é resultante do uso predominante de determinados *mecanismos de defesa*, inconscientes, que ela utiliza, desde a infância, não só como um meio de se defender das pulsões instintivas e das ameaças punitivas do superego como também para a sua adaptação à realidade do meio em que vive.

Os traços de caráter mais marcantes determinam os mais diferentes tipos de personalidade, como são, por exemplo, os que seguem:

Uma personalidade fortemente *depressiva* enxerga o mundo sob a óptica das lentes negras do pessimismo, e o seu juízo de valores será baseado em uma autodesvalia. O sujeito muito depressivo, no fundo de seu inconsciente, abriga indefinidos sentimentos de culpas e fantasias de que ele é o responsável pelos males e tragédias dos outros e, por esta razão, um Juiz com essas características depressivas terá sérias dificuldades em, por exemplo, vir a condenar alguém.

Se a personalidade do julgador for, basicamente, do tipo *paranóide*, o mais provável é que ele estará sempre desconfiado, melindrado e querelante, sendo que, pelo fato de que se mantém em uma constante posição defensiva, contra-ataca com atitudes de aparência agressiva. Freqüentemente exerce o conhecido papel de "criador de casos". Outro possível prejuízo é o de não tomar uma decisão que prejudique alguém que ele imagina que possa vir a perseguí-lo, como vingança.

A personalidade *fóbica* caracteriza-se, principalmente, pelo fato de o sujeito utilizar uma óptica em que as lentes têm a cor do medo, de modo que ele ajuíza os valores pelo critério do perigo que imagina existir em certas situações, de sorte que ele desenvolve táticas para evitar entrar em contato com elas. Por essa razão, um Juiz com fortes características fóbicas torna-se um especialista na arte de "tirar o corpo fora" através de múltiplos recursos de evitação de situações angustiantes para a sua tomada de decisão.

Os traços *obsessivos*, em doses adequadas, compõem uma personalidade sadia, porquanto eles determinam as atitudes de disciplina, ordem, parcimônia e seriedade. No entanto, o uso exagerado da obsessividade torna o julgador uma pessoa implacável e radical. Ele, então, fica sem um mínimo de flexibilidade e costuma perder-se num detalhamento inútil e, pior, ele acredita estar sendo o único ou o mais honesto e capaz entre os demais. O juízo de valores dos obsessivo-compulsivos é baseado num perfeccionismo, e o traço mais marcante de sua caracterologia é o de manter um rígido controle sobre si mesmo e, como

conseqüência, sobre os outros. Pode também acontecer que, devido ao seu medo de errar, este Juiz esteja sempre em um estado de "dúvidas", o que pode acarretar que a função judicante lhe seja extremamente desgastante e extenuante e, por essa razão, se constitui como uma porta de acesso a um estresse emocional.

Personalidade narcisista. As lentes da óptica narcisista consistem em uma exagerada valorização de si próprio. Decorre daí que essas pessoas se cercam de outras que os admirem e aplaudam incondicionalmente, razão por que toleram mal qualquer crítica que ameace a sua auto-imagem de proprietário da verdade e da razão. As pessoas narcisistas funcionam fundamentalmente na base do "tudo ou nada" (ou sou o melhor, ou sou o pior, etc.); amam somente aqueles que os amem e, no relacionamento com os outros, eles contrariam com facilidade a formação de "conluios inconscientes" nos moldes de uma recíproca fascinação. Em uma exagerada figura de retórica, pode-se dizer que eles sofrem de um "complexo de Deus" - que os próprios magistrados chamam de "juizite" - , quando, então, o sujeito narcisista se sente como se fosse o sol - o astro rei - enquanto configura aos demais como sendo os seus planetas e satélites que devem orbitar em torno dele. Muitas vezes pagam um alto preço por essa ânsia de brilhatura, porque seguidamente são vítimas de um outro tipo de complexo, que podemos chamar como "complexo de mariposa", isto é, tal como esses insetos, são tão atraídos pela luminosidade e brilho das lâmpadas que acabam se queimando nelas.

É óbvio que seria possível acrescentar outros tipos de perfil caracterológico, como, por exemplo, seriam as personalidades com fortes traços *maníacos* (revertem tudo a um "oba-oba"); ou *esquizóide* (são as pessoas consideradas como sendo "esquisitas"); ou personalidades *histéricas* (são crianças, num corpo de adulto, que não têm a mínima tolerância às frustrações); a personalidade *psicopática* (também conhecida como sociopática, designa as pessoas que transgridem os códigos de ética); ou personalidade do tipo *falso self* (em cujo caso este perfil de personalidade dá um valor muito maior à aparência do que à essência).

Um outro fator, de raízes inconscientes, que exerce influência na aplicação e interpretação das leis, consiste em um estado emocional que toma uma configuração

de *crise do magistrado*. Esta crise pode advir de distintos fenômenos que se processam no psiquismo. Por exemplo: *uma auto-exigência de perfeccionismo*. A própria semântica da palavra "magistrado" (de "magister") traz implícita uma exigência de virtudes extraordinárias e de perfeição irrepreensível. Como isso é impossível de ser plenamente atingido, pois, como seres humanos que são, os magistrados também terão, em grau maior ou menor, inevitáveis falhas, limitações, fraquezas e pecadilhos. A intolerância que o magistrado possa ter em relação a algum aspecto seu que ele considera menos nobre, mas que ameaça emergir em sua consciência e conduta, pode levá-lo a sérios conflitos de valores e daí para a crise emocional.

Outras vezes, existe um conflito dentro da mente do Juiz entre pulsões contrárias. Exemplos banais dessa ambigüidade em relação a tendências igualmente fortes, mas que são contraditórias entre si: *"aceito ficar neste cargo, como e onde estou, ou mando tudo para as favas e vou abrir outros caminhos na minha vida?"*. No plano social, vale este outro exemplo: *"preciso me comportar como um verdadeiro magistrado nesta festa, ou posso me passar um pouco na bebida, ou posso me envolver no clima de sedução que está pintando, ou posso perder os cadernos e reagir agressivamente a tal provocação?"*. É evidente que os exemplos hipotéticos poderiam se reproduzir ao infinito.

Um outro forte elemento desencadeante de crises emocionais consiste no problema de *perdas*, que se manifestam sob múltiplas formas. Por exemplo, podem ser perdas de pessoas queridas; ou perda de capacidades motoras, ou intelectivas, ou de prejuízo de funções orgânicas. Um importante tipo de perda que tem se tornado progressivamente mais comum é o da separação do casal e, por mais útil e necessário que seja este divór-

cio, ele sempre expressa uma crise familiar, de um fracasso afetivo e, ao mesmo tempo, age como um fator realimentador da crise pessoal, com repercuções na sua função judicante.

Outros fatores presentes, com grande freqüência, na vida cotidiana dos magistrados e que acarretam problemas de crises pessoais, referem a sucessivas *remoções e transferências* da sede de autarquias, nas quais tanto ele possa se sentir deslocado e mal-adaptado, ou pode ter se apegado e necessita fazer uma nova mudança.

Uma outra situação de crise é de natureza *econômica*, quando ele ganha menos que o suficiente para manter, para ele e sua família, um padrão digno de sua condição social e profissional.

Também cabe incluir a possibilidade de que, chegado em certa idade, o Juiz faz um balanço negativo de seus ganhos e perdas diante da sua tão sonhada condição de magistrado, sente-se parado no tempo e no espaço, sofre de uma perda de motivação e seu narcisismo sente um rude golpe entre o que o ideal desejado e o real acontecido.

Deve ficar claro que as situações de crise, que foram mencionadas, estão longe de significar que essa possibilidade seja generalizada; pelo contrário, um grande contingente de magistrados trabalha com motivação, com prazer, garra e entusiasmo, com um olhar voltado para frente e para cima.

Finalmente, cabe destacar que, cada vez mais, os Juízes têm aceitado os princípios e a prática da Psicanálise, de sorte que um significativo número deles, de mulheres ou homens, tem procurado tratamento de base psicanalítica, ou a participação ativa em "grupos de reflexão", coisa impensável por parte de muitos deles, há algumas décadas atrás.

Da avaliação de periculosidade à avaliação de risco

José Geraldo Vernet Taborda¹

Helena Dias de Castro Bins²

Cíntia Dohler³

O Brasil enfrenta, nos dias de hoje, uma situação de verdadeira calamidade pública na área da segurança. As pessoas sentem-se inseguras e amedrontadas, quer na cidade, quer no campo, seja nas ruas, seja no interior de suas casas. Tal percepção é confirmada por dados oficiais: o Censo 2000 indica que 14,5% dos óbitos daquele ano se deveram a causas violentas (IBGE, 2004). Na década de 1990, os homicídios passaram a ser a primeira razão de morte por causas externas, com número de mortes superior aos ocasionados pelos acidentes de trânsito. Segundo dados do Ministério da Saúde, no ano 2004, as agressões por arma de fogo foram o principal motivo dos óbitos entre homens na faixa etária entre 15 e 29 anos, tendo matado mais do que qualquer doença (MS, 2007). Essas cifras explicam recente pesquisa na qual 59% das pessoas apontam como principal problema nacional a (in)segurança pública (Carneiro, 2007). Tal constatação é inédita, pois sempre as maiores preocupações populacionais giravam em torno de temas econômicos ou de saúde pública.

Dessa forma, razoável que se dediquem grandes esforços à compreensão dos fenômenos da violência e da criminalidade, buscando detectar suas causas, suas variáveis reforçadoras e identificar as melhores estratégias de prevenção. Uma das abordagens possíveis inspira-se nos princípios da Medicina Social.

O Modelo da Medicina Social

A adoção de um modelo de análise dos fenômenos da violência e da criminalidade sob uma perspectiva da Medicina Social parte da concepção de que ambas seriam, também, manifestações de doença social. Assim, como decorrência desse novo enfoque, surgiria a possibilidade de distintas estratégias de resolução do problema.

O primeiro ponto a ser estabelecido consiste no esclarecimento do que se denomina *níveis de prevenção*, os quais seriam, pelo menos, em número de três. O primeiro nível, o da *prevenção primária*, corresponde às medidas - de quaisquer naturezas - a serem tomadas para impedir que a doença venha a ocorrer. O exemplo médico clássico seria o da vacinação contra enfermidades infecto-contagiosas. Falhando a barreira inicial de proteção e instalada a moléstia, é o momento da *prevenção secundária*: a implementação do diagnóstico (o mais precocemente possível) e da terapêutica apropriada ao caso concreto. Com isso objetiva-se impedir a progressão da doença e a pronta recuperação do paciente. Entretanto, há muitas situações nas quais, apesar da correção da intervenção secundária, a pessoa não se refaz plenamente e permanece com seqüelas. Necessitará, pois, do que se denomina *prevenção terciária*, ou seja, de reabilitação. Tais procedimentos são comuns nos casos de sujeitos que sofreram acidentes vasculares cerebrais e restaram com déficits neurológicos.

O segundo ponto a ser assentado refere-se ao entendimento da criminalidade (bem como do crime e da violência) como um fenômeno biopsicossocial. Não cabe, neste reduzido espaço, discutir a extensa literatura criminológica sobre essa afirmativa. Entretanto, se a mesma for aceita pacificamente, dever-se-ão identificar diversas variáveis de natureza biológica, psicológica e social que favoreçam ou protejam contra manifestações criminosas.

Dessa forma, sem entrar no mérito da delicada questão do peso relativo das variáveis - posto que geralmente permeada por forte viés ideológico - de plano, constata-se que medidas de combate à criminalidade podem ser

1 - MD, PhD, Psiquiatra Forense. Professor Adjunto, Departamento de Psiquiatria e Medicina Legal, Fundação Faculdade Federal de Ciências Médicas de Porto Alegre (FFFCMPA) Porto Alegre, RS.

2 - MD, Médica R3 em Psiquiatria. PRM em Psiquiatria, HMIPV/FFFCMPA, Porto Alegre, RS.

3 - MD, Médica R2 em Psiquiatria. PRM em Psiquiatria, HMIPV/FFFCMPA, Porto Alegre, RS.

tomadas em todos os níveis de prevenção e em relação a todos os fatores criminogênicos. Essa abordagem resultará em intervenções diversas que se enquadram em nove categorias diferentes (três níveis de prevenção *versus* três tipos de variáveis).

Do exposto, algumas observações podem ser formuladas:

1) A polarização entre o discurso que propõe ampla reforma (ou revolução) social para impedir o crime e o que propõe a pena de morte é falsa. Serve apenas para satisfazer propósitos políticos de seus formuladores. Antes, essas abordagens devem ser vistas como complementares: educação, trabalho e saúde, de um lado, e repressão, de outro.

2) As possibilidades de intervenção efetiva das áreas médica (Psiquiatria) e psicológica no controle da criminalidade são extremamente limitadas, uma vez que o peso das variáveis biológicas e psicológicas como fatores de risco ou de proteção é bem menos decisivo do que o dos fatores sociais, em especial o da variável *valores culturais*. Esta, por sinal, a que aparentemente tem maior importância na situação brasileira atual.

Por isso, mostra-se equivocada a idéia de que profissionais da área *psi*, em especial os psiquiatras, poderiam fornecer opiniões decisivas sobre a gênese da criminalidade ou que seriam detentores de instrumentos terapêuticos efetivos ou de capacidades singulares para a predição de atos violentos. Não é assim. A criminalidade é um fenômeno multideterminado e, como tal, deve merecer uma abordagem multidisciplinar.

Transtorno Mental e Crime

A percepção da complexa relação entre violência e doença mental - bem como a do papel do louco na sociedade - atravessou diversas etapas ao longo dos tempos. Se nos restringirmos apenas ao período que se inicia com o século XX e chega até o presente, distinguir-se-ão três fases muito claras, todas nitidamente associadas a mudanças ideológicas na sociedade e a novas linhas de pesquisa contempladas pela literatura especializada: a primeira, dos primórdios da centúria até aproximadamente as décadas de 1960 e 1970; a segunda, dos anos 1960 e 1970 até meados dos anos 1990; e a terceira, de meados de 1990 até os dias atuais.

Na primeira fase, apesar da importância crescente da Escola Positiva do Direito Penal e das idéias de Enrico Ferri sobre a relevância dos fatores sociais na prática de delitos, prevalecia a idéia quase lombrosiana que associava fortemente doença mental a crime. Ou seja, o doente mental seria uma pessoa potencialmente perigosa para a prática de delitos, principalmente os de natureza violenta ou sexuais. Essa concepção encontrava

respaldo em importante segmento científico que teve grande influência durante as primeiras quatro décadas do século XX, o movimento eugenista.

Sob esse pano de fundo foi editado o Código de Processo Penal (CPP) brasileiro, no ano 1941, o qual falava em "cessação ou não da periculosidade" (art. 775, *caput*), aferida através de "exame pericial feito por 2 (dois) médicos" (art. 775, II) e mencionava a "verificação da cessação da periculosidade" (art. 777) (Brasil, 1941). Tais dispositivos estavam em harmonia com o texto do Código Penal (CP) de 1940, *o qual presumia como perigosos* (art. 78) "aqueles que, nos termos do art. 22, são isentos de pena [inimputáveis]" (art. 78, I), "os referidos no parágrafo único do art. 22 [semi-imputáveis]" (art. 78, II) e "os condenados por crime cometido em estado de embriaguez pelo álcool ou substância de efeitos análogos, se habitual a embriaguez" (art. 78, III). Além disso, o Código Penal dispunha que "não se revoga a medida de segurança pessoal, enquanto não se verifica, mediante exame do indivíduo, que este deixou de ser perigoso" (art. 81, *caput*) (Brasil, 1940).

Como se vê, o cerne dos dispositivos legais girava em torno do conceito de *periculosidade*, a qual deveria ser constatada através de *avaliação médica*, que emitiria um *diagnóstico* (ser ou não ser perigoso).

A partir das décadas de 1960 e 1970 observou-se uma grande mudança de paradigmas no mundo ocidental: houve uma revalorização dos direitos humanos e foi dada grande ênfase à questão da liberdade individual. Esse fenômeno atingiu diversos segmentos da sociedade e, no plano da Psiquiatria, manifestou-se através de um movimento que negava até mesmo a existência da doença mental (antipsiquiatria). Muitas pesquisas dirigiram-se para temas que tinham íntima relação com a liberdade do doente mental, e iniciaram-se as primeiras contestações à prática de internações psiquiátricas involuntárias ao alvedrio exclusivo do médico assistente e do familiar responsável pelo paciente.

Além disso, iniciou-se a *desconstrução* da idéia do *louco perigoso*. A essa fase é que remontam os trabalhos que negam qualquer associação entre doença mental e crime. Ou seja: com os resultados dessas pesquisas buscava-se demonstrar que o *louco* não apresentaria mais riscos à segurança pública do que um cidadão comum. Logo, não necessitaria de segregação. Estava definitivamente consolidada a opção pelo tratamento psiquiátrico o menos coercitivo possível, trocando-se o modelo de base hospitalar pelo de base comunitária. É claro que os mentores dessas formulações *esqueceram* de conceder os necessários créditos à grande e verdadeira revolução que se deu no campo da Psiquiatria, que foi a

da descoberta dos psicofármacos, os quais possibilitaram a efetiva mudança de paradigma. Tudo se passou como se a simples *vontade política* houvesse possibilitado o esvaziamento dos manicômios e a devolução dos doentes mentais para os seus lugares de origem.

Como se sabe, a reforma da legislação penal brasileira se deu no auge dessa etapa. Em 1984, surgiram a nova Parte Geral do Código Penal e a Lei de Execução Penal (LEP), ambas ainda em vigor (Brasil, 1984; 1984). Apesar de a nova Lei ter mantido a questionável exigência de uma avaliação *diagnóstica* de periculosidade (sempre no formato dicotômico, ser ou não ser perigoso), percebe-se que o legislador foi sensível ao momento histórico que vivia. Assim, além da revogação do duplo binário (Almeida, 2005), passa a prever a possibilidade de cumprimento de medida de segurança (MS) em bases ambulatoriais (art. 96, II) e a mantém apenas para aqueles considerados inimputáveis (art. 26, *caput*). Em relação aos semi-imputáveis (art. 26, parágrafo único), surge o dispositivo de que a aplicação da medida de segurança apenas se dará quando necessitar o condenado de *especial tratamento curativo* (art. 98). Em relação aos criminosos imputáveis, estabeleceu-se o princípio da individualização do tratamento penitenciário através do exame criminológico (art. 8º da LEP) e a progressão de regime (art. 112 da LEP) mediante parecer da Comissão Técnica de Classificação, colegiado integrado por funcionários do sistema penitenciário, psiquiatra, psicólogo e assistente social. A avaliação da periculosidade deixava, portanto, de ser atribuição exclusiva do profissional médico e passava a ser compartilhada com outros técnicos.

A terceira fase das pesquisas sobre a associação entre doença mental e crime traz novos dados. Reconhece-se agora que a presença de certos transtornos mentais é fator de risco para a prática de atos violentos, mas sabe-se que estes devem ser sopesados dentro de referenciais mais amplos (Lidz *et al.*, 1993). Assim, embora quadros psicóticos possam favorecer a prática de atos violentos; sexopatias, delitos sexuais; dependência química, agressões físicas e contra o patrimônio; e alguns transtornos de personalidade, crimes em geral; está bem estabelecido que o risco de prática de ato violento é *específico*, e não *genérico*. Ou seja, cada pessoa tem níveis de risco diferentes para a prática de cada um dos diferentes crimes. Por isso, a nova questão proposta não é a de estabelecer se alguém é perigoso (diagnóstico de periculosidade), pois isso todos são, em maior ou menor grau, para tal ou qual delito, mas, sim, qual o risco de que essa pessoa venha a cometer determinada infração num determinado intervalo de tempo (*prognóstico*) (Taborda, 2004).

No plano legislativo, observa-se na fase atual, em relação às medidas de seguranças, uma tendência é de que essas venham a ter uma limitação temporal, a qual seria fixada no máximo da pena cominada ao delito em abstrato (o que já é muito elevado, posto que dificilmente aplica-se a pena máxima nos réus imputáveis). Exemplo disso é o Código Penal espanhol, de 1996. Decorrido esse lapso de tempo, o sistema de justiça criminal abandona a preocupação com o diagnóstico de periculosidade do interno e, independentemente da permanência ou não dessa condição, libera-o definitivamente de qualquer restrição.

No plano judiciário dos países de tradição romana - entre os quais se inclui o Brasil -, observa-se uma dificuldade para lidar com essa nova orientação sugerida pela pesquisa criminológica, pois os magistrados estão vinculados a mudanças legislativas, as quais sempre são mais lentas. Então, segue-se exigindo dos peritos algo que eles não podem, em bom juízo, afirmar, ou seja, que determinado interno ou apenado é destituído de periculosidade. Não há, inclusive, no momento, qualquer notícia de alguma iniciativa legislativa nesse sentido. A própria reforma da Lei de Execução Penal, de 2003, é algo que vem frontalmente de encontro ao momento histórico, pois ao invés de aperfeiçoar o sistema de avaliação de periculosidade - substituindo-o pelo de avaliação de risco - simplesmente suprime o primeiro. E exatamente em relação aos criminosos mais perigosos, aqueles que não são doentes mentais e estão em cumprimento de pena no sistema prisional comum.

Nos países de tradição jurídica distinta, como os filiados à tradição da *Common Law*, esses avanços são assimilados mais facilmente, posto que a própria decisão, por si só, gera um precedente que pode passar a ser invocado por outras cortes.

A Avaliação de Risco

A avaliação de risco vem sendo desenvolvida e aprimorada desde a década de 1980 (Abdalla-Filho, 2004). O país que mais tem contribuído para seu aperfeiçoamento é o Canadá, principalmente através das pesquisas lideradas por Robert Hare (1991), da *University of British Columbia*, e por Christopher D. Webster (1997), da *Simon Fraser University*, também localizada na Colúmbia Britânica.

Ambos os grupos partem de pressupostos diferentes, mas os resultados de seus esforços são convergentes. Hare buscou desenvolver critérios objetivos para diagnosticar psicopatia - um construto clínico, antes que um diagnóstico formal, já que inexistente tanto na CID-10 quanto no DSM-IV-TR, que são os grandes sistemas nosológicos psiquiátricos da atualidade -, pois observara empiricamente que esses indivíduos reincidiam em grau

muito mais elevado do que os demais criminosos. Afora isso, sendo o sistema judiciário anglo-saxão muito mais desafiador para os peritos, os quais devem sustentar seus relatórios verbalmente perante a corte e serem submetidos ao fogo cerrado da *cross-examination*, suas afirmativas devem estar muito bem amparadas sob pena de sofrerem verdadeira desmoralização pública. Assim, com critérios objetivos, facilmente demonstráveis e compreensíveis pelos operadores do Direito, as conclusões expendidas têm muito mais força e respeitabilidade.

Após intenso trabalho, que não cabe neste artigo examinar, chegou-se à versão atual do *"The Hare Psychopathy Checklist - Revised"*, mais conhecido pela sigla *PCL-R*, o qual é o instrumento para avaliação de psicopatia de maior difusão internacional.

O *PCL-R* baseia-se num conceito abrangente e objetivo de psicopatia e analisa a estrutura de personalidade do indivíduo através de uma lista de sinais e sintomas de naturezas diversas formulados operativamente. A partir desse marco, a descrição de um psicopata deixou de ser meramente impressionista e subjetiva e adquiriu contornos mais precisos. Estima-se que de 20 a 40% das pessoas condenadas por prática de crimes apresentem tal característica, números esses derivados de estudos que utilizaram o *PCL-R*.

Esse instrumento aborda duas dimensões distintas que integram o conceito de psicopatia: as manifestações anti-sociais exteriorizadas e os fatores intrapsíquicos. Compõe-se de 20 itens, a saber: loquacidade/charme superficial, sentimento grandioso do próprio valor, necessidade de estimulação/tendência ao tédio, mentira patológica, vigorice/manipulação, ausência de remorso ou culpa, insensibilidade afetivo-emocional, indiferença/falta de empatia, estilo de vida parasitário, descontroles comportamentais, promiscuidade sexual, transtornos de conduta na infância, ausência de metas realistas e de longo prazo, impulsividade, irresponsabilidade, incapacidade de aceitar responsabilização pelos próprios atos, muitas relações conjugais de curta duração, delinqüência juvenil, revogação da liberdade condicional e versatilidade criminal. Cada item é pontuado de 0 (zero) a 2 (dois), o que possibilita que o escore final oscile de 0 (zero) a 40 (quarenta). Quanto mais elevado, mais intenso o grau de psicopatia, considerando-se 30 (trinta) o ponto de corte para populações canadenses. No Brasil, a validação realizada em São Paulo encontrou um ponto de corte de 23 (vinte e três) (Morana *et al.*, 2005). Cada item é apreciado da forma a mais objetiva possível, devendo o avaliador recorrer a entrevistas com o examinando, com terceiros (familiares, vítimas e outros) e a registros oficiais (arquivos judiciaários, penitenciários e médicos).

A deficiência desse instrumento reside no fato de que se detém fundamentalmente no diagnóstico de psicopatia, a partir do qual o avaliador fará seu prognóstico. Como se sabe que os psicopatas reincidem muito mais, ser portador dessa condição aumentaria as chances de prática de ato violento no futuro.

Nesse sentido, o instrumento desenvolvido por Christopher D. Webster e colaboradores - o *HCR-20: Assessing Risk for Violence, Version 2* - é mais funcional, posto que fornece bases mais amplas para um prognóstico de risco mais preciso. O *HCR-20*, à semelhança do *PCL-R*, também se compõe de 20 itens pontuados de 0 (zero) a 2 (dois), o que faz com que seus escores finais flutuem entre 0 (zero) e 40 (quarenta). Entretanto, o diagnóstico de psicopatia, em vez de se constituir no cerne da avaliação, é apenas um dos 20 itens considerados. Isso faz mais sentido, pois se sabe de muitos psicopatas que, apesar de fazerem o mal para os que cruzam seus caminhos, não transgridem as fronteiras da lei penal (ou se a transgridem não são descobertos), ao passo que muito dos criminosos não psicopatas acabam por reincidir por estarem expostos a algumas condições adversas.

Além disso, o *HCR-20* serve para organizar o pensamento clínico, fazendo com que o perito tenha de considerar os mais importantes fatores de risco e serve como um guia para o processo de avaliação. Entretanto, sua maior utilidade reside no fato de que torna transparentes as razões da conclusão emitida. Dessa forma, os profissionais do Direito (advogado do preso, Promotor de Justiça e magistrado) poderão questionar facilmente as conclusões do laudo, não precisando acolher cegamente opiniões técnicas muitas vezes quase incomprensíveis.

O *HCR-20* estrutura-se em três subescalas, das quais extrai a sua denominação. A letra "H" corresponde a 10 (dez) itens históricos (violência prévia, primeiro incidente violento com idade precoce, instabilidade nos relacionamentos, problemas no emprego, problemas com o uso de substâncias, doença mental importante, psicopatia, desajuste precoce, transtorno de personalidade e fracasso em liberação prévia), a letra "C", a 5 (cinco) itens clínicos (falta de *insight*, atitudes negativas, sintomas ativos de doença mental importante, impulsividade e resposta desfavorável ao tratamento), e a letra "R", a 5 (cinco) itens de manejo de risco (planos sem viabilidade, exposição a fatores desestabilizantes, falta de apoio social, não-adesão ao plano terapêutico e estresse). Ou visto de outro modo: passado (H), presente (C) e futuro (R).

Como se pode notar, os autores dão um peso maior ao passado (metade dos itens da escala total) do que aos momentos presente ou futuro. Isso fica bem claro ao se examinarem os dois primeiros itens da

subescala H - violência prévia e idade do primeiro incidente violento -, pois a pesquisa criminológica tem demonstrado que o melhor preditor de violência futura é a prática de violência no passado. Esse fato, muitas vezes, não é bem compreendido pelos profissionais do Direito, pois não raro criticam avaliações que levam em consideração o delito índice (fato pelo qual o examinando foi condenado ou cumpre medida de segurança). Segundo esse raciocínio - correto, do ponto de vista dogmático - o passado foi juridicamente resolvido quando da aplicação da pena ou da medida de segurança. Tomá-lo em consideração novamente corresponderia a um *bis in idem*. Lamentavelmente, porém, a natureza não se atém, necessariamente, aos princípios do Direito...

Apesar de os novos instrumentos de avaliação, como o *HCR-20*, buscarem cobrir uma série de fatores passados, presentes e futuros, deve-se levar em consideração que qualquer prognóstico de risco é necessariamente limitado no tempo, pois é impossível qualquer predição de validade indeterminada. Além disso, a conclusão pericial deve-se ater a manifestar que o examinando ostenta baixo, médio ou alto risco de reincidir, não sendo crível qualquer prognóstico de risco zero (ausência de periculosidade). A avaliação de risco deve também ser estabelecida em relação aos índices de violência em determinada população, devendo o risco ser prognosticado para o tipo de crime específico pelo qual a pessoa está privada de sua liberdade (Taborda, 1989).

Finalmente, cabe lembrar que incumbe aos peritos mostrar claramente aos operadores do Direito os elementos nos quais basearam suas conclusões, mas que a responsabilidade da decisão é prerrogativa indeclinável do magistrado, que a ela deverá chegar dentro do contexto probatório que examinou.

Comentários Finais

Avaliações de risco objetivas e padronizadas são uma garantia de respeito tanto às necessidades sociais de manter afastado do convívio comunitário pessoas com alta probabilidade de reincidência quanto aos direitos humanos dos detentos e internos, os quais não ficariam submetidos ao subjetivismo e vieses da equipe técnica que os examinasse.

A avaliação de risco é específica para o contexto no qual o sujeito será reintegrado, devendo ser enunciado em termos de probabilidade e tendo prazo de validade determinado.

Além do diagnóstico de doença mental ou de transtorno de personalidade é de extrema importância aquilar

o nível de suporte social disponível durante o processo de reinserção comunitária.

Referências

- ABDALLA-FILHO, E. *Avaliação de Risco*. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; e ABDALLA-FILHO, E. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004, pp. 161-174.
- ALMEIDA, F. M. *Heranças Perigosas: Arqueologia da Periculosidade na Legislação Penal Brasileira*. [Dissertação de Mestrado]. Porto Alegre: UFRGS, 2005.
- Brasil. Decreto-Lei nº 2.484/40 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, de 31-12-1940.
- Brasil. Decreto-Lei nº 3.689/41 (Código de Processo Penal). *Diário Oficial da União*, de 24-10-1941.
- Brasil. Lei nº 7.209/84 (Código Penal). *Diário Oficial da União*, de 13-07-1984.
- Brasil. Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal). *Diário Oficial da União*, de 13-07-1984.
- CARNEIRO, M. A. *Realidade, Só a Realidade*. VEJA, nº 2.030, de 27-10-2007, pp. 80-83.
- Brasil. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. IBGE. *Censo Demográfico 2000*. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/censo2000/default.shtm>> (capturado em 18-05-2004).
- HARE, R. D. *Manual for the Hare Psychopathy Checklist - Revised*. Toronto: Multi-Health Systems, 1991.
- LIDZ, C. W.; MULVEY, E. P.; e GARDNER, W. *The Accuracy of Predictions of Violence to Others*. *Journal of the American Medical Association*, nº 269, 1993, pp. 1.007-1.011.
- Brasil. Ministério da Saúde. *Evolução da Mortalidade por Violência no Brasil e Regiões*. Disponível em: <http://www.portal.saude.gov.br>. (capturado em 23-10-2007).
- MORANA, H. C.; ARBOLEDA-FLÓREZ, J.; e CAMARA, F. P. *Identifying the Cutoff Score for the PCL-R Scale (Psychopathy Checklist - Revised) in a Brazilian Forensic Population*. *Forensic Sci Int*, nº 147, 2005, pp. 01-08.
- TABORDA, J. G. V. *Exame Pericial Psiquiátrico*. In: TABORDA, J. G. V.; CHALUB, M.; e ABDALLA-FILHO, E. *Psiquiatria Forense*. Porto Alegre: Artmed, 2004. pp. 43-67.
- TABORDA, J. G. V. *Aspectos da Relação Agressor-Vítima em Homicídios, uma Contribuição à Vitimologia*. (Trabalho de Conclusão - Curso de Especialização em Psiquiatria). Porto Alegre: PUCRS, 1989.
- WEBTER, C. D.; DOUGLAS, K. S.; EAVES, D.; HART, S. D. *HCR-20 Assessing the Risk for Violence, Version 2*. Vancouver: *Mental Health, Law, and Policy Institute, Simon Fraser University*, 1997.

Judicialização da Saúde: algumas reflexões para melhorar a comunicação entre os médicos, os gestores do SUS e o Judiciário

Paulo D. Picon*

*"Na ineficácia e insegurança
dos novos tratamentos
encontra-se o risco da liminar..."*

Resumo

O Judiciário Brasileiro tem sido chamado para a posição de co-partícipe dos processos de decisões diagnósticas e terapêuticas no âmbito do Sistema Único de Saúde e fora dele. Estas decisões, frequentemente de alto impacto financeiro para o gestor público, desorganizam o sistema pelo caráter de individualização da política e pela urgência que o tempo de cumprimento das liminares impõe. Assim, tornou-se fundamental que os pensadores do Direito conheçam os processos de decisão e convencimento médicos (microdecisão) bem como as diferenças com o processo de decisão do gestor público (macrodecisão). Neste artigo abordaremos conceitos básicos de Evidência Científica e de seus métodos de produção, o que é uma prova científica de eficácia de uma intervenção médica e a importância de estabelecermos a segurança de novas tecnologias e tratamentos. Salienta-se como os instrumentos de convencimento médico têm sido utilizados para fins de propaganda de novos e mais caros produtos e tecnologias em saúde. São apresentados exemplos de situações da vida real do Sistema Público Brasileiro e opiniões de autoridades que demonstram a atualidade e a importância deste debate em nível nacional e internacional.

Introdução

O Poder Judiciário Brasileiro tem sido chamado a intervir neste processo sob a alegação de "risco de vida" representado pela falta do tratamento e sob o entendimento de alguns de que o art. 196 da Constituição Brasileira assegura o "direito à vida".

Entretanto, o art. 196 da Constituição Brasileira tem a seguinte redação: *"A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação"*. Precisamos ler todo este artigo para entender que é após a vírgula que o legislador estabelece que devemos atender à Saúde através de "Políticas Sociais e Econômicas" para podermos garantir a universalidade e a equidade. Sem esta interpretação poderemos chegar rapidamente ao entendimento de que o referido artigo assegura o direito a qualquer tratamento desde que recomendado pelo médico. Em nossa opinião, o art. 196 assegura sim o direito a "políticas públicas de saúde" que como tais devem levar em conta aspectos de eficácia e segurança além de aspectos econômicos, estes norteados pelo princípio da eqüidade e da reserva do possível.

Todos os médicos devem lembrar que, ao recomendarem a compra pelo sistema público de saúde de um medicamento cuja ampola custa R\$ 7.380,00 e cujo benefício real e de longo prazo está ainda por ser determinado

* Médico formado pela UFRGS em 1980. Mestrado e Doutorado em Medicina pela UFRGS, é Professor Titular de Farmacologia da Universidade de Passo Fundo e Professor Adjunto de Medicina Interna da UFRGS. Em 2002 recebeu o título honorífico de Comendador da Ordem do Mérito Médico do Brasil pela relevância em Saúde Pública do seu trabalho: *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - Medicamentos Excepcionais* do Ministério da Saúde. É consultor do Ministério da Saúde para assuntos de Medicamentos Excepcionais. É consultor da ANVISA para assuntos de Avaliação de Tecnologias em Saúde (ATS).

na melhor literatura médica internacional, estará determinado ao gestor público um gasto que resultará, com certeza, na redução de recursos para outras doenças mais prevalentes e com tratamento definitivamente estabelecido e salvador (programas de vacinação e de prevenção de mortalidade materno-fetal, programas de nutrição na infância, tratamento da diarréia, tuberculose, doenças cardiovasculares, etc.).

Dentro desta lógica observamos uma crescente disponibilização de serviços advocatícios especializados no direito à saúde a serem ofertados aos necessitados de tratamentos. No Rio Grande do Sul, o número de ações judiciais é crescente e tem demandado muito esforço por parte dos gestores públicos da saúde e da Procuradoria-Geral do Estado com progressivo aumento do número de pessoas envolvidas nas respostas técnicas a esta nova demanda.

O que é evidência (prova) científica em medicina?

Segundo David L. Sackett, considerado o "Pai" da Medicina Baseada em Evidências, "é uma prova científica de eficácia que permite tratar pacientes individuais com segurança". Nós acrescentamos a este conceito a discussão do benefício social, pois não é possível imaginar que poderemos tratar um só paciente com aquela doença, mas, sim, que, se há benefício com o novo tratamento, que ele possa ser socializado, ou seja, adquirido por toda a sociedade e administrado para todos os portadores da mesma doença. Torna-se relevante a discussão do benefício social, pois, para decisão de tratamento de apenas um indivíduo, uma evidência pobre como uma série de casos (ou de um caso) com resultados positivos pode e tem sido utilizada como argumento para requerer o tratamento ao gestor público brasileiro. Contextualizado o benefício social, fica evidente que esta prova deva ser acompanhada de *pelo menos um* estudo clínico que tenha demonstrado eficácia e segurança e que tenha poder estatístico de conclusão suficiente para não ser facilmente refutado, pois acrescenta-se aqui o raciocínio protetor com relação aos riscos deste novo tratamento para a coletividade, e não apenas para um paciente.

Conceito de Prova de Eficácia: o Ensaio Clínico Randomizado (ECR)

Para que possamos discorrer sobre eficácia de tratamentos médicos é preciso que se entenda que, da mesma forma que em qualquer fenômeno biológico, desde a intervenção terapêutica até a evolução para a cura, interpõem-se numerosos fatores. Entre estes estão: 1. A história natural da doença (tendência à remissão ou melhora, etc.); 2. O efeito dito "placebo" contido em cada alusão

terapêutica e onde o simples ato de prescrever um tratamento já determina melhora clínica; 3. O efeito da arte do terapeuta (poder de convencimento), muito presente na figura do médico e no seu carisma; 4. O fenômeno estatístico chamado de "regressão à média", onde o simples ato de medir várias vezes o mesmo fenômeno biológico é acompanhado de uma tendência a encontrarem-se valores diferentes dos anteriores (mais próximos de um valor médio e às vezes fora da faixa de anormalidade); e 5. O efeito intrínseco do tratamento, ou seja, o poder específico deste em alterar a história natural daquela doença.

Assim, à luz da ciência moderna, não podemos admitir que a simples observação de pacientes sob determinado tratamento seja sinônimo de eficácia deste último. Eficácia de um tratamento exige adequada *comparação* para obter-se evidência concreta de seu efeito intrínseco. Precisaremos então tratar pacientes com condições clínicas comparáveis separados em pelo menos 2 grupos: o grupo controle (receberá o melhor tratamento disponível) e o grupo ativo (receberá o tratamento novo que se quer testar). As condições da pesquisa devem ocorrer em ambiente verdadeiramente científico, ou seja: de total isenção de interesses comerciais, onde o vetor determinante é a pergunta científica que se quer responder e com genuína independência por parte dos investigadores. O pesquisador deve utilizar técnicas adequadas de randomização (aleatorização para criar grupos semelhantes e "emparelháveis"), deve ser capaz de realizar estudos onde a sua influência pessoal nas medidas e controles seja a menor possível, deve manter o segredo da alocação dos tratamentos nos estudos ditos "cegos" e "duplos-cegos" e deve aplicar métodos adequados de mensuração dos fenômenos. Estes fenômenos deverão ter relevância para o paciente e para a doença estudada, e os resultados do estudo deverão ter relevância para o conhecimento científico e para a sociedade.

Está assim desenhado o experimento com seres humanos: o chamado "Ensaio Clínico Randomizado" (ECR), instrumento considerado indispensável para prova de eficácia dentro do Movimento da Medicina Baseada em Evidências. A este processo de demonstração de eficácia aliam-se medidas de avaliação de segurança dos tratamentos durante a execução dos estudos. Criaram-se assim os estudos de eficácia e segurança. Este método, ideal para estudos de eficácia, entretanto, não é ideal para estudos de segurança, que requerem muito mais tempo de observação dos pacientes em tratamento. Apesar desta limitação, este método foi rapidamente recomendado como indispensável para que novos medicamentos e outras terapias fossem disponibilizados aos pacientes pelas agências internacionais de vigilância, e foram definitivamente incorporados

como estratégia de evolução do conhecimento científico. Eficácia e segurança (pelo menos a de curto prazo) passaram a ser então condições indispensáveis para se autorizar o emprego clínico de qualquer tratamento.

Segurança durante os ECRs precisa ser contextualizada, pois os ECRs são freqüentemente de curta duração e, portanto, requerem que outros estudos (ditos de farmacovigilância ou de "pós-comercialização") sejam conduzidos para avaliar segurança de longo prazo. Exemplo recente do risco do não-seguimento deste "ritual" investigativo foi a demonstração de aumento de risco de morte por infarto do miocárdio em pacientes em uso de Rofecoxib (Vioxx®), que levou à sua retirada do mercado em 2004.

A utilização do ECR como estratégia no processo de produção de um medicamento

De maneira não menos veloz que a academia e os agentes responsáveis pela saúde pública internacional, a indústria de medicamentos passa entender a exigência de demonstração de eficácia e segurança como o "terceiro obstáculo" (1º, demonstração de boas práticas de fabricação, e 2º, demonstração de qualidade do produto final) e passa a incorporar o ECR em seus processos. Poderosa, passa a contratar grupos acadêmicos em vários países e a determinar a sua agenda de pesquisa. Desenvolve meios de execução rápida destes estudos, publica somente aqueles estudos cujos resultados são positivos ou relevantes para o seu produto, determina, através de parcerias com a academia e com as sociedades médicas, quais os temas que serão abordados nos congressos médicos, financia grupos, estudos tendenciosos, escritores fantasmas.

Criaram-se mecanismos de fortalecimento de revistas médicas através de propaganda expressa de seus produtos na contracapa (ou em página próxima) da revista onde o estudo de interesse está publicado. Utilizam-se da estratégia de compra de cópias (*reprints*) dos artigos de seu interesse para estimular os editores a publicarem seus artigos e para distribuir aquele artigo mais rapidamente aos médicos.

Atualmente, são necessários apenas alguns dias para termos nas mãos de todos os médicos do Brasil cópias de artigos internacionais já traduzidos para o português desde que este artigo traduza o interesse do produtor em algum novo medicamento.

Quase simultaneamente às publicações científicas consideradas estratégicas, são "plantados" em revistas e jornais leigos artigos tratando da importância daquela doença, sem deixar de mencionar que já existe ou está por vir um novo produto para o seu tratamento. Cram-se sites de informação sobre o produto e a doença na *Internet*

onde as publicações de interesse são rapidamente distribuídas e discutidas. A amostra gráts chega aos consultórios, e dali aos pacientes. O nome comercial, a marca, o potencial benefício passa a fazer parte do domínio público. Assim, temos que admitir a eficiência das estratégias da indústria farmacêutica de convencimento de todos os diferentes segmentos da sociedade e em todos os níveis do processo de tomada de decisão.

A evidência produzida "maquiada" pré-registro

Precisamos ter em mente que a maioria dos ECRs é desenhada para detectar benefícios e de preferência para não detectar riscos. Assim, temos um modelo de investigação com potencial de criar falsas verdades, especialmente quando se trata de segurança. Efeitos adversos raros tendem a aparecer somente quando um grande número de pessoas tiver sido exposto ao tratamento. Assim, a curta duração dos tratamentos durante os ECRs tendem a produzir dados falhos em detectar danos. Por esta razão, as agências de vigilância sanitárias em geral exigem ou recomendam estudos de longo prazo, também chamados de estudos de farmacovigilância ou pós-comercialização. Infelizmente, temos que admitir que a maioria dos novos medicamentos registrados pelas agências reguladoras internacionais entra no mercado sem adequada avaliação de riscos. Esta é a razão que fundamenta a preocupação dos responsáveis mais diretos pela saúde pública ao se defrontarem com a nova tecnologia. A grande maioria dos novos medicamentos é classificada como *me-too* (eu também), o que significa medicamento com eficácia idêntica ao que já existe no mercado e que apenas representa uma nova possibilidade de lucro ao seu produtor. Estes *me-too*, entretanto, carreiam o risco do "novo" de desenvolver efeitos adversos não conhecidos.

Os gestores do SUS recomendam cautela aos prescritores, pois, uma vez avalizados pelo Ministério da Saúde, este assume a premissa: "o uso público do produto traz maior benefícios do que danos". Para que esta premissa seja válida precisamos ter dados de segurança de longo prazo. Expor a população inteira ao risco de um novo produto sem estes dados pode ser considerado erro grave. Aos médicos e aos Juízes temos recomendado muita cautela com o "novo" produto, há que se contemporizar o risco de morte alegado à doença com o risco de morte do tratamento.

A Dra. Márcia Angell chama a atenção para o fato de que após a introdução no mercado de um produto aprovado para epilepsia (a gabapentina) houve uma tremenda campanha de propaganda nos EUA que foi responsável pela transformação do medicamento em um

boom de vendas - a maioria para indicações tais como dor e ansiedade (o chamado uso *off-label*). Em 2003, as vendas de gabapentina atingiram o índice de 2,7 bilhões, sendo que 80% desses foram de usos não aprovados pela agência de regulação americana de medicamento e alimentos, o "FDA".

Temos observado que o "risco de vida" do paciente que solicita o medicamento tem sido alegado mesmo para situações onde aquele tratamento não apresenta nenhuma prova científica de que poderá alterar a sobrevida no caso do paciente em tela. Freqüentemente, são medicamentos que, se foram testados naquela doença específica, demonstraram apenas pequenas mudanças em achados laboratoriais, e que sequer melhoraram a qualidade de vida daqueles pacientes. Alerta-se para o fato grave de que se está criando no paciente o sonho da cura com aquele produto, o que não acontecerá. Está lesado aqui um dos princípios do bom exercício da medicina: "*Primum non nocere*", pois criar falsas ilusões também pode ser lesivo. O aval do Judiciário em uma situação como esta estende a responsabilidade do magistrado para o mundo dos sonhos e fantasias.

A "maquiagem" da evidência científica através das múltiplas publicações

Estudos com resultados positivos para o novo produto ou tecnologia tendem a ser publicados com maior freqüência, em menor período de tempo, em inglês (viés de idioma), mais de uma vez (viés de múltiplas publicações), além de serem mais citados por outros autores (viés de citação). Tivemos exemplo recente de estudos com efeitos adversos graves com o novo produto serem "escondidos" pelo seu produtor e não publicados. Estudos com resultados negativos, onde o novo produto não acrescentou nada ao antigo, frequentemente não são publicados.

A "maquiagem" da evidência científica na fonte: pesquisadores e prescritores

O estudo "Financiamento pela indústria, resultados finais e qualidade das pesquisas", uma revisão sistemática publicada no *Jornal Britânico de Medicina*, de 31 de maio de 2003, demonstrou que estudos financiados pela indústria farmacêutica apresentaram uma probabilidade bem maior de encontrar resultados positivos favoráveis ao financiador (RC de 4,05 = ↑405% de probabilidade). Trata-se de uma metanálise (revisão) de ensaios clínicos randomizados. A explicação provável foi de que os estudos fizeram uma seleção inapropriada do grupo controle (erro induzido pelo investigador) e também foram mais publicados os estudos com resultados positivos (viés de publicação).

Assim, temos assistido a um fabuloso e progressivo processo de criação, onde o agente financiador vai montando o chamado "corpo" das evidências científicas e estas seguem o seu curso natural no caminho do convencimento médico. Este processo só terminará se alguém muito bem treinado for capaz de identificar pontos falsos ou pouco consistentes nos estudos clínicos e capaz de fazer três simples perguntas: este produto funciona? Para quê? Por quanto tempo?

Posições inovadoras de autoridades internacionais:

A Dra. Márcia Angell é uma referência internacional, está entre as vinte pessoas mais citadas hoje nos Estados Unidos. É médica, professora de Harvard, foi editora chefe da maior revista de Medicina do mundo, *The New England Journal of Medicine*, e lançou um livro em 2004, ainda extremamente atual, sob o título *A Verdade sobre a Indústria Farmacêutica: Como eles nos enganam e o que fazer a respeito*. Ela defende que é necessário romper a dependência dos profissionais médicos em relação à indústria farmacêutica, que a indústria tem um controle inadequado sobre os produtos que ela própria fabrica. Ela diz claramente que não entende por que, se ninguém confia em um comerciante quanto à sua imparcialidade na avaliação do produto que vende, por que os médicos continuam acreditando na indústria farmacêutica?

São treze os capítulos do livro da Dra. Márcia, mas os capítulos 8 e 9 abordam o tema do convencimento médico pela propaganda. O capítulo 8 trata do que ela chamou de "propaganda mascarada de educação". Há um investimento pesado, de bilhões de dólares, nos Estados Unidos, em "pseudo-educação", propaganda mascarada de educação para os médicos e para os estudantes de medicina proporcionada pela indústria farmacêutica, e em propaganda mascarada de pesquisa. Em 2001 foram investidos nos Estados Unidos U\$ 19 bilhões em "marketing educacional". Ela cita uma mensagem de empresas encarregadas de prestar serviços de educação médica à indústria nos EUA: "*Medical education is a powerful tool that can deliver your message to key audiences, and get those audiences to take action that benefits your product*" - Propaganda Direta das *Medical Education and Communication Companies* (MECC).

A autora critica a forma de como evoluíram os congressos médicos que segundo ela lembram um "Carnaval". Trata-se de uma intensa e cansativa exibição de produtos e tecnologias que têm transformado o conteúdo, o método e a qualidade da comunicação durante mega-eventos cujo financiamento tem parte preponderante da

indústria. Como financiadora torna-se fácil estabelecer critérios de pauta, dos assuntos e dos convidados.

A autora também apresenta o resultado do acompanhamento de prescrições realizado pelas indústrias após fornecimento de jantares aos médicos: 70% de aumento de prescrição do produto que financiou o jantar. Segundo a autora, existe um outro fenômeno que é extremamente deletério, qual seja, o de artigos científicos publicados em revistas de circulação internacional por autores fantasmas. Ela cita um trabalho onde 33 de 44 artigos publicados na Dinamarca são de autores fantasmas. Os autores fantasmas são pagos para colocarem o seu nome na autoria do artigo, mas é escrito, na verdade, por membros contratados pela indústria que precisa vender o seu produto. A Dra. Márcia chama a atenção para a importância da contratação por parte da indústria farmacêutica dos *tough leaders* especialistas proeminentes usualmente em instituições acadêmicas, conferencistas que influenciam numerosos colegas.

Outra autoridade internacional, o Dr. Richard Smith, editor do Jornal Britânico de Medicina, afirma que os jornais médicos são extensões dos braços de propaganda da indústria farmacêutica. Sugere que os jornais médicos deveriam apenas criticar os estudos da indústria e não publicá-los, os estudos na íntegra deveriam estar disponíveis na *Internet*, e os comentários críticos sobre eles seriam responsabilidades dos editores das revistas médicas. Ele revela como a indústria consegue os resultados desejados em seus estudos "científicos": a) Conduzindo um ECR contra um tratamento sabidamente inferior (ou dose baixa do competidor); b) Realizando ECR contra doses muito altas do competidor, fazendo-o parecer mais tóxico; c) Realizando um ECR com amostra muito pequena para detectar diferenças entre os medicamentos em teste (*me-too*); d) Usando múltiplos desfechos e selecionando para publicação apenas aqueles que apresentarem resultados favoráveis; e) Fazendo ECR multicêntrico e selecionando aqueles centros que apresentaram resultados favoráveis; f) Realizando análises de subgrupos e selecionando para publicação apenas aqueles favoráveis; g) Apresentando resultados com maior probabilidade de impressionar ou gerar impacto (exemplo: Risco Relativo ao invés de Risco Absoluto).

Em 2003 o Dr. David L. Sackett juntamente com seu colega Andrew D. Oxman publicaram um artigo onde ambos literalmente divertiram inúmeras outras autoridades em epidemiologia, pois apresentaram de maneira jocosa as estratégias utilizadas pela indústria farmacêutica em suas pesquisas. Eles se propuseram a criar uma empresa para prestar serviços à indústria do que eles chamaram *doggy-pharma*, a indústria de *doggy-drugs*

ou "drogas ruins". Eles anunciaram então a criação da *HARLOT* (*How to Achieve Positive Results without actually Lying to Overcome the Truth* - como encontrar resultados positivos sem necessariamente mentir, mas de forma a encobrir a verdade). Segundo eles, "nós, os autores, estamos cansados de ser bons e pobres e decidimos sacrificar o primeiro para superar o segundo". Entre os serviços da *HARLOT* estariam: a) nós criaremos protocolos de pesquisas facilitadores (*E-Zee-Me-Too Protocols*); b) criaremos um grupo especialista em ética, o *Ethics-R-Us*; c) teremos os times de administração de pesquisas para agilizar os resultados, os *RATs* (*Research Administration Teams*); d) teremos, na unidade estatística, grupo capaz de identificar com precisão qual o subgrupo de pacientes que se beneficiará do seu produto desde que ele não seja pior do que dois goles de água com açúcar (o *FPSU* - *Find the Pony Statistical Unit*); e) teremos os escritores fantasmas (os *Ghost Writers in the Sky*); f) haverá um grupo capaz de fazer qualquer declaração por um Euro (*SAFE - Say Anything For an Euro*); g) um outro grupo de celebridades poderá ser utilizado na mídia (o *SCUM* - *Sick Celebrities to Use in the Media*); h) teremos um esquadrão para espalhar a idéia de horror aos portadores da doença a ser tratada (os *SHARKS* - *Striking Horror And Retreat through Killer Solicitors squad*); entre outros serviços.

Este artigo recebeu numerosas cartas e contribuições, tornando-se mais uma referência internacional criativa do Prof. David Sackett. Se este assunto já se tornou motivo de piada acadêmica, por que a maioria dos médicos continua a confiar na maioria dos textos publicados? Resposta: a maioria dos médicos não aprendeu, em seus bancos acadêmicos, leitura crítica de artigos científicos. Muitos utilizam o ensino médico continuado das indústrias como fonte de informação e atualização.

O Poder Judiciário e a inserção de tecnologias no SUS

No Brasil, uma nova estratégia de convencimento do Judiciário instalou-se de forma inexorável nos últimos anos, tornando-se uma demanda crescente. Estamos assistindo a uma avalanche de ações judiciais solicitando medicamentos e outros insumos. Somente no Estado do Rio Grande do Sul temos assistido a um processo que deverá imobilizar os gestores estaduais num futuro breve. Passamos de 1.126 em 2002, de 2.477 em 2003, de 2.980 em 2004, de 4.855 em 2005 para 6.800 em 2006. Temos ações judiciais por medicamentos e para situações clínicas onde sequer houve estudos de eficácia e segurança. A demanda por medicamentos ao gestor público estadual (principalmente os mais caros) aumenta em escala geométrica a cada ano. Estamos sendo forçados a

utilizar recursos que seriam essenciais e salvadores para numerosas condições clínicas prevalentes e relevantes do ponto de vista de saúde pública, para situações onde nenhum benefício foi demonstrado. Situações experimentais, sem qualquer comprovação científica de eficácia ou mesmo de segurança e onde sequer o medicamento foi testado. Alguns destes medicamentos não têm registro no País ou sequer têm aval da Associação Médica Brasileira.

Basta que um médico acredite na possibilidade da cura, prescreva a um paciente e apresente um laudo justificando o risco de vida associado ao não-tratamento (coisa comum especialmente em doenças graves e fatais como câncer) para, imediatamente, a inicial de um processo estar pronta para ser encaminhada ao julgamento do Juiz. Infelizmente esta demanda judicial pode traduzir-se em mandado e assim na incorporação da nova tecnologia no sistema público brasileiro. Muitos mandados acompanham-se de quantitativos e valores de tratamento superestimados, pois se basearam em doses iniciais freqüentemente maiores (tempo de tratamento ou dose diária recomendadas têm direta implicação nos custos mensais). Como estes tratamentos são feitos à revelia do sistema de atenção (o paciente não precisa estar dentro do SUS para receber), uma vez iniciados, mesmo ineficientes, freqüentemente não serão interrompidos nem pelo médico, nem pelo paciente, nem pelo Juiz, muito menos pelo gestor público. Este é um exemplo dos riscos a que ficam submetidos os pacientes que recebem medicamentos por mandado judicial. Já tivemos casos de pacientes recebendo um tratamento com um antiinflamatório que deveria ser esporádico (7 a 10 dias) perpetuarem este uso por 5 anos. Além disso, temos as prescrições pelo nome comercial, estas decisões limitam ainda mais a possibilidade de compras a preços adequados, pois impede que o gestor estabeleça compra por licitação pública, a compra deve obedecer ao mandado e ser feita pelo nome comercial.

Em outras situações, alguns Juízes têm determinado o bloqueio de valores diretamente nas contas do Governo do Estado e repasse para o paciente de valores em espécie. Esta decisão impede de forma absoluta qualquer possibilidade de o gestor comprar o medicamento a preços adequados, pois os recursos são repassados diretamente ao usuário. Os valores são alarmantes como os preços unitários dos novos produtos. No Rio Grande do Sul atingimos em 2007 a cifra de R\$ 2 milhões mensais em bloqueios das contas do Estado para compra de produtos relacionados à saúde. Junto ao grupo de trabalho da Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul e da SES-RS, temos detectado e denunciado situações de fraudes e de utilização indevida destes recursos repassados diretamente ao beneficiário. Não é difícil imaginar que aquelas pessoas

interessadas em fraudar o Erário Público estejam olhando para este processo com interesses escusos. É difícil acreditar que um pai deixe de comprar o medicamento recomendado ao seu filho para utilizar o recurso em outros fins, mas até este exemplo já tivemos em Porto Alegre.

Alguns exemplos de medicamentos e valores gastos através de ações judiciais à Secretaria Estadual da Saúde do Rio Grande do Sul, de março/2005 a março/2006: Palivizumabe, R\$ 59.202,00; Adalimumabe, R\$ 1.346.090,00; Etanercepte, R\$ 312.996,00; Sildenafil, R\$ 731.778,00; Rituximabe, R\$ 1.487.363,00; Trastuzumabe, R\$ 2.375.066,00; Temozolamida, R\$ 1.582.380,00. Assim, neste período gastamos R\$ 7.884.875,00 com medicamentos que não salvaram nenhuma vida, pois nenhum deles apresenta prova científica de que salva vidas. Nestas situações é possível aceitar-se a alegação de "risco de vida" ou devemos questionar e fazer um balanço com os reais benefícios dos tratamentos? Temos acrescentado a esta equação a questão do "risco de morte" associado ao tratamento. Tivessem estes mesmos recursos financeiros sido aplicados em programas de saúde materno-infantil, teriam certamente muito mais impacto na sobrevida da nossa população.

O que fazer com tudo isso? Recomendações finais do autor:

Aos médicos, atentarem para o risco da vinculação espúria com a indústria e ao risco de danos aos pacientes, em especial dos procedimentos e medicamentos novos. Recomenda-se voltar aos bancos acadêmicos para um bom curso de análise crítica da literatura. E jamais aceitarem a hospitalidade da indústria.

Aos Juízes o autor recomenda, antes da liminar, que levem à exaustão o exercício do contraditório, valorizem as ações protetoras dos gestores da saúde pública, solicitem perícias a médicos isentos de conflitos de interesse ou mesmo solicitem declaração de conflitos de interesses quando houver divergência de opiniões entre o prescritor e o gestor público.

Aos pacientes, que pratiquem o hábito de escolher médicos isentos de conflitos de interesses, que pagam suas próprias passagens aos congressos, que saibam ler criticamente e que pratiquem a leitura de ensaios clínicos randomizados.

Aos jornalistas o autor recomenda que sempre que entrevistarem uma autoridade médica solicitem autorização para publicação de seus conflitos de interesses.

Aos políticos envolvidos nas questões da saúde, que declarem suas relações com as indústrias farmacêuticas e de equipamentos, que não aceitem a hospitalidade destas sob risco de perderem nosso voto.

Declaração de Conflitos de Interesses: O autor declara que não tem nenhum conflito de interesses com a grande indústria farmacêutica internacional. Como pesquisador e responsável pela criação da primeira Unidade de Pesquisa Clínica do Hospital de Clínicas de Porto Alegre em 2001, financiada pela ANVISA para realização de estudos de Bioequivalência em atenção à Lei dos Genéricos, tem realizado estudos com medicamentos genéricos e de fitoterápicos exclusivamente para a indústria de capital 100% nacional. Como Professor da UFRGS, o autor acredita que esta deva ser uma missão da Universidade Pública Brasileira: participar de todos os processos estabelecidos pela ANVISA para qualificação dos medicamentos fabricados e disponibilizados à população Brasileira.

Bibliografia

1. Angell, M. Academic medical centers and conflicts of interest. *JAMA*. 2006 Jun 28; 295(24):2848; author reply 2848-9.
2. Angell, M. Excess in the pharmaceutical industry. *CMAJ*. 2004 Dec 7;171(12):1451-3.
3. Angell, M. *The Truth About the Drug Companies: how do they deceive us and what to do about it*. Random House. New York. 2004.
4. Costa A. F., Picon P. D., Dall'Acqua P. B., Sander G. B., Herrlein C. M. P., dos Reis J. G. *Public Health State Authority and State Attorneys reducing irrational use of technology: an example of a collaborative work in Rio Grande do Sul-Brazil*. Health Technology Assessment International. Adelaide. 2006.
5. Coyle S. L., *Physician-Industry relations. Part 1: individual physician*. *Ann Intern Med* 2002;136:396-402.
6. Coyle S. L., *Physician-Industry relations. Part 2: Organizational Issues*. *Ann Intern Med* 2002;136:403-06.
7. Davidoff F., De Angelis C. D., Drazen J. M., Hoey J., Hojgaard L., Horton R. et al. *Sponsorship, Authorship, and Accountability*. 11. *NEJM* 345, 825-826. 2001.
8. Dieppe P. A., Ebrahim S., Martin R. M., Juni P. *Lessons from the withdrawal of rofecoxib*. *B. M. J.* 2004 Oct 16;329(7471):867-8.
9. Fuchs F. D., Wannmacher L., Ferreira M. B. C. *Fundamentos da terapêutica racional*. Editora Guanabara Coogan. Rio de Janeiro. 2004.
10. Juni P., Altman D. G., Egger M. *Systematic reviews in health care: Assessing the quality of controlled clinical trials*. *BMJ*. 2001 Jul 7;323(7303):42-6.
11. Juni P., Reichenbach S., Egger M. *COX 2 inhibitors, traditional NSAIDs, and the heart*. *BMJ*. 2005 Jun 11;330(7504):1342-3.
12. Kjaergard L. L., Als-Nielsen B. *Association between competing interest and authors' conclusions: epidemiological study of randomized clinical trials in the BMJ*. *BMJ* 2002;325:249-52.
13. Montaner J. S. G., O'Shaughnessy M. V., Schechter M. T. *Industry-sponsored clinical research: a double-edged sword*. *Lancet* 358, 1.893-1.895. 2001.
14. Moynihan R., Cassels A. *Selling Sickness: how the world's biggest pharmaceutical companies are turning us all into patients*. Nation Books. New York. 2006.
15. Murray C., Frenk J. *World Health Report 2000: a step towards evidence-based health policy*. *Lancet* 2001;357:1698-1700
16. Picon P. D., Beltrame A. Ministério da Saúde. *Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas - Medicamentos Excepcionais*. Porto Alegre: Gráfica e Editora Pallotti; 2002.
17. Picon P. D., Costa A. F., Sander G. B. *Protocolos Clínicos*. Unimed Porto Alegre. Nova Prova. Porto Alegre. 2006.
18. Picon P. D. *Conflitos de Interesses na Prática Clínica. Conferência na Academia Sul-riograndense de Medicina*. In: Bonamigo T. e col. Espaço CREMERS - *Conflitos de Interesses em Medicina. Revista da AMRIGS*; 50(2):166-172, abr.-jun.2006.
19. Relman A. S., Angell M. *America's other drug problem: how the drug industry distorts medicine and politics*. *New Repub*. 2002 Dec 16;227(25):27-41.
20. Sackett D. *Might banning trial publication do more harm than good?* *PLoS Med*. 2005 jul.;2(7):e220.
21. Sackett D. L., Oxman A. D. *HARLOT plc: an amalgamation of the world's two oldest professions*. *BMJ*. 2003 Dec 20;327(7429):1442-5.
22. Sackett D. L. *Campaign to revitalise academic medicine: don't believe us*. *BMJ*. 2004 Jul 31;329 (7460):294.
23. Sackett D. L. *Editorial independence at the BMJ: and the author apologises unreservedly*. *BMJ*. 2004 Sep 11;329(7466):624-5.
24. Schultz K. F., Chalmers I., Hayes R. J. et al. *Empirical evidence of bias: dimensions of methodological quality associated with estimates of treatment effects in controlled trials*. *JAMA* 1995;273:408-12
25. Smith R. *Curbing the influence of the drug industry: a British view*. *PLoS Med*. 2005 Sep;2(9):e241. Epub 2005 Aug 2.
26. Smith R. *Lapses at the new England journal of medicine*. *J R Soc Med*. 2006 Aug;99(8):380-2.
27. Smith R. *Medical journals are an extension of the marketing arm of pharmaceutical companies*. *PLoS Med*. 2005 May;2(5):e138. Epub 2005 May 17.
28. Smith R. *Should medical journals carry drug advertising? Yes*. *BMJ*. 2007 Jul 14;335(7610):74.
29. Smith R. *The trouble with medical journals*. *JRSocMed*. 2006 Mar;99(3):115-9. Review.



SENTENÇAS CÍVEIS

Processo: 033/1.05.0040631-9 - Ação Declaratória

Comarca de São Leopoldo

5ª Vara Cível

Autor: M. M. S.

Réus: C. M. K. E A. R. K.

Juiz Prolator: Leandro Raul Klippel

Data: 28 de abril de 2006

Ação declaratória de nulidade de sentença. Sentença ultra / extrapetita. Nulidade relativa, no caso concreto, passível de sanação pela preclusão 1. Possibilidade de decretação de nulidade de uma sentença ultra / extrapetita em ação anulatória. 2. A circunstância de uma sentença ser ultra / extrapetita deve ser considerado, no caso concreto, como nulidade relativa, porque fere primordialmente interesse particular da parte. 3. Tratando-se de nulidade relativa, o prejudicado deve argüi-la na primeira oportunidade que tiver para se manifestar. Não o fazendo, considera-se sanado o vício pela preclusão. 4. Pedido julgado improcedente.

Vistos.

M. M. S. ajuizou Ação Declaratória contra C. M. K. e A. R. K., narrando que em 18.08.1993 firmou com os demandados Contrato Particular de Compra e Venda de um apartamento. Disse que os demandados ajuizaram uma ação revisão do referido contrato. Ocorre que a sentença que julgou a ação é extra petita. Requereu a declaração de nulidade da mencionada sentença.

O autor aditou a inicial, que foi recebida por esse juízo.

Citados os demandados apresentaram contestação. Argüiu, em preliminar, a coisa julgada material e litispendência. No mérito, disseram que, devido a separação do casal, foi enviada Notificação Extrajudicial para o autor, informando o interessado na rescisão do contrato. Posteriormente, ajuizaram ação de revisão contratual com o objetivo de declarar nula a cláusula que previa a perda dos valores pagos quando da rescisão do contrato. Sustentou não ser a sentença nula. Requereu a condenação do autor em litigância de má-fé.

Houve réplica e apresentação de contra-razões do agravo retido interposto. Instadas as partes acerca da produção de provas, nada requereram. Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Julgo antecipadamente o presente feito, de acordo no artigo 330, I, do C.P.C., porquanto não há necessidade de produção de prova em audiência, pois a questão é unicamente de direito. Ademais, as partes restaram silentes quando instadas a se manifestar sobre as provas que pretendiam produzir, com o que se presume a sua concordância com o julgamento no estado do processo.

Cuidam os presentes autos de ação judicial que tem como principal pretensão a declaração de nulidade de sentença que rescindiu contrato de compra e venda de imóvel urbano. Antes de adentrarmos nas questões jurídicas objeto desta demanda, necessário fazer breve resenha das circunstâncias fáticas que ensejaram a batalha judicial travada entre as partes.

Conforme se depreende dos autos, o ora autor, M. M. S., vendeu aos demandados o apartamento nº 000 do residencial 'M. S.', localizado na Rua F. C., tendo os requeridos A. e C. se comprometido a pagar o preço em 100 parcelas mensais e sucessivas. O Contrato de Promessa de Compra e Venda que instrumentalizou tal negociação encontra-se juntado a fl. 30 e seguintes da ação ordinária, tendo sido firmado em 18 de agosto de 1993. Em dezembro de 1998, os compradores A. e C., ora réus, alegando não terem mais condições de pagarem as prestações estabelecidas em contrato, notificaram o vendedor M., ora autor, da intenção de rescindir o contrato, conforme se depreende a fl. 77/78 destes autos. Na mesma época, os compradores A. e C. ajuizaram Ação Revisional de Cláusulas Contratuais contra o

vendedor do bem, cuja inicial encontra-se juntada a fl. 25/29. Tal feito foi julgado pela sentença de fl. 44/51, a qual declarou rescindido o aludido contrato de compra e venda e condenou o comprador a devolver as parcelas pagas, descontadas multa contratual, comissão de corretagem e antecipação da entrada. Em sede de recurso de apelação tal sentença restou mantida, sendo unicamente determinada que a devolução fosse procedida em 10 (dez) vezes, conforme acórdão de fl. 52/58. Este transitou em julgado em 30 de dezembro de 2002, conforme certidão de fl. 88. Já em abril de 2003 os ora réus, A. e C., ajuizaram Ação de Execução de Título Judicial, intitulando obter a devolução das parcelas que haviam pago relativamente à aquisição do imóvel, conforme sentença e acórdão antes mencionado (inicial de tal feito encontra-se a fl. 08 da ação cautelar em apenso). O executado opôs embargos do devedor em face desta execução, os quais foram julgados improcedentes, conforme sentença de fl. 82 da ação ordinária e fl. 50 da ação cautelar.

Feita esta breve exposição dos fatos envolvendo a presente demanda, passemos a apreciar as questões jurídicas postas em causa nas presentes demandas. O principal fundamento da inicial do presente feito diz respeito à nulidade da sentença que julgou a ação de revisão de cláusulas contratuais, sob argumento de que a decisão de fl. 44/51 seria *ultra e extra petita*.

Preliminarmente à apreciação desta causa de pedir é necessário se fazer algumas considerações acerca da possibilidade de decretação de nulidade de sentença por meio de decisão em ação declaratória de nulidade.

Segundo os mais abalizados ensinamentos da doutrina e da jurisprudência, a decretação da nulidade de uma sentença em um processo no qual a citação do demandado é inexistente ou nula pode ser declarada por meio de três vias processuais diversas, cabendo a escolha ao postulante. São elas a Ação Rescisória, os Embargos à Execução ou Ação autônoma de declaração de nulidade da sentença, a chamada *querela nullitatis*.

Estas possibilidades são magistralmente expostas por ADROALDO FURTADO FABRÍCIO (Réu Revel não Citado “Querela Nullitatis” e Ação Rescisória, *in Ajuris*, 42/7). Neste artigo tal mestre pondera que o vício decorrente da falta ou nulidade da citação é suficientemente grave para permanecer ao longo do processo, imune a todas as preclusões, inclusive a maior delas que é a coisa julgada, porquanto a própria legislação processual permite a sua alegação transitada em julgado a sentença, sendo um dos fundamentos admitidos para o ajuizamento dos embargos à execução (art. 741, I, do

CPC). Entretanto, tal passo legal não é suficiente para amparar todos os réus vencidos à revelia, porquanto nem todas as sentenças de procedência são passíveis de execução ensejadora dos embargos, mas só as condenatórias. Ademais, tais embargos ficam na dependência de prévio ajuizamento da execução, o que pode talvez jamais vir a acontecer, permanecendo sobre o demandado tal sentença contrária a seus interesses, a minar-lhe o crédito, o bom nome e a tranqüilidade. Deve-se também considerar que os embargos à execução têm uma limitada área de atuação, dependendo da eficácia da sentença, bem como de ato voluntário da contraparte em executar a sentença.

Também é admissível o uso da ação rescisória, porquanto a falta ou nulidade de citação viola literal disposição de lei, sendo, por este motivo, rescindível sentença proferida na qual há a presença de tal vício, de acordo com o procedimento do art. 485 e seguintes do CPC.

Contudo, não se pode deixar de pensar em outras vias de dedução da pretensão de declaração da nulidade de ato judicial, sendo de rigor que se admita também o ajuizamento de ação autônoma de declaração de tal nulidade. Adroaldo Furtado Fabrício assim se manifesta:

Todas as considerações já alinhadas conduzem a conclusão de continuar admissível no direito brasileiro contemporâneo ação autônoma de desconstituição da sentença proferida contra o réu revel não citado, que representa a continuidade e a sobrevivência, pelo menos nesta limitada hipótese, da ‘querela nullitatis’. Significa isto que a postulação em juízo pela nulidade da sentença independe, no caso, tanto de sua rescisão como do uso dos embargos à execução, com algumas consequências relevantíssimas. A primeira é a de não se prescindir dirigir a argüição a um juízo de grau ou hierarquia superior à do prolator da sentença, mas a este mesmo. Outra é a de não se submeter a ação cogitada ao curto espaço decadencial, em que é proponível o pedido de rescisão.

...

Desde o momento em que transita em julgado a sentença, o réu, que não foi validamente citado e caiu em revelia, está habilitado a servir-se da ‘querela nullitatis’ como ação ‘ordinária’, declaratória e autônoma, ou da ação rescisória, sem restrição alguma na escolha que exercerá, segundo a sua melhor conveniência.

Tal raciocínio, com as devidas reservas e adequações, pode também ser aplicado no caso de sentença *ultra ou extra petita*, a qual, conforme remansosa jurisprudência, pode ser rescindida, pois não adequada ao pedido formulado pelo autor. Assim, adequada e juridicamente

possível a via eleita. Passemos a apreciar a situação concreta.

Inicialmente deve ser esclarecido que a petição inicial de um processo judicial delimita a lide posta em causa, sendo que a sentença que decidir esta ação deve se adstringir ao pedido nela formulado, sob pena de ser considerada *infra petita* (caso não sejam apreciadas todas as pretensões), *ultra petita* (se decidir além do pedido) ou *extra petita* (se julgar questões não postas em juízo pela inicial).

Alegou o requerente que a inicial da referida Ação Revisional de cláusulas contratuais postulou somente a revisão/decretação de nulidade de algumas cláusulas contratuais, sendo que a sentença rescindiu o contrato, a despeito de inexistência de pedido expresso neste sentido. Contudo, após a apreciação da prova dos autos e da situação concreta, de rigor a conclusão de que o pedido de decretação de nulidade da sentença deve ser julgado improcedente.

Incialmente refira-se que um dos pedidos da referida ação revisional era a inclusão de cláusula contratual que permitisse o cancelamento do contrato (item 2 de fl. 29). Ora, desta pretensão pode-se inferir que os autores daquele feito, ora réus, pretendiam efetivamente desfazer o contrato. Tal vontade também restou absolutamente clara do conteúdo da notificação do vendedor por eles realizada (fl. 77/78). Portanto, sob este raciocínio, a sentença não teria julgado além ou fora do pedido, se adstringindo ao requerimento dos então autores, uma vez que a pretensão de rescisão estaria inclusa neste item.

Ressalvo que também factível a interpretação de que tal pedido não era de rescisão do contrato, mas, sim, de mera *declaração* judicial de que tal pretensão era viável, mas que deveria ser postulada em outra demanda. Em outras palavras, o pedido seria meramente *declaratório* da possibilidade jurídica de rescisão do contrato, sendo que a pretensão *deconstitutiva* deveria ser postulada em feito autônomo.

Contudo, mesmo se admitirmos que a aludida ação ordinária não continha pedido de rescisão do contrato, nem mesmo implícito, ainda assim, se impõe o juízo de improcedência do feito.

Caso reconhecida a existência de sentença *extra* ou *ultrapetita*, há nulidade no presente feito, porquanto teriam restado feridos os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório, porquanto teria sido julgada pretensão surpreendendo o réu (ora autor), sem oportunidade que este contraditasse especificamente tal pedido. Portanto, em tese, caberia a rescisão da referida

sentença por meio da presente ação judicial, pelo fato de que a mencionada decisão seria nula.

Entretanto, para a decretação desta nulidade é necessário tecer algumas considerações teóricas acerca da Teoria das Nulidades Processuais.

É possível agrupar os vícios resultantes da infração do modelo traçado na lei processual em três grandes categorias. O mais grave de todos é a inexistência do ato. Algo se cria no plano fático, mas por uma deficiência grave, não pode ser elevado ao plano da existência jurídica. Não pode ser objeto de sanação. O exemplo clássico é sentença dada por juiz aposentado. O ato inexistente não tem a mínima aptidão de produzir efeitos (jurídicos), justamente porque corresponde a um 'não-ato' e não a um ato processual viciado. O menos grave é a simples irregularidade, a qual é um vício que afronta uma formalidade não-essencial. Tal ato será sempre válido. As irregularidades atingem sempre requisitos úteis ao processo, entretanto não essenciais, ensejando a responsabilização do agente causador do vício, mas não a anulação do ato. Em posição intermediária se situa a *nulidade processual*. Assim, ato inválido não é o ato inexistente; igualmente não é sinônimo de ato ineficaz; tampouco se confunde com o ato viciado.

De acordo com esta conceituação, o vício que se estuda é atingido por nulidade processual, uma vez que em momento algum se pode dizer que a sentença que se pretende anular é inexistente, porquanto é ato processual levado a cabo onde, quando como e por quem devia ser praticado (magistrado investido de judicância, competente para o julgamento daquele feito), dentro de uma estrutura processual constituída, portanto existente, mas contaminado de vício que lhe é originalmente externo.

Galen de Lacerda, em sua obra *Despacho Saneador*, sistematizou as nulidades processuais, elucidando tão árduo tema, dentro de princípios gerais elásticos em que predominam as idéias de finalidade, conversão, prejuízo e repressão ao dolo processual. Tal doutrinador utilizou os seguintes critérios para classificação das invalidades processuais:

Em primeiro lugar surge a análise do interesse tutelado. É feito um exame teleológico da norma, ou seja, a verificação se na norma prevalecem fins editados pelo interesse público ou interesse privado (da parte). Trata-se de tutela preferencial do interesse público ou privado, não se pretendendo distinguir normas que tutelem exclusivamente este ou aquele interesse.

Segue-se a análise do caráter da norma violada. Norma cogente é aquela que imponha ou proíba determinada conduta de modo a não permitir regramento diverso

pelas partes. Dispositiva ou supletiva é a regra jurídica que incide apenas na hipótese de inexistir conduta diversa da parte, ou seja, há possibilidade de adoção pelo interessado de conteúdo diferente pela parte sem que daí decorra contrariedade ao direito. Se esta última, por definição, tem por conteúdo a tutela de interesse da parte, aquela, por mais abrangente, pode tutelar, preferencialmente interesse público ou, alternativamente, interesse da parte.

Utilizando estes critérios Galeno de Lacerda classificou as invalidades processuais em:

a) Nulidade absoluta: Infringência a normas que tutelam o interesse público. Deve ser decretada *ex officio* pelo juiz. Os vícios passíveis de se constituírem em nulidades absolutas são, por definição, insanáveis. É dever do juiz reconhecer tal defeito, decretando a nulidade. Desse modo, incorre a preclusão. A qualquer momento pode ser decretada a nulidade absoluta, qualquer um podendo invocá-la, inexistindo a necessidade de demonstração de interesse.

b) Nulidade relativa: A norma desrespeitada tutela o interesse da parte, mas tem caráter cogente. O juiz tem a faculdade de proceder de ofício, ordenando o saneamento pela repetição, ratificação ou pelo suprimento da omissão. Se a parte teve a oportunidade de manifestação e não o fez, preclui o direito de fazê-lo. Entretanto, se não foi dada a oportunidade, pode ser decretada a nulidade de ofício. Dar oportunidade é a parte ser intimada para tal. Não se manifestando, ocorre preclusão para a parte. Os vícios eventualmente ocasionadores de nulidade relativa são por definição sanáveis. Sua configuração não decorre simplesmente da infração. O juiz deve verificar necessariamente a ocorrência de prejuízo àquele a quem a decretaria interessa.

c) Anulabilidade: A norma violada também tutela interesse preferencial da parte, mas tem caráter dispositivo. Como o ato permanece na esfera de disposição da parte, a sua anulação só pode ocorrer mediante reação do interessado, vedada ao juiz qualquer provisão de ofício. O saneamento depende pura e exclusivamente da omissão da parte. Somente pode ser decretada se a parte arguir.

No caso concreto, considero que a alegada nulidade da sentença, pelo fato desta ser *extra* ou *ultrapetita* fere primordialmente o interesse da parte, uma vez que esta é que teve contra si prolatada a aludida sentença inquinada de nula e que poderá lhe causar prejuízo. Não há interesse público neste víncio, uma vez que somente se está a decidir o interesse pecuniário do autor, demandado no feito original. Somente a este interessa se o

contrato de promessa de compra e venda do terreno deve ser considerado rescindido ou não, sendo indiferente ao restante da sociedade o resultado deste. Portanto, o víncio em comento é de nulidade relativa de acordo com a classificação supra.

Quando da decretação de uma invalidade processual se utilizam, segundo os doutrinadores, uma série de princípios, os quais têm a sua raiz na lei processual, nos artigos 243 e seguintes do CPC. Dentre eles podemos enumerar os seguintes:

1) Princípio do prejuízo: Não há nulidade sem prejuízo. Requer-se que quem invoque o víncio formal alegue e demonstre que tal víncio produziu um prejuízo certo e irreparável para si, o qual não pode ser sanado se não com o acolhimento da alegação de nulidade. Aplicação do art. 249, § 1º. Não basta a existência de um víncio para que a alegação de nulidade seja procedente, se a existência deste não prejudicou os litigantes.

2) Princípio da Convalidação: Se a parte interessada consentiu expressa ou tacitamente não se decreta a nulidade. Os atos processuais serão suscetíveis de convalidação se não impugnados na oportunidade devida (art. 245 do CPC, ou seja, na primeira oportunidade em que cabia a parte falar nos autos). O conceito de convalidação está intimamente ligado ao da preclusão, geralmente provocada pela omissão da faculdade impugnativa dos atos defeituosos.

3) Princípio da proteção: A decretação da nulidade não pode ser requerida pela parte que lhe deu causa. Tem a finalidade de evitar o dolo da parte. O víncio deve emanar do órgão jurisdicional ou da outra parte.

4) Princípio da Instrumentalidade das formas (ou da finalidade, segundo Antônio Janyr Dallagnol e Ovídio A. Baptista da Silva): Só serão anulados os atos defeituosos se o escopo do ato não tiver sido atingido. A consequência do que a norma visa atingir faz com que o ato seja válido, ainda que tenha sido praticado afrontando o modelo legal.

5) Princípio da Conservação: Consiste em procurar salvar tudo o que é possível. Utiliza-se um ato imperfeito nos mesmos efeitos de um ato perfeito. A conservação alcança-se mediante a união do ato imperfeito a um ato sucessivo, as chamadas causas de sanatória. Para ser conservado, o ato deve ser seguido de outro fato, cuja função está em sub-rogar a imperfeição. Ex. Art. 214, § 1º: o comparecimento espontâneo supre a nulidade ou falta de citação. Idem art. 248 e 249. Pode o ato não ser passível de aproveitamento, mas ter todos os elementos de outro esquema, quando se dá a conversão de uma espécie em outra.

6) Princípio da Causalidade: A nulidade de um ato contaminará os posteriores que lhe sejam dependentes. Este princípio é regulado pelo art. 248 do CPC.

Na referida sentença do processo de revisão (fl. 44/51), como já mencionado, poderia ser reconhecido que restou decidida questão não objeto de expresso pedido da parte autora daquela demanda, qual seja, a pretensão de rescisão contratual. Entretanto, o autor foi regulamente intimado desta sentença, tendo inclusive apresentado contra-razões ao recurso de apelação dos autores daquela demanda, os ora réus A. e C., na qual estes discutiam especificamente a forma pela qual se daria a devolução das parcelas por eles pagas. Destarte, evidente que tinha o autor ciência da decretação da rescisão contratual, mormente o fato de especificamente impugnar a postulação da apelação de que fosse compelido a restituir os valores que havia recebido em uma única vez.

Refira-se também que o requerente não ajuizou qualquer recurso aos Tribunais Superiores (conforme certidão de trânsito em julgado de fl. 88), tendo também deixado transcorrer o prazo regulado pelo art. 495 do CPC para a interposição de ação rescisória.

Veja-se que o autor igualmente nada mencionou acerca da alegada nulidade quando opôs embargos à execução ajuizada pelos ora demandados, na qual estes executavam especificamente o julgado que rescindiu o contrato e condenou o autor a devolver os valores pagos ao vendedor M., ora requerente. Novamente poderia o autor alegar o mencionado vício da sentença, porquanto, reitere-se, era sabedor da sua existência.

Portanto, considero que tal vício foi sanado pela inéria do requerente em se insurgir contra a sentença que quer ver anulada. Poderia este ter alegado tal vício nas várias oportunidades que teve em processos judiciais instaurados (apelação na própria ação ordinária e os mencionados embargos do devedor) ou remédios processuais que tinha a seu dispor (Recursos Extraordinário ou Especial e Ação Rescisória).

O processo deve atender ao princípio da instrumentalidade das formas, uma vez que o que este busca é atender as pretensões de direito material. Além disso, deve preservar tanto quanto possível a estabilidade das relações constituídas, somente sendo decretada a nulificação de determinado ato quando evidente que a parte não teve oportunidade de se manifestar. No presente caso, embora não tenha a rigor havido pedido expresso de rescisão do contrato de compra e venda e consequente pedido de condenação à devolução dos valores pagos pelos compradores ao vendedor (ora requerente), este teve inequívoco conhecimento do conteúdo de tal

decisão, sem que se opusesse mediante os diversos meios processuais postos a sua disposição.

Deixando de manifestar a sua inconformidade nestes momentos processuais, o requerente fez operar o instituto da preclusão, já que teve a oportunidade de manifestação, porquanto houve o inequívoco conhecimento da existência de que o contrato de promessa de compra e venda que havia firmado com os requeridos havia sido rescindido e que fora condenado a ressarcir os valores despendidos por estes últimos. Ocorrendo a preclusão da possibilidade de manifestação, o vício foi sanado, uma vez que o autor não manifestou a sua inconformidade no primeiro momento processual em que teve conhecimento desta alegada nulidade.

Aplica-se, por conseguinte o Princípio da Convalidação, uma vez que o autor não alegou esta invalidade na primeira oportunidade em que a parte podia falar nos autos, qual seja após a intimação da sentença, nem nas diversas oportunidades processuais que tiveram para tanto.

Destarte, a presente ação declaratória de sentença deve ser julgada improcedente, uma vez que a alegada nulidade é classificada como nulidade relativa, a qual foi sanada pela preclusão, pois não houve manifestação do autor quando tomou ciência de que a sentença havia rescindido o contrato e que havia sido condenado a devolver os valores que recebera como pagamento da aludida venda do apartamento aos ora requeridos.

No tocante ao pedido de condenação do autor em litigância de má-fé, entendo não estarem presentes os requisitos elencados no art. 17 do CPC. Para ensejar uma condenação é necessária a indicação precisa da motivação, não bastando a simples afirmação genérica de que houve resistência injustificada.

Ante o exposto, julgo improcedente a presente Ação Declaratória, ajuizada por M. M. S. contra C. M. K. e A. R. K..

Condeno o autor ao pagamento das custas processuais, bem como aos honorários advocatícios em favor do patrono dos demandados, arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), de acordo com artigo 20, § 4º, do CPC, em face da natureza da causa e o trabalho despendido, tendo em vista não haver condenação.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

São Leopoldo, 28 de abril de 2006.

Leandro Raul Klippel
Juiz de Direito

Processo nº: 001/1.05.2291441-5 - Ordinária – Outros**Comarca de Porto Alegre****3ª Vara Cível do Foro Central****Autor: S. S. T. S. A.****Réu: C. D. Ltda****Juiz prolator: Mauro Caum Gonçalves****Data: 29 de março de 2007**

Compra e Venda Mercantil. Trading. Financiamento, pela trading, do produto exportado. Descaracterização da simples intermediação. Negócios mercantis complexos. Teoria do Risco. Indenização pela não aceitação do produto pelo comprador. Improcedência.

1. Relatório

S. S. T. S/A, qualificada na inicial, ajuizou ação de cobrança contra C. D. Ltda., igualmente qualificada, explicando o que vem ser uma trading company, e como se dá seu funcionamento e regulação legal. Narrou que, na condição de trading company que é, em 22/08/2002, entabulou com a demandada contrato de compra e venda continuada, condicionado e equiparado a exportação e outras avenças, sob nº 437/2002, instrumento regulador das relações comerciais que se seguiriam entre as partes contratantes, pertinente à exportação de mercadoria da requerida. Explicou que, depois disso, realizaram contrato aditivo para cada exportação feita, aditivo este que tratava de questões específicas de cada operação, tais como preço, prazos, condições etc.. Disse que entabulava com a demandada compra e venda em regime de conta corrente, de forma que a fábrica emitia a nota fiscal e enviava as mercadorias, o que lhe dava direito a crédito do qual eram abatidas as despesas relativas à exportação, ficando o saldo remanescente em favor da requerida. Esclareceu que sua atuação era de procuradora da demandada, e que por diversas vezes operaram segundo o esposado, sem problemas, até o momento em que a requerida produziu sapatos em desconformidade com o pedido do cliente importador, iniciando o desentendimento entre as partes. Informou que no contrato principal, que denomina de como contrato-mãe, constavam as diretrizes pertinentes à relação comercial, que tinha especificações de cada negócio através dos aditivos, ressaltando que, embora fosse procuradora da demandada, era esta, junto do cliente importador, quem decidia, por exemplo, qual despachante faria o desembarque aduaneiro. Descreveu como outra modalidade possível de negócio o financiamento da requerida pela requerente, através da compra e venda com pagamento adiantado do preço, como se deu na contratação em que houve problema por defeito dos sapatos. Historiou que, através do agente internacional de sapatos, Z. E. Ltda., a demandada foi contratada para produzir 9.378 pares de sapato, conforme o pedido do cliente importador, e que, na ocasião deste negócio, adiantou pagamento à requerida, mediante desconto feito por esta no preço, tudo nos termos do aditivo contratual que firmaram, sob nº 044. Narrou que, superados os trâmites legais, enviou a mercadoria ao cliente importador, que as devolveu por inadequação destas, isso após o pagamento já efetuado pela demandante à demandada, que se negou a resolver o impasse extrajudicialmente. Disse que absorveu o prejuízo que, segundo alega, foi desencadeado pela requerida, a qual foi notificada, sob argumento de obrigação, por força de cláusula contratual, ao reembolso. Relatou ter recebido em resposta contra-notificação da demandada, na qual esta alegou desconhecer o vínculo contratual de compra e venda, e, ainda, que as mercadorias foram produzidas adequadamente, tendo sido aprovadas por prepostos do importador, negando-se a receber, em devolução, os produtos. Sustentou haver enriquecimento sem causa da requerida, e que, mesmo com a venda, que promoveu, de 3.052 pares de sapato junto ao mercado secundário, por preço muito inferior ao de mercado, porque foram tidos como produtos de segunda mão, experimentou prejuízo relativo aos demais produtos não exportados e não vendidos, bem como relativamente às despesas de frete. Postulou, assim, a condenação da demandada ao pagamento da quantia de R\$ 275.734,34, que abrange os produtos remanescentes e o frete, e ao pagamento das despesas tributárias em virtude do cancelamento da exportação, tudo corrigido monetariamente, acrescido de juros moratórios. Juntou documentos (fls. 28/215).

Regularmente citada (fl. 217 verso), a requerida ofereceu contestação no prazo legal (fls. 218/232). Argüiu a preliminar de carência de ação, sustentando que, sendo fundamento alegado a ocorrência de vícios redibitórios, pertinentes à relação contratual, deve a requerente postular a desconstituição da relação, com fins a colocar as partes em situação idêntica àquela anterior ao negócio, além do que a pretensão deve ser coerente ao vínculo alegado. Postulou a extinção da ação por falta de interesse de agir processual. Também argüiu preliminar de inépcia da inicial,

argumentando a falta de especificação da causa de pedir próxima, no caso, identificação dos vícios redibitórios. No mérito, confirmou a contratação datada de 22/08/2002, afirmando que, não obstante os termos do contrato, a demandante angariaria clientes no exterior, através de um agente, para quem a demandada produziria mercadorias de acordo com o pedido do comprador. Sustentou que, para cada uma das negociações posteriores, eram efetivados aditivos, e que após a fabricação dos produtos a demandante se encarregava de todos os trâmites burocráticos, até a efetiva entrega no exterior. Explorou que recebia as especificações dos produtos através do agente exportador, representante do cliente estrangeiro, que também fiscalizava o processo produtivo e, sendo atendidas as especificações técnicas, autorizava o embarque. Relatou que, em 10/08/2004, as partes entabularam o contrato aditivo nº 044, pelo qual a demandada negociou, em compra e venda, os sapatos cuja produção foi pedida pela empresa C. R. – M. C., sendo agente exportador dessa operação a empresa Z. E. Ltda.. Disse que produziu 8.574 pares de sapato, cujo processo produtivo foi acompanhado pelo agente exportador, que revisou as mercadorias e expressamente autorizou o embarque. Historiou que, assim, foram emitidas as notas fiscais e entregue a encomenda na empresa T. J. Ltda., onde as mercadorias foram novamente revisadas e que, somente após isso, recebeu o pagamento efetuado pela requerente, a qual, passado algum tempo, a notificou e ajuizou a presente ação, sob argumento de que os produtos fabricados não atenderam às especificações do pedido do cliente importador. Sustentou não bastar a afirmação de que os produtos não atenderam às especificações do importador, sendo necessária a realização de prova, cujo ônus compete à demandante. Afirou que os 8.574 pares de sapato nunca foram entregues à empresa C. R. M. C., pois parte deles, 5.522 pares, continuam estocados na T. J.. Impugnou as impressões das mensagens eletrônicas da empresa C. R., por estarem em língua estrangeira, sem tradução juramentada, como exige o CPC. Argumentando a hipótese de acolhimento da tese de inadequação das mercadorias, postulou a observação do art. 503, do Código Civil, segundo o qual, nas coisas vendidas conjuntamente, o defeito oculto de uma não autoriza a rejeição de todas. Impugnou, outrossim, as avaliações supostamente feitas por empresários do chamado mercado secundário, ressaltando se tratarem de avaliações que contaram com o mesmo texto, e, praticamente, a mesma formatação, o que evidencia terem sido confeccionadas pela demandante. Quanto à venda de 3.052 pares de sapato no mercado secundário, disse não haver prova de

que a negociação tenha sido da mercadoria produzida, nem de que tenha ocorrido perante o mercado secundário. Apontou que o documento de fl. 176, pertinente à venda ao mercado secundário, ocorreu em 11/08/2004, apenas dois dias depois de a demandante ter pago o valor correspondente à mercadoria produzida pela demandada, e mais de duas semanas antes das mensagens eletrônicas da empresa C. R. desistindo do contrato. Salientou que a data inscrita na avaliação de fl. 170 é de 09/11/2004, um dia antes da venda de 1.392 pares de calçados negociados a U\$ 10 o par, mas antes da avaliação da mercadoria nesse valor. Impugnou a comissão relativa à venda no mercado secundário, às despesas de transporte, e à cotação do dólar para fins de cálculo do prejuízo alegado. Ao fim, postulou o acolhimento das preliminares, ou a improcedência do pleito. Juntou documentos (fls. 233/306).

Houve réplica (fls. 308/321), com a juntada de novos documentos (fls. 322/354), dos quais deu-se vista à parte adversa.

As partes foram intimadas sobre as provas a produzir (fls. 355/356).

A demandante postulou a realização de prova oral e a tradução juramentada das mensagens eletrônicas acostadas (fl. 357).

A demandada, ao se manifestar, também requereu a realização de prova oral, com o depoimento pessoal da demandante, através de seu representante legal, e de testemunhas a serem arroladas (fls. 358/359).

Sobreveio o despacho saneador, ocasião em que foram afastadas as preliminares argüidas pela requerida e determinada a produção de prova oral e documental (fls. 360/362).

Desta decisão não consta que as partes tenham recorrido.

A requerente arrolou testemunhas (fls. 364/365), bem como a requerida (fl. 366).

Designada audiência de instrução e julgamento (fl. 367), e cumpridas as diligências pertinentes, inclusive com a expedição de cartas precatórias.

Realizada audiência de instrução e julgamento neste juízo (fls. 390/408).

Inquirida a testemunhas N. R. S. por precatória (fls. 417/418), bem como as testemunhas D. R. B. e R. W. (fls. 454/458).

Homologado o pedido de desistência de oitiva de duas testemunhas arroladas pela requerida (fl. 451), e encerrada a instrução do feito (fl. 462).

Em debates orais finais, as partes foram basicamente remissivas.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Passo a fundamentar a decisão.

2. Fundamentação

Superadas as preliminares argüidas pela demandada (decisão de fls. 360/362), bem como a dilação probatória, impõe-se o julgamento da lide.

O cerne da presente contenda é, ao ver deste juízo, saber quem deve absorver o prejuízo decorrente de mal sucedida negociação de exportação, cujo pedido de fabricação de milhares de calçados foi simplesmente cancelado pelo cliente importador.

O que se conclui da narrativa das partes, dos documentos e da prova oral, como fato incontrovertido, é que a empresa norte-americana W. M., representando a C. R. M. C., solicitou à empresa Z. E. – tida como agente internacional de sapatos – a fabricação de milhares de pares de bota, e esse pedido, que inicialmente se dirigiu a uma fábrica do nordeste, por problemas financeiros desta, acabou sendo encaminhado à fábrica ora demandada, C. D. Ltda..

Outros fatos incontrovertidos se extraem dos autos:

1) a empresa D., após fabricar mais de 8.000 pares de sapato, emitiu nota fiscal e encaminhou os mesmos à T. J., para ficar à disposição da demandante S. S., que havia comprado tais pares, e pagou o preço entre os dias 09 e 27/08/2004 (fls. 180/208);

2) concomitantemente ao pagamento, pela S. S., da última parcela à D., precisamente na data de 27/08/2004, foi enviada correspondência eletrônica pelo representante do cliente importador, comunicando o cancelamento do pedido (fl. 156).

A partir de tal cancelamento, a requerente, que já havia pago o preço correspondente a 8.574 pares de sapato (fls. 179/214), buscou ressarcir-se do prejuízo junto à requerida, que não aceitou a devolução da mercadoria, e, muito menos, o pretenso reembolso (fls. 167/168), sob argumento de que as mercadorias eram de propriedade da demandante, e que a aprovação das mesmas determinou a aquisição destas.

Como admite o próprio representante legal da demandante (fl. 393), e o representante da empresa tida como agente exportadora confirma (fl. 404), os produtos fabricados somente saíram da fábrica, e, portanto, eram emitidas as notas fiscais, depois da aprovação quanto à qualidade dos mesmos, prática que se mostra de acordo com a cláusula 7.3, do Contrato sob nº 437/2002 firmado entre as partes (fls. 49/56).

E, quanto aos produtos em questão, o agente exportador referiu não haver problema com qualidade, creditando o possível cancelamento ao desgaste da relação comercial, a partir do cliente importador que,

provavelmente, agira de má-fé (fl. 401), e, no sentir deste juízo, senão pautada pela má-fé, teve conduta comercial inadequada, para dizer o mínimo.

E aí se extraí outro fato incontrovertido, de que a aquisição das mercadorias pela demandante somente se deu após a aprovação, quanto à qualidade, pelo agente exportador, representante dos interesses do cliente importador, empresa norte-americana.

Embora as disposições contratuais quanto aos negócios de compra e venda a serem firmados (objeto do contrato 437/2002 – fl. 49, e aditivo 44 – fl. 118), aos riscos por defeito das mercadorias (cláusulas 16.1 a 16.5 – fls. 53/54), e a estipulada condição suspensiva, no sentido de que a perfectibilização de eventual contrato de compra e venda de produtos entre as partes dependeria do pagamento a ser realizado pelo cliente importador (cláusulas 4.3 – fl. 50, e 17.1 a 17.4 – fl. 54), a própria demandante é quem narra, na exordial, que as negociações comerciais com a demandada se davam pelo pagamento a esta somente após concluída a operação de exportação, o que veio a ser diferente e estranhamente estipulado por ocasião desta última operação, na qual houve problema pelo cancelamento do agente importador.

Havia uma realidade de sucessões contratuais, que perdurou no tempo entre as partes, em regime de conta corrente administrada pela requerente, que assim explicou na petição inicial (fl. 08):

[...] a fábrica, ora ré, emite a Nota Fiscal de venda e envia as mercadorias, isso lhe dá direito a um crédito na sua conta corrente, a partir daí, a trading, ora autora, efetua diversos pagamentos para fornecedores, transportes, despesas de liquidação, etc.

Dessa forma, o saldo credor, da conta corrente da fábrica nos sistema de controle da autora, é de direito da fábrica, é o valor líquido das exportações. [...] (SIC).

Por ocasião do pedido do cliente importador, representado pelo agente exportador, empresa Z. E. Ltda. (o qual, posteriormente, veio a ser cancelado, desencadeando o presente litígio), foi firmado entre as partes o aditivo 044 (fls. 117/122), que, diferentemente das outras operações negociais mantidas, como afirma a própria requerente, importou no pagamento, pela demandante à demandada, do preço pertinente a 8.574 pares de bota.

Ou seja, houve a aquisição de mencionadas mercadorias pela requerente, a quem competia os trâmites pertinentes à exportação para o cliente norte-americano; e essa aquisição se deu após a aprovação, pelo agente exportador, representante do cliente importador no Brasil, quanto à qualidade dos produtos.

A verificação da qualidade resta provada, além da prova oral, pela prova documental, qual seja, as autorizações para embarque (fls. 242/245, 258, 269, 272, 279, 286, 296/297).

E houve, de fato, uma alteração da realidade contratual entre as partes, as quais, durante toda a relação comercial mantida até então, se acertavam pelo descrito sistema de conta corrente, e, quanto ao caso em tela, acertaram a efetiva compra e venda da mercadoria produzida.

Ainda que, para fins de exportação, conste o nome da *trading* como adquirente da mercadoria, independentemente de o negócio se dar pelo sistema de conta corrente ou pagamento prévio (compra e venda), há substancial diferença entre uma situação e outra, que reflete, fatalmente, sobre a condição suspensiva.

A requerente, de fato, comprou as mercadorias a serem exportadas, e o fez após a aprovação de qualidade e mediante desconto ("Por esse adiantamento de preço a ré concedeu um desconto, à autora, conforme aditivo" – inicial, fl. 14).

E, o que restou admitido pelo representante legal da demandante, ao prestar depoimento, não foi a ocorrência de *adiantamento* do preço a ser, posteriormente, pago pelo cliente importador, mas o efetivo pagamento, a revelar a aquisição.

Há no contrato, desde sua denominação, a referência à *compra e venda* de mercadorias a serem produzidas pela demandada, mas a realidade da relação contratual não era de efetiva compra e venda, e, sim, como também arrazoa a demandante, de fomento financeiro proporcionado por esta à fábrica, sendo que a requerente arcava na frente com as despesas de exportação, repassando o pagamento do cliente importador, descontando tais despesas, à requerida, relação que foi desnaturada quando ocorreu, de fato, a compra e venda.

Ou seja, a demandada transferiu o domínio dos 8.574 pares de sapato à demandante, que pagou o preço, em dinheiro (481, CCB).

Evidentemente não se trata de uma simples negociação de compra e venda entre apenas dois contratantes, pois há uma cadeia negocial a envolver terceiros

contratantes, e a repercussão da conduta de um atinge a de outro, tal como ocorreu no caso em tela, e, à vista disso, estipulações contratuais foram feitas quanto aos riscos do negócio.

Porém, as cláusulas contratuais, firmadas entre as partes, que trataram dos riscos do negócio, revelam acentuado desequilíbrio. Mesmo após a efetiva aquisição das mercadorias pela requerente, inclusive mediante desconto feito pela requerida, e, portanto, realização da compra e venda, a demandante reclama a aplicação de ditas disposições pelas quais o risco é somente da demandada.

As estabelecidas disposições contratuais contrariam frontalmente a justiça contratual (comutativa), bem como a própria atuação, segundo a lei e a prática comercial, da demandante, que se trata de uma *trading*¹, empresa regulada pelo Decreto-Lei 1.248/72, e que se destina ao fomento de exportações, atuando por conta própria ou de terceiros², financiando ou adquirindo mercadorias (compra e venda).

Isso porque:

A) não distribuem eqüitativamente os riscos do negócio, imputando à demandada a assunção dos riscos, seja por defeito do produto, alegação não demonstrada, seja por desacerto com o cliente importador; e

B) imputam à demandada, indistintamente, os riscos pela negociação em si, excluída a hipótese de defeito do produto, mesmo quando a demandante deixa de agir em nome dessa e passa a agir em nome próprio, não mais fomentando a exportação da fábrica, mas adquirindo suas mercadorias.

Como dito, o contrato firmado, até a negociação que originou o desentendimento entre as partes, não revelava a realidade das negociações, pois, anteriormente, pelo sistema de conta corrente, apesar da denominação de "compra e venda", a *trading* atuava em nome de terceiro (a fábrica), provavelmente da forma descrita pela testemunha D. R. B. (fl. 458).

Ocorre que, quando adquiriu de fato os 8.574 pares de sapato, a demandante deixou de agir em nome de terceiro, e passou a agir em nome próprio, buscando proveito próprio, que se traduz no lucro que visava obter

1 – "Basicamente, *trading company* nada mais é do que uma empresa comercial em geral de grande porte, cuja finalidade é operar no país e no exterior. Serve de elo entre o produtor no país de origem e o consumidor final daquele para onde se dirigem as exportações, financiando tanto um quanto o outro, fornecendo-lhes elementos técnicos de mercado e de produção, abrindo novos mercados e outras atividades semelhantes", conforme J. A. Penalva Santos, *in* *Trading companies*, Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro, Ano XIV, Nova Série, n. 17, ano 1974, p. 99.

2 – "Empresa que se dedica a operações de compra e venda de bens e serviços na área do comércio internacional e do comércio interno, agindo por conta própria ou de terceiros", conforme definição de Bruno Ratti, *in* *Vade-mécum de comércio internacional e câmbio*, São Paulo: Aduaneiras, 1991, p. 200.

com a venda dos calçados ao cliente importador, calçados estes já adquiridos com desconto perante a fábrica demandada.

Manifestamente abusivo, restando configurada a atuação em nome próprio da demandante, como acima disposto, imputar à fábrica demandada a responsabilidade pela não conclusão do negócio, cujo motivo certamente não foi defeito do produto, que havia sido aprovado pelo representante do cliente importador (documentos de fls. 242/245, 258, 269, 272, 279, 286, 296/297), o qual, inclusive, acompanhou a produção, e admitiu, em seu depoimento, o desgaste da relação comercial por desinteresse e postura incorreta do cliente importador (fls. 401/404).

Na forma como foi, de fato, realizado o negócio, a cláusula de condição suspensiva para a compra e venda somente poderia estar sujeita à prova e aceitação pela compradora-requerente, restando perfectibilizada a negociação, uma vez verificada a qualidade assegurada pela demandada, segundo o pedido do cliente importador (o que ocorreu segundo depoimento do representante desse), e a adequação ao fim a que se destinavam as mercadorias.

Os demais motivos a justificar condição suspensiva importam em desequilíbrio contratual quanto à divisão de riscos.

Em outras palavras, a justiça contratual não está presente quando a *trading*, sabedora da saída de determinados produtos, adquire os mesmos com desconto, para aumentar sua margem de lucro ao vender as mercadorias diretamente ao cliente importador, e imputa a totalidade dos riscos à fábrica da qual adquiriu os pares de sapato.

Se assim fosse permitido, na hipótese de desistência do negócio pelo cliente importador, como no caso dos autos, haveria, no mínimo, manifesto enriquecimento sem causa da demandante frente à demandada, a qual arcaria com todo o prejuízo da produção dos pares de sapato não vendidos, e mais os valores pertinentes às despesas e aos benefícios fiscais perdidos com a não exportação da mercadoria, ao passo que a demandante, apesar de ter buscado proveito próprio, ainda receberia, como pretende, comissão e resarcimento de todas as despesas.

A pretensão buscada pela requerente se traduz na situação ideal (e irreal) da exploração de uma atividade comercial, com a busca pela maximização da margem de lucro, sem a assunção dos riscos do negócio, sendo estes imputados a terceiros. Seria um verdadeiro “negócio da china”.

Melhor do que essa pretensa exploração (ideal) da atividade comercial só mesmo a confortável situação

do mercado norte-americano de importação, descrita pela testemunha G. P. P., à fl. 407, segundo a qual pedidos de fabricação de mercadorias, produzidas por cerca de 60% das unidades fabris de importante pólo industrial do Estado, são feitos sem absolutamente nenhum comprometimento ou garantia, e estão à inteira mercê dos interesses comerciais de uma das partes (os clientes norte-americanos importadores), como se já não fosse suficiente o lucro baseado no baixíssimo custo da mão-de-obra e produção brasileiras. É o aviltamento e a subjugação às escâncaras.

Não obstante, faz-se necessário destacar que a fábrica demandada também experimentou prejuízo com a atitude desleal do cliente importador, porquanto, como afirmou seu representante legal, R. P. A. (fls. 395 e 398), o pedido inicial era de cerca de 14.000 (quatorze) mil pares de sapato, circunstância que é corroborada pelos documentos trazidos pela demandante, de fls. 57/115, e pelo contrato aditivo n.º 044, firmado entre requerente e requerida (fls. 118 e 119), que demonstram que o pedido do cliente importador foi de 13.737 (treze mil e setecentos e trinta e sete) pares de sapato, dos quais somente 8.574 foram vendidos, com desconto, para a demandante.

Os demais pares, 5.163 (cinco mil, cento e sessenta e três), cuja produção já estava autorizada e vinha sendo feita, como se depreende do depoimento do representante da demandada e do agente de sapatos, representante do cliente importador, “sobraram”, importando em prejuízo assumido pela fábrica, que teve de se utilizar do chamado *mercado secundário*, cuja dinâmica é descrita pelas testemunhas (fls. 405, 456 e 457), e significa a venda do produto por um preço de 50 a 60% inferior ao inicialmente atribuído.

Ou seja, faticamente, ambas as partes arcaram com os riscos do negócio, vindo a experimentar prejuízos proporcionais aos riscos a que se expuseram.

A demandante experimentou o prejuízo pertinente à efetiva compra e venda que decidiu fazer, buscando proveito próprio. E a demandada, por sua vez, arcou com o prejuízo decorrente da produção, ainda que em parte, que decidiu fazer sem exigir garantias do cliente importador, o qual, no sentir deste juízo, é o verdadeiro responsável pelos prejuízos experimentados por ambas.

3. Dispositivo

Ante ao exposto, julgo improcedente os pedidos formulados por S. S. T. S/A nos autos da ação de cobrança que promoveu contra C. D. Ltda..

Condeno a requerente, sucumbente, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios aos patronos da parte requerida, os quais fixo em R\$ 35.000,00

(trinta e cinco mil reais), com base no que dispõe o parágrafo 4º do artigo 20 do CPC, verba a ser corrigida a partir desta data, pelo IGP-M, e que é fixada levando em consideração, outrossim, representar aproximadamente 10% do valor da causa atualizado, percentual que é o mínimo, de acordo com o parágrafo 3º, do já mencionado artigo 20 do CPC.

Publique-se.
Registre-se.
Intimem-se.
Porto Alegre, 29 de março de 2007.

Mauro Caum Gonçalves
Juiz de Direito

– 0 –

Processo nº: 003/1.05.00024260-3 - Retificação de Registro Civil
Comarca de Alvorada
Vara adjunta da Direção do Foro
Requerente: I. B. A.
Juíza Prolatora: Evelise Leite Pâncaro da Silva
Data: 17 de agosto de 2007

Registro Civil. Alteração do prenome e do sexo. Transexualidade. Possibilidade, embora não realizadas todas as cirurgias de transgenitalização. Prevalência da identidade psicológica e considerações sobre a dignidade da pessoa humana. O fato de não ter a autora se submetido a todas as cirurgias para a alteração do sexo anatômico não tem o condão de inviabilizar o pedido de retificação de seu registro de nascimento, uma vez comprovada a sua condição de transexual. O sexo psicológico, a aparência física, e a identidade social evidenciam ser a requerente do sexo masculino, e a manutenção de nome feminino em seus documentos a condenaria a permanentes situações vexatórias. A legislação infra-constitucional deve ser interpretada de acordo com a Constituição Federal, visando à concretização do princípio da dignidade humana e à proteção dos direitos da personalidade.

Vistos etc.

I. B. A., sob o abrigo da gratuidade da justiça, e com fundamento nos arts. 58 e 109 e seguintes da Lei nº 6.015/73, c/c o art. 1.103 e seguintes do Código de Processo Civil, art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, arts. 16 e 21 do novo Código Civil, e arts. 1º, III; 5º, X; e 196, todos da Constituição Federal, ajuizou o presente Pedido de Retificação de Registro de Nascimento, a fim de alterar seu nome para J. B. A..

Aduziu, em síntese, que nasceu no dia 1º de agosto de 1968, sendo registrada como pessoa do sexo feminino, embora questionasse sua sexualidade desde tenra idade.

Acrescentou que sempre esteve insatisfeita com o próprio corpo, pois não se considera mulher. É conhecida no meio social como homem, tem voz e aparência externa de pessoa do sexo masculino, e comporta-se como homem, tanto que tem uma companheira há dez anos, e reside com ela e dois enteados, vivendo a família da produção e venda de docinhos.

Enfatizou que seu nome não condiz com sua personalidade e aparência física, o que a torna vítima de discriminações e preconceitos na comunidade, além de causar-lhe grande sofrimento psíquico, devido à inadequação entre sua anatomia e seu sexo psicológico. Com efeito, sempre que apresenta sua carteira de identidade, as pessoas olham desconfiadas para a autora, que parece um homem com documentos de mulher. Além disso, não consegue trabalho com vínculo empregatício, e permanece sem garantia de seus direitos, obrigando-se a viver como autônoma, auferindo baixa renda mensal.

Salientou, ainda, que não leva uma vida normal e tranqüila, sendo que muitas vezes é ridicularizada e sofre restrições em seus direitos fundamentais, o que lhe traz amargura e sofrimento.

Lembrou, por necessário, que, diante da sua eterna insatisfação com o próprio corpo, passou a procurar atendimentos médicos variados, e acabou descobrindo ser portadora de moléstia intitulada "Transexualismo", de acordo com a Organização Mundial de Saúde (CID - 10), ou "Transtorno de Identidade de Gênero", conforme o Manual Diagnóstico e Estatístico de Transtornos Mentais (DSM - IV).

Discorreu sobre o conceito e o histórico do transexualismo, também conhecido como "Síndrome de Benjamin" ou "Síndrome da Disforia de Gênero", relatando ser recente o reconhecimento oficial da viabilidade técnica para as cirurgias de neocolpovulvoplastia e neofaloplastia, pois formalizado através da Resolução nº 1482/97, do Conselho Federal de Medicina, que autoriza tais procedimentos. Nesse sentido, mencionou que tramita no Brasil o Projeto de Lei nº 70-B, de 1995, de autoria do Deputado Federal José Coimbra, que pretende excluir o crime de lesão corporal nas hipóteses de intervenção cirúrgica destinada a alterar o sexo de paciente maior e capaz, desde que atendidos determinados requisitos. O mesmo Projeto objetiva alterar o art. 58 da Lei dos Registros Públicos, para permitir a mudança do prenome, mediante autorização judicial, nestes casos.

Mencionou doutrina e jurisprudência acerca do tema, demonstrando as últimas conquistas dos transexuais quanto ao exercício da cidadania e dos direitos fundamentais, já reconhecidos também no meio jurídico, além da área médica. Discorreu sobre o princípio da dignidade humana, e a respeito dos direitos à saúde, à intimidade e à vida privada.

Disse, por fim, que já freqüenta o Programa de Transtorno de Identidade de Gênero – PROTIG, no Hospital de Clínicas de Porto Alegre, desde 2001, e que já se submeteu à cirurgia para a retirada das mamas, "mastectomia", sendo que aguarda as operações restantes de transgenitalização, que vêm sendo custeadas pelo Estado, no momento, embora já tenha sido proposta pelo Ministério Público uma ação civil pública para que passem a ser suportadas pelo SUS.

Requeru a retificação de seu nome, e posteriormente do sexo, para acabar com a desconformidade existente entre seus documentos e sua aparência física e psíquica, eliminando, desta forma, sua exposição ao ridículo e a discriminações, e possibilitando-lhe levar uma vida nova mais digna, enterrando seu passado tão sofrido.

Instruiu a inicial com os documentos das fls. 10/119, entre eles, a procuração, uma declaração de pobreza, certidões negativas cíveis e criminais, sua certidão de nascimento, alvarás de folha corrida, laudo de Assistente Social do PROTIG/HCPA, laudos psicológico e psiquiátrico, boletins de atendimento do Hospital de Clínicas relatando a evolução de suas condições gerais para enfrentar as cirurgias de transgenitalização, exames clínicos e laboratoriais, narrativa de seu quadro clínico após realizada mastectomia e após o tratamento hormonal, cópias de textos publicados em jornais, livros e revistas sobre o tema da transexualidade, cópias de acórdãos e senten-

ças, e ainda cópias do Projeto de Lei nº 70-B/95 e de alguns pareceres de Deputados e Comissões.

Distribuída a ação para a Direção do Foro, foi ouvido o Ministério Público, que postulou a instrução do feito (fls. 121/122), sendo designada audiência, em que foram ouvidas três testemunhas (fls. 131/134), seguindo-se a juntada de novas certidões solicitadas pelo juízo (fls. 137/138).

Em novo parecer, a Dra. Promotora de Justiça manifestou-se no sentido do acolhimento da pretensão da autora, para determinar-se a retificação de seu nome e sexo em seu assento de nascimento (fls. 143/147).

Determinada a juntada de outros documentos (fl. 149), vieram às fls. 154/161, noticiando a existência de débito da autora junto ao SPC e SERASA, o que motivou nova petição, em que a requerente solicitou a procedência da demanda, para serem modificados seu nome e sexo no registro civil, mantendo-se o mesmo CPF, e transferindo os débitos existentes para o nome de J. B. A. (fl. 165).

Após a concordância do Ministério Público (fl. 167), outras duas manifestações da autora vieram aos autos, esclarecendo a primeira delas que a demandante ainda aguarda a cirurgia de implante de pênis, que não está sendo feita no Hospital de Clínicas há três anos, por não ser seguro o resultado (fl. 169 e documentos das fls. 170/190). Na segunda, relatou que as cirurgias para a extração de órgãos femininos, como útero, vagina e ovários são dispendiosas e exigem repouso, além do uso de medicamentos caros, o que a suplicante não tem condições de enfrentar no momento, por não ter vínculo de emprego e ser pobre, dependendo do trabalho diário para sobreviver (fl. 193 e documentos das fls. 194/199).

Vieram-me os autos conclusos.

Foi o relatório.

Segue a decisão.

Trata-se de pedido de alteração do prenome e do sexo da autora em seu registro de nascimento, para que passe a constar J. B. A., do sexo masculino, ao invés de I. B. A., do sexo feminino.

O contexto probatório carreado aos autos evidencia que a requerente conta com 39 anos de idade (fl. 20), e é portadora de transexualismo (fl. 23), sendo que submete-se a atendimento e acompanhamento no Programa de Transtorno de Identidade de Gênero – PROTIG, junto ao Hospital de Clínicas de Porto Alegre, desde o ano de 2001, a fim de realizar cirurgia de redesignação sexual, comparecendo a entrevistas individuais e com familiares, reuniões de grupo, e consultas com diferentes tipos de médicos e profissionais de áreas afins, em cumprimento à Resolução nº 1482/97, do Conselho Federal de Medicina.

A avaliação dos profissionais envolvidos no Programa foi de que a autora desempenha papel na sociedade de cunho nitidamente masculino (fls. 23/25).

Observa-se, ainda, através dos documentos das fls. 42/54, que, no mês de dezembro de 2002, a demandante submeteu-se à sua primeira cirurgia, de mastectomia simples, para a remoção da massa dos seios, sendo que antes disso já fazia uso de hormônios (fl. 47), por julgar-se um homem. Tanto é assim que vive com uma companheira e os dois filhos dela há mais de dez anos; é conhecida na comunidade como "J.", e não como I.; é "padrinho" de uma das filhas da testemunha M. G. F. B. (fl. 132); apresenta aspecto masculino e já trabalhou em obras como pedreiro (fl. 134), fatos esses confirmados nos autos pela prova oral.

Sendo assim, não restam dúvidas de que a suplicante é transexual, o que foi constatado por técnicos, entre eles, médicos e psicólogos, e também pelo seu meio social, onde todos a conhecem por "J.", e a chamam de "pai", "padrinho", ou "padrasto", por apresentar comportamento masculino.

Cumpre, pois, tecer algumas considerações sobre o transexualismo ou transtorno de identificação de gênero.

O transexual, no dizer de Tereza Rodrigues Vieira "é um indivíduo que se identifica psíquica e socialmente com o sexo oposto ao que lhe fora imputado na Certidão de Nascimento" (Bioética e Direito, Jurídica Brasileira, 2ª ed., 2003, p. 102). E, de acordo com o Des. José Carlos Teixeira Giorgis, "O transexual é alguém convencido de que pertence ao sexo oposto ao indicado por sua genitália, a que alia uma sensação de estranheza quanto ao próprio corpo, o desejo de viver como membro do grupo oposto e a busca incessante pela alteração de sua aparência física para adequar-se ao sexo almejado". (Seleções Jurídicas, 02/2004).

Trata-se, portanto, de distúrbio de identidade de gênero, constante e persistente, em que o indivíduo sente-se preso a um corpo que não se harmoniza com seu estado emocional, e que evolui na busca da mudança de seu sexo morfológico, passando a comportar-se e a vestir-se de acordo com o sexo oposto, e a seguir tratamento hormonal, para após submeter-se a cirurgia de redesignação sexual. E o procedimento cirúrgico, no caso de transexualismo feminino, como é o caso dos autos, é bastante complicado, pois passa por várias fases: mastectomia (retirada dos seios); histerectomia (ablação do útero); ovariomia (extração dos ovários, para fazer desaparecer a menstruação, que o tratamento hormonal não conseguiu eliminar); colpectomia (operação plástica realizada na vagina); tratamento hormonal (para modificar a voz, desenvolver pêlos e músculos, alterar as mas-

sas gordurosas, e engrossar o clítoris); e, por fim, a faloneoplastia (construção plástica do pênis), cirurgia arriscada e de eficácia incerta.

Sendo assim, é evidente que o transexual vive uma angústia permanente por não se identificar psicologicamente com o sexo anatômico que recebeu ao nascer. A submissão aos tratamentos é a maior prova de sua vontade em mudar de sexo, para levar uma vida mais digna e feliz. Para ele, a única solução é a cirurgia, pois não se trata apenas de um desejo de pertencer ao sexo oposto, mas de uma realidade: a de que ele "é do outro sexo" (Transexualismo e caminhos da pulsão; Revista do Círculo Psicanalítico de Minas Gerais, 3-49, 2003).

Com efeito, Tereza Rodrigues Vieira afirma que "o sexo é a resultante de componentes diversos, genético, morfológico, hormonal, mas também psicológico (vivência pessoal) e psicossocial (vivência relacional). Entretanto, pode ocorrer os fatores anatômicos e genéticos indicarem um determinado sexo, e os fatores psicológicos e sociais se oporem." (Mudança de sexo: aspectos médicos, psicológicos e jurídicos, Santos Livraria Editora, 1ª ed., 1996, p.8). Esse último é o caso dos transexuais que, por esse motivo, não podem ser confundidos com homossexuais ou travestis, os quais não desejam modificar seu estado.

Percebe-se, então, diante dessas constatações, que o transexual sofre, de maneira permanente e irreversível, por ter convicção íntima de pertencer ao sexo oposto àquele que lhe foi oficialmente dado ao nascer, não lhe restando nenhuma outra alternativa, além da cirurgia, para acabar com seu conflito emocional. Seu verdadeiro sexo é o sexo psicológico. E sua sensação é a de possuir um corpo doente, disforme, irreal. Sua anatomia não corresponde ao que sente ser. Existe uma total inadequação entre sua anatomia, seu sexo psicológico e sua identidade civil, a exigir, de forma inflexível, a adequação do sexo. Não há tratamento psicológico possível para o transexual, a não ser aquele referente ao acompanhamento pré-cirúrgico. Ele não tem dúvidas sobre sua identidade sexual, mas sente que seu corpo está errado, não corresponde à sua realidade.

Ao Direito se impõe, desta forma, proporcionar ao transexual a necessária adequação de sexo e prenome, na busca de evitar que se perpetuem as discriminações e as situações vexatórias, proporcionando-lhe a adaptação dos documentos à sua aparência física e psíquica. Continuar a requerente portando um nome feminino em sua documentação legal, em desconformidade com sua aparência masculina, sua identidade sexual e com o prenome pelo qual é conhecida (J.), constituiria condená-la à permanente exposição ao ridículo. A autora

sente-se homem e já adotou comportamento masculino. Por tal motivo, o prenome feminino a expõe a situações constrangedoras no meio social, onde ainda existem preconceitos. E "o nome deve existir para identificar as pessoas, e não para expô-las ao burlesco" (Teresa Rodrigues Vieira, Mudança de sexo, ob. cit., p.136).

No entanto, ainda não há legislação expressa no Brasil que disponha sobre a mudança de sexo no transexual, ou sobre a possibilidade de alteração do prenome no registro civil, nesses casos. Mesmo assim, tal fato não constitui óbice ao deferimento do pedido inicial, por estarem em jogo princípios consagrados na Constituição Federal, que devem nortear a interpretação de todo o ordenamento jurídico.

Segundo Ana Paula Ariston Barion Peres, "os princípios têm hoje uma multiplicidade de funções. Entre elas, está principalmente a de eles serem o fundamento de toda a ordem jurídica. É graças aos princípios que o ordenamento jurídico preserva a sua coerência e unidade". (Transexualismo: o direito a uma nova identidade sexual, Renovar, 2001, p.177).

No caso em tela, o pedido tem amparo constitucional, pois visa a garantir a dignidade e o exercício da cidadania da autora, o livre desenvolvimento da sua personalidade (art. 1º, II e III, da CF), a proteção da sua imagem e da sua vida privada, (art. 5º, X, da CF), além do seu direito à saúde, que compreende igualmente a saúde psíquica (art. 196 da CF). Ensina Elimar Szaniawski que "O direito à vida, o direito a integridade psicofísica e o direito à saúde constituem o trinômio que informa o livre desenvolvimento da personalidade e a salvaguarda da dignidade do ser humano, traduzindo-se no exercício da cidadania" (Limites e Possibilidades do Direito de Redesignação do Estado Sexual, Revista dos Tribunais, 199, p. 193/194).

Assim, considerando que a legislação infra-constitucional deve ser interpretada de acordo com os princípios inseridos na Carta Magna, pode-se dizer que a alteração de prenome e de sexo pretendida nos autos é permitida pelo disposto no art. 58 da Lei 6015/73, que admite a substituição do prenome "por apelidos públicos notórios". A autora não é e nunca foi conhecida por I., e sim por "J.". E é exatamente por esta razão que enfrenta situações embaraçosas quando exibe sua carteira de identidade ou é chamada em local público pelo nome que consta em seus documentos pessoais.

Também o art. 16 do Novo Código Civil garante o direito da pessoa ao nome e ao prenome, que, por evidente, não podem ser motivos de vergonha, em respeito ao princípio da dignidade humana. E o art. 21 do mesmo diploma legal reza que a vida privada da pessoa natural

é inviolável, devendo o juiz impedir atos contrários a essa norma. Trata-se de desdobramento da garantia constitucional elencada no art. 5º, X, que constitui um dos direitos da personalidade.

A interpretação da legislação ordinária em dissonância com o princípio fundamental de nosso ordenamento, contido no art. 1º, III, da Constituição da República, seria inconstitucional, constituindo uma afronta à dignidade da pessoa humana. Equivaleria a negar a chance de uma vida digna e saudável à postulante, e o pleno desenvolvimento de sua personalidade.

A finalidade do presente pedido de retificação de registro civil é a de adequá-lo à situação de transexual da requerente, para evitar discriminações e possibilitar que leve uma vida normal. E o prenome "J.", pelo qual é conhecida no meio social, deve ser entendido como um apelido público e notório, que mais se adapta à pessoa da demandante, sendo capaz de justificar a substituição do prenome civil que consta em seu assento de nascimento. É o que atestam os laudos psicológico, psiquiátrico e médico, além da prova oral, trazida ao processo, revelando que o verdadeiro sexo de I., o sexo psicológico, é o masculino.

Nesse sentido tem sido a orientação da jurisprudência, em especial do nosso Tribunal de Justiça que, com sabedoria, vem procurando solucionar a angustiante situação em que vivem muitos transexuais, admitindo a alteração de prenome quando se apresenta em descompasso com a identidade social de seu usuário, expondo-o a situações vexatórias ou de ridículo (Apel. Cível nº 70.000.585.836, da Sétima Câmara Cível, de 31/05/2000; Apel. Cível nº 70011691185, da Oitava Câmara Cível, de 15/09/2005; Apel. Cível nº 70013909874, da Sétima Câmara Cível, de 05/04/2006; Apel. Cível nº 70006828321, da Oitava Câmara Cível, de 11/12/2003; Apel. Cível nº 70017037078, da Sétima Câmara Cível, de 28/02/2007; e Apel. Cível nº 593110547, da Terceira Câmara Cível, de 10/03/1994; entre outros).

É importante ponderar que, na hipótese dos autos, a suplicante pretende alteração do sexo registral feminino para o masculino, sem se ter submetido, até o momento, a todas as cirurgias necessárias para atingir o equilíbrio corpo-mente.

Mesmo assim, entendo que deve ser acolhido o pedido, a fim de propiciar harmonia entre o nome e a aparência da postulante, sendo importante lembrar que a faloneoplastia, ou cirurgia para a implantação do pênis, além de ser arriscada, complexa e cara, pode não produzir o resultado esperado, nem propiciar o cumprimento das funções fisiológicas elementares, devendo o médico advertir o candidato acerca de tais riscos.

Portanto, trata-se de procedimento não exigível, no atual estágio da medicina, principalmente no caso da autora, que litiga sob o pálio da gratuidade da justiça.

Todavia, seria chocante manter um prenome feminino em pessoa que vive como homem, é conhecida por nome masculino e tem companheira. O interesse na alteração de seu prenome, além de individual é também social, e decorre do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, que tutela os direitos da personalidade, e possibilita interpretação da Lei dos Registros Públicos e do Código Civil favorável ao direito do transexual de adequar seu nome à aparência externa e ao sexo psicológico.

A doutrina já mencionada igualmente se inclina no sentido de admitir a adequação do prenome do transexual, ainda que não se tenha submetido a prévia cirurgia de redesignação sexual, privilegiando o sexo psicológico, por ser praticamente impossível a aceitação do sexo anatômico após a puberdade do indivíduo. Tereza Rodrigues Vieira assevera: *"Defendemos a adequação do prenome para os casos de transexualismo, mesmo que não se tenha o transexual submetido a uma prévia intervenção cirúrgica de adequação de sexo. Há que se relevar aqui a sua aparência externa e o seu sexo psicológico. É legítimo o interesse do transexual em querer harmonizar o caráter feminino ou masculino do prenome à sua aparência."* (Ob. cit, Mudança de Sexo, p. 142).

A mesma autora acrescenta, na obra Bioética e Direito (p. 121), que: *"A cirurgia não muda o sexo do indivíduo, ela apenas muda a genitália externa, adequando-a ao sexo psicológico. O que ocorre, em verdade, é a adequação do sexo, colocando em evidência o verdadeiro sexo (sexo psicológico)"*.

Destarte, os problemas dos transexuais não acabam com a realização das cirurgias, pois as dificuldades são também sociais e jurídicas. Negar tal pedido seria condenar o transexual a uma vida medíocre, penosa e vazia de oportunidades, seria impeli-lo à eterna marginalidade social. Mais ainda, estaria caracterizada a perda de uma chance, pois é sabido que a inserção profissional de tais indivíduos não é fácil, devido ao embate entre a aparência física e a carteira de identidade, que acaba forçando-os ao ostracismo. Os transexuais não freqüentam clubes normais, não conseguem registrar-se em qualquer lugar ou curso, sendo afastados de ofícios ou carreiras, vivem escondidos e impossibilitados de exercerem certas profissões, não são aceitos em qualquer ambiente, sentem-se muitas vezes fracassados em razão de discriminações, são observados por outras pessoas ou colegas de trabalho como se fossem aberrações, e sentem-se constrangidos e desprezados mesmo quando se limitam a sair da rua. Não

levam uma vida fácil, mas que pode ser melhorada pela adequação dos documentos à aparência física.

Convém, ainda, esclarecer que, devido ao tratamento hormonal, a requerente já não teria condições de engravidar. Por outro lado, após a retificação de seu nome, terá melhores condições de submeter-se às demais cirurgias, pois viverá de forma mais integrada à sociedade e talvez venha até a obter vínculo de emprego. Não há razão para protelar-se a retificação do registro civil para após o esgotamento dos procedimentos cirúrgicos, que poderão demorar mais do que o previsto. Note-se, ainda, que a vontade de um transexual, de alterar seu sexo anatômico, não muda. E, na medida em que já realizou a primeira cirurgia, para a retirada dos seios, é evidente que persiste a idéia da demandante, de livrar-se dos outros órgãos femininos. Destarte, o deferimento do pedido visa a tornar jurídica uma situação de fato já consolidada, devendo prevalecer o sexo psicológico sobre o anatômico.

Por último, observo que, sendo o requerimento de interesse individual e social, não poderia acarretar nenhum prejuízo para a sociedade, pelo fato de ainda não possuir a autora genitália masculina.

Sendo assim, deverá ser feita a averbação postulada pela suplicante, em seu registro de nascimento, desde que conste referência à presente decisão quando do fornecimento de eventuais certidões, diante do princípio da publicidade dos registros públicos, e para preservar os interesses de terceiros.

Deverá, ainda, a requerente manter o mesmo CPF, a fim de que continue responsável pelas dívidas que possui junto ao SPC e SERASA.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a ação para, com fundamento nos dispositivos mencionados ao longo desta decisão, determinar sejam averbadas as retificações pretendidas, no registro de nascimento de I. B. A., nascida do sexo feminino, para que passe a chamar-se J. B. A., e a ser considerada do sexo masculino.

No fornecimento de eventuais certidões, deverá constar referência ao presente processo, e a requerente deverá manter seu número de CPF.

Transitada em julgado, expeça-se o competente mandado ao Registro Civil das Pessoas Naturais da 3ª Zona de Porto Alegre.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Alvorada, 17 de agosto de 2007.

Evelise Leite Pâncaro da Silva

Juíza de Direito

Processo nº:035/1.06.0009116-9 - Anulatória**Comarca de Sapucaia do Sul****2ª Vara Cível****Autor: M. S. H. C.****Réu: B. S. M. S. A.****Juíza Prolatora: Clarissa Costa de Lima****Data: 31 de agosto de 2007**

Ação anulatória de empréstimo consignado com pedido de antecipação de tutela para suspensão dos descontos de empréstimo em valor superior à margem consignável de 30% estabelecida pelo art. 2º §2º do Decreto 4840/03. I- Da autonomia da vontade nos contratos de crédito. II- Do risco de superendividamento. III- Da boa fé objetiva do banco. Dever do profissional de verificação prévia da capacidade de reembolso do consumidor a fim de evitar o seu endividamento excessivo. IV- Da legalidade dos descontos x dignidade da pessoa humana (garantia do mínimo existencial). V- Sentença de procedência para determinar o cancelamento imediato do desconto do empréstimo na folha de pagamento da autora bem como o débito de qualquer outro valor na sua conta-salário, sob pena de devolução em dobro dos valores descontados.

Vistos e examinados os autos.

M. S. H. C., brasileira, casada funcionária pública municipal, residente e domiciliada na Rua J. A S., bairro V., nesta cidade ajuizou ação anulatória contra o B. S., pessoa jurídica de direito privado, com endereço na Rua C. S. P., nesta cidade. Narrou que celebrou com o requerido vários contratos, sendo um deles empréstimo consignado cuja prestação ultrapassa a margem consignável de 30% estabelecida pelo art. 2º §2º do Decreto 4840/03. Alegou que já possuía diversos contratos em andamento com o banco requerido e que celebrou o empréstimo consignado de modo coercitivo para saldar as dívidas anteriores. Revelou que de sua conta salário primeiro são descontados os empréstimos concedidos e depois o banco "generosamente" libera alguma importância à autora nunca superior a R\$ 200,00 (duzentos reais). Requer a anulação do contrato de empréstimo consignado e das demais operações arroladas na inicial. Em sede de antecipação de tutela requereu a suspensão dos descontos em folha de pagamento. Juntou documentos (fl.10 a 38).

Determinada a emenda da inicial quanto a ação para suspensão dos descontos em folha de pagamento é "ordinária de cancelamento do desconto", o que não acarreta a nulidade do empréstimo subjacente, ao passo que a ação anulatória tem fundamentos próprios (fl.39).

A autora emendou a inicial, esclarecendo que a ação interposta é a ordinária para o cancelamento do desconto dos empréstimos em folha de pagamento e em conta corrente (fl.40).

Novamente determinada a emenda para esclarecer se a pretensão é de redução do desconto para o percentual de 30% permitido em lei ou o seu cancelamento (fl.42).

A autora informou que seu pedido é de cancelamento dos descontos em folha de pagamento e em conta corrente (fl.43).

Concedida antecipação de tutela para o efeito de limitar o desconto ao percentual de 30% estabelecido em lei para o fim de garantir a subsistência da autora, na medida em que os descontos realizados pelo banco parecem ultrapassar esse limite conforme depreende dos contracheques de fl. 28 e 29 (fl.44).

A autora interpôs embargos declaratórios porque a decisão interlocatória teria sido omissa quanto ao desconto em conta corrente e quanto ao prazo para o seu cumprimento (fl.47).

Os embargos foram recebidos e providos para esclarecer que o somatório das consignações em conta corrente e folha de pagamento não ultrapasse 30% da remuneração disponível, devendo o cumprimento ser imediato, ou seja, a contar da ciência pelo réu (fl.50).

Juntada aos autos carta AR de citação do banco (fl.54).

O banco noticia a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar (fl.56), cujo cópia foi acostada à fl. 57 a 79.

Mantida a decisão liminar (fl.80).

O banco contestou à fl. 82. Preliminarmente, alegou a inépcia da inicial. Quanto ao mérito, alegou que o autor tinha ciência de sua contraprestação, dos encargos e dos descontos em folha de pagamento e que devem prevalecer o princípio da liberdade de contratar e da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos. Afinal, o banco cumpriu com as obrigações previstas no contrato quando colocou à disposição da autora o dinheiro solicitado. Sustentou a legitimidade dos descontos em conta corrente porque o banco fica garantido do adimplemento, podendo alcançar ao mutuário melhores condições, menor custo, etc. Juntou documentos (fl.104 a 127).

O agravo de instrumento interposto pelo banco foi provido (fl. 129, 132/134).

As partes não manifestaram interesse na produção de outras provas.

É o relatório. Decido.

A presente ação será julgada antecipadamente, pois se trata de matéria de direito.

I) PRELIMINARMENTE:

A preliminar de inépcia da inicial foi bem afastada na decisão de fl. 130 pois em que pese a confusão dos argumentos trazidos na peça preambular, após as emendas restou claro ao banco demandado os limites da lide. Tanto que na contestação (fl. 84), o próprio banco concluiu corretamente que a autora postula o cancelamento dos descontos com pedido de tutela antecipada para que sejam de imediato cancelados, estando excluídos todos os pedidos que se referiam à anulação do contrato e adequação de valores.

II) MÉRITO:

DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos constituem, sem dúvida, a espinha dorsal do direito dos contratos. Cláudia Lima Marques sintetiza muito bem a doutrina da autonomia da vontade que inspirou o Código Civil de 1916¹:

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas

importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.

Contudo, nos contratos mais complexos celebrados entre um leigo e um profissional, essa autonomia da vontade não corresponde mais àquela do fim do século XVIII, inspirada na filosofia individualista do liberalismo econômico. A noção clássica de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, pressupõe uma igualdade de forças e liberdade de discussão entre as partes, o que não ocorre nas relações de consumo, marcadas pela desigualdade entre seus atores (consumidor e fornecedor). A oposição entre leigo e profissional é destacada por Sophie Gjidara²:

Se na visão tradicional, os protagonistas do contrato são os personagens abstratos designados pelos termos genéricos de credores e devedores, a influência da economia sob o direito contribuiu para um desdobramento dos modelos, a figura do devedor e do credor tendem a desaparecer atrás dos conceitos econômicos de profissionais e de consumidores. Enquanto o Código Civil rege fundamentalmente os relacionamentos contratuais em função do objeto do contrato, referindo-se, assim, a um postulado de liberdade e igualdade dos contratantes, o direito do consumo apreende os relacionamentos contratuais em função da posição do contratante no processo contratual. Assim, a emergência das noções de profissionais e consumidores deixa pensar que a ideologia que sustenta o Código Civil não permite reger de maneira satisfatória os relacionamentos contratuais nos quais está implicado o consumidor. De outro lado, o direito do consumo que incita a visar a relação contratual não mais como um relacionamento interindividual mas como uma manifestação de antagonismos coletivos, se organizou em função de um esquema dominado pela idéia de um desequilíbrio estrutural, de uma desigualdade inerente à relação entre o profissional e o consumidor de crédito. Os profissionais tradicionalmente em posição de superioridade em razão de seus conhecimentos técnicos e de suas capacidades financeiras mais importantes, opõem-se aos consumidores, quer dizer, àqueles economicamente frágeis que sucumbem à armadilha do crédito.

1 – MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

2 – GJIDARA, Sophie. L' endettement et le Droit Privé, p. 206.

Nos contratos de crédito, a situação é ainda mais delicada na medida em que o recurso ao crédito constitui por essência uma decisão particularmente arriscada e incerta, pois o consumidor não domina operações de crédito complexas, sendo incapaz, por si só, de medir sua conveniência, oportunidade e consequências. Desse modo, muitos consumidores, são levados pela publicidade agressiva ou pelo próprio profissional a firmar contratos de financiamento pensando nos benefícios momentâneos, mas ignorando seus custos, o que aumenta os riscos de um endividamento excessivo.

Não fosse o desequilíbrio técnico mencionado, devemos considerar que os efeitos da decisão do consumidor ocorrerão no futuro, o que requer uma faculdade de antecipação que eles nem sempre dispõem sem o auxílio do profissional. Além do mais, os consumidores dificilmente levam em consideração a possibilidade de que não venham a honrar com suas obrigações creditícias futuras porque tendem a ser demasiadamente otimistas e confiantes no que diz respeito à sua própria suscetibilidade ao risco. Segundo nos ensina Jason Kilborn³, professor assistente da Universidade de Louisiana- EUA:

... As pessoas sistematicamente subestimam suas próprias chances de sofrerem um evento adverso, mesmo se compreendem perfeitamente bem, ou mesmo se exageram as probabilidades de os outros virem a sofrer o mesmo destino ("Isso não irá acontecer comigo"). Pessoas de todas as classes sociais estão sujeitas a essa demasiada confiança em seu próprio julgamento e suscetibilidade ao risco. Inclusive àqueles que são mais informados sobre a atual probabilidade estatística de eventos adversos. Esta comprometedora confiança é exacerbada pela ilusão de controle que direciona os indivíduos a superestimarem suas habilidades em evitar eventos negativos, em função de seu próprio comportamento ("Eu nunca sofrerei um acidente de carro - eu sou um bom motorista").

DO RISCO DE SUPERENDIVIDAMENTO:

A penetração do crédito trouxe consigo o crescente endividamento dos consumidores e de suas famílias. No Brasil, a expansão do crédito é bastante recente, ocorreu somente após 1994 com a edição do Plano Real e, mais acentuadamente, nos últimos cinco anos⁴ devido à

estabilidade econômica e à descoberta de uma parcela da população que estava excluída do sistema formal de crédito.

O recurso ao crédito democratizou-se entre os consumidores com renda familiar de até dez salários míнимos, os quais representam 77% da população brasileira e responsáveis por 71% do consumo no país e também entre mais de 5 milhões do total de 19 milhões de aposentados e pensionistas do Regime Geral da Previdência Social desde 2.003, quando foi aprovado o empréstimo consignado com desconto em folha.

Após a euforia inicial, alguns números começam a sinalizar com os perigos do exagero. Aumentou em cerca de 23% os nomes cadastrados negativamente; nos bancos, a inadimplência nos financiamentos de eletrodomésticos e outros bens duráveis aumentou de 6,8 para 9,4 em dois anos; no empréstimo sem desconto em folha para a população de baixa renda a inadimplência chega a R\$ 16,00 para cada R\$ 100,00 emprestados, três vezes maior do que no cheque especial⁵ .

O endividamento dos consumidores não é um problema em si mesmo. Se ocorrer em contexto de crescimento econômico, de estabilidade de emprego e se não atingir camadas sociais com rendimento próximo do limiar da pobreza, é apenas um processo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o aumento do bem-estar das famílias. O endividamento só se transforma num problema quando ocorre incumprimento, agravando-se a situação quando os rendimentos do agregado familiar não comportam os seus compromissos financeiros, isto é, quando existe o superendividamento.

O superendividamento, também denominado de falência ou insolvência dos consumidores, segundo Maria Manuel Leitão Marques⁶ , "refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis".

Em alguns países, onde primeiro ocorreu a democratização do acesso ao crédito, como França, Alemanha, Países Baixos, Estados Unidos e Reino Unido já existe a previsão de procedimento especial de tratamento do

3 – Artigo publicado na obra Direitos do Consumidor Endividado. "Comportamentos Econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções", p. 73, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

4 – Desde 1995, o crédito pessoal teve crescimento de 384%. Em 1995, o crédito ao consumo era de 31,8 bilhões, em 2000 aumentou para 79,3 bilhões e em 2005 atingiu 154,2 bilhões. (SOARES, Lucila. O show do crediário. Veja, São Paulo, n. 1953, p. 98-105, 26 abr. 2006, p. 99).

5 – Dados extraídos da matéria NUCCI, Carina. Ressaca do crédito: o governo e os bancos criaram o empréstimo popular. Virou vício. Agora, pede-se aos consumidores que se endividem com moderação. Veja, São Paulo, p. 90-92, 18 maio 2005.

6 – O endividamento dos consumidores. Editora Almedina, 2000, p. 2.

superendividamento que pode conduzir ao desaparecimento de toda ou de parte da dívida do particular após a liquidação dos seus bens, reescalonamento da dívida, redução do seu montante, diminuição dos juros, etc.

No Brasil, não há legislação especial de tratamento desse fenômeno de exclusão social e nem a doutrina havia destinado a devida atenção até a realização da primeira pesquisa empírica, coordenada por Cláudia Lima Marques⁷, com 100 casos de consumidores gaúchos superendividados. As proposições visavam fornecer elementos para a Comissão do Ministério da Justiça responsável pela elaboração de um anteprojeto de lei de tratamento do superendividamento de pessoas físicas.

Os resultados da pesquisa foram publicados na obra "Direitos do Consumidor Endividado"⁸ e indicaram que o perfil do superendividado do Rio Grande do Sul ficou muito semelhante ao perfil do endividado de classe baixa do Canadá onde se fez pesquisa semelhante. Desse modo, mesmo que o ordenamento pátrio ainda não contemple um tratamento especial para as situações de superendividamento dos consumidores, é necessário enfrentarmos o problema com os instrumentos legais disponíveis, evitando a exclusão desses indivíduos do mercado de consumo.

DA BOA FÉ OBJETIVA DO PROFISSIONAL:

Nesse contexto, engana-se o banco demandado ao afirmar que cumpriu com a sua obrigação quando disponibilizou ao consumidor o valor pretendido. O legislador brasileiro estabeleceu vários outros deveres anexos à prestação principal e que decorrem da boa fé objetiva visando, justamente, garantir um consentimento racional e refletido do consumidor.

O dever de informação é o principal dever anexo e está presente em diversas passagens do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do art. 6º que traz o rol dos direitos básicos do consumidor (II, III, IV); arts. 30 a 38 que tratam das questões relativas à oferta e à publicidade; arts. 39 a 45 que tratam das práticas comerciais abusivas; arts. 46 a 54 que regulam a proteção contratual; 5º art. 52 que trata especificamente dos contratos de crédito.

Para assegurar ao consumidor uma tomada de decisão com pleno conhecimento de causa, no caso dos contratos de crédito, é necessário que o profissional forneça informações adequadas sobre as condições e o custo do crédito, bem como sobre as suas obrigações antes da celebração do contrato, conforme o disposto no art. 52 do CDC.

Esse dever de informar compreende não somente aquelas informações ou dados de caráter objetivo como a taxa anual e mensal de juros, número de parcelas, data dos reembolsos, como também abrangem aquelas de caráter subjetivo que estão ligadas à avaliação da capacidade de reembolso do consumidor.

O dever de avaliar a adequação entre o crédito pretendido e a situação financeira do consumidor, muitas vezes identificado de obrigação de cuidado, vigilância, discernimento, prudência e lealdade incumbe ao profissional para prevenir o consumidor de um endividamento excessivo e, igualmente, tem origem no princípio da boa-fé objetiva definido por Cláudia Lima Marques como⁹:

Uma atuação refletida, pensando no outro, na contraparte contratual, respeitando-a, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, atuando com lealdade, sem abuso de sua posição contratual, sem causar lesão ou desvantagens excessivas, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do co-contratante, cooperando para alcançar a finalização das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos contratantes. Se trata de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva no Código Civil. A boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.

No caso em tela, a conduta do banco em muito se afastou dos mandamentos legais. Segundo se infere dos documentos acostados à inicial, a autora celebrou com o banco demandado diversos contratos de crédito. Do documento denominado "Posição de Crédito Pessoal" de fl. 18 encontramos referência aos seguintes contratos:

7 – A pesquisa foi realizada pelo Núcleo de Estudos de Superendividamento do PPG-Dir/UFRGS em parceira com a Defensoria Pública do RS em 10 Comarcas da Grande Porto Alegre.

8 – Os resultados da pesquisa formaram o seguinte perfil: 55% mulheres, 69% solteiros, 66% de 30 a 50 anos de idade, 47% trabalhadores autônomos ou liberais, 11% aposentados e 10% desempregados, 36,2% estavam devendo em razão do desemprego, 19,5% estavam devendo em razão de doença e apenas 21,7% dos casos confirmava-se um endividamento ativo, ou seja, quando a pessoa gastou voluntariamente mais do que ganhava. Outros resultados estão publicados na obra supracitada, p. 255 no artigo "Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul", de autoria de Cláudia Lima Marques.

9 – MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de serviços a los consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni 2005, p. 144.

Nº contrato	Ínicio	Final	Valor da Parcela	Taxa de Juros
60743314	22/06/2005	05/01/2007	R\$ 99,04	5,94% ao mês
84794434	30/09/2005	14/10/2007	R\$ 159,69	5,80% ao mês
084438315	04/01/2006	10/01/2010	R\$ 600,00	2,90% ao mês

Aplicando-se analogicamente o disposto na Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, no art. 81, parágrafo único, regulamentado pelo Decreto nº 43.337/2004, art. 15¹⁰, a soma mensal das consignações facultativas não podem exceder ao equivalente a 30% da remuneração bruta da autora. No caso da autora, professora municipal, cujo vencimento bruto¹¹ corresponde a R\$ 1.899,00, as consignações facultativas não poderiam ultrapassar R\$ 569,70. Logo, somente o desconto relativo ao empréstimo consignado no valor de R\$ 600,00 já ultrapassa o limite que seria razoável, restando à autora o valor líquido de R\$ 483,00 para o pagamento das despesas de sobrevivência (água, luz, telefone, alimentação, transporte) e dos demais contratos de financiamento celebrados com o banco!

Merece destaque o fato de que o banco demandado tinha conhecimento do comprometimento financeiro da autora, pois todos os contratos de crédito foram consigo celebrados. O próprio banco já havia registrado o nome da autora em fevereiro de 2006 por inadimplemento de contratos abaixo (fl. 31):

Nº Contrato	Data Vencimento	Valor
D 13430699794646	21/03/2006	R\$ 2.119,49
EN 367330248	05/02/2006	R\$ 960,11
EN 367331212	05/02/2006	R\$ 960,11
EN 377953849	05/02/2006	R\$ 1.036,98
VG 54010552148550	09/01/2006	R\$ 2.618,59

Da multiplicidade dos contratos elecandos não é difícil verificar que o superendividamento da autora corre do evidente descompasso entre o valor dos créditos concedidos pelo banco e o seu parco rendimento. Ainda que observado o limite de 30% relativa ao desconto do crédito consignado, não poderia o banco desconsiderar que a autora tinha assumido previamente outros reembolsos com os quais já não podia mais suportar sem prejuízo do próprio sustento.

Do que se vê do exame dos documentos acostados à inicial, e não posso levar em conta outros documentos porque o banco não acostou nenhum dos instrumentos contratuais referidos na exordial, a autora recebe líquido somente o valor de R\$ 483,00 para pagar as despesas de sobrevivência e as dívidas oriundas de mais oito contratos celebrados com o banco demandado.

Pior ainda se o contrato de empréstimo consignado serviu para quitar as "operações antigas já em andamento" como afirmado pela autora. Afinal, a prática da sucessão de novos empréstimos não teve por efeito melhorar a sua capacidade de reembolso, mas ao revés, contribuiu para agravar o seu endividamento global.

Em uma relação de confiança, impende que o profissional não gere expectativas infundadas no consumidor quando vislumbrar que ele se encontra numa espiral de endividamento, não tendo perspectivas de cumprir novas obrigações decorrentes de outros empréstimos. A boa-fé impõe que o profissional não se aproveite da vulnerabilidade financeira para impingir aos consumidores novos contratos que, à vista das circunstâncias, poderão levá-los à ruína.

DA LEGALIDADE DOS DESCONTOS X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

Com efeito, há expressa regulamentação a respeito do desconto de empréstimo diretamente na folha de pagamento da autora, trazida pela Lei Municipal 2.539/2003¹² através da qual ficou o Município de Sapucaia do Sul autorizado a firmar Convênio com o B. S. S/A para a concessão de empréstimos em consignação aos servidores municipais.

O problema se coloca, todavia, nas hipóteses em que, após ter concedido a autorização para o desconto, o funcionário público deseja revogá-la em razão das dificuldades de manter seu sustento apenas com seu rendimento líquido. Nesse caso, a vontade do funcionário e a sua capacidade de livre disposição de seu salário entram em conflito com os interesses do banco que lhe concedeu o empréstimo.

O principal aspecto da controvérsia é a ponderação acerca dos motivos da manutenção desse privilégio ao credor em face do direito do trabalhador à plena fruição de sua remuneração. Essas motivações devem, todavia, ser analisadas à luz de cada caso concreto, pois podem

10 – "Art. 15 - A soma mensal das consignações facultativas de cada servidor não poderá exceder ao equivalente a trinta por cento (30%) do valor de sua remuneração mensal bruta."

11 – Recibo de pagamento de salário à fl. 28 e 29.

12 – A lei Municipal não foi acostada aos autos, mas pode ser acessada na internet: <http://ceaam.net/spc/leis/2003/L2539.htm>

se revelar distintos os interesses que demandam proteção na hipótese de um empréstimo que respeite a capacidade de reembolso do consumidor e de um empréstimo, como no caso dos autos, cujo desconto avilte o seu direito a uma vida digna.

No caso concreto, estamos diante do interesse do banco em reduzir os riscos inerentes ao empréstimo e do interesse da autora em preservar sua dignidade e o sustento da família, o que se torna inviável com uma remuneração líquida de R\$ 400,00.

Não se trata, pois, de reputar ilegal a cláusula que autoriza o desconto em folha, mas sim de invalidá-la quando se revelar abusiva, em prol de um interesse maior, qual seja, de satisfação das necessidades humanas fundamentais.

A esse respeito Teresa Negreiros¹³ nos ensina que a ordem constitucional tutelou a garantia do mínimo existencial ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III da CF/88) e, como objetivos fundamentais desta, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88) e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III da CF/88); sem falar na instituição do salário mínimo como direito de todos os trabalhadores (art. 7º, IV da CF/88).

A preocupação com a intangibilidade de parte da renda do devedor para o pagamento das despesas correntes da família (alimentação, saúde, transporte, vestuário, lazer), em atendimento aos direitos mais básicos desobrevivência digna, pode ser verificada nas seguintes decisões:

Conta salário – Caracterização – Efeitos. A identificação de conta salário não decorre do fato de ser conta que não tem qualquer serviço bancário, mas da circunstância de ser nela depositada todo mês, em razão de convênio entre o empregador e a instituição financeira sem qualquer intervenção do funcionário e sem possibilidade de escolha da instituição, os seus rendimentos mensais. Em conta desta natureza não se deve admitir o

desconto compulsório de valores além de uma margem razoável, garantindo ao funcionário o necessário para sua sobrevivência. Quando ultrapassa a tal padrão, deve o judiciário intervir para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tem a instituição financeira responsabilidade pela má concessão do crédito, ao conceder empréstimos além da capacidade de endividamento do cliente, devendo pelo dever de lealdade e boa-fé, buscar o reescalonamento do débito dentro da margem razoável de consignação. A multa fixada para evitar o descumprimento de decisão judicial, tem como fator preponderante estimular o devedor a cumprir a decisão judicial, levando em consideração a capacidade econômica da parte, de maneira a forçá-lo a optar pelo cumprimento ao invés do pagamento da multa. (Agravo de Instrumento nº 2005.002.26190. Relator Marcos Alcino Azevedo Torres. Julgado em 14/02/2006 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).¹⁴

Relação de Consumo. Descontos de prestações de financiamento bancário diretamente da conta salário da consumidora. Prática abusiva. Vulnerabilidade do consumidor. Onerosidade excessiva. Inteligência da aplicação conjunta dos arts. 4º, I, 51, IV e §1º, III do CDC. Desconto autorizado pelo consumidor em contrato de refinanciamento. Vontade viciada do mais frágil. Lesão. Aplicação conjunta do art. 157 NCC. Falta de alternativa do consumidor. Superendividamento. Patologia freqüente da moderna sociedade massificada de consumo e de crédito. Agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes. Fórmula coativa de cobrança que fere a legalidade. Analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 do CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos. Nulidade na forma do art. 42 CDC. Danos morais. Invasão da privacidade econômico-financeira da autora. Sentença que afasta a possibilidade de tal cobrança sob pena de multa, a

13 – NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

14 – No corpo do acórdão lê-se que "a responsabilidade da instituição financeira pela má concessão do crédito e no estímulo ao endividamento está evidente porquanto a cliente recebe cerca de R\$ 1.947,00 de salário mensal como professora com duas matrículas e o banco concede um limite de cheque especial no valor de R\$ 3.900,00, celebra dois contratos de cartões de crédito e quatro contratos que pela sigla refere-se a crédito automático, nos dias 29.03, 30.03, 31.03, nos valores de R\$ 3.000,00, R\$ 8.030,00, R\$ 2.500,00, além de um já celebrado em agosto de 2004 no valor de R\$ 1.350,00. A autora, pelo endereço declinado, mora no B. F., numa rua de residências simples, uma parte pobre do B. F., cercada por duas favelas, numa casa de fundos, pagando aluguel de R\$ 500,00, tratando-se de uma senhora com cerca de 60 anos de idade. Não se pode dizer que não há contribuição direta do agravante na concessão de crédito a quem não tem possibilidade de pagamento. A concessão de empréstimos deste modo lembra os acontecimentos recentes ocorridos em Brasília, com empréstimos milionários sem garantia e sem necessidade de pagamento. A experiência tem demonstrado que somente em casos extremos e de descontrole total é que o devedor-consumidor vai bater às portas da única entidade que lhe pode conceder uma sobrevida ou moratória- o Judiciário. A concessão de crédito a alguém não se faz livre de responsabilidade. O mutuante deve ter em mente a capacidade de endividamento do cliente, pois só assim tem condições de aferir se ele pode ou não suportar a devolução da importância mutuada."

negativação do nome da autora em cadastros restritivos onde houve ilegítima inclusão e fixa danos morais, que se confirma.(Apelação Cível nº 2006.001.16305, Relatora Des. Cristina Tereza Gaulia, julgada em 25/04/2006 pela 5a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).¹⁵

Portanto, entre o interesse do banco em manter a forma de pagamento ajustada para reduzir o risco de inadimplência e o interesse da autora superendividada em sobreviver dignamente, dispondo de seu salário mensal, escolho o último em respeito à Carta Maior.

DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA:

Mediante juízo de verossimilhança, este juízo concedeu tutela antecipada para o efeito de limitar os descontos no contra cheque e na conta corrente da autora ao percentual de 30% estabelecido em lei.

A liminar foi reformada em decisão monocrática no bojo do agravo de instrumento interposto pelo banco para manter os descontos em folha de pagamento na forma em que foram contratados.

Contudo, após um juízo aprofundado, com base na contestação e documentos acostados pela autora, verificou-se pelas razões já esposadas que o desconto na folha de pagamento da autora retirava-lhe todo meio de existência digna. Desse modo, a fim de evitar maiores prejuízos à autora, parte mais vulnerável na relação de consumo, entendo por antecipar os efeitos desta sentença.

Face ao exposto, julgo *procedente* a ação ajuizada por M. S. H. contra o B. S. M. S. A para determinar que o banco *cancele imediatamente* o desconto do empréstimo consignado (contrato nº 08 438315) na folha de pagamento da autorabem como o débito de qualquer outro valor na sua conta-salário, sob pena de devolução em dobro dos valores descontados.

Condeno o banco ao pagamento das custas processuais e honorários ao procurador da autora que arbitro em R\$ 600,00 (seiscentos reais), corrigido pelo IGP-M e acrescido dos juros legais a partir desta data, considerando-se a qualidade do trabalho realizado e a rápida tramitação da ação (art. 20 §4º CPC).

Oficie-se com urgência ao empregador comunicando a antecipação de tutela.

Remeta-se cópia integral da presente ação à Promotoria Especializada, tendo em vista os indícios de que o Município não está cumprindo com o seu dever de fiscalização dos contratos de empréstimos que são firmados com servidores, a fim de evitar os abusos praticados pelas instituições financeiras consignatárias.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Sapucaia do Sul, 31 de agosto de 2007.

Clarissa Costa de Lima
Juíza de Direito

15 – No corpo do acórdão extrai-se que a autora é viúva, idosa, com vencimentos mensais de aproximadamente R\$ 1.000,00 e que sofria descontos mensais em sua conta-corrente das parcelas do empréstimo que variavam entre R\$ 163,38 a R\$ 170,51. Entendeu-se que o desconto procedido pelo banco era abusivo, apesar da concordância da autora, especialmente porque invadia a sua vida econômico-financeira, agredia a sua dignidade, impossibilitando-lhe de fazer opções mais relevantes de manutenção da sua vida (pagamentos de serviços essenciais, alimentação, aluguel etc.).

DECISÕES CÍVEIS

Juíza Prolatora: Eliziana da Silveira Perez
Data: 14 de maio de 2007

Extensão dos efeitos da falência. Empresa constituída por terceiro e pela empresa falida, que é sua principal controladora, havendo identidade de sócios e caracterizada a confusão de patrimônio, inclusive com os mesmos diretores e representante legal e igual ramo de atividade principal, conclusão de que pertencem ao mesmo grupo econômico.

Vistos etc.

Trata-se de pedido interposto pela MF de C. I. A. S/A cuja pretensão é de extensão dos efeitos da falência da C. à empresa M. I. M. Ltda., com pedido de antecipação de tutela. Sustenta a autora que a empresa M. tem como sócios a C. e o seu representante legal, o Sr. D., detendo estes, 99% do capital social. Ocorre que em 29 de novembro de 2002, dentro do prazo legal fixado nos autos da falência da C., os sócios da M. (C. e D.), firmaram contrato particular de cessão e transferência de marcas, industrialização e outras avenças, bem como de todo maquinário de sua controladora M.. A empresa M. tem reclamatórias onde abrange bens da MF C.. Entende como demonstrada a confusão de patrimônios e o controle absoluto de M., inicialmente pela C., e após por sua sucessora a C.. Para evitar prejuízos aos credores, presente a fraude contra credores, postula a antecipação de tutela.

Ouvido o Ministério Público, opinou pelo deferimento dos pedidos, considerando a prova trazida aos autos.

Examinados os documentos acostados aos autos, tem-se que a empresa M., segundo seus atos constitutivos, tem como sócios: a C. (98%), sucedida pela C., sendo representada pelo seu Diretor Sr. D. W. T.; o próprio D. W. T. (01%) e o sócio cotista Sr. G. Z. (01%). O exercício da administração e gerência da sociedade, sua representação cabe ao sócio D., isoladamente (fl.26). Isto está a significar que o ora falido assina, responde, por ele e pela C., e juntos detém 99% do capital social, restando 01% ao terceiro sócio.

Quando da decretação da falência da C. foi fixado como termo legal a data de 20/11/2001.

Por este relato há sérios indicativos da existência da confusão de patrimônio, possibilitando que se conclua pela presença de fortes indícios de que a C. e M. fazem parte de um mesmo grupo, onde certo que o controle absoluto e da primeira, ora falida, sobre a segunda. Evidenciado, da mesma forma que a empresa M. é constituída pelos mesmos sócios da C., operam em ramo similar, atuando dentre mesmos clientes. A confusão do patrimônio, se demonstra, também por meio das reclamatórias contra a M., cujas cópias acompanharam a inicial, onde integra a lide a C., e seus bens estão respondendo.

Então, as empresas têm identidade de sócios, inclusive aquele que está à testa dos negócios, que responde pelas empresas é a mesma pessoa, deixando claro que não havia distinção entre ambas, afora a denominação sócial, a data de constituição e a existência de um sócio cotista que detém 1%. Logo, há presunção forte de que ambas eram controlada pela mesma pessoa, o Sr. D., sem os elementos de independência e autonomia econômica e patrimonial. Neste momento, permite concluir que as empresas nominadas constituem, na realidade, um mesmo grupo econômico, explorando a mesma atividade principal, apresentando, basicamente, os mesmos sócios e os mesmos diretores, permitindo que o falido continue a exercer atividade empresarial, e que tal esta a revelar fraude a terceiros.

Isto porque o falido, por si e representando a C. - esta já falida - em 29/11/2002 realizou contrato particular cedendo a marca, industrialização, maquinário da empresa M.. Tal negócio jurídico representou a transferência do ativo da M. a terceiros, restando presumível a fraude a execução coletiva, bem como que esta se deu no curso do procedimento falimentar. Por derradeiro, a situação retratada autorizaria, inclusive, de plano e de ofício, a decretação da inefficácia absoluta - cessão de bens da empresa M. a terceiros - frente à massa falida do referido negócio jurídico.

Em se caracterizando a situação de a empresa M., como integrante do mesmo grupo econômico, com confusão de patrimônio, e controlada pela empresa falida, tendo realizado negócio com terceiros, se desfazendo dos bens da empresa, dentro do termo legal, presente hipótese de aplicação da teoria da desconstituição da personalidade jurídica, incidindo o regramento previsto no art. 50 do CC. E, uma vez afastada a personificação societária, passível a extensão dos efeitos da falência da controladora sobre a empresa controlada, desta forma, estar-se-ia evitando eventual dilapidação do patrimônio que deverá ser dividido entre os credores da falida.

Tal providencia se impõe porque há que se preservar o interesse público evidenciado na '*pars conditio creditorum*'. E, no caso, para que isso se opere, imperioso a extensão dos efeitos, garantindo o concurso universal, eis que assim, virá à massa os bens que pertencem à empresa - do mesmo grupo econômica, com os mesmos sócios da falida, mas sob o comando da falida, sem que sejam desviados, em prejuízo aos credores.

Por fim, cumpre ponderar que a medida deve ser deferida "*inaudita altera pars*", diante da situação de urgência, havendo prova, ainda que em sede sumária, suficiente a indicar fraude contra credores, e o tempo e a oitiva da parte contrária poderia inviabilizar a busca do patrimônio da empresa a qual se confunde em patrimônio e administração com a empresa falida.

Portanto, seguindo essa linha de idéias, acolhendo parecer do Ministério Público, defiro o pedido de antecipação de tutela para estender os efeitos da falência da MF C. para a empresa M.

Mantendo: a) o Administrador Judicial já nomeado, que deverá atender ao disposto no art. 99, IX, da LRF.

b) o termo legal a data de 29-11-2001, na forma do art. 99, inc. II, da Lei de Falências.

c) Intimem-se os sócios da Falida para que cumpram o disposto no art. 99, inc. III, da Lei de Quebras, no prazo de cinco dias, apresentando a relação de credores, bem como atendam o disposto no art. 104 do diploma legal precitado, sob pena de responderem por delito de desobediência.

d) Fixo o prazo de quinze (15) dias para habilitação dos credores, na forma do artigo 7º, § 1º, c/c art. 99, IV, ambos da atual Lei de Falências, que devem apresentar, diretamente ao Administrador Judicial nomeado, sendo que este deve apresentar a lista de credores para publicação do edital a que alude o § 2º do mesmo diploma legal.

e) As execuções existentes contra a devedora deverão ficar suspensas, inclusive às atinentes aos eventuais

sócios solidários porventura existentes, exceto as com datas de licitações já designadas, vindo o produto em benefício da massa, ou aquelas onde houve concurso de litisconsortes passivos, que prosseguirão quanto a estes, bem como os executivos fiscais e ações que demandarem por quantias ilíquidas, atendendo ao disposto no art. 6º c/c o art. 99, inc. V, ambos da atual Lei de Quebras.

f) Cumpra o Sr. Escrivão as diligências estabelecidas em lei, em especial, as dispostas no art. 99, inc. VIII, X e § único da Lei 11.101/05, procedendo-se as comunicações e intimações de praxe.

g) Arrecadem-se os bens da empresa falida, mantendo-se esta fechada, caso não haja a possibilidade de efetuar o inventário e a avaliação dos bens com a mesma em funcionamento, não sendo possível, proceda-se a lacração desta, a teor do que estabelece o art. 109 da Lei 11.101/05.

h) Oficiem-se aos estabelecimentos bancários, no sentido de serem encerradas as contas da requerida e solicitando informações quanto aos saldos porventura existentes nestas, na forma do art. 121 da LRF.

i) Ainda, determino a indisponibilidade dos bens dos sócios gerentes ou administradores da requerida pelo prazo a que alude o art. 82, § 1º, da LRF, consubstanciado no poder geral de cautela, no interesse da efetividade da jurisdição, em proteção aos interesses dos credores, evitando-se fruste eventual medida na hipótese de responsabilidade, oficiem-se aos Registros Imobiliários e Departamento de Trânsito para tanto, com base no art. 99, inc. VII, do mesmo diploma legal.

j) mantendo a nomeação do mesmo Perito e Lioeiro, o qual deverá sugerir datas para alienação do ativo, atendendo para o disposto no art. 140 da Lei de Quebras.

Porto Alegre, 14 de maio de 2007.

Eliziana da Silveira Perez

Juíza de Direito

- o -

Juíza Prolatora: Marlene Marlei de Souza

Data: 1º de outubro de 2007

Ação Civil Pública. Ministério Público. Movimento sem terra e produtores rurais. Prevalência do interesse público sobre interesse privado. O direito de reunião previsto na Constituição Federal (art. 5º, XVI) é assegurado desde que tenha fins pacíficos. Esse não é o caso dos autos diante do inegável descumprimento de decisão judicial anteriormente prolatada em Ação de Reintegração de Posse e em face do iminente confronto entre os dois movimentos. A questão passa a ser de interesse público, o qual inegavelmente prevalece sobre os interesses privados.

Vistos.

Trata-se de *Ação Civil Pública* ajuizada pelo M. P. contra os Sem Terras e demais integrantes sociais, representados pelo M. T. R. S. T. – MST, e contra os Ruralistas e demais Produtores rurais, representados pela FARSUL – F. A. E. R. G. S., alegando em síntese que está havendo marcha de sem terras para a Fazenda de C. S./RS, vindas de vários pontos do Estado, com previsão de 2000 até 3000 pessoas, no sentido de incrementar os acampamentos e viabilizar certamente nova invasão.

Informa que os meios de comunicação noticiam que os ruralistas e demais produtores rurais, diante da mobilização do MST, estão se agrupando com a pretensão de rumar para C. S./RS.

Argumenta que o confronto entre os grupos é iminente e inevitável e acarretará sério risco, inclusive, para a vida de crianças e de adolescentes.

Além disso, discorre que a referida situação demonstra que os integrantes do M. S. T. tem um único objetivo, o de invadir novamente a Fazenda C., em claro desrespeito à ordem judicial existente.

Defende a legitimidade do Ministério Público na proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais, coletivos e difusos, assegurados na Constituição Federal.

Requer a concessão da tutela antecipada inaudita altera pars para o fim de impedir que os Sem Terra, por meio do Coordenador do MST, M. C., e os Ruralistas e demais Produtores, pelo Presidente da FARSUL, C. S., se abstenham de vir a C. S./RS. Pede que seja determinada às forças policiais, em especial a Brigada Militar, na pessoa do Comandante-Geral da Brigada Militar, Cel. N. N. B., para que mantenham um constante monitoramento das ações de ambos os movimentos, impedindo-os de chegarem à Fazenda C./RS e se possível impedir a entrada na própria Comarca de Carazinho com o objetivo de evitar o confronto. No mérito, postula a procedência da demanda, com a confirmação dos pleitos requeridos em sede de liminar.

É o breve relato, decidido.

De plano constata-se que a solução do pleito neste momento processual importa na análise de duas questões: o direito de reunião, desde que de forma pacífica, previsto abstratamente na Constituição Federal, e a confronta à decisão judicial, anteriormente prolatada, as quais passa-se a analisar.

No que diz respeito ao direito de reunião, está previsto no art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, o qual estabelece que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público”.

Na situação em exame, conforme se constata da análise dos autos, bem como da ampla cobertura da imprensa escrita e falada, verifica-se que o movimento organizado pelos trabalhadores Sem Terras rumo à Fazenda C. *deixou de ser uma manifestação pacífica*, razão pela qual deve ser coibida pelo Poder Judiciário. Senão vejamos:

Primeiramente, porque é evidente que o movimento está contrariando uma decisão judicial proferida anteriormente, nos autos da Reintegração de Posse nº 1.06.0001169-5, movida pelo proprietário da terra contra o M. T. R. S. T.. O dispositivo da decisão teve a seguinte redação:

Ante o exposto, mantenho a liminar anteriormente deferida, tornando-a definitiva, e, com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, determino seja o autor F. T. G. MANTIDO na posse da Fazenda C., proibindo os requeridos, F. V. e integrantes do MST – M. T. S. T. de ingressarem na Fazenda C., e sequer nos matos que com ela fazem divisa, devendo também se absterem da prática de atos que importem em prejuízo ao patrimônio da fazenda, inclusive provocar incêndio (na fazenda ou arredores) cortar árvores, subtrair gado ou qualquer outro bem, fazer construir ou destruir objetos da Fazenda C., sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 por descumprimento do INTERDITO, a ser suportada de forma solidária pelos acampados em torno da Fazenda C..

Não obstante a decisão acima não tenha transitado em julgado, verifica-se que foi objeto de apelação (nº 70018403840), confirmada pelo Tribunal de Justiça em 22.08.2007.

Demais disso, a animosidade envolvendo o M. S. T. e o dos P. R. torna evidente que a reunião não tem caráter pacífico, vindo de encontro ao que prevê a Carta Magna.

Aliás, ressalta-se que o constitucionalista José Afonso da Silva *in Curso de Direito Constitucional Positivo* (23ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264) enfatiza que o mínimo de risco de atividades que afrontem esse caráter deve ser reprimido:

A reunião sem armas significa vedação à reunião de bandos armados com intenções belicosas, porque só se admitem reuniões com fins pacíficos, como expressamente consta do inciso constitucional em exame. Mas não quer isto dizer que a autoridade possa submeter todos os participantes, ou qualquer deles, a revistas para verificar ou não a existência de armas. Sem armas significa sem armas brancas ou de fogo, que denotem, a um simples relance de olho, atitudes belicosas ou sediciosas.

Da mesma maneira, resta evidente que a marcha dos Sem Terras e dos Produtores Rurais deve ser coibida, em face do evidente confronto que o encontro poderá ocasionar.

No momento, em que se verifica um possível combate entre os movimentos o problema deixa de ser de ordem privada e ingressa na esfera do interesse público. Ressalta-se, daí, inclusive a legitimidade do Ministério Público para mover a demanda.

Nessa senda, convém ressaltar que não é caso de direito de locomoção, uma vez que o objetivo do movimento (reunião) é ilícito, devendo ser mitigado, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (*In Constituição do Brasil Interpretada*, 2ª ed., São Paulo : Atlas SA., p. 169).

ANTE O EXPOSTO, com fulcro no artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, defiro a *liminar* para o fim

de impedir que os Sem Terra, por meio do *Coordenador do MST, M. C.*, e os Ruralistas e demais Produtores, pelo Presidente da FARSUL, C. S., se *abstenham de vir a C. Sul/RS, ficando desde logo, impedidos de ingressarem na Comarca de Carazinho para evitar confronto*.

Para viabilizar o cumprimento da medida, determino à Brigada Militar, *na pessoa do Comandante-Geral, Cel. N. N. B.*, para que mantenha um constante monitoramento das ações de ambos os movimentos, impedindo-os de ingressarem na Comarca de Carazinho.

Oficie-se ao Comando Geral da Brigada Militar para cumprimento da presente determinação, por fac-simile, com cópia ao Comando da Brigada Militar desta cidade.

Intimem-se os requeridos da presente decisão, por carta precatória e citem-se para contestarem, no prazo de quinze dias, porquanto o feito seguirá o rito ordinário, sob pena de se presumirem aceitos como verdadeiros os fatos alegados na inicial.

Intime-se o MP.

Carazinho (RS), 1º de outubro de 2007.

Marlene Marlei de Souza

Juíza de Direito

SENTENÇAS CRIMINAIS

Processo nº 029/2.03.0000086-6 - Concussão

Comarca de Santo Ângelo

Vara Criminal

Autor: M. P.

Réu: E. L. V.

Juiz Prolator: Ruggiero Rascovetzki Saciloto

Data: 20 de dezembro de 2005

Penal. Concussão. Médico que atende paciente pelo SUS exerce função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Todavia, não resta caracterizada a tipicidade do delito quando, a teor do caso concreto, inexiste prova acerca da exigência indevida de valores diretamente pelo médico, mormente se este for descredenciado do SUS e nada receber deste pelos serviços. Absolvição impositiva.

Vistos etc.

O M. P., com base no inquérito policial nº 000/00, oriundo da Delegacia de Polícia de Santo Ângelo/RS, ofereceu denúncia contra E. L. V., branco, brasileiro, casado, médico, com 43 anos de idade à época do fato, natural de Santo Ângelo, filho de B. S. V. e F. R. V., instrução superior completa, residente na Rua A., nesta cidade, enquadrando-o nas sanções do art. 316, *caput*, c/c o art. 327, par. 1º, ambos do Código Penal, pela prática do seguinte fato:

"No mês de maio do ano de 2000, em horário não esclarecido, no H. S. I. de Santo Ângelo, situado na Av. B., nesta Cidade, o denunciado E. L. V., exigiu de E. H. M. e E. B. M., para si e para o C. M. A. Ltda., vantagem indevida consistente na cobrança de valores referentes à anestesia para intervenção cirúrgica na paciente E. H. M., estando no exercício de função pública, uma vez que o hospital desenvolvia atividade típica de Administração, consistente no atendimento à saúde que conta com cobertura de verbas públicas do Sistema único de Saúde.

Na ocasião, E. deu entrada no H. S. I. para ser submetida a laminectomia (cirurgia de hérnia lombar). A cirurgia não chegou a ser realizada, tendo em vista que na indução para a anestesia a paciente sofreu uma parada cardiorrespiratória, precisando ser reanimada e encaminhada para a Unidade de Tratamento Intensivo do H. C. de Santo Ângelo, vindo a falecer após 86 (oitenta e seis) dias em estado de coma.

Por ocasião da internação, foi cobrado o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), pela realização da anestesia, sendo pago R\$ 100,00 (cem reais) por Ed. B. M., marido de E., e R\$ 100,00 (cem reais) pela P. S. S. F. (ofício das fls. 56/58), para o C. M. A. Ltda.

O H. S. I. é credenciado ao Sistema Único de Saúde, tendo recebido os valores referentes ao procedimento médico realizado na paciente E. H. M., conforme ofício das fls. 62/66".

A denúncia foi recebida em 24 de fevereiro de 2003 (fl. 138).

Foi declarada a nulidade dos atos processuais praticados desde o recebimento da denúncia, inclusive, eis que não foi aberto ao indigitado o prazo previsto no art. 514 do Código de Processo Penal. No mesmo despacho, ordenou-se a sua notificação para responder, nos termos do mesmo artigo (fl. 145).

Por defensor constituído, o indiciado ofereceu resposta preliminar, alegando não se enquadrar no conceito de funcionário público, porquanto não é médico credenciado do SUS e não preencheu a AIH. Além disso, não recebeu qualquer pagamento do SUS e não é funcionário do H. S. & Cia. Ltda. Diante disso, requereu o arquivamento do feito, por ausência de justa causa, ou, em caso de prosseguimento da ação, rogou pela sua improcedência, com a sua consequente absolvição (fls. 151/155).

A denúncia foi novamente recebida, em 06 de agosto de 2003 (fl. 158).

O réu foi intimado (fl. 161, v.) e interrogado (fls. 162/162v). Na oportunidade, negou a acusação, esclarecendo que nunca foi médico credenciado pelo SUS, não recebendo qualquer gratificação. Disse que a verba recebida do SUS pelo hospital não é repassada aos médicos. Aduziu que não possui qualquer vínculo empregatício com o H. S. I.,

tampouco o C. M. A. Referiu que sequer teve contato com as vítimas antes da cirurgia, tendo sido convocado na hora para fazer a anestesia.

Embora devidamente notificado para isso, o réu não ofertou defesa prévia.

Em audiência, foram ouvidas 4 testemunhas, sendo uma delas por carta precatória, na Comarca de Campina das Missões, dando-se por encerrada a fase instrutória e ordenando-se a atualização dos antecedentes criminais do acusado.

No prazo do art. 499, o Ministério Público nada requereu. A defesa, contudo, postulou diligências, as quais foram deferidas pelo juiz e devidamente cumpridas (fls. 199/200).

Em obediência ao art. 500, do Código de Processo Penal, o órgão acusatório apresentou alegações finais. Após análise minudente da prova e do direito, postulou a procedência da ação penal, para condenar o acusado nos termos em que fora denunciado (fls. 230/244).

O réu também ofereceu suas alegações finais. Em preliminar, alegou a intempestividade das alegações finais ministeriais, eis que protocoladas fora do prazo legal de 3 dias, requerendo o seu desentranhamento dos autos. Ainda em sede prefacial, alegou ausência de justa causa para a ação, eis que não há prova indiciária suficiente para embasar a denúncia. Alegou também a sua ilegitimidade passiva, porquanto não se enquadra no conceito de funcionário público, tampouco exerce função pública. Por fim, argüiu a inexistência do delito, alegando que o fato, embora típico, não é antijurídico. No mérito, repousou os argumentos esposados na resposta preliminar. Ao cabo, requereu a rejeição da denúncia, com o arquivamento do feito, por carência de ação, ilegitimidade de parte e falta de justa causa. Alternativamente, requestou a improcedência da denúncia, com a sua consequente absolvição (fls. 248/261).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente

Com relação à alegação defensiva referente à intempestividade do oferecimento das alegações finais pelo Ministério Público, afasto-a de plano. Embora admita que elas foram serôdias, visto que ofertadas fora do prazo legal previsto no art. 500, do Código de Processo Penal, não há de se falar em nulidade, mas apenas em mera irregularidade, haja vista que não restou qualquer prejuízo ao réu, que, inclusive, responde ao processo em liberdade. É que o prazo em comento é meramente dilatório, de natureza imprópria, não havendo qualquer

sanção cominada para o caso de não ser observado, tampouco alguma consequência processual. Ademais, houve justificativa do "Parquet", que atribuiu o atraso ao acúmulo de serviço. Logo, não restando prejudicada qualquer das partes, não há de se falar em nulidade, sobejando o feito plenamente sanado. Saliente-se que, se fosse o caso, o mesmo raciocínio seria aplicado à defesa, ante o princípio da igualdade entre as partes.

Ainda a título prefacial, a defesa alega a ilegitimidade do réu para figurar no pólo passivo do processo pelo delito de concussão, entendendo que ele não se enquadra no conceito "funcionário público". Aduz, ainda, falta de condição da ação, por atipicidade do fato.

Como se sabe, o sujeito ativo do delito em pauta é o funcionário público, tomada essa expressão no sentido penal, expresso no artigo 327 do Código Penal. Verifica-se que o referido artigo traz conceito amplo, alcançando pessoas que, mesmo não tendo vínculo formal com a administração pública, desempenhem funções ou atribuições de interesse público. Dessa forma, inserem-se no conceito todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública.

Tal conceituação, bastante abrangente, decorre da tendência dos modernos códigos repressivos em ampliar a noção de servidor público, visto que função pública possui uma conotação mais ampla do que a de funcionário estatal.

De acordo com o art. 327, § 1º, do Código Penal, "equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica de administração pública".

Nessa perspectiva, tenho que esse conceito ampliado de funcionário público, para fins penais, alcança o médico credenciado pelo SUS ou, mesmo que não credenciado, atenda a paciente do SUS, em entidade hospitalar que receba pacientes vinculados ao Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, trago à baila a jurisprudência do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO. MÉDICO / SUS. LEI Nº 9.983/00. RECURSO IMPROVIDO.

1. Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 9.983/00, que modificou o art. 327, § 1º, do Código Penal, este STJ já entendia que o médico que atende a beneficiários do SUS deveria ser considerado funcionário público por equiparação.

2. Recurso que se nega provimento".

(AgRg Resp 324699/RS. Proc 2001/0066162-5/ Julgado em 20/10/2005/ STJ 6ª Turma).

"PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - CONCUSSÃO - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - HOSPITAL CONVENIADO AO SUS - PRESENÇA DE JUSTA CAUSA - RECURSO DESPROVIDO."

Enquadra-se no conceito de funcionário público, para fins penais, todo aquele que exercer função pública, temporária ou permanente, a título oneroso ou gratuito, ainda que a mesma seja delegada.

Inteligência do art. 327 do Código Penal, preconizada mesmo antes do advento da Lei nº 9.983/2000. Administradores de hospital conveniado ao SUS e médicos que atendem pacientes segurados por esta Autarquia estão inseridos nesta concepção, por exercerem função pública delegada.

No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Tais hipóteses incoerem.

No caso sub judice, a peça vestibular descreve, com clareza, conduta típica em tese, propiciando o exercício da ampla defesa. Precedentes. Recurso desprovido".

(RHC 15081/RS / Processo 2003/0177442-4 / Julgado em 23/03/2004 / STJ 5ª Turma).

Trafegando nessa senda, trago ainda o seguinte julgado, ilustrando a tendência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"EMENTA: PENAL. CONCUSSÃO. CARACTERIZAÇÃO. Médico que atende paciente pelo SUS exerce função pública nos termos do art. 327 do CP. Cobrança por serviços médicos de paciente internado pelo SUS. Caracterização do delito do art. 316 do CP. Apenamento. Pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime praticado. Sentença mantida. Apelos não providos". (Apelação Crime nº 70009088592, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. José Eugênio Tedesco, Julgado em 30/09/2004).

Por tais comemorativos, não devem prosperar as preliminares ventiladas pela defesa, pois possível, em tese, o enquadramento do denunciado ao tipo do artigo 316 do Código Penal.

Mérito

A existência do evento vem comprovada nos autos pelo termo de comparecimento e declarações de fls. 11, pelos documentos de fls. 12/34 e pela prova oral coletada.

Contudo, a autoria e a tipicidade do delito não restaram demonstradas. Veja-se:

O acusado E. L. V., em seu interrogatório, afirmou que nunca foi médico credenciado pelo SUS e não recebe valores do SUS. Afirmou, ainda, que não tem relação empregatícia com o H. S. I. e que o único contato que tem com os pacientes antes da cirurgia é por ocasião do exame pré-anestésico, sendo os demais contatos feitos pela secretaria do C. M. A.. Conforme prosseguiu em suas declarações:

"(...) No caso relatado nos autos o interrogando não fez sequer contato com a vítima, pois a mesma tinha marcado a cirurgia para dias anteriores, mas não apareceu e a cirurgia ficou designada para uma certa data, tendo sido o interrogando convocado na hora para fazer a anestesia. O interrogando foi convocado para realizar pelo C. M.. Na época dos fatos, o interrogando sabe que determinadas prefeituras pagavam 50% do valor do procedimento para as pessoas com baixa renda. (...) O interrogando não sabe se o procedimento cirúrgico era coberto pelo SUS ou pago pela paciente. O médico cirurgião que iria realizar a cirurgia era o Dr. S.. O cirurgião, Dr. S., antes de realizar a cirurgia, entrou em contato com o C. M. e pediu para que um anestesista procedesse a cirurgia da paciente. Por uma questão de escala, no dia, foi o interrogando o designado. O interrogando não recorda com precisão mas acredita que o valor da anestesia girou em torno de R\$ 150,00 a R\$ 200,00. O C. M. não possui qualquer convênio com o SUS. (...)" (fl. 162 e 162, v).

Na fase policial, o réu prestou semelhante depoimento, esclarecendo, ainda, que

"(...) pelo serviço prestado a paciente E., o declarante recebeu de R\$ 150,00 a R\$ 250,00. Que este valor, na verdade, foi recebido pela secretaria do C. M. A., que, posteriormente, foi repassado ao declarante, no final do mês, em forma de cotas. Que o valor do procedimento foi acertado pelos familiares de E. e a secretaria do C. A., de nome G.. Esclarece que o procedimento de anestesia foi eletivo, ou seja, foi agendada data para a cirurgia. Que, no caso de E. que foi internada pelo SUS, o procedimento anestésico foi pago porque não há vínculo do H. S. I. e o médico anestesiologista. (...) que no caso de E. a P. M. S. S. F. pagou o valor de R\$ 100,00 diretamente ao C. A.. Que manteve contato com o esposo de E., Senhor E. B. M., somente após o procedimento anestésico, informando sobre o processo que teria causado o "coma" na paciente E." (fl. 85/86).

Convergindo com a narrativa do acusado, a testemunha H. G., presidente do C. M. A., prestou o seguinte depoimento:

"A cobertura do serviço de anestesia é de responsabilidade da prefeitura do município de origem do paciente.

Os anestesistas no Brasil não são credenciados pelo SUS. O acusado não é credenciado. Desconhece que o argüido tenha exigido valores para a paciente E. (...) A designação do anestesista, ressalvada a hipótese de preferência manifestada pelo paciente, é definida por uma escala. O entabular dos negócios envolvendo os honorários é feito pela secretaria do C. e não pelos profissionais diretamente. O contato entre o profissional e o paciente se restringe ao procedimento pré-anestésico, podendo haver substituição na véspera ou até mesmo na hora. O repasse do C. aos profissionais é distribuído em percentual variável e outro fixo.” (fl. 170).

Nos mesmos moldes foram as declarações prestadas pela referida testemunha na fase policial (fl. 109/110), merecendo destaque os esclarecimentos referentes ao sistema de negociação das anestesias, realizado entre o C. M. e as famílias dos pacientes e/ou as Prefeituras dos municípios de origem dos pacientes.

Por sua vez, o informante J. C. S., médico que realizaria o procedimento cirúrgico em E., disse o seguinte:

“O depoente tem conhecimento dos fatos porque seria o cirurgião. A cirurgia não foi realizada. O atendimento ao paciente era feito pelo SUS. A cobertura do serviço de anestesia era feita município de origem do paciente. Desconhece que o argüido tenha exigido valores para a paciente E. O atendimento dos anestesistas é de escala e o agendamento é com a secretaria dos anestesistas, não havendo cobrança direta pelos profissionais.” (fl. 171).

A testemunha R. J. G. A. sócia gerente e administradora do H. S. I., em depoimento na polícia, esposou que:

“Com relação ao internamento da paciente E. H. M., em maio de 2000, a depoente informa que foram emitidas duas AIHs, esclarecendo que a primeira foi excluída pela auditoria médica por estar com a numeração vencida. (...) Que foi pago pelo SUS somente uma AIH. Que, com relação à cobrança de serviços médicos referentes à anestesia da paciente E., a depoente informa que as tratativas referentes à prestação desse serviço foram entre familiares da paciente e o C. M. A. Que o H. S. I. não possui médico anestesiologista com vínculo empregatício. Que o hospital não recebeu nenhum valor do SUS referente ao serviço médico de anestesiologia” (...) (fl. 104).

Diante desse panorama, não vislumbro a possibilidade de um édito condenatório contra o denunciado.

A conduta típica do crime de concussão é exigir, impor como obrigação, ordenar, aproveitando-se

do temor de represálias a que fica constrangida a vítima, influindo na manifestação volitiva desta.

No caso em tela, não restou cabalmente comprovado que o acusado efetivamente “exigiu” valores da família da vítima para realizar a anestesia. Toda a prova oral colhida nos autos aponta no sentido de que o réu não realizou pessoalmente as tratativas dos valores recebidos pela anestesia, tendo o C. M. A., através de sua secretaria, realizado tais atos. Se houve exigência de valores para o pagamento do procedimento anestésico, tal exigência partiu do C. A., não se podendo imputar responsabilidade ao réu.

Note-se que nem mesmo o esposo da paciente, E. B. M., ouvido tão-somente na fase investigativa, mencionou ter havido exigência dos valores pelo réu, já que afirmou apenas que “o procedimento anestésico, apesar de ser realizado pelo SUS, teve o pagamento de R\$ 200,00, sendo R\$ 100,00 pagos pelo declarante e R\$ 100,00 pela P. S. S. F.” (fl. 51). Além, disso, E. não refere com quem tratou acerca dos valores, tampouco a quem pagou, não mencionando, em nenhum momento, o nome do réu.

É certo que a testemunha E. M. K., filha da paciente E., prestou o seguinte depoimento:

“(...) Refere que foi pago ao réu o valor de R\$ 200,00 para ele fazer a anestesia, sendo que R\$ 100,00 foi pago pela P. S. S. F. e mais R\$ 100,00 pelo pai da depoente. (...) Acredita que o valor foi pago antes do trabalho feito pelo réu. Refere que o réu não deu recibos dos valores pagos, que de comprovante tem somente o canhoto do cheque dado ao réu. A depoente confirma que o seu pai deu um cheque de R\$ 100,00 diretamente para o réu. (...)” (fl. 192).

Contudo, verifica-se pelas cópias de cheques microfilmados juntados pelo B. B. (fls. 221/228), que nenhum cheque fora nominal ao réu, tampouco sacado por ele. Logo, não há nos autos nenhuma prova de que o réu tenha realmente recebido os ditos R\$ 100,00 diretamente da família da paciente. Saliente-se, ainda, que o pagamento realizado pela P. M. S. S. F. (R\$ 100,00) não fora efetuado perante E., mas sim, perante o C. M. A. Ltda., conforme nota fiscal e empenho de fls. 59 e 60. Logo, tudo indica que a quantia restante também tenha sido alcançada ao mencionado centro.

De outra banda, além de não haver nos autos elementos probantes que demonstrem que o réu exigiu valores da família da paciente, não há prova alguma de que o réu seja credenciado pelo SUS. Bem pelo contrário, pois conforme se depreende da prova testemunhal colhida, fica claro que o réu não é médico vinculado ao SUS, assim como não o são os demais anestesiologistas.

Da mesma forma, não há qualquer prova de que o réu tenha recebido qualquer valor pecuniário do SUS em virtude do procedimento realizado na Sra. E. Conforme ofício nº 260/01 (fl. 65), AIH (fl. 67) e documento de fl. 66, não houve qualquer pagamento do Sistema Único de Saúde ao Dr. E. L. V. pela anestesia realizada. Ademais, a testemunha acusatória R. J. (fl. 104) afirmou que o H. S. I. não possui médico anestesiologista com vínculo de emprego e que "o Hospital não recebeu nenhum valor do SUS referente ao serviço médico de anestesia".

Assim, embora estivesse a paciente internada pelo SUS, o acusado não era médico credenciado a tal sistema na época dos fatos, tampouco recebeu qualquer quantia deste pela indução anestésica. Igualmente, não foi ele quem ficou responsável pela paciente quando de sua internação. Dessa forma, nenhuma obrigação tinha de realizar anestesia sem pagamento de honorários. Nenhum médico está obrigado a atender pacientes segurados se não tem vínculo com a instituição seguradora.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência gaúcha, conforme se extrai dos seguintes julgados:

"MÉDICO / SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE / CONCUSÃO / DENÚNCIA REJEITADA. Médico que não atende pelo Sistema Único de Saúde e cobra honorários por endoscopia realizada em paciente segurado e internado em Santa Casa do interior do Estado. Crime de concussão não caracterizado. Se não ficou responsável pela internação do paciente e se não é médico vinculado ao SUS, nenhuma obrigação tem de realizar exame pago pela instituição pública. Impõe-se a rejeição da denúncia. Apelo improvido, à unanimidade". (Apelação Crime nº 70008659948, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Gaspar Marques Batista, Julgado em 12/08/2004).

"APELAÇÃO CRIME. CONCUSSÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA. A emissão de edital condenatório, em relação ao delito de concussão, demanda a produção de prova cabal de ter o réu, na qualidade de funcionário público, exigido vantagem indevida. Prova oral produzida pela acusação, que não autoriza a condenação. Paciente removido de hospital de São Borja, onde se encontrava internado em CTI, sem autorização e conhecimento da direção, médico assistente e funcionários, retirado pelas filhas e internado em nosocomio de Santa Maria, por um período, com baixa hospitalar em caráter privativo, que, através de familiares, dias após, solicita a baixa pelo SUS, obtendo êxito. Pagamento de caução para internamento particular, bem como cobrança de valores referentes àquele período, que, até prova em contrário - que não foi produzida pela acusação - em princípio, não configura exigência indevida. Prova da autoria que não satisfaz. Familiares

do paciente que, sequer, tiveram contato direto com o réu, não sabendo informar se foi ele mesmo quem exigiu ou determinou o pagamento. Insuficiência probatória. Absolvição que se impõe. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime nº 70004631834, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relª Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/01/2003)

Por fim, afasto a tese acusatória, no sentido de que, em tratamento realizado pelo SUS, é vedada a cobrança de honorários médicos ou complementação a qualquer título do paciente ou de sua família. Ora, é equivocado o entendimento de que somente por existir convênio entre o SUS e o hospital, todos os médicos que nele labutem estejam obrigados a atender pelo sistema público de saúde, até porque, em muitos casos, tal sistema não cobre determinados procedimentos e trabalhos médicos, dentre os quais se incluem as induções anestésicas como a presente. Por conseguinte, é plenamente possível a cobrança de honorários naquilo em que não houver cobertura pelo SUS. E nem poderia ser diferente, pois a garantia constitucional da saúde é obrigação do Estado e não da classe médica, que não está obrigada a trabalhar a título gracioso.

Pelo exposto, em síntese, não há como ser profrido um decreto condenatório, por três simples razões:

- não há prova certa de que o réu exigiu valores da família da paciente;
- o réu não é credenciado pelo Sistema Único de Saúde, assim como os demais anestesiologistas;
- não há prova inequívoca de que o réu recebeu pagamento do Sistema Único de Saúde pelo procedimento realizado;

Portanto, a presente ação penal só pode desguar nas veredas da improcedência, impondo-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, como corolário lógico de toda análise expandida.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para o fim de ABSOLVER o acusado E. L. V. das imputações que lhe foram dirigidas pela denúncia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o BIE e remeta-se-o ao DIMP.

Custas pelo Estado.

Registre-se,

Publique-se e

Intimem-se.

Santo Ângelo, 20 de dezembro de 2005.

Ruggiero Rascovetzki Saciloto

Juiz de Direito

Processo nº: 027/2.05.0133934-5

3ª Vara Criminal de Santa Maria

Autor: M. P.

Réu: V. A. G.

Juiz Prolator: Sidinei José Brzuska

Data: 27 de novembro de 2006

A guaiaca é parte integrante da pilcha gaúcha, traje de honra no Estado do Rio Grande do Sul. Estatuto do desarmamento. Inaplicabilidade. A munição usada como adorno de guaica, ausente a arma necessária ao seu disparo, é desprovida de lesividade, constituindo fato atípico. Impossibilidade de prisão em flagrante. preservação da imagem do gaúcho. Absolvição.

Vistos etc.

O Ministério Público denunciou V. A. G., brasileiro, casado, aposentado, nascido em 3 de fevereiro de 1950, com 55 anos na época dos fatos, natural de Alegrete, RS, filho de V. G. e de O. G., instrução ensino fundamental incompleto, residente na super Q., Rua E. M. S., nesta cidade, como incurso nas sanções do artigo 14 da Lei 10.826/2003.

Segundo a denúncia, no dia 24 de novembro de 2005, por volta das 19h. 56min., na rua V. L., nesta cidade, o denunciado portava munição de arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em 11 cartuchos, intactos, calibre 38, marca CBC.

A denúncia foi recebida em 22.12.2005. O réu foi citado e interrogado, tendo apresentado defesa prévia no tríduo legal. Durante a instrução foram ouvidas quatro testemunhas. No prazo do artigo 499 as partes nada requereram. Em alegações finais, ambas as partes pleitearam o juízo absolutório com base na ausência de ilicitude, entendendo caracterizado o instituto do erro de proibição.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Passo a fundamentar.

Versa a demanda, conforme relatado, sobre o delito capitulado no artigo 14 da Lei 10.826/03.

A materialidade delitiva restou demonstrada pela Ocorrência Policial (fl.06), Auto de Apreensão (fls. 08/09) e Auto de Restituição (fl. 11), bem como pela prova testemunhal.

Da mesma forma evidenciou-se a autoria, tendo o próprio denunciado confessado o porte dos projeteis. Sem embargo, esclareceu que o fazia com a única intenção de adornar sua vestimenta típica, já que não trazia arma de fogo consigo:

"Trazia os cartuchos na guaiaca de couro. Estava pilchado, com pilcha completa, bota, bombacha, cinto, chapéu", fl.28.

A justificativa apresentada mostrou-se incontestável diante dos elementos probatórios existentes.

O policial inquirido confirmou que o acusado se encontrava "pilchado" e com os projeteis afixados na guaiaca, sem portar arma de fogo.

Já as demais testemunhas foram uníssonas ao afirmar que o réu é pessoa com forte apego às tradições gaúchas, freqüentador de CTG e que anda "sempre, sempre, sempre de gaúcho" (fls. 40/42).

Esta é a prova coligida, e dela se depreende o flagrante descabimento da acusação feita. Tanto que o próprio *dominus litis* invocou o juízo absolutório, entendendo, após analisar a instrução probatória, que V. não tinha potencial conhecimento da ilicitude de seu ato.

No mesmo sentido foram as razões esposadas pela defesa técnica.

De fato, não há qualquer dúvida quanto ao estado de inocência do acusado, pessoa cuja submissão à condição de réu em processo criminal era absolutamente prescindível. Entretanto, a meu sentir a motivação para o juízo absolutório é diversa da que foi pleiteada pelas partes. Explico.

Do processo de subsunção do fato à norma penal invocada conclui-se que a acusação não resiste ao primeiro substrato do crime, qual seja a tipicidade. Sequer é preciso enfrentar o elemento culpabilidade (e nela o instituto do erro de proibição), pois a conduta em comento é inquestionavelmente atípica.

Afinal, inexiste qualquer potencialidade lesiva na conduta de possuir munição sem uma arma capaz de lhe dar a destinação ofensiva.

A munição, por si só, é incapaz de oferecer perigo. Mormente no caso concreto, onde os projeteis eram portados tão somente a título de adorno, como qualquer outro implemento da vestimenta típica gaúcha.

Nesse mister, impõe-se concluir, nos termos da mais renomada doutrina, que a conduta do réu não ofendeu o bem jurídico tutelado (inexistência de resultado jurídico relevante). Logo, inexiste tipicidade em seu aspecto material (dimensão axiológica ou valorativa), tratando-se de fato eminentemente atípico.

O conceito de tipicidade meramente formal - adequação de um fato à norma jurídica - já se mostra insuficiente, não mais se sustentando diante da constante evolução do Direito Penal. Exige-se, além dela, um mínimo de lesividade social, o que não ocorreu *in casu*.

Nesse sentido, transcrevo a brilhante decisão proferida pelo Tribunal Gaúcho:

PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. *O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime). (Apelação-Crime nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 08/06/2005).*

A absolvido na esfera penal, remanesce ainda um ponto a ser reparado e que diz respeito ao tratamento dispensado ao réu na origem dos fatos. O denunciado é gaúcho de pura cepa. Homem de boa índole e com conduta social abonada. Aos 56 anos de idade nunca tinha respondido a qualquer processo penal. Tradicionalista e apreciador dos hábitos gauchescos, foi preso pura e simplesmente porque adornava sua guaiaca com alguns cartuchos.

A denominada "Pilcha Gaúcha" é traje oficial no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da Lei Estadual 8.813 de 1989, que assim dispõe:

Art. 1º - É oficializado como traje de honra e de

uso preferencial no Rio Grande do Sul, para ambos os sexos, a indumentária denominada "PILCHA GAÚCHA".

Parágrafo único - Será considerada "Pilcha Gaúcha" somente aquela que, com autenticidade, reproduza com elegância, a sobriedade da nossa indumentária histórica, conforme os ditames e as diretrizes traçadas pelo Movimento Tradicionalista Gaúcho. Art. 2º - A "Pilcha Gaúcha" poderá substituir o traje convencional em todos os atos oficiais, públicos ou privados, realizados no Rio Grande do Sul.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

Peça fundamental da pilcha são as bombachas, a qual é firmada pela guaiaca, que é um "cinto largo de couro macio, às vezes de couro de lontra ou de camurça, ordinariamente enfeitado com bordados ou com moedas de prata ou de ouro, que serve para o porte de armas e para guardar dinheiro e pequenos objetos".

O "porte de armas", para o que servia originalmente a guaiaca, está limitado pelo Estatuto do Desarmamento, em que pese sua rejeição por mais de 80% da população deste Estado, o que não impede o gaúcho de ataviar o cinturão com as balas do revólver que outrora podia ostentar livremente, como uma espécie lúdica de recordação dos tempos passados.

Isso porque, como já afirmado na fundamentação inicial, as balas por si só são inofensivas e desprovidas de qualquer letalidade.

É bem verdade que o acusado não reclamou abertamente do tratamento que recebeu no momento em que foi preso. Decerto foi impedido pela educação o respeito pela figura do Juiz. Mas de sua fala percebe-se alguma mágoa, uma vergonha passada pelo fato de ter sido "algemado em via pública" e conduzido como bandido até a delegacia de polícia.

Ainda que se reconheça o acerto da norma da Brigada Militar, consistente em algemar a pessoa detida para "segurança", tal procedimento deve ser flexibilizado frente a autêntica figura do Gaúcho, que no caso estava personalizada na pessoa do acusado, vestido com "pilcha completa", nos exatos termos editados pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

O Gaúcho tipicamente trajado não deve ser "algemado em via pública", por ornar sua guaiaca com balas de revólver, para que não se mate "aos poquitos as tradições do Rio Grande", como ensinou o poeta Jaime Cae-tano Braun:

"E assim como tu, Negrinho,
Que um dia foste espancado
E por fim martirizado

Num formigueiro do pago,
O meu peito de índio vago
Também sofreu igual sorte.
E hoje vagueia sem norte,
Sem fugir, por mais que ande,
Deste formigueiro grande,
Onde costumes malditos
Tentam matar aos pouquitos
As tradições do Rio Grande!"

POSTO ISSO, julgo improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público em face de V. A. G., nos autos do processo nº 027/2.05.0133934-5, com base no

artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Por fim, restitua-se ao acusado, para a completa justiça, suas facas e sua guaiaca, apreendidas na fl. 09, com o respectivo adorno.

Decorrido o prazo legal sem recurso voluntário, dê-se baixa e arquive-se.

Santa Maria, 27 de novembro de 2006.

Sidinei José Brzuska
Juiz de Direito

– 0 –

Processo: 001/2.05.0028626-5
Comarca de Porto Alegre
Vara Criminal Foro Regional da Tristeza
Autora: J. P.
Réu: J. C. S. S.
Juiz Prolator: Joni Victória Simões
Data: 12 de janeiro de 2007

Crime de tortura. Prova. Versão defensiva desamparada e palavra da vítima coerente com o cabedal. Lesões descomedidas e violência desnecessária atestadas inclusive por auto de exame de corpo de delito. "Uso moderado da força" e "exercício regular de direito" não caracterizados. Pena de reclusão cumulada com perda da função e interdição para o seu exercício. Soldado da Brigada Militar acusado de submeter a vítima, sob sua autoridade, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de lhe aplicar castigo pessoal. Prova da autoria e materialidade suficiente no caderno processual. Testemunhas que não confirmaram a versão defensiva, de que as agressões partiram da vítima contra a guarnição da B. M.. Palavra do ofendido válida à busca da verdade real. Lesões sofridas durante operação do BOE confortadas nos demais elementos produzidos, sobretudo os autos de exame de corpo de delito. Agressões que ultrapassam aquelas decorrentes do "uso moderado da força", revelando violência descomedida e desnecessária, causadora de intenso sofrimento físico e psicológico. O fato de o ofendido ter, em tese, participado de batedeiras anteriores não autoriza conduta de Agente Estatal nesse sentido, afastando a idéia de simples exercício regular de direito. Crime equiparado à hediondo. Pena de reclusão a ser cumprida em regime inicial fechado, cumulada com a perda da função e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da condenação.

Vistos etc.

J. C. S. S., brasileiro, solteiro, nascido em 09/02/1970, natural de POA/RS, filho de F. S. e de E. S. S., residente e domiciliado na Avenida W. E., T., nesta Capital, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97, consoante peça acusatória de fls. 02/03, pela prática do seguinte fato:

"No dia 16 de novembro de 2002, por volta das 2h, nesta Cidade, na Av. W. E., via pública, o denunciado J. C. S. S., Policial Militar, com emprego de violência e grave ameaça, submeteu a vítima, sob sua autoridade, P. R. S. S., a intenso sofrimento físico e mental, como forma de lhe aplicar castigo pessoal.

Na ocasião, o Soldado P. R. S. S., juntamente com o seu irmão e com dois amigos, estavam caminhando pela Av. W. E., quando foram abordados por Policiais Militares, que haviam sido comunicados pelo Sr. J. A. P., vigilante do

S. G. V., de que havia um grupo de rapazes colocando cavaletes no meio da rua e quebrando paradas de ônibus. Na oportunidade, os policiais acusaram a vítima e seus amigos de serem os autores da baderna, e, posteriormente, a vítima foi agredida com cacetadas, chutes e socos pelo Policial Militar J. C. S. S., causando as lesões descritas no laudo de fl. ”.

A denúncia foi recebida em 16/11/2004 (fl. 147).

O réu foi citado e interrogados, fls. 175v e 178/180, e constitui Defensora para lhe acompanhar ao longo do feito. Foi apresentada defesa prévia e rol de testemunha, no tríduo legal, à fl. 183.

Ouviu-se a vítima e mais três testemunhas arroladas, fls. 220/223 e 238/242.

Aportaram os autos de exame de corpo de delito, fls. 38/49, o resultado das sindicâncias instauradas pelo Exército Brasileiro (fls. 53/55) e pela Corregedoria da Brigada Militar (fl. 111).

Encerrada a instrução, no prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes dos réus (fl. 244). A Defesa, intimada, postulou expedição de ofício ao Exército Brasileiro (fl. 239), o que foi indeferido à fl. 254.

A Defesa pediu a reconsideração da decisão, o que foi novamente negado (fl. 258). Interpôs-se, então, recurso de agravo de instrumento com efeito suspensivo, fls. 261/262, o que foi recebido como *correição parcial*, fl. 263.

Em alegações finais, o Parquet analisou o conjunto de provas e pediu a condenação do réu, nos termos da denúncia (fls. 274/278).

A Defesa, às fls. 280/285, apontou que o réu também fora vítima de lesões corporais produzidas pela suposta vítima, nos termos do auto de exame de corpo de delito anexado. Ela estava bêbada e se insurgira contra a abordagem, desferindo chutes e acertando o PM no braço – o que originou a necessidade do uso de força moderada, como forma de conter os ânimos. Estava desempenhando estrito cumprimento de dever legal – excludente de ilicitude que impõe a absolvição. Sequer as lesões “inventadas” pela vítima não caracterizariam o crime de tortura, senão mera ofensa à incolumidade física. Ela própria menciona ter sido agredida por outros Policiais Militares, sendo difícil precisar-se caso outro fosse o autor do fato. Logo, a absolvição seria impositiva, diante da insuficiência de provas e das dúvidas instauradas (fls. 280/285).

Os antecedentes vieram às fls. 245/249.

Relatei.

Decido.

A materialidade e a autoria do crime restaram suficientemente demonstradas nos autos de exame de corpo de delito das fls. 38/49, bem como na prova oral produzida em juízo, em que pese J. C. S. S., Policial Militar, tenha negado o cometimento de tortura contra a vítima.

Com efeito, o réu sustentou que teria sido chamado por conta de alguns rapazes embriagados estarem fazendo baderna na rua, em frente ao S. G. V., na Avenida W. E.. Procedeu à abordagem dos suspeitos e a vítima, de pronto, disse ser “federal” e que “ninguém iria abordá-la”. Logo, resolveu imobilizar o ofendido, utilizando-se do uso moderado de força (fls. 178/180).

Posteriormente, o acusado deu novo contorno aos fatos noticiados pelo Ministério Público. Explicou que tudo não passara de “violências mútuas”, referindo que o ofendido P. R. o teria agredido em um primeiro momento, “vindo para cima” e desferindo-lhe chutes. Teve de puxar o bastão e empurrá-lo contra uma grade, a fim de imobilizá-lo até que um colega conseguisse colocar as algemas. O objeto teria feito pressão nas costas do rapaz e, provavelmente, originara as marcas constatadas pelos peritos-médicos. A Polícia do Exército foi chamada até o local e acabou levando o ofendido dali (fls. 178/180).

A versão de J. C., porém, é de duvidosa credibilidade e, justamente por isso, não merece consideração.

Veja-se que o acusado não trouxe qualquer elemento de prova contundente, que demonstrasse que ele próprio teria sido vítima de ataque e resistência por parte do ofendido, motivando-lhe a se utilizar de força – em tese moderada –, para fins de conter a reação do rapaz e realizar a sua detenção.

Na verdade, nem mesmo as testemunhas arroladas no processo ampararam a tese defensiva.

J. A. P., que era segurança do referido centro comercial à época dos fatos, disse realmente ter visto alguns jovens fazendo arruaças, inclusive tirando um cavalete do DEP e colocando-o no meio da rua. Todavia, não pode identificar quem seriam os baderneiros. Resolveu atacar a uma viatura policial que passava pela avenida e deu conta dos fatos aos Milicianos. Estes foram no encalço do grupo de rapazes, mas não soube dizer nada além disso. Não presenciou a abordagem em si e não sabia, consequentemente, se teria havido troca de agressões. Ouviu dizer, porém, que um dos moços saíra machucado (fls. 222/223).

A testemunha G. R., taxista que trabalhava em um ponto na Avenida W. E., sequer podia precisar a que

Processo nº:035/1.06.0009116-9 - Anulatória**Comarca de Sapucaia do Sul****2ª Vara Cível****Autor: M. S. H. C.****Réu: B. S. M. S. A.****Juíza Prolatora: Clarissa Costa de Lima****Data: 31 de agosto de 2007**

Ação anulatória de empréstimo consignado com pedido de antecipação de tutela para suspensão dos descontos de empréstimo em valor superior à margem consignável de 30% estabelecida pelo art. 2º §2º do Decreto 4840/03. I- Da autonomia da vontade nos contratos de crédito. II- Do risco de superendividamento. III- Da boa fé objetiva do banco. Dever do profissional de verificação prévia da capacidade de reembolso do consumidor a fim de evitar o seu endividamento excessivo. IV- Da legalidade dos descontos x dignidade da pessoa humana (garantia do mínimo existencial). V- Sentença de procedência para determinar o cancelamento imediato do desconto do empréstimo na folha de pagamento da autora bem como o débito de qualquer outro valor na sua conta-salário, sob pena de devolução em dobro dos valores descontados.

Vistos e examinados os autos.

M. S. H. C., brasileira, casada funcionária pública municipal, residente e domiciliada na Rua J. A S., bairro V., nesta cidade ajuizou ação anulatória contra o B. S., pessoa jurídica de direito privado, com endereço na Rua C. S. P., nesta cidade. Narrou que celebrou com o requerido vários contratos, sendo um deles empréstimo consignado cuja prestação ultrapassa a margem consignável de 30% estabelecida pelo art. 2º §2º do Decreto 4840/03. Alegou que já possuía diversos contratos em andamento com o banco requerido e que celebrou o empréstimo consignado de modo coercitivo para saldar as dívidas anteriores. Revelou que de sua conta salário primeiro são descontados os empréstimos concedidos e depois o banco "generosamente" libera alguma importância à autora nunca superior a R\$ 200,00 (duzentos reais). Requer a anulação do contrato de empréstimo consignado e das demais operações arroladas na inicial. Em sede de antecipação de tutela requereu a suspensão dos descontos em folha de pagamento. Juntou documentos (fl.10 a 38).

Determinada a emenda da inicial quanto a ação para suspensão dos descontos em folha de pagamento é "ordinária de cancelamento do desconto", o que não acarreta a nulidade do empréstimo subjacente, ao passo que a ação anulatória tem fundamentos próprios (fl.39).

A autora emendou a inicial, esclarecendo que a ação interposta é a ordinária para o cancelamento do desconto dos empréstimos em folha de pagamento e em conta corrente (fl.40).

Novamente determinada a emenda para esclarecer se a pretensão é de redução do desconto para o percentual de 30% permitido em lei ou o seu cancelamento (fl.42).

A autora informou que seu pedido é de cancelamento dos descontos em folha de pagamento e em conta corrente (fl.43).

Concedida antecipação de tutela para o efeito de limitar o desconto ao percentual de 30% estabelecido em lei para o fim de garantir a subsistência da autora, na medida em que os descontos realizados pelo banco parecem ultrapassar esse limite conforme depreende dos contracheques de fl. 28 e 29 (fl.44).

A autora interpôs embargos declaratórios porque a decisão interlocatória teria sido omissa quanto ao desconto em conta corrente e quanto ao prazo para o seu cumprimento (fl.47).

Os embargos foram recebidos e providos para esclarecer que o somatório das consignações em conta corrente e folha de pagamento não ultrapasse 30% da remuneração disponível, devendo o cumprimento ser imediato, ou seja, a contar da ciência pelo réu (fl.50).

Juntada aos autos carta AR de citação do banco (fl.54).

O banco noticia a interposição de agravo de instrumento contra a decisão liminar (fl.56), cujo cópia foi acostada à fl. 57 a 79.

Mantida a decisão liminar (fl.80).

O banco contestou à fl. 82. Preliminarmente, alegou a inépcia da inicial. Quanto ao mérito, alegou que o autor tinha ciência de sua contraprestação, dos encargos e dos descontos em folha de pagamento e que devem prevalecer o princípio da liberdade de contratar e da obrigatoriedade do cumprimento dos contratos. Afinal, o banco cumpriu com as obrigações previstas no contrato quando colocou à disposição da autora o dinheiro solicitado. Sustentou a legitimidade dos descontos em conta corrente porque o banco fica garantido do adimplemento, podendo alcançar ao mutuário melhores condições, menor custo, etc. Juntou documentos (fl.104 a 127).

O agravo de instrumento interposto pelo banco foi provido (fl. 129, 132/134).

As partes não manifestaram interesse na produção de outras provas.

É o relatório. Decido.

A presente ação será julgada antecipadamente, pois se trata de matéria de direito.

I) PRELIMINARMENTE:

A preliminar de inépcia da inicial foi bem afastada na decisão de fl. 130 pois em que pese a confusão dos argumentos trazidos na peça preambular, após as emendas restou claro ao banco demandado os limites da lide. Tanto que na contestação (fl. 84), o próprio banco concluiu corretamente que a autora postula o cancelamento dos descontos com pedido de tutela antecipada para que sejam de imediato cancelados, estando excluídos todos os pedidos que se referiam à anulação do contrato e adequação de valores.

II) MÉRITO:

DA AUTONOMIA DA VONTADE

O princípio da autonomia da vontade e da força obrigatória dos contratos constituem, sem dúvida, a espinha dorsal do direito dos contratos. Cláudia Lima Marques sintetiza muito bem a doutrina da autonomia da vontade que inspirou o Código Civil de 1916¹:

A doutrina da autonomia da vontade considera que a obrigação contratual tem por única fonte a vontade das partes. A vontade humana é assim o elemento nuclear, a fonte e a legitimação da relação jurídica contratual e não a autoridade da lei. Sendo assim, é da vontade que se origina a força obrigatória dos contratos, cabendo à lei simplesmente colocar à disposição das partes instrumentos para assegurar o cumprimento das promessas e limitar-se a uma posição supletiva. A doutrina da autonomia da vontade terá também outras consequências jurídicas

importantes como a necessidade do direito assegurar que a vontade criadora do contrato seja livre de vícios ou defeitos, nascendo aí a teoria dos vícios do consentimento. Acima de tudo o princípio da autonomia da vontade exige que exista, pelo menos abstratamente, a liberdade de contratar ou de se abster, de escolher o parceiro contratual, o conteúdo e a forma do contrato. É o famoso dogma da liberdade contratual.

Contudo, nos contratos mais complexos celebrados entre um leigo e um profissional, essa autonomia da vontade não corresponde mais àquela do fim do século XVIII, inspirada na filosofia individualista do liberalismo econômico. A noção clássica de uma vontade livre, dirigida pelo próprio indivíduo, pressupõe uma igualdade de forças e liberdade de discussão entre as partes, o que não ocorre nas relações de consumo, marcadas pela desigualdade entre seus atores (consumidor e fornecedor). A oposição entre leigo e profissional é destacada por Sophie Gjidara²:

Se na visão tradicional, os protagonistas do contrato são os personagens abstratos designados pelos termos genéricos de credores e devedores, a influência da economia sob o direito contribuiu para um desdobramento dos modelos, a figura do devedor e do credor tendem a desaparecer atrás dos conceitos econômicos de profissionais e de consumidores. Enquanto o Código Civil rege fundamentalmente os relacionamentos contratuais em função do objeto do contrato, referindo-se, assim, a um postulado de liberdade e igualdade dos contratantes, o direito do consumo apreende os relacionamentos contratuais em função da posição do contratante no processo contratual. Assim, a emergência das noções de profissionais e consumidores deixa pensar que a ideologia que sustenta o Código Civil não permite reger de maneira satisfatória os relacionamentos contratuais nos quais está implicado o consumidor. De outro lado, o direito do consumo que incita a visar a relação contratual não mais como um relacionamento interindividual mas como uma manifestação de antagonismos coletivos, se organizou em função de um esquema dominado pela idéia de um desequilíbrio estrutural, de uma desigualdade inerente à relação entre o profissional e o consumidor de crédito. Os profissionais tradicionalmente em posição de superioridade em razão de seus conhecimentos técnicos e de suas capacidades financeiras mais importantes, opõem-se aos consumidores, quer dizer, àqueles economicamente frágeis que sucumbem à armadilha do crédito.

1 – MARQUES, Cláudia Lima. Contratos no Código de Defesa do Consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 48.

2 – GJIDARA, Sophie. L' endettement et le Droit Privé, p. 206.

Nos contratos de crédito, a situação é ainda mais delicada na medida em que o recurso ao crédito constitui por essência uma decisão particularmente arriscada e incerta, pois o consumidor não domina operações de crédito complexas, sendo incapaz, por si só, de medir sua conveniência, oportunidade e consequências. Desse modo, muitos consumidores, são levados pela publicidade agressiva ou pelo próprio profissional a firmar contratos de financiamento pensando nos benefícios momentâneos, mas ignorando seus custos, o que aumenta os riscos de um endividamento excessivo.

Não fosse o desequilíbrio técnico mencionado, devemos considerar que os efeitos da decisão do consumidor ocorrerão no futuro, o que requer uma faculdade de antecipação que eles nem sempre dispõem sem o auxílio do profissional. Além do mais, os consumidores dificilmente levam em consideração a possibilidade de que não venham a honrar com suas obrigações creditícias futuras porque tendem a ser demasiadamente otimistas e confiantes no que diz respeito à sua própria suscetibilidade ao risco. Segundo nos ensina Jason Kilborn³, professor assistente da Universidade de Louisiana- EUA:

... As pessoas sistematicamente subestimam suas próprias chances de sofrerem um evento adverso, mesmo se compreendem perfeitamente bem, ou mesmo se exageram as probabilidades de os outros virem a sofrer o mesmo destino ("Isso não irá acontecer comigo"). Pessoas de todas as classes sociais estão sujeitas a essa demasiada confiança em seu próprio julgamento e suscetibilidade ao risco. Inclusive àqueles que são mais informados sobre a atual probabilidade estatística de eventos adversos. Esta comprometedora confiança é exacerbada pela ilusão de controle que direciona os indivíduos a superestimarem suas habilidades em evitar eventos negativos, em função de seu próprio comportamento ("Eu nunca sofrerei um acidente de carro - eu sou um bom motorista").

DO RISCO DE SUPERENDIVIDAMENTO:

A penetração do crédito trouxe consigo o crescente endividamento dos consumidores e de suas famílias. No Brasil, a expansão do crédito é bastante recente, ocorreu somente após 1994 com a edição do Plano Real e, mais acentuadamente, nos últimos cinco anos⁴ devido à

estabilidade econômica e à descoberta de uma parcela da população que estava excluída do sistema formal de crédito.

O recurso ao crédito democratizou-se entre os consumidores com renda familiar de até dez salários mínimos, os quais representam 77% da população brasileira e responsáveis por 71% do consumo no país e também entre mais de 5 milhões do total de 19 milhões de aposentados e pensionistas do Regime Geral da Previdência Social desde 2.003, quando foi aprovado o empréstimo consignado com desconto em folha.

Após a euforia inicial, alguns números começam a sinalizar com os perigos do exagero. Aumentou em cerca de 23% os nomes cadastrados negativamente; nos bancos, a inadimplência nos financiamentos de eletrodomésticos e outros bens duráveis aumentou de 6,8 para 9,4 em dois anos; no empréstimo sem desconto em folha para a população de baixa renda a inadimplência chega a R\$ 16,00 para cada R\$ 100,00 emprestados, três vezes maior do que no cheque especial⁵.

O endividamento dos consumidores não é um problema em si mesmo. Se ocorrer em contexto de crescimento econômico, de estabilidade de emprego e se não atingir camadas sociais com rendimento próximo do limiar da pobreza, é apenas um processo de antecipação de rendimentos, contribuindo para o aumento do bem-estar das famílias. O endividamento só se transforma num problema quando ocorre incumprimento, agravando-se a situação quando os rendimentos do agregado familiar não comportam os seus compromissos financeiros, isto é, quando existe o superendividamento.

O superendividamento, também denominado de falência ou insolvência dos consumidores, segundo Maria Manuel Leitão Marques⁶, "refere-se às situações em que o devedor se vê impossibilitado, de uma forma durável ou estrutural, de pagar o conjunto de suas dívidas, ou mesmo quando existe uma ameaça séria de que não o possa fazer no momento em que elas se tornem exigíveis".

Em alguns países, onde primeiro ocorreu a democratização do acesso ao crédito, como França, Alemanha, Países Baixos, Estados Unidos e Reino Unido já existe a previsão de procedimento especial de tratamento do

3 – Artigo publicado na obra Direitos do Consumidor Endividado. "Comportamentos Econômicos, superendividamento; estudo comparativo da insolvência do consumidor: buscando as causas e avaliando soluções", p. 73, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

4 – Desde 1995, o crédito pessoal teve crescimento de 384%. Em 1995, o crédito ao consumo era de 31,8 bilhões, em 2000 aumentou para 79,3 bilhões e em 2005 atingiu 154,2 bilhões. (SOARES, Lucila. O show do crediário. Veja, São Paulo, n. 1953, p. 98-105, 26 abr. 2006, p. 99).

5 – Dados extraídos da matéria NUCCI, Carina. Ressaca do crédito: o governo e os bancos criaram o empréstimo popular. Virou vício. Agora, pede-se aos consumidores que se endividem com moderação. Veja, São Paulo, p. 90-92, 18 maio 2005.

6 – O endividamento dos consumidores. Editora Almedina, 2000, p. 2.

superendividamento que pode conduzir ao desaparecimento de toda ou de parte da dívida do particular após a liquidação dos seus bens, reescalonamento da dívida, redução do seu montante, diminuição dos juros, etc.

No Brasil, não há legislação especial de tratamento desse fenômeno de exclusão social e nem a doutrina havia destinado a devida atenção até a realização da primeira pesquisa empírica, coordenada por Cláudia Lima Marques⁷, com 100 casos de consumidores gaúchos superendividados. As proposições visavam fornecer elementos para a Comissão do Ministério da Justiça responsável pela elaboração de um anteprojeto de lei de tratamento do superendividamento de pessoas físicas.

Os resultados da pesquisa foram publicados na obra "Direitos do Consumidor Endividado"⁸ e indicaram que o perfil do superendividado do Rio Grande do Sul ficou muito semelhante ao perfil do endividado de classe baixa do Canadá onde se fez pesquisa semelhante. Desse modo, mesmo que o ordenamento pátrio ainda não contemple um tratamento especial para as situações de superendividamento dos consumidores, é necessário enfrentarmos o problema com os instrumentos legais disponíveis, evitando a exclusão desses indivíduos do mercado de consumo.

DA BOA FÉ OBJETIVA DO PROFISSIONAL:

Nesse contexto, engana-se o banco demandado ao afirmar que cumpriu com a sua obrigação quando disponibilizou ao consumidor o valor pretendido. O legislador brasileiro estabeleceu vários outros deveres anexos à prestação principal e que decorrem da boa fé objetiva visando, justamente, garantir um consentimento racional e refletido do consumidor.

O dever de informação é o principal dever anexo e está presente em diversas passagens do Código de Defesa do Consumidor, a exemplo do art. 6º que traz o rol dos direitos básicos do consumidor (II, III, IV); arts. 30 a 38 que tratam das questões relativas à oferta e à publicidade; arts. 39 a 45 que tratam das práticas comerciais abusivas; arts. 46 a 54 que regulam a proteção contratual; 5º art. 52 que trata especificamente dos contratos de crédito.

Para assegurar ao consumidor uma tomada de decisão com pleno conhecimento de causa, no caso dos contratos de crédito, é necessário que o profissional forneça informações adequadas sobre as condições e o custo do crédito, bem como sobre as suas obrigações antes da celebração do contrato, conforme o disposto no art. 52 do CDC.

Esse dever de informar compreende não somente aquelas informações ou dados de caráter objetivo como a taxa anual e mensal de juros, número de parcelas, data dos reembolsos, como também abrangem aquelas de caráter subjetivo que estão ligadas à avaliação da capacidade de reembolso do consumidor.

O dever de avaliar a adequação entre o crédito pretendido e a situação financeira do consumidor, muitas vezes identificado de obrigação de cuidado, vigilância, discernimento, prudência e lealdade incumbe ao profissional para prevenir o consumidor de um endividamento excessivo e, igualmente, tem origem no princípio da boa-fé objetiva definido por Cláudia Lima Marques como⁹:

Uma atuação refletida, pensando no outro, na contraparte contratual, respeitando-a, respeitando seus interesses legítimos, seus direitos, respeitando os fins do contrato, atuando com lealdade, sem abuso de sua posição contratual, sem causar lesão ou desvantagens excessivas, com cuidado para com a pessoa e o patrimônio do co-contratante, cooperando para alcançar a finalização das obrigações, isto é, o cumprimento do objetivo contratual e a realização dos interesses legítimos de ambos contratantes. Se trata de uma boa-fé objetiva, um paradigma de conduta leal, e não apenas da boa-fé subjetiva, conhecida regra de conduta subjetiva no Código Civil. A boa-fé objetiva é um *standard* de comportamento leal, com base na confiança despertada na outra parte co-contratante, respeitando suas expectativas legítimas e contribuindo para a segurança das relações negociais.

No caso em tela, a conduta do banco em muito se afastou dos mandamentos legais. Segundo se infere dos documentos acostados à inicial, a autora celebrou com o banco demandado diversos contratos de crédito. Do documento denominado "Posição de Crédito Pessoal" de fl. 18 encontramos referência aos seguintes contratos:

7 – A pesquisa foi realizada pelo Núcleo de Estudos de Superendividamento do PPG-Dir/UFRGS em parceira com a Defensoria Pública do RS em 10 Comarcas da Grande Porto Alegre.

8 – Os resultados da pesquisa formaram o seguinte perfil: 55% mulheres, 69% solteiros, 66% de 30 a 50 anos de idade, 47% trabalhadores autônomos ou liberais, 11% aposentados e 10% desempregados, 36,2% estavam devendo em razão do desemprego, 19,5% estavam devendo em razão de doença e apenas 21,7% dos casos confirmava-se um endividamento ativo, ou seja, quando a pessoa gastou voluntariamente mais do que ganhava. Outros resultados estão publicados na obra supracitada, p. 255 no artigo "Sugestões para uma lei sobre o tratamento do superendividamento de pessoas físicas em contratos de crédito ao consumo: proposições com base em pesquisa empírica de 100 casos no Rio Grande do Sul", de autoria de Cláudia Lima Marques.

9 – MARQUES, Cláudia Lima. Contratos de serviços a los consumidores. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni 2005, p. 144.

Nº contrato	Ínicio	Final	Valor da Parcela	Taxa de Juros
60743314	22/06/2005	05/01/2007	R\$ 99,04	5,94% ao mês
84794434	30/09/2005	14/10/2007	R\$ 159,69	5,80% ao mês
084438315	04/01/2006	10/01/2010	R\$ 600,00	2,90% ao mês

Aplicando-se analogicamente o disposto na Lei Complementar Estadual nº 10.098/94, no art. 81, parágrafo único, regulamentado pelo Decreto nº 43.337/2004, art. 15¹⁰, a soma mensal das consignações facultativas não podem exceder ao equivalente a 30% da remuneração bruta da autora. No caso da autora, professora municipal, cujo vencimento bruto¹¹ corresponde a R\$ 1.899,00, as consignações facultativas não poderiam ultrapassar R\$ 569,70. Logo, somente o desconto relativo ao empréstimo consignado no valor de R\$ 600,00 já ultrapassa o limite que seria razoável, restando à autora o valor líquido de R\$ 483,00 para o pagamento das despesas de sobrevivência (água, luz, telefone, alimentação, transporte) e dos demais contratos de financiamento celebrados com o banco!

Merece destaque o fato de que o banco demandado tinha conhecimento do comprometimento financeiro da autora, pois todos os contratos de crédito foram consigo celebrados. O próprio banco já havia registrado o nome da autora em fevereiro de 2006 por inadimplemento de contratos abaixo (fl. 31):

Nº Contrato	Data Vencimento	Valor
D 13430699794646	21/03/2006	R\$ 2.119,49
EN 367330248	05/02/2006	R\$ 960,11
EN 367331212	05/02/2006	R\$ 960,11
EN 377953849	05/02/2006	R\$ 1.036,98
VG 54010552148550	09/01/2006	R\$ 2.618,59

Da multiplicidade dos contratos elecandos não é difícil verificar que o superendividamento da autora corre do evidente descompasso entre o valor dos créditos concedidos pelo banco e o seu parco rendimento. Ainda que observado o limite de 30% relativa ao desconto do crédito consignado, não poderia o banco desconsiderar que a autora tinha assumido previamente outros reembolsos com os quais já não podia mais suportar sem prejuízo do próprio sustento.

Do que se vê do exame dos documentos acostados à inicial, e não posso levar em conta outros documentos porque o banco não acostou nenhum dos instrumentos contratuais referidos na exordial, a autora recebe líquido somente o valor de R\$ 483,00 para pagar as despesas de sobrevivência e as dívidas oriundas de mais oito contratos celebrados com o banco demandado.

Pior ainda se o contrato de empréstimo consignado serviu para quitar as "operações antigas já em andamento" como afirmado pela autora. Afinal, a prática da sucessão de novos empréstimos não teve por efeito melhorar a sua capacidade de reembolso, mas ao revés, contribuiu para agravar o seu endividamento global.

Em uma relação de confiança, impende que o profissional não gere expectativas infundadas no consumidor quando vislumbrar que ele se encontra numa espiral de endividamento, não tendo perspectivas de cumprir novas obrigações decorrentes de outros empréstimos. A boa-fé impõe que o profissional não se aproveite da vulnerabilidade financeira para impingir aos consumidores novos contratos que, à vista das circunstâncias, poderão levá-los à ruína.

DA LEGALIDADE DOS DESCONTOS X DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA:

Com efeito, há expressa regulamentação a respeito do desconto de empréstimo diretamente na folha de pagamento da autora, trazida pela Lei Municipal 2.539/2003¹² através da qual ficou o Município de Sapucaia do Sul autorizado a firmar Convênio com o B. S. S/A para a concessão de empréstimos em consignação aos servidores municipais.

O problema se coloca, todavia, nas hipóteses em que, após ter concedido a autorização para o desconto, o funcionário público deseja revogá-la em razão das dificuldades de manter seu sustento apenas com seu rendimento líquido. Nesse caso, a vontade do funcionário e a sua capacidade de livre disposição de seu salário entram em conflito com os interesses do banco que lhe concedeu o empréstimo.

O principal aspecto da controvérsia é a ponderação acerca dos motivos da manutenção desse privilégio ao credor em face do direito do trabalhador à plena fruição de sua remuneração. Essas motivações devem, todavia, ser analisadas à luz de cada caso concreto, pois podem

10 – "Art. 15 - A soma mensal das consignações facultativas de cada servidor não poderá exceder ao equivalente a trinta por cento (30%) do valor de sua remuneração mensal bruta."

11 – Recibo de pagamento de salário à fl. 28 e 29.

12 – A lei Municipal não foi acostada aos autos, mas pode ser acessada na internet: <http://ceaam.net/spc/leis/2003/L2539.htm>

se revelar distintos os interesses que demandam proteção na hipótese de um empréstimo que respeite a capacidade de reembolso do consumidor e de um empréstimo, como no caso dos autos, cujo desconto avilte o seu direito a uma vida digna.

No caso concreto, estamos diante do interesse do banco em reduzir os riscos inerentes ao empréstimo e do interesse da autora em preservar sua dignidade e o sustento da família, o que se torna inviável com uma remuneração líquida de R\$ 400,00.

Não se trata, pois, de reputar ilegal a cláusula que autoriza o desconto em folha, mas sim de invalidá-la quando se revelar abusiva, em prol de um interesse maior, qual seja, de satisfação das necessidades humanas fundamentais.

A esse respeito Teresa Negreiros¹³ nos ensina que a ordem constitucional tutelou a garantia do mínimo existencial ao consagrar a dignidade da pessoa humana como fundamento da República (art. 1º, III da CF/88) e, como objetivos fundamentais desta, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I da CF/88) e a erradicação da pobreza e da marginalização (art. 3º, III da CF/88); sem falar na instituição do salário mínimo como direito de todos os trabalhadores (art. 7º, IV da CF/88).

A preocupação com a intangibilidade de parte da renda do devedor para o pagamento das despesas correntes da família (alimentação, saúde, transporte, vestuário, lazer), em atendimento aos direitos mais básicos desobrevivência digna, pode ser verificada nas seguintes decisões:

Conta salário – Caracterização – Efeitos. A identificação de conta salário não decorre do fato de ser conta que não tem qualquer serviço bancário, mas da circunstância de ser nela depositada todo mês, em razão de convênio entre o empregador e a instituição financeira sem qualquer intervenção do funcionário e sem possibilidade de escolha da instituição, os seus rendimentos mensais. Em conta desta natureza não se deve admitir o

desconto compulsório de valores além de uma margem razoável, garantindo ao funcionário o necessário para sua sobrevivência. Quando ultrapassa a tal padrão, deve o judiciário intervir para assegurar o cumprimento do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Tem a instituição financeira responsabilidade pela má concessão do crédito, ao conceder empréstimos além da capacidade de endividamento do cliente, devendo pelo dever de lealdade e boa-fé, buscar o reescalonamento do débito dentro da margem razoável de consignação. A multa fixada para evitar o descumprimento de decisão judicial, tem como fator preponderante estimular o devedor a cumprir a decisão judicial, levando em consideração a capacidade econômica da parte, de maneira a forçá-lo a optar pelo cumprimento ao invés do pagamento da multa. (Agravo de Instrumento nº 2005.002.26190. Relator Marcos Alcino Azevedo Torres. Julgado em 14/02/2006 pela 18ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).¹⁴

Relação de Consumo. Descontos de prestações de financiamento bancário diretamente da conta salário da consumidora. Prática abusiva. Vulnerabilidade do consumidor. Onerosidade excessiva. Inteligência da aplicação conjunta dos arts. 4º, I, 51, IV e §1º, III do CDC. Desconto autorizado pelo consumidor em contrato de refinanciamento. Vontade viciada do mais frágil. Lesão. Aplicação conjunta do art. 157 NCC. Falta de alternativa do consumidor. Superendividamento. Patologia freqüente da moderna sociedade massificada de consumo e de crédito. Agressão à dignidade se os descontos incidem sobre os parcos vencimentos da autora retirando-lhe a possibilidade de deliberar sobre quais os débitos de sua vida privada são mais relevantes. Fórmula coativa de cobrança que fere a legalidade. Analogia com a situação prevista no inc. IV do art. 649 do CPC que proíbe a penhora de salários e vencimentos. Nulidade na forma do art. 42 CDC. Danos morais. Invasão da privacidade econômico-financeira da autora. Sentença que afasta a possibilidade de tal cobrança sob pena de multa, a

13 – NEGREIROS, Tereza. Teoria do contrato. novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

14 – No corpo do acórdão lê-se que "a responsabilidade da instituição financeira pela má concessão do crédito e no estímulo ao endividamento está evidente porquanto a cliente recebe cerca de R\$ 1.947,00 de salário mensal como professora com duas matrículas e o banco concede um limite de cheque especial no valor de R\$ 3.900,00, celebra dois contratos de cartões de crédito e quatro contratos que pela sigla refere-se a crédito automático, nos dias 29.03, 30.03, 31.03, nos valores de R\$ 3.000,00, R\$ 8.030,00, R\$ 2.500,00, além de um já celebrado em agosto de 2004 no valor de R\$ 1.350,00. A autora, pelo endereço declinado, mora no B. F., numa rua de residências simples, uma parte pobre do B. F., cercada por duas favelas, numa casa de fundos, pagando aluguel de R\$ 500,00, tratando-se de uma senhora com cerca de 60 anos de idade. Não se pode dizer que não há contribuição direta do agravante na concessão de crédito a quem não tem possibilidade de pagamento. A concessão de empréstimos deste modo lembra os acontecimentos recentes ocorridos em Brasília, com empréstimos milionários sem garantia e sem necessidade de pagamento. A experiência tem demonstrado que somente em casos extremos e de descontrole total é que o devedor-consumidor vai bater às portas da única entidade que lhe pode conceder uma sobrevida ou moratória- o Judiciário. A concessão de crédito a alguém não se faz livre de responsabilidade. O mutuante deve ter em mente a capacidade de endividamento do cliente, pois só assim tem condições de aferir se ele pode ou não suportar a devolução da importância mutuada."

negativação do nome da autora em cadastros restritivos onde houve ilegítima inclusão e fixa danos morais, que se confirma.(Apelação Cível nº 2006.001.16305, Relatora Des. Cristina Tereza Gaulia, julgada em 25/04/2006 pela 5a Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro).¹⁵

Portanto, entre o interesse do banco em manter a forma de pagamento ajustada para reduzir o risco de inadimplência e o interesse da autora superendividada em sobreviver dignamente, dispondo de seu salário mensal, escolho o último em respeito à Carta Maior.

DA ANTECIPAÇÃO DE TUTELA:

Mediante juízo de verossimilhança, este juízo concedeu tutela antecipada para o efeito de limitar os descontos no contra cheque e na conta corrente da autora ao percentual de 30% estabelecido em lei.

A liminar foi reformada em decisão monocrática no bojo do agravo de instrumento interposto pelo banco para manter os descontos em folha de pagamento na forma em que foram contratados.

Contudo, após um juízo aprofundado, com base na contestação e documentos acostados pela autora, verificou-se pelas razões já esposadas que o desconto na folha de pagamento da autora retirava-lhe todo meio de existência digna. Desse modo, a fim de evitar maiores prejuízos à autora, parte mais vulnerável na relação de consumo, entendo por antecipar os efeitos desta sentença.

Face ao exposto, julgo *procedente* a ação ajuizada por M. S. H. contra o B. S. M. S. A para determinar que o banco *cancele imediatamente* o desconto do empréstimo consignado (contrato nº 08 438315) na folha de pagamento da autorabem como o débito de qualquer outro valor na sua conta-salário, sob pena de devolução em dobro dos valores descontados.

Condeno o banco ao pagamento das custas processuais e honorários ao procurador da autora que arbitro em R\$ 600,00 (seiscentos reais), corrigido pelo IGP-M e acrescido dos juros legais a partir desta data, considerando-se a qualidade do trabalho realizado e a rápida tramitação da ação (art. 20 §4º CPC).

Oficie-se com urgência ao empregador comunicando a antecipação de tutela.

Remeta-se cópia integral da presente ação à Promotoria Especializada, tendo em vista os indícios de que o Município não está cumprindo com o seu dever de fiscalização dos contratos de empréstimos que são firmados com servidores, a fim de evitar os abusos praticados pelas instituições financeiras consignatárias.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Sapucaia do Sul, 31 de agosto de 2007.

Clarissa Costa de Lima
Juíza de Direito

15 – No corpo do acórdão extrai-se que a autora é viúva, idosa, com vencimentos mensais de aproximadamente R\$ 1.000,00 e que sofria descontos mensais em sua conta-corrente das parcelas do empréstimo que variavam entre R\$ 163,38 a R\$ 170,51. Entendeu-se que o desconto procedido pelo banco era abusivo, apesar da concordância da autora, especialmente porque invadia a sua vida econômico-financeira, agredia a sua dignidade, impossibilitando-lhe de fazer opções mais relevantes de manutenção da sua vida (pagamentos de serviços essenciais, alimentação, aluguel etc.).

DECISÕES CÍVEIS

Juíza Prolatora: Eliziana da Silveira Perez
Data: 14 de maio de 2007

Extensão dos efeitos da falência. Empresa constituída por terceiro e pela empresa falida, que é sua principal controladora, havendo identidade de sócios e caracterizada a confusão de patrimônio, inclusive com os mesmos diretores e representante legal e igual ramo de atividade principal, conclusão de que pertencem ao mesmo grupo econômico.

Vistos etc.

Trata-se de pedido interposto pela MF de C. I. A. S/A cuja pretensão é de extensão dos efeitos da falência da C. à empresa M. I. M. Ltda., com pedido de antecipação de tutela. Sustenta a autora que a empresa M. tem como sócios a C. e o seu representante legal, o Sr. D., detendo estes, 99% do capital social. Ocorre que em 29 de novembro de 2002, dentro do prazo legal fixado nos autos da falência da C., os sócios da M. (C. e D.), firmaram contrato particular de cessão e transferência de marcas, industrialização e outras avenças, bem como de todo maquinário de sua controladora M.. A empresa M. tem reclamatórias onde abrange bens da MF C.. Entende como demonstrada a confusão de patrimônios e o controle absoluto de M., inicialmente pela C., e após por sua sucessora a C.. Para evitar prejuízos aos credores, presente a fraude contra credores, postula a antecipação de tutela.

Ouvido o Ministério Público, opinou pelo deferimento dos pedidos, considerando a prova trazida aos autos.

Examinados os documentos acostados aos autos, tem-se que a empresa M., segundo seus atos constitutivos, tem como sócios: a C. (98%), sucedida pela C., sendo representada pelo seu Diretor Sr. D. W. T.; o próprio D. W. T. (01%) e o sócio cotista Sr. G. Z. (01%). O exercício da administração e gerência da sociedade, sua representação cabe ao sócio D., isoladamente (fl.26). Isto está a significar que o ora falido assina, responde, por ele e pela C., e juntos detém 99% do capital social, restando 01% ao terceiro sócio.

Quando da decretação da falência da C. foi fixado como termo legal a data de 20/11/2001.

Por este relato há sérios indicativos da existência da confusão de patrimônio, possibilitando que se conclua pela presença de fortes indícios de que a C. e M. fazem parte de um mesmo grupo, onde certo que o controle absoluto e da primeira, ora falida, sobre a segunda. Evidenciado, da mesma forma que a empresa M. é constituída pelos mesmos sócios da C., operam em ramo similar, atuando dentre mesmos clientes. A confusão do patrimônio, se demonstra, também por meio das reclamatórias contra a M., cujas cópias acompanharam a inicial, onde integra a lide a C., e seus bens estão respondendo.

Então, as empresas têm identidade de sócios, inclusive aquele que está à testa dos negócios, que responde pelas empresas é a mesma pessoa, deixando claro que não havia distinção entre ambas, afora a denominação sócial, a data de constituição e a existência de um sócio cotista que detém 1%. Logo, há presunção forte de que ambas eram controlada pela mesma pessoa, o Sr. D., sem os elementos de independência e autonomia econômica e patrimonial. Neste momento, permite concluir que as empresas nominadas constituem, na realidade, um mesmo grupo econômico, explorando a mesma atividade principal, apresentando, basicamente, os mesmos sócios e os mesmos diretores, permitindo que o falido continue a exercer atividade empresarial, e que tal esta a revelar fraude a terceiros.

Isto porque o falido, por si e representando a C. - esta já falida - em 29/11/2002 realizou contrato particular cedendo a marca, industrialização, maquinário da empresa M.. Tal negócio jurídico representou a transferência do ativo da M. a terceiros, restando presumível a fraude a execução coletiva, bem como que esta se deu no curso do procedimento falimentar. Por derradeiro, a situação retratada autorizaria, inclusive, de plano e de ofício, a decretação da inefficácia absoluta - cessão de bens da empresa M. a terceiros - frente à massa falida do referido negócio jurídico.

Em se caracterizando a situação de a empresa M., como integrante do mesmo grupo econômico, com confusão de patrimônio, e controlada pela empresa falida, tendo realizado negócio com terceiros, se desfazendo dos bens da empresa, dentro do termo legal, presente hipótese de aplicação da teoria da desconstituição da personalidade jurídica, incidindo o regramento previsto no art. 50 do CC. E, uma vez afastada a personificação societária, passível a extensão dos efeitos da falência da controladora sobre a empresa controlada, desta forma, estar-se-ia evitando eventual dilapidação do patrimônio que deverá ser dividido entre os credores da falida.

Tal providencia se impõe porque há que se preservar o interesse público evidenciado na '*pars conditio creditorum*'. E, no caso, para que isso se opere, imperioso a extensão dos efeitos, garantindo o concurso universal, eis que assim, virá à massa os bens que pertencem à empresa - do mesmo grupo econômica, com os mesmos sócios da falida, mas sob o comando da falida, sem que sejam desviados, em prejuízo aos credores.

Por fim, cumpre ponderar que a medida deve ser deferida "*inaudita altera pars*", diante da situação de urgência, havendo prova, ainda que em sede sumária, suficiente a indicar fraude contra credores, e o tempo e a oitiva da parte contrária poderia inviabilizar a busca do patrimônio da empresa a qual se confunde em patrimônio e administração com a empresa falida.

Portanto, seguindo essa linha de idéias, acolhendo parecer do Ministério Público, defiro o pedido de antecipação de tutela para estender os efeitos da falência da MF C. para a empresa M.

Mantendo: a) o Administrador Judicial já nomeado, que deverá atender ao disposto no art. 99, IX, da LRF.

b) o termo legal a data de 29-11-2001, na forma do art. 99, inc. II, da Lei de Falências.

c) Intimem-se os sócios da Falida para que cumpram o disposto no art. 99, inc. III, da Lei de Quebras, no prazo de cinco dias, apresentando a relação de credores, bem como atendam o disposto no art. 104 do diploma legal precitado, sob pena de responderem por delito de desobediência.

d) Fixo o prazo de quinze (15) dias para habilitação dos credores, na forma do artigo 7º, § 1º, c/c art. 99, IV, ambos da atual Lei de Falências, que devem apresentar, diretamente ao Administrador Judicial nomeado, sendo que este deve apresentar a lista de credores para publicação do edital a que alude o § 2º do mesmo diploma legal.

e) As execuções existentes contra a devedora deverão ficar suspensas, inclusive às atinentes aos eventuais

sócios solidários porventura existentes, exceto as com datas de licitações já designadas, vindo o produto em benefício da massa, ou aquelas onde houve concurso de litisconsortes passivos, que prosseguirão quanto a estes, bem como os executivos fiscais e ações que demandarem por quantias ilíquidas, atendendo ao disposto no art. 6º c/c o art. 99, inc. V, ambos da atual Lei de Quebras.

f) Cumpra o Sr. Escrivão as diligências estabelecidas em lei, em especial, as dispostas no art. 99, inc. VIII, X e § único da Lei 11.101/05, procedendo-se as comunicações e intimações de praxe.

g) Arrecadem-se os bens da empresa falida, mantendo-se esta fechada, caso não haja a possibilidade de efetuar o inventário e a avaliação dos bens com a mesma em funcionamento, não sendo possível, proceda-se a lacração desta, a teor do que estabelece o art. 109 da Lei 11.101/05.

h) Oficiem-se aos estabelecimentos bancários, no sentido de serem encerradas as contas da requerida e solicitando informações quanto aos saldos porventura existentes nestas, na forma do art. 121 da LRF.

i) Ainda, determino a indisponibilidade dos bens dos sócios gerentes ou administradores da requerida pelo prazo a que alude o art. 82, § 1º, da LRF, consubstanciado no poder geral de cautela, no interesse da efetividade da jurisdição, em proteção aos interesses dos credores, evitando-se fruste eventual medida na hipótese de responsabilidade, oficiem-se aos Registros Imobiliários e Departamento de Trânsito para tanto, com base no art. 99, inc. VII, do mesmo diploma legal.

j) mantendo a nomeação do mesmo Perito e Lioeiro, o qual deverá sugerir datas para alienação do ativo, atendendo para o disposto no art. 140 da Lei de Quebras.

Porto Alegre, 14 de maio de 2007.

Eliziana da Silveira Perez

Juíza de Direito

- o -

Juíza Prolatora: Marlene Marlei de Souza

Data: 1º de outubro de 2007

Ação Civil Pública. Ministério Público. Movimento sem terra e produtores rurais. Prevalência do interesse público sobre interesse privado. O direito de reunião previsto na Constituição Federal (art. 5º, XVI) é assegurado desde que tenha fins pacíficos. Esse não é o caso dos autos diante do inegável descumprimento de decisão judicial anteriormente prolatada em Ação de Reintegração de Posse e em face do iminente confronto entre os dois movimentos. A questão passa a ser de interesse público, o qual inegavelmente prevalece sobre os interesses privados.

Vistos.

Trata-se de *Ação Civil Pública* ajuizada pelo M. P. contra os Sem Terras e demais integrantes sociais, representados pelo M. T. R. S. T. – MST, e contra os Ruralistas e demais Produtores rurais, representados pela FARSUL – F. A. E. R. G. S., alegando em síntese que está havendo marcha de sem terras para a Fazenda de C. S./RS, vindas de vários pontos do Estado, com previsão de 2000 até 3000 pessoas, no sentido de incrementar os acampamentos e viabilizar certamente nova invasão.

Informa que os meios de comunicação noticiam que os ruralistas e demais produtores rurais, diante da mobilização do MST, estão se agrupando com a pretensão de rumar para C. S./RS.

Argumenta que o confronto entre os grupos é iminente e inevitável e acarretará sério risco, inclusive, para a vida de crianças e de adolescentes.

Além disso, discorre que a referida situação demonstra que os integrantes do M. S. T. tem um único objetivo, o de invadir novamente a Fazenda C., em claro desrespeito à ordem judicial existente.

Defende a legitimidade do Ministério Público na proteção da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses individuais, coletivos e difusos, assegurados na Constituição Federal.

Requer a concessão da tutela antecipada inaudita altera pars para o fim de impedir que os Sem Terra, por meio do Coordenador do MST, M. C., e os Ruralistas e demais Produtores, pelo Presidente da FARSUL, C. S., se abstenham de vir a C. S./RS. Pede que seja determinada às forças policiais, em especial a Brigada Militar, na pessoa do Comandante-Geral da Brigada Militar, Cel. N. N. B., para que mantenham um constante monitoramento das ações de ambos os movimentos, impedindo-os de chegarem à Fazenda C./RS e se possível impedir a entrada na própria Comarca de Carazinho com o objetivo de evitar o confronto. No mérito, postula a procedência da demanda, com a confirmação dos pleitos requeridos em sede de liminar.

É o breve relato, decidido.

De plano constata-se que a solução do pleito neste momento processual importa na análise de duas questões: o direito de reunião, desde que de forma pacífica, previsto abstratamente na Constituição Federal, e a confronta à decisão judicial, anteriormente prolatada, as quais passa-se a analisar.

No que diz respeito ao direito de reunião, está previsto no art. 5º, inciso XVI, da Constituição Federal, o qual estabelece que “todos podem reunir-se pacificamente, sem armas, em locais abertos ao público”.

Na situação em exame, conforme se constata da análise dos autos, bem como da ampla cobertura da imprensa escrita e falada, verifica-se que o movimento organizado pelos trabalhadores Sem Terras rumo à Fazenda C. *deixou de ser uma manifestação pacífica*, razão pela qual deve ser coibida pelo Poder Judiciário. Senão vejamos:

Primeiramente, porque é evidente que o movimento está contrariando uma decisão judicial proferida anteriormente, nos autos da Reintegração de Posse nº 1.06.0001169-5, movida pelo proprietário da terra contra o M. T. R. S. T.. O dispositivo da decisão teve a seguinte redação:

Ante o exposto, mantenho a liminar anteriormente deferida, tornando-a definitiva, e, com fulcro no art. 269, inciso I do Código de Processo Civil, determino seja o autor F. T. G. MANTIDO na posse da Fazenda C., proibindo os requeridos, F. V. e integrantes do MST – M. T. S. T. de ingressarem na Fazenda C., e sequer nos matos que com ela fazem divisa, devendo também se absterem da prática de atos que importem em prejuízo ao patrimônio da fazenda, inclusive provocar incêndio (na fazenda ou arredores) cortar árvores, subtrair gado ou qualquer outro bem, fazer construir ou destruir objetos da Fazenda C., sob pena de multa diária de R\$ 50.000,00 por descumprimento do INTERDITO, a ser suportada de forma solidária pelos acampados em torno da Fazenda C..

Não obstante a decisão acima não tenha transitado em julgado, verifica-se que foi objeto de apelação (nº 70018403840), confirmada pelo Tribunal de Justiça em 22.08.2007.

Demais disso, a animosidade envolvendo o M. S. T. e o dos P. R. torna evidente que a reunião não tem caráter pacífico, vindo de encontro ao que prevê a Carta Magna.

Aliás, ressalta-se que o constitucionalista José Afonso da Silva *in Curso de Direito Constitucional Positivo* (23ª Ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264) enfatiza que o mínimo de risco de atividades que afrontem esse caráter deve ser reprimido:

A reunião sem armas significa vedação à reunião de bandos armados com intenções belicosas, porque só se admitem reuniões com fins pacíficos, como expressamente consta do inciso constitucional em exame. Mas não quer isto dizer que a autoridade possa submeter todos os participantes, ou qualquer deles, a revistas para verificar ou não a existência de armas. Sem armas significa sem armas brancas ou de fogo, que denotem, a um simples relance de olho, atitudes belicosas ou sediciosas.

Da mesma maneira, resta evidente que a marcha dos Sem Terras e dos Produtores Rurais deve ser coibida, em face do evidente confronto que o encontro poderá ocasionar.

No momento, em que se verifica um possível combate entre os movimentos o problema deixa de ser de ordem privada e ingressa na esfera do interesse público. Ressalta-se, daí, inclusive a legitimidade do Ministério Público para mover a demanda.

Nessa senda, convém ressaltar que não é caso de direito de locomoção, uma vez que o objetivo do movimento (reunião) é ilícito, devendo ser mitigado, conforme leciona Alexandre de Moraes:

Os direitos humanos fundamentais não podem ser utilizados como um verdadeiro escudo protetivo da prática de atividades ilícitas, nem tampouco como argumento para afastamento ou diminuição da responsabilidade civil ou penal por atos criminosos, sob pena de total consagração ao desrespeito a um verdadeiro Estado de Direito (*In Constituição do Brasil Interpretada*, 2ª ed., São Paulo : Atlas SA., p. 169).

ANTE O EXPOSTO, com fulcro no artigo 461, § 3º, do Código de Processo Civil, defiro a *liminar* para o fim

de impedir que os Sem Terra, por meio do *Coordenador do MST, M. C.*, e os Ruralistas e demais Produtores, pelo Presidente da FARSUL, C. S., se *abstenham de vir a C. Sul/RS, ficando desde logo, impedidos de ingressarem na Comarca de Carazinho para evitar confronto*.

Para viabilizar o cumprimento da medida, determino à Brigada Militar, *na pessoa do Comandante-Geral, Cel. N. N. B.*, para que mantenha um constante monitoramento das ações de ambos os movimentos, impedindo-os de ingressarem na Comarca de Carazinho.

Oficie-se ao Comando Geral da Brigada Militar para cumprimento da presente determinação, por fac-simile, com cópia ao Comando da Brigada Militar desta cidade.

Intimem-se os requeridos da presente decisão, por carta precatória e citem-se para contestarem, no prazo de quinze dias, porquanto o feito seguirá o rito ordinário, sob pena de se presumirem aceitos como verdadeiros os fatos alegados na inicial.

Intime-se o MP.

Carazinho (RS), 1º de outubro de 2007.

Marlene Marlei de Souza

Juíza de Direito

SENTENÇAS CRIMINAIS

Processo nº 029/2.03.0000086-6 - Concussão

Comarca de Santo Ângelo

Vara Criminal

Autor: M. P.

Réu: E. L. V.

Juiz Prolator: Ruggiero Rascovetzki Saciloto

Data: 20 de dezembro de 2005

Penal. Concussão. Médico que atende paciente pelo SUS exerce função pública, nos termos do art. 327 do Código Penal. Todavia, não resta caracterizada a tipicidade do delito quando, a teor do caso concreto, inexiste prova acerca da exigência indevida de valores diretamente pelo médico, mormente se este for descredenciado do SUS e nada receber deste pelos serviços. Absolvição impositiva.

Vistos etc.

O M. P., com base no inquérito policial nº 000/00, oriundo da Delegacia de Polícia de Santo Ângelo/RS, ofereceu denúncia contra E. L. V., branco, brasileiro, casado, médico, com 43 anos de idade à época do fato, natural de Santo Ângelo, filho de B. S. V. e F. R. V., instrução superior completa, residente na Rua A., nesta cidade, enquadrando-o nas sanções do art. 316, *caput*, c/c o art. 327, par. 1º, ambos do Código Penal, pela prática do seguinte fato:

"No mês de maio do ano de 2000, em horário não esclarecido, no H. S. I. de Santo Ângelo, situado na Av. B., nesta Cidade, o denunciado E. L. V., exigiu de E. H. M. e E. B. M., para si e para o C. M. A. Ltda., vantagem indevida consistente na cobrança de valores referentes à anestesia para intervenção cirúrgica na paciente E. H. M., estando no exercício de função pública, uma vez que o hospital desenvolvia atividade típica de Administração, consistente no atendimento à saúde que conta com cobertura de verbas públicas do Sistema único de Saúde.

Na ocasião, E. deu entrada no H. S. I. para ser submetida a laminectomia (cirurgia de hérnia lombar). A cirurgia não chegou a ser realizada, tendo em vista que na indução para a anestesia a paciente sofreu uma parada cardiorrespiratória, precisando ser reanimada e encaminhada para a Unidade de Tratamento Intensivo do H. C. de Santo Ângelo, vindo a falecer após 86 (oitenta e seis) dias em estado de coma.

Por ocasião da internação, foi cobrado o valor de R\$ 200,00 (duzentos reais), pela realização da anestesia, sendo pago R\$ 100,00 (cem reais) por Ed. B. M., marido de E., e R\$ 100,00 (cem reais) pela P. S. S. F. (ofício das fls. 56/58), para o C. M. A. Ltda.

O H. S. I. é credenciado ao Sistema Único de Saúde, tendo recebido os valores referentes ao procedimento médico realizado na paciente E. H. M., conforme ofício das fls. 62/66".

A denúncia foi recebida em 24 de fevereiro de 2003 (fl. 138).

Foi declarada a nulidade dos atos processuais praticados desde o recebimento da denúncia, inclusive, eis que não foi aberto ao indigitado o prazo previsto no art. 514 do Código de Processo Penal. No mesmo despacho, ordenou-se a sua notificação para responder, nos termos do mesmo artigo (fl. 145).

Por defensor constituído, o indiciado ofereceu resposta preliminar, alegando não se enquadrar no conceito de funcionário público, porquanto não é médico credenciado do SUS e não preencheu a AIH. Além disso, não recebeu qualquer pagamento do SUS e não é funcionário do H. S. & Cia. Ltda. Diante disso, requereu o arquivamento do feito, por ausência de justa causa, ou, em caso de prosseguimento da ação, rogou pela sua improcedência, com a sua consequente absolvição (fls. 151/155).

A denúncia foi novamente recebida, em 06 de agosto de 2003 (fl. 158).

O réu foi intimado (fl. 161, v.) e interrogado (fls. 162/162v). Na oportunidade, negou a acusação, esclarecendo que nunca foi médico credenciado pelo SUS, não recebendo qualquer gratificação. Disse que a verba recebida do SUS pelo hospital não é repassada aos médicos. Aduziu que não possui qualquer vínculo empregatício com o H. S. I.,

tampouco o C. M. A. Referiu que sequer teve contato com as vítimas antes da cirurgia, tendo sido convocado na hora para fazer a anestesia.

Embora devidamente notificado para isso, o réu não ofertou defesa prévia.

Em audiência, foram ouvidas 4 testemunhas, sendo uma delas por carta precatória, na Comarca de Campina das Missões, dando-se por encerrada a fase instrutória e ordenando-se a atualização dos antecedentes criminais do acusado.

No prazo do art. 499, o Ministério Público nada requereu. A defesa, contudo, postulou diligências, as quais foram deferidas pelo juiz e devidamente cumpridas (fls. 199/200).

Em obediência ao art. 500, do Código de Processo Penal, o órgão acusatório apresentou alegações finais. Após análise minudente da prova e do direito, postulou a procedência da ação penal, para condenar o acusado nos termos em que fora denunciado (fls. 230/244).

O réu também ofereceu suas alegações finais. Em preliminar, alegou a intempestividade das alegações finais ministeriais, eis que protocoladas fora do prazo legal de 3 dias, requerendo o seu desentranhamento dos autos. Ainda em sede prefacial, alegou ausência de justa causa para a ação, eis que não há prova indiciária suficiente para embasar a denúncia. Alegou também a sua ilegitimidade passiva, porquanto não se enquadra no conceito de funcionário público, tampouco exerce função pública. Por fim, argüiu a inexistência do delito, alegando que o fato, embora típico, não é antijurídico. No mérito, repousou os argumentos esposados na resposta preliminar. Ao cabo, requereu a rejeição da denúncia, com o arquivamento do feito, por carência de ação, ilegitimidade de parte e falta de justa causa. Alternativamente, requestou a improcedência da denúncia, com a sua consequente absolvição (fls. 248/261).

Vieram-me os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

Decido.

Preliminarmente

Com relação à alegação defensiva referente à intempestividade do oferecimento das alegações finais pelo Ministério Público, afasto-a de plano. Embora admita que elas foram serôdias, visto que ofertadas fora do prazo legal previsto no art. 500, do Código de Processo Penal, não há de se falar em nulidade, mas apenas em mera irregularidade, haja vista que não restou qualquer prejuízo ao réu, que, inclusive, responde ao processo em liberdade. É que o prazo em comento é meramente dilatório, de natureza imprópria, não havendo qualquer

sanção cominada para o caso de não ser observado, tampouco alguma consequência processual. Ademais, houve justificativa do "Parquet", que atribuiu o atraso ao acúmulo de serviço. Logo, não restando prejudicada qualquer das partes, não há de se falar em nulidade, sobejando o feito plenamente sanado. Saliente-se que, se fosse o caso, o mesmo raciocínio seria aplicado à defesa, ante o princípio da igualdade entre as partes.

Ainda a título prefacial, a defesa alega a ilegitimidade do réu para figurar no pólo passivo do processo pelo delito de concussão, entendendo que ele não se enquadra no conceito "funcionário público". Aduz, ainda, falta de condição da ação, por atipicidade do fato.

Como se sabe, o sujeito ativo do delito em pauta é o funcionário público, tomada essa expressão no sentido penal, expresso no artigo 327 do Código Penal. Verifica-se que o referido artigo traz conceito amplo, alcançando pessoas que, mesmo não tendo vínculo formal com a administração pública, desempenhem funções ou atribuições de interesse público. Dessa forma, inserem-se no conceito todos aqueles que, embora transitoriamente e sem remuneração, venham a exercer cargo, emprego ou função pública.

Tal conceituação, bastante abrangente, decorre da tendência dos modernos códigos repressivos em ampliar a noção de servidor público, visto que função pública possui uma conotação mais ampla do que a de funcionário estatal.

De acordo com o art. 327, § 1º, do Código Penal, "equipara-se a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal, e quem trabalha para empresa prestadora de serviço contratada ou conveniada para a execução de atividade típica de administração pública".

Nessa perspectiva, tenho que esse conceito ampliado de funcionário público, para fins penais, alcança o médico credenciado pelo SUS ou, mesmo que não credenciado, atenda a paciente do SUS, em entidade hospitalar que receba pacientes vinculados ao Sistema Único de Saúde. Nesse sentido, trago à baila a jurisprudência do STJ:

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. CONCUSSÃO. MÉDICO / SUS. LEI Nº 9.983/00. RECURSO IMPROVIDO.

1. Antes mesmo da entrada em vigor da Lei 9.983/00, que modificou o art. 327, § 1º, do Código Penal, este STJ já entendia que o médico que atende a beneficiários do SUS deveria ser considerado funcionário público por equiparação.

2. Recurso que se nega provimento".

(AgRg Resp 324699/RS. Proc 2001/0066162-5/ Julgado em 20/10/2005/ STJ 6ª Turma).

"PROCESSUAL PENAL - TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL - CONCUSSÃO - ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA - CONCEITO DE FUNCIONÁRIO PÚBLICO - HOSPITAL CONVENIADO AO SUS - PRESENÇA DE JUSTA CAUSA - RECURSO DESPROVIDO."

Enquadra-se no conceito de funcionário público, para fins penais, todo aquele que exercer função pública, temporária ou permanente, a título oneroso ou gratuito, ainda que a mesma seja delegada.

Inteligência do art. 327 do Código Penal, preconizada mesmo antes do advento da Lei nº 9.983/2000. Administradores de hospital conveniado ao SUS e médicos que atendem pacientes segurados por esta Autarquia estão inseridos nesta concepção, por exercerem função pública delegada.

No âmbito deste Colegiado, tem-se consagrado que o trancamento de ação penal, pela via estreita do writ, somente se viabiliza quando, pela mera exposição dos fatos narrados na denúncia, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico ou que inexiste qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito pelo paciente. Tais hipóteses incoerem.

No caso sub judice, a peça vestibular descreve, com clareza, conduta típica em tese, propiciando o exercício da ampla defesa. Precedentes. Recurso desprovido".

(RHC 15081/RS / Processo 2003/0177442-4 / Julgado em 23/03/2004 / STJ 5ª Turma).

Trafegando nessa senda, trago ainda o seguinte julgado, ilustrando a tendência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

"EMENTA: PENAL. CONCUSSÃO. CARACTERIZAÇÃO. Médico que atende paciente pelo SUS exerce função pública nos termos do art. 327 do CP. Cobrança por serviços médicos de paciente internado pelo SUS. Caracterização do delito do art. 316 do CP. Apenamento. Pena necessária e suficiente à reprovação e prevenção do crime praticado. Sentença mantida. Apelos não providos". (Apelação Crime nº 70009088592, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. José Eugênio Tedesco, Julgado em 30/09/2004).

Por tais comemorativos, não devem prosperar as preliminares ventiladas pela defesa, pois possível, em tese, o enquadramento do denunciado ao tipo do artigo 316 do Código Penal.

Mérito

A existência do evento vem comprovada nos autos pelo termo de comparecimento e declarações de fls. 11, pelos documentos de fls. 12/34 e pela prova oral coletada.

Contudo, a autoria e a tipicidade do delito não restaram demonstradas. Veja-se:

O acusado E. L. V., em seu interrogatório, afirmou que nunca foi médico credenciado pelo SUS e não recebe valores do SUS. Afirmou, ainda, que não tem relação empregatícia com o H. S. I. e que o único contato que tem com os pacientes antes da cirurgia é por ocasião do exame pré-anestésico, sendo os demais contatos feitos pela secretaria do C. M. A.. Conforme prosseguiu em suas declarações:

"(...) No caso relatado nos autos o interrogando não fez sequer contato com a vítima, pois a mesma tinha marcado a cirurgia para dias anteriores, mas não apareceu e a cirurgia ficou designada para uma certa data, tendo sido o interrogando convocado na hora para fazer a anestesia. O interrogando foi convocado para realizar pelo C. M.. Na época dos fatos, o interrogando sabe que determinadas prefeituras pagavam 50% do valor do procedimento para as pessoas com baixa renda. (...) O interrogando não sabe se o procedimento cirúrgico era coberto pelo SUS ou pago pela paciente. O médico cirurgião que iria realizar a cirurgia era o Dr. S.. O cirurgião, Dr. S., antes de realizar a cirurgia, entrou em contato com o C. M. e pediu para que um anestesista procedesse a cirurgia da paciente. Por uma questão de escala, no dia, foi o interrogando o designado. O interrogando não recorda com precisão mas acredita que o valor da anestesia girou em torno de R\$ 150,00 a R\$ 200,00. O C. M. não possui qualquer convênio com o SUS. (...)" (fl. 162 e 162, v).

Na fase policial, o réu prestou semelhante depoimento, esclarecendo, ainda, que

"(...) pelo serviço prestado a paciente E., o declarante recebeu de R\$ 150,00 a R\$ 250,00. Que este valor, na verdade, foi recebido pela secretaria do C. M. A., que, posteriormente, foi repassado ao declarante, no final do mês, em forma de cotas. Que o valor do procedimento foi acertado pelos familiares de E. e a secretaria do C. A., de nome G.. Esclarece que o procedimento de anestesia foi eletivo, ou seja, foi agendada data para a cirurgia. Que, no caso de E. que foi internada pelo SUS, o procedimento anestésico foi pago porque não há vínculo do H. S. I. e o médico anestesiologista. (...) que no caso de E. a P. M. S. S. F. pagou o valor de R\$ 100,00 diretamente ao C. A.. Que manteve contato com o esposo de E., Senhor E. B. M., somente após o procedimento anestésico, informando sobre o processo que teria causado o "coma" na paciente E." (fl. 85/86).

Convergindo com a narrativa do acusado, a testemunha H. G., presidente do C. M. A., prestou o seguinte depoimento:

"A cobertura do serviço de anestesia é de responsabilidade da prefeitura do município de origem do paciente.

Os anestesistas no Brasil não são credenciados pelo SUS. O acusado não é credenciado. Desconhece que o argüido tenha exigido valores para a paciente E. (...) A designação do anestesista, ressalvada a hipótese de preferência manifestada pelo paciente, é definida por uma escala. O entabular dos negócios envolvendo os honorários é feito pela secretaria do C. e não pelos profissionais diretamente. O contato entre o profissional e o paciente se restringe ao procedimento pré-anestésico, podendo haver substituição na véspera ou até mesmo na hora. O repasse do C. aos profissionais é distribuído em percentual variável e outro fixo.” (fl. 170).

Nos mesmos moldes foram as declarações prestadas pela referida testemunha na fase policial (fl. 109/110), merecendo destaque os esclarecimentos referentes ao sistema de negociação das anestesias, realizado entre o C. M. e as famílias dos pacientes e/ou as Prefeituras dos municípios de origem dos pacientes.

Por sua vez, o informante J. C. S., médico que realizaria o procedimento cirúrgico em E., disse o seguinte:

“O depoente tem conhecimento dos fatos porque seria o cirurgião. A cirurgia não foi realizada. O atendimento ao paciente era feito pelo SUS. A cobertura do serviço de anestesia era feita município de origem do paciente. Desconhece que o argüido tenha exigido valores para a paciente E. O atendimento dos anestesistas é de escala e o agendamento é com a secretaria dos anestesistas, não havendo cobrança direta pelos profissionais.” (fl. 171).

A testemunha R. J. G. A. sócia gerente e administradora do H. S. I., em depoimento na polícia, esposou que:

“Com relação ao internamento da paciente E. H. M., em maio de 2000, a depoente informa que foram emitidas duas AIHs, esclarecendo que a primeira foi excluída pela auditoria médica por estar com a numeração vencida. (...) Que foi pago pelo SUS somente uma AIH. Que, com relação à cobrança de serviços médicos referentes à anestesia da paciente E., a depoente informa que as tratativas referentes à prestação desse serviço foram entre familiares da paciente e o C. M. A. Que o H. S. I. não possui médico anestesiologista com vínculo empregatício. Que o hospital não recebeu nenhum valor do SUS referente ao serviço médico de anestesiologia” (...) (fl. 104).

Diante desse panorama, não vislumbro a possibilidade de um édito condenatório contra o denunciado.

A conduta típica do crime de concussão é exigir, impor como obrigação, ordenar, aproveitando-se

do temor de represálias a que fica constrangida a vítima, influindo na manifestação volitiva desta.

No caso em tela, não restou cabalmente comprovado que o acusado efetivamente “exigiu” valores da família da vítima para realizar a anestesia. Toda a prova oral colhida nos autos aponta no sentido de que o réu não realizou pessoalmente as tratativas dos valores recebidos pela anestesia, tendo o C. M. A., através de sua secretaria, realizado tais atos. Se houve exigência de valores para o pagamento do procedimento anestésico, tal exigência partiu do C. A., não se podendo imputar responsabilidade ao réu.

Note-se que nem mesmo o esposo da paciente, E. B. M., ouvido tão-somente na fase investigativa, mencionou ter havido exigência dos valores pelo réu, já que afirmou apenas que “o procedimento anestésico, apesar de ser realizado pelo SUS, teve o pagamento de R\$ 200,00, sendo R\$ 100,00 pagos pelo declarante e R\$ 100,00 pela P. S. S. F.” (fl. 51). Além, disso, E. não refere com quem tratou acerca dos valores, tampouco a quem pagou, não mencionando, em nenhum momento, o nome do réu.

É certo que a testemunha E. M. K., filha da paciente E., prestou o seguinte depoimento:

“(...) Refere que foi pago ao réu o valor de R\$ 200,00 para ele fazer a anestesia, sendo que R\$ 100,00 foi pago pela P. S. S. F. e mais R\$ 100,00 pelo pai da depoente. (...) Acredita que o valor foi pago antes do trabalho feito pelo réu. Refere que o réu não deu recibos dos valores pagos, que de comprovante tem somente o canhoto do cheque dado ao réu. A depoente confirma que o seu pai deu um cheque de R\$ 100,00 diretamente para o réu. (...)” (fl. 192).

Contudo, verifica-se pelas cópias de cheques microfilmados juntados pelo B. B. (fls. 221/228), que nenhum cheque fora nominal ao réu, tampouco sacado por ele. Logo, não há nos autos nenhuma prova de que o réu tenha realmente recebido os ditos R\$ 100,00 diretamente da família da paciente. Saliente-se, ainda, que o pagamento realizado pela P. M. S. S. F. (R\$ 100,00) não fora efetuado perante E., mas sim, perante o C. M. A. Ltda., conforme nota fiscal e empenho de fls. 59 e 60. Logo, tudo indica que a quantia restante também tenha sido alcançada ao mencionado centro.

De outra banda, além de não haver nos autos elementos probantes que demonstrem que o réu exigiu valores da família da paciente, não há prova alguma de que o réu seja credenciado pelo SUS. Bem pelo contrário, pois conforme se depreende da prova testemunhal colhida, fica claro que o réu não é médico vinculado ao SUS, assim como não o são os demais anestesiologistas.

Da mesma forma, não há qualquer prova de que o réu tenha recebido qualquer valor pecuniário do SUS em virtude do procedimento realizado na Sra. E. Conforme ofício nº 260/01 (fl. 65), AIH (fl. 67) e documento de fl. 66, não houve qualquer pagamento do Sistema Único de Saúde ao Dr. E. L. V. pela anestesia realizada. Ademais, a testemunha acusatória R. J. (fl. 104) afirmou que o H. S. I. não possui médico anestesiologista com vínculo de emprego e que "o Hospital não recebeu nenhum valor do SUS referente ao serviço médico de anestesia".

Assim, embora estivesse a paciente internada pelo SUS, o acusado não era médico credenciado a tal sistema na época dos fatos, tampouco recebeu qualquer quantia deste pela indução anestésica. Igualmente, não foi ele quem ficou responsável pela paciente quando de sua internação. Dessa forma, nenhuma obrigação tinha de realizar anestesia sem pagamento de honorários. Nenhum médico está obrigado a atender pacientes segurados se não tem vínculo com a instituição seguradora.

Nesse sentido, já se manifestou a jurisprudência gaúcha, conforme se extrai dos seguintes julgados:

"MÉDICO / SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE / CONCUSÃO / DENÚNCIA REJEITADA. Médico que não atende pelo Sistema Único de Saúde e cobra honorários por endoscopia realizada em paciente segurado e internado em Santa Casa do interior do Estado. Crime de concussão não caracterizado. Se não ficou responsável pela internação do paciente e se não é médico vinculado ao SUS, nenhuma obrigação tem de realizar exame pago pela instituição pública. Impõe-se a rejeição da denúncia. Apelo improvido, à unanimidade". (Apelação Crime nº 70008659948, 4ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Gaspar Marques Batista, Julgado em 12/08/2004).

"APELAÇÃO CRIME. CONCUSSÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA CONFIRMADA. A emissão de edital condenatório, em relação ao delito de concussão, demanda a produção de prova cabal de ter o réu, na qualidade de funcionário público, exigido vantagem indevida. Prova oral produzida pela acusação, que não autoriza a condenação. Paciente removido de hospital de São Borja, onde se encontrava internado em CTI, sem autorização e conhecimento da direção, médico assistente e funcionários, retirado pelas filhas e internado em nosocomio de Santa Maria, por um período, com baixa hospitalar em caráter privativo, que, através de familiares, dias após, solicita a baixa pelo SUS, obtendo êxito. Pagamento de caução para internamento particular, bem como cobrança de valores referentes àquele período, que, até prova em contrário - que não foi produzida pela acusação - em princípio, não configura exigência indevida. Prova da autoria que não satisfaz. Familiares

do paciente que, sequer, tiveram contato direto com o réu, não sabendo informar se foi ele mesmo quem exigiu ou determinou o pagamento. Insuficiência probatória. Absolvição que se impõe. APELO IMPROVIDO. (Apelação Crime nº 70004631834, Câmara Especial Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relª Fabianne Breton Baisch, Julgado em 29/01/2003)

Por fim, afasto a tese acusatória, no sentido de que, em tratamento realizado pelo SUS, é vedada a cobrança de honorários médicos ou complementação a qualquer título do paciente ou de sua família. Ora, é equivocado o entendimento de que somente por existir convênio entre o SUS e o hospital, todos os médicos que nele labutem estejam obrigados a atender pelo sistema público de saúde, até porque, em muitos casos, tal sistema não cobre determinados procedimentos e trabalhos médicos, dentre os quais se incluem as induções anestésicas como a presente. Por conseguinte, é plenamente possível a cobrança de honorários naquilo em que não houver cobertura pelo SUS. E nem poderia ser diferente, pois a garantia constitucional da saúde é obrigação do Estado e não da classe médica, que não está obrigada a trabalhar a título gracioso.

Pelo exposto, em síntese, não há como ser profrido um decreto condenatório, por três simples razões:

- não há prova certa de que o réu exigiu valores da família da paciente;
- o réu não é credenciado pelo Sistema Único de Saúde, assim como os demais anestesiologistas;
- não há prova inequívoca de que o réu recebeu pagamento do Sistema Único de Saúde pelo procedimento realizado;

Portanto, a presente ação penal só pode desguar nas veredas da improcedência, impondo-se a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, como corolário lógico de toda análise expandida.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, para o fim de ABSOLVER o acusado E. L. V. das imputações que lhe foram dirigidas pela denúncia.

Após o trânsito em julgado, expeça-se o BIE e remeta-se-o ao DIMP.

Custas pelo Estado.

Registre-se,

Publique-se e

Intimem-se.

Santo Ângelo, 20 de dezembro de 2005.

Ruggiero Rascovetzki Saciloto

Juiz de Direito

Processo nº: 027/2.05.0133934-5**3ª Vara Criminal de Santa Maria****Autor: M. P.****Réu: V. A. G.****Juiz Prolator: Sidinei José Brzuska****Data: 27 de novembro de 2006**

A guaiaca é parte integrante da pilcha gaúcha, traje de honra no Estado do Rio Grande do Sul. Estatuto do desarmamento. Inaplicabilidade. A munição usada como adorno de guaica, ausente a arma necessária ao seu disparo, é desprovida de lesividade, constituindo fato atípico. Impossibilidade de prisão em flagrante. preservação da imagem do gaúcho. Absolvição.

Vistos etc.

O Ministério Público denunciou V. A. G., brasileiro, casado, aposentado, nascido em 3 de fevereiro de 1950, com 55 anos na época dos fatos, natural de Alegrete, RS, filho de V. G. e de O. G., instrução ensino fundamental incompleto, residente na super Q., Rua E. M. S., nesta cidade, como incurso nas sanções do artigo 14 da Lei 10.826/2003.

Segundo a denúncia, no dia 24 de novembro de 2005, por volta das 19h. 56min., na rua V. L., nesta cidade, o denunciado portava munição de arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consistente em 11 cartuchos, intactos, calibre 38, marca CBC.

A denúncia foi recebida em 22.12.2005. O réu foi citado e interrogado, tendo apresentado defesa prévia no tríduo legal. Durante a instrução foram ouvidas quatro testemunhas. No prazo do artigo 499 as partes nada requereram. Em alegações finais, ambas as partes pleitearam o juízo absolutório com base na ausência de ilicitude, entendendo caracterizado o instituto do erro de proibição.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Passo a fundamentar.

Versa a demanda, conforme relatado, sobre o delito capitulado no artigo 14 da Lei 10.826/03.

A materialidade delitiva restou demonstrada pela Ocorrência Policial (fl.06), Auto de Apreensão (fls. 08/09) e Auto de Restituição (fl. 11), bem como pela prova testemunhal.

Da mesma forma evidenciou-se a autoria, tendo o próprio denunciado confessado o porte dos projeteis. Sem embargo, esclareceu que o fazia com a única intenção de adornar sua vestimenta típica, já que não trazia arma de fogo consigo:

"Trazia os cartuchos na guaiaca de couro. Estava pilchado, com pilcha completa, bota, bombacha, cinto, chapéu", fl.28.

A justificativa apresentada mostrou-se incontestável diante dos elementos probatórios existentes.

O policial inquirido confirmou que o acusado se encontrava "pilchado" e com os projeteis afixados na guaiaca, sem portar arma de fogo.

Já as demais testemunhas foram uníssonas ao afirmar que o réu é pessoa com forte apego às tradições gaúchas, freqüentador de CTG e que anda "sempre, sempre, sempre de gaúcho" (fls. 40/42).

Esta é a prova coligida, e dela se depreende o flagrante descabimento da acusação feita. Tanto que o próprio *dominus litis* invocou o juízo absolutório, entendendo, após analisar a instrução probatória, que V. não tinha potencial conhecimento da ilicitude de seu ato.

No mesmo sentido foram as razões esposadas pela defesa técnica.

De fato, não há qualquer dúvida quanto ao estado de inocência do acusado, pessoa cuja submissão à condição de réu em processo criminal era absolutamente prescindível. Entretanto, a meu sentir a motivação para o juízo absolutório é diversa da que foi pleiteada pelas partes. Explico.

Do processo de subsunção do fato à norma penal invocada conclui-se que a acusação não resiste ao primeiro substrato do crime, qual seja a tipicidade. Sequer é preciso enfrentar o elemento culpabilidade (e nela o instituto do erro de proibição), pois a conduta em comento é inquestionavelmente atípica.

Afinal, inexiste qualquer potencialidade lesiva na conduta de possuir munição sem uma arma capaz de lhe dar a destinação ofensiva.

A munição, por si só, é incapaz de oferecer perigo. Mormente no caso concreto, onde os projeteis eram portados tão somente a título de adorno, como qualquer outro implemento da vestimenta típica gaúcha.

Nesse mister, impõe-se concluir, nos termos da mais renomada doutrina, que a conduta do réu não ofendeu o bem jurídico tutelado (inexistência de resultado jurídico relevante). Logo, inexiste tipicidade em seu aspecto material (dimensão axiológica ou valorativa), tratando-se de fato eminentemente atípico.

O conceito de tipicidade meramente formal - adequação de um fato à norma jurídica - já se mostra insuficiente, não mais se sustentando diante da constante evolução do Direito Penal. Exige-se, além dela, um mínimo de lesividade social, o que não ocorreu *in casu*.

Nesse sentido, transcrevo a brilhante decisão proferida pelo Tribunal Gaúcho:

PENAL. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PORTE ILEGAL DE MUNIÇÃO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. *O simples porte de munição, sem chance de uso em arma qualquer, não configura crime, pena de violação dos princípios da ofensividade e da razoabilidade. O Direito não é pura forma, competindo ao julgador atentar para aspectos outros que não a mera literalidade da norma. Até os mais ingênuos já perderam a ilusão de que é possível ler sem interpretar; e interpretar o Direito, inevitavelmente, também é criar o Direito. O legislador não tem carta branca para criminalizar condutas sem qualquer lesividade social, ao avesso da principiologia constitucional e da Teoria do Delito consagrada no Direito Penal contemporâneo. Negaram provimento ao apelo ministerial (unânime). (Apelação-Crime nº 70011545696, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Amilton Bueno de Carvalho, Julgado em 08/06/2005).*

A absolvido na esfera penal, remanesce ainda um ponto a ser reparado e que diz respeito ao tratamento dispensado ao réu na origem dos fatos. O denunciado é gaúcho de pura cepa. Homem de boa índole e com conduta social abonada. Aos 56 anos de idade nunca tinha respondido a qualquer processo penal. Tradicionalista e apreciador dos hábitos gauchescos, foi preso pura e simplesmente porque adornava sua guaiaca com alguns cartuchos.

A denominada "Pilcha Gaúcha" é traje oficial no Estado do Rio Grande do Sul, nos termos da Lei Estadual 8.813 de 1989, que assim dispõe:

Art. 1º - É oficializado como traje de honra e de

uso preferencial no Rio Grande do Sul, para ambos os sexos, a indumentária denominada "PILCHA GAÚCHA".

Parágrafo único - Será considerada "Pilcha Gaúcha" somente aquela que, com autenticidade, reproduza com elegância, a sobriedade da nossa indumentária histórica, conforme os ditames e as diretrizes traçadas pelo Movimento Tradicionalista Gaúcho. Art. 2º - A "Pilcha Gaúcha" poderá substituir o traje convencional em todos os atos oficiais, públicos ou privados, realizados no Rio Grande do Sul.

Art. 3º - Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação. Art. 4º - Revogam-se as disposições em contrário.

Peça fundamental da pilcha são as bombachas, a qual é firmada pela guaiaca, que é um "cinto largo de couro macio, às vezes de couro de lontra ou de camurça, ordinariamente enfeitado com bordados ou com moedas de prata ou de ouro, que serve para o porte de armas e para guardar dinheiro e pequenos objetos".

O "porte de armas", para o que servia originalmente a guaiaca, está limitado pelo Estatuto do Desarmamento, em que pese sua rejeição por mais de 80% da população deste Estado, o que não impede o gaúcho de ataviar o cinturão com as balas do revólver que outrora podia ostentar livremente, como uma espécie lúdica de recordação dos tempos passados.

Isso porque, como já afirmado na fundamentação inicial, as balas por si só são inofensivas e desprovidas de qualquer letalidade.

É bem verdade que o acusado não reclamou abertamente do tratamento que recebeu no momento em que foi preso. Decerto foi impedido pela educação o respeito pela figura do Juiz. Mas de sua fala percebe-se alguma mágoa, uma vergonha passada pelo fato de ter sido "algemado em via pública" e conduzido como bandido até a delegacia de polícia.

Ainda que se reconheça o acerto da norma da Brigada Militar, consistente em algemar a pessoa detida para "segurança", tal procedimento deve ser flexibilizado frente a autêntica figura do Gaúcho, que no caso estava personalizada na pessoa do acusado, vestido com "pilcha completa", nos exatos termos editados pela Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul.

O Gaúcho tipicamente trajado não deve ser "algemado em via pública", por ornar sua guaiaca com balas de revólver, para que não se mate "aos poquitos as tradições do Rio Grande", como ensinou o poeta Jaime Cae-tano Braun:

"E assim como tu, Negrinho,
Que um dia foste espancado
E por fim martirizado

Num formigueiro do pago,
O meu peito de índio vago
Também sofreu igual sorte.
E hoje vagueia sem norte,
Sem fugir, por mais que ande,
Deste formigueiro grande,
Onde costumes malditos
Tentam matar aos pouquitos
As tradições do Rio Grande!"

POSTO ISSO, julgo improcedente o pedido formulado pelo Ministério Público em face de V. A. G., nos autos do processo nº 027/2.05.0133934-5, com base no

artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Por fim, restitua-se ao acusado, para a completa justiça, suas facas e sua guaiaca, apreendidas na fl. 09, com o respectivo adorno.

Decorrido o prazo legal sem recurso voluntário, dê-se baixa e arquive-se.

Santa Maria, 27 de novembro de 2006.

Sidinei José Brzuska
Juiz de Direito

– 0 –

Processo: 001/2.05.0028626-5
Comarca de Porto Alegre
Vara Criminal Foro Regional da Tristeza
Autora: J. P.
Réu: J. C. S. S.
Juiz Prolator: Joni Victória Simões
Data: 12 de janeiro de 2007

Crime de tortura. Prova. Versão defensiva desamparada e palavra da vítima coerente com o cabedal. Lesões descomedidas e violência desnecessária atestadas inclusive por auto de exame de corpo de delito. "Uso moderado da força" e "exercício regular de direito" não caracterizados. Pena de reclusão cumulada com perda da função e interdição para o seu exercício. Soldado da Brigada Militar acusado de submeter a vítima, sob sua autoridade, a intenso sofrimento físico e mental, como forma de lhe aplicar castigo pessoal. Prova da autoria e materialidade suficiente no caderno processual. Testemunhas que não confirmaram a versão defensiva, de que as agressões partiram da vítima contra a guarnição da B. M.. Palavra do ofendido válida à busca da verdade real. Lesões sofridas durante operação do BOE confortadas nos demais elementos produzidos, sobretudo os autos de exame de corpo de delito. Agressões que ultrapassam aquelas decorrentes do "uso moderado da força", revelando violência descomedida e desnecessária, causadora de intenso sofrimento físico e psicológico. O fato de o ofendido ter, em tese, participado de batedeiras anteriores não autoriza conduta de Agente Estatal nesse sentido, afastando a idéia de simples exercício regular de direito. Crime equiparado à hediondo. Pena de reclusão a ser cumprida em regime inicial fechado, cumulada com a perda da função e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da condenação.

Vistos etc.

J. C. S. S., brasileiro, solteiro, nascido em 09/02/1970, natural de POA/RS, filho de F. S. e de E. S. S., residente e domiciliado na Avenida W. E., T., nesta Capital, foi denunciado pelo Ministério Público como incurso nas sanções do artigo 1º, inciso II, da Lei 9.455/97, consoante peça acusatória de fls. 02/03, pela prática do seguinte fato:

"No dia 16 de novembro de 2002, por volta das 2h, nesta Cidade, na Av. W. E., via pública, o denunciado J. C. S. S., Policial Militar, com emprego de violência e grave ameaça, submeteu a vítima, sob sua autoridade, P. R. S. S., a intenso sofrimento físico e mental, como forma de lhe aplicar castigo pessoal.

Na ocasião, o Soldado P. R. S. S., juntamente com o seu irmão e com dois amigos, estavam caminhando pela Av. W. E., quando foram abordados por Policiais Militares, que haviam sido comunicados pelo Sr. J. A. P., vigilante do

S. G. V., de que havia um grupo de rapazes colocando cavaletes no meio da rua e quebrando paradas de ônibus. Na oportunidade, os policiais acusaram a vítima e seus amigos de serem os autores da baderna, e, posteriormente, a vítima foi agredida com cacetadas, chutes e socos pelo Policial Militar J. C. S. S., causando as lesões descritas no laudo de fl. ”.

A denúncia foi recebida em 16/11/2004 (fl. 147).

O réu foi citado e interrogados, fls. 175v e 178/180, e constitui Defensora para lhe acompanhar ao longo do feito. Foi apresentada defesa prévia e rol de testemunha, no tríduo legal, à fl. 183.

Ouviu-se a vítima e mais três testemunhas arroladas, fls. 220/223 e 238/242.

Aportaram os autos de exame de corpo de delito, fls. 38/49, o resultado das sindicâncias instauradas pelo Exército Brasileiro (fls. 53/55) e pela Corregedoria da Brigada Militar (fl. 111).

Encerrada a instrução, no prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal, o Ministério Público requereu a atualização dos antecedentes dos réus (fl. 244). A Defesa, intimada, postulou expedição de ofício ao Exército Brasileiro (fl. 239), o que foi indeferido à fl. 254.

A Defesa pediu a reconsideração da decisão, o que foi novamente negado (fl. 258). Interpôs-se, então, recurso de agravo de instrumento com efeito suspensivo, fls. 261/262, o que foi recebido como *correição parcial*, fl. 263.

Em alegações finais, o Parquet analisou o conjunto de provas e pediu a condenação do réu, nos termos da denúncia (fls. 274/278).

A Defesa, às fls. 280/285, apontou que o réu também fora vítima de lesões corporais produzidas pela suposta vítima, nos termos do auto de exame de corpo de delito anexado. Ela estava bêbada e se insurgira contra a abordagem, desferindo chutes e acertando o PM no braço – o que originou a necessidade do uso de força moderada, como forma de conter os ânimos. Estava desempenhando estrito cumprimento de dever legal – excludente de ilicitude que impõe a absolvição. Sequer as lesões “inventadas” pela vítima não caracterizariam o crime de tortura, senão mera ofensa à incolumidade física. Ela própria menciona ter sido agredida por outros Policiais Militares, sendo difícil precisar-se caso outro fosse o autor do fato. Logo, a absolvição seria impositiva, diante da insuficiência de provas e das dúvidas instauradas (fls. 280/285).

Os antecedentes vieram às fls. 245/249.

Relatei.

Decido.

A materialidade e a autoria do crime restaram suficientemente demonstradas nos autos de exame de corpo de delito das fls. 38/49, bem como na prova oral produzida em juízo, em que pese J. C. S. S., Policial Militar, tenha negado o cometimento de tortura contra a vítima.

Com efeito, o réu sustentou que teria sido chamado por conta de alguns rapazes embriagados estarem fazendo baderna na rua, em frente ao S. G. V., na Avenida W. E.. Procedeu à abordagem dos suspeitos e a vítima, de pronto, disse ser “federal” e que “ninguém iria abordá-la”. Logo, resolveu imobilizar o ofendido, utilizando-se do uso moderado de força (fls. 178/180).

Posteriormente, o acusado deu novo contorno aos fatos noticiados pelo Ministério Público. Explicou que tudo não passara de “violências mútuas”, referindo que o ofendido P. R. o teria agredido em um primeiro momento, “vindo para cima” e desferindo-lhe chutes. Teve de puxar o bastão e empurrá-lo contra uma grade, a fim de imobilizá-lo até que um colega conseguisse colocar as algemas. O objeto teria feito pressão nas costas do rapaz e, provavelmente, originara as marcas constatadas pelos peritos-médicos. A Polícia do Exército foi chamada até o local e acabou levando o ofendido dali (fls. 178/180).

A versão de J. C., porém, é de duvidosa credibilidade e, justamente por isso, não merece consideração.

Veja-se que o acusado não trouxe qualquer elemento de prova contundente, que demonstrasse que ele próprio teria sido vítima de ataque e resistência por parte do ofendido, motivando-lhe a se utilizar de força – em tese moderada –, para fins de conter a reação do rapaz e realizar a sua detenção.

Na verdade, nem mesmo as testemunhas arroladas no processo ampararam a tese defensiva.

J. A. P., que era segurança do referido centro comercial à época dos fatos, disse realmente ter visto alguns jovens fazendo arruaças, inclusive tirando um cavalete do DEP e colocando-o no meio da rua. Todavia, não pode identificar quem seriam os baderneiros. Resolveu atacar a uma viatura policial que passava pela avenida e deu conta dos fatos aos Milicianos. Estes foram no encalço do grupo de rapazes, mas não soube dizer nada além disso. Não presenciou a abordagem em si e não sabia, consequentemente, se teria havido troca de agressões. Ouviu dizer, porém, que um dos moços saíra machucado (fls. 222/223).

A testemunha G. R., taxista que trabalhava em um ponto na Avenida W. E., sequer podia precisar a que

horas do dia se passaram os fatos. Explicou que estava esperando a sua filha sair do colégio e acabara percebendo alguns rapazes fazendo barbaridades pela rua. Não podia apontar quem seriam os arruaceiros. Viu o momento em que a Brigada Militar chegou e abordou o grupo, de pronto pedindo-lhes os documentos. Todavia, teve de fazer uma corrida e não presenciou o desenrolar da operação.

Ora, nenhuma das testemunhas pode elucidar a existência de agressões iniciadas por parte da vítima contra os integrantes da guarnição – o que torna a tese defensiva insubsistente.

Nem mesmo o auto de exame de corpo de delito à fl. 100, indicando a presença de escoriação no antebraço direito do Policial Militar, trouxe a certeza de que a primeira das agressões teria partido do ofendido. Haveria a necessidade de que se carreassem provas conclusivas nesse sentido – as quais, ausentes, não autorizam a procedência da tese do réu.

Em contra-partida, a vítima P. R. S. S. afirmou, às fls. 220/221, que seria outro grupo de rapazes que estaria fazendo badernas e arruaças pela avenida naquela madrugada – e não ele e os seus amigos recém saídos de um piquete no Parque da Harmonia. Percebeu que o segurança do S. gritava que iria chamar a Polícia, por conta das depredações. Momentos depois, quando já estava perto da “pracinha da O.”, Policiais do BOE chegaram ao local, ordenando que se colocasse as mãos na cabeça. Sem pedir qualquer identificação, os Milicianos começaram a acusar e a agredir a todos os ali presentes.

Relatou, igualmente, que o réu J. o abordara e lhe desferira um soco no rosto, quebrando um dos seus dentes, e depois lhe batera com oacetete (fls. 220/221). Os outros Policiais também participaram das agressões e deram cotoveladas, cacetadas, e ameaçaram desferir tiros em todo o grupo. Os Brigadianos, então, mandaram que todos saíssem correndo – ao que atenderam de imediato. Todavia, quando já chegavam perto de um ponto de táxi, mais adiante, foram novamente abordados pelos mesmos Policiais e agredidos com mais chutes e cacetadas. Requisitou a vinda da Polícia do Exercito e esta o levou-o até o respectivo quartel.

Ora, as suas afirmações restaram confortadas nos demais elementos de prova produzidos sob o crivo do contraditório, sobretudo nos autos de exame de corpo de delito das fls. 38/79 – onde os Srs. Peritos-médicos assinalaram a presença de deambulação claudicante, de diversas equimoses no seu braço direito, no dorso do tórax e na perna esquerda, todas elas

paralelas, duas a duas, separadas por área de pele sã, indicando a utilização de instrumento contundente alongado e duro.

Não fosse só isso, os exames indicaram também a presença de duas escoriações na face vestibular dos lábios do ofendido (fls. 38/79) – levando que os Expertos a chegarem à conclusão de que existira, sim, tortura cometida por obra da ação Policial.

Visto isso, em momento algum se pode imaginar que tais investidas envolveram o suposto “uso de força moderada”, nos termos que relatou o acusado, como forma de justificar as suas ações e agir no estrito cumprimento de dever legal.

As provas demonstraram, claramente, que houve uso demasiado de força por parte da guarnição – e, principalmente, pelo Policial Militar ora acusado –, evidenciando violência descomedida e desnecessária, causadora de intenso sofrimento físico e psicológico ao ofendido, que estava submetido a sua autoridade.

É totalmente independente o fato de a vítima ter ou não participado de badernas anteriores. Igualmente independente é a ânsia da Defesa buscar o resultado do Inquérito Policial Militar instaurado junto ao Exército Brasileiro, para fins de identificar se o ofendido teria ou não incorrido em transgressão disciplinar naquela noite, previamente à abordagem.

Tais fatos são de certa forma estranhos à busca da verdade real daquilo que se está analisando no presente feito. Ou seja, caso P. R. tivesse incorrido em algum delito que autorizasse a sua prisão em flagrante, caso tivesse agido de maneira a cometer alguma contravenção que justificasse a sua condução à Delegacia de Polícia, ou, então, caso não tivesse feito absolutamente nada senão caminhar em via pública, *em nenhuma das três hipóteses o réu e o restante da sua guarnição estaria autorizado a agir com tamanha violência e brutalidade.*

Noutras palavras, não houve qualquer justificativa plausível para que J. C., identificado pelo ofendido de maneira certeira e sem vacilos como sendo um dos integrantes do grupo e que o agrediu por meio de cacetadas e socos, tenha assim agido, causando-lhe intensa dor e sofrimento.

Não houve motivo algum para se duvidar da palavra da vítima. Ela foi coerente e harmônica com os demais elementos de prova trazidos ao feito e a Defesa deixou de carrear evidências concretas que contrariasse as suas alegações ou, então, demonstrassem que P. R. nutria algum sentimento de ódio, raiva ou rancor em relação ao Policial Militar denunciado, a ponto de fazer com que viesse a mentir em juízo.

Mesma situação com relação às palavras L. R., que também esteve presente na ocasião dos fatos e visualizou as agressões cometidas por J. C. contra o seu irmão P. (fls. 238/241).

E, sendo este o panorama dos autos, presentes as elementares que descrevem o tipo do artigo 1º, inciso II, da lei 9.455/97, dentre eles a intencionalidade do agente em impingir à vítima tamanho sofrimento físico e até mesmo psicológico, de certa forma satisfazendo sadismo imotivado em desfavor daquele que estava sob a sua autoridade, tem-se por caracterizado o delito de tortura.

A questão, via de consequência, afasta qualquer hipótese de "exercício regular de direito" por parte do réu ou dos demais integrantes da sua guarnição, bem como de que as lesões sofridas por P. R. signifiquem mero "excesso" durante o desempenho da suposta excludente de ilicitude.

Nada do que ocorreu naquela noite há de ser tomado como "normal" ou "inerente" ao dever do Policial Militar preservar a ordem pública e manter a autoridade do Poder Constituído, como quis a Defesa.

Na verdade, são ações isoladas como estas que turvam a imagem da Corporação e fazem com que a população, muitas vezes, desacredite e perca a confiança nos Agentes destinados a sua própria proteção – razão pela qual a reprovação do fato ora denunciado, presentes as suas elementares, deve ser feita com rigor.

Logo, afastadas as teses defensivas e não se faltando de excludente de ilicitude ou de culpabilidade, a condenação torna-se medida impositiva no caso dos autos.

Ex positis,

Julgo procedente a denúncia de fls. 02/03, para CONDENAR J. C. S. S., já qualificado, como inciso nas penas dos artigos 1º, inciso II, da lei 9.455/97.

Passo à aplicação da pena.

O condenado teve culpabilidade relevante, eis que apresentou consciência e vontade na direção do delito. Não possui antecedentes criminais e não teve conduta

social desabonada nos autos. Personalidade sem maiores elementos para ser avaliada, razão pela qual vai considerada como normal. O motivo foi o normal à espécie, ou seja, a vontade de impor violência exacerbada à pessoa submetida a sua autoridade. Não se registra circunstância relevante para o cometimento do delito. A vítima não contribuiu para o crime e não se visualizaram outras consequências.

Diante de tais balizadoras, fixo a pena-base em 2 (dois) anos de reclusão.

Sem agravantes ou atenuantes.

Por conta de o condenado ser Agente Público – Policial Militar – reconheço a majorante do artigo 1º, § 4º, inciso I, da lei 9.455/97, aumentando a pena de 1/3 (um terço) e totalizando a condenação em 2 (dois) anos e 8 (oito) meses de reclusão, diante da inexistência de outras moduladoras.

Sendo o crime equiparado a hediondo e diante da gravidade do fato, não há falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Logo, fixo o *regime inicial fechado* para o cumprimento da condenação, nos termos de recente pronunciamento do Supremo Tribunal Federal¹.

Diante da regra do § 5º, da lei 9.455/97, *decreto a perda da função de Policial Militar exercida pelo réu e a interdição para o seu exercício pelo dobro do prazo da condenação, ou seja, 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses.*

Custas pelo réu.

Tendo ele respondido ao processo em liberdade, concedo-lhe o direito de nessa condição apelar da decisão.

Publique-se.

Registre-se.

Intime-se.

Diligências legais.

Porto Alegre, 12 de janeiro de 2007.

Joni Victória Simões

Juiz de Direito

1 – O Tribunal, por maioria, deferiu o pedido de Habeas-Córpus e declarou, "Incidenter Tantum", a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, nos termos do voto do relator, vencidos os Senhores Ministros Carlos Velloso, Joaquim Barbosa, Ellen Gracie, Celso de Mello e Presidente (Ministro Nelson Jobim). O Tribunal, por votação unânime, explicitou que a declaração incidental de inconstitucionalidade do preceito legal em questão não gerará consequências jurídicas com relação às penas já extintas nesta data, pois esta decisão plenária envolve, unicamente, o afastamento do óbice representado pela norma ora declarada inconstitucional, sem prejuízo da apreciação, caso a caso, pelo Magistrado competente, dos demais requisitos pertinentes ao reconhecimento da possibilidade de progressão. Votou o Presidente. Plenário, 23.02.2006. (Habeas Corpus Nr.82959-7 / SP, Relator Min. Marco Aurélio, data: 23.02.2006).

Processo nº: 035/2.05.0000310-9 - Homicídio de Trânsito**Autor: J. P.****Réu: D. A. P.****Juiz Prolator: Fábio Vieira Heerdt****Data: 12 de março de 2007**

Homicídios de Trânsito. Oitava de Testemunha por meio de carta precatória. Ato processual que não viola o princípio do juiz natural nem da identidade física do juiz, este não atuante em sede de processo penal. Culpa do agente demonstrada em face da inobservância dos deveres de guardar a distância necessária entre os automóveis e de respeitar o limite de velocidade permitido no local. Princípio da Equivalência das Condições (art. 13 do CP) temperada: causa é aquela condição que, se retirada, o resultado não teria ocorrido da exata maneira como veio a ocorrer. Verificação da culpa não só no elemento causalidade mas também na previsibilidade, incidente, no caso. Incidência do perdão judicial, instituto a ser aplicado com morigeração. Reconhecimento do homicídio de trânsito como tipo culposo especial, derivado do homicídio culposo previsto no Código Penal. Aplicação do sistema de exasperação, decorrente do concurso formal heterogêneo. Conversão da pena privativa de liberdade em prestação pecuniária às famílias das vítimas e em prestação de serviços, preferencialmente a ser cumprida em nosocomio de assistência a feridos em acidentes de trânsito.

Vistos etc

O M. P., através da Promotora de Justiça com assento nesta Comarca e Vara, propôs denúncia contra:

D. A. P., natural de Esteio/RS, solteiro, nascido em 20/05/1977, mecânico, filho de N. H. P. e de N. M. A. P., residente na Rua B. I. B., em Canoas/RS; pela prática do(s) seguinte(s) fato(s):

"No dia 02 de agosto de 2004, por volta das 22h40min, na BR116, Km252, nas proximidades do Zoológico, em Sapucaia do Sul, RS, o denunciado D. A. P. praticou homicídio culposo na direção de veículo automotor contra a vítima D. F. D., produzindo-lhe as lesões descritas no auto de necropsia, que refere, como causa da morte, politraumatismo (fls.16/17 do inquérito policial), contra a vítima J. F. D., produzindo-lhe as lesões descritas no auto de necropsia, que refere, causa da morte, hemorragia interna consecutiva a ferida de baço e fígado por instrumento contundente (fl.20 do inquérito policial), e contra a vítima A. O. D., produzindo-lhe as lesões descritas no auto de necropsia, que refere, como causa da morte, hemorragia de cavidades craniana e abdominal consecutivas a politraumatismo (fls.23/24 do inquérito policial).

Na oportunidade, o denunciado, que se encontrava dirigindo um automóvel Golf, cor vermelha, placa XXX 0000, colidiu na traseira do veículo Peugeot, cor azul, placa XXX 0000, onde se encontravam as vítimas, fazendo com que ambos os automóveis derrapassem para a via lateral, arremessando violentamente o veículo das vítimas contra o poste da rede elétrica.

O denunciado agiu imprudente e negligentemente, visto que conduzia o veículo com excesso de velocidade, em velocidade aproximada de 120km/h, quando a velocidade máxima permitida no local é de 80km/h, bem como não respeitou a distância mínima permitida, exigida pelo Código de Trânsito Brasileiro, do veículo das vítimas, que trafegava a sua frente."

O órgão acusador pediu a condenação do denunciado nas sanções do artigo art. 302, *caput*, da Lei nº 9.503/97.

A denúncia foi recebida por este Juízo em 09/05/2005, com deferimento de diligências (fls.68v).

Citado o acusado, compareceu ao interrogatório na presença de Defensor Constituído. Na oportunidade, negou a imputação, relatando que o fato teria acontecido em razão de uma desaceleração e manobra para ingresso na pista contrária, efetuadas pelo automóvel da frente, tripulado pelas vítimas, sendo uma delas namorada do réu.

Houve oferta de alegações preliminares e rol de testemunhas (fls.99/100).

Durante a instrução foram colhidos os depoimentos de oito testemunhas, sendo quatro arroladas na denúncia e quatro de defesa.

Declarada encerrada a instrução, no prazo do artigo 499 do Código de Processo Penal o Ministério Público nada requereu. A defesa postulou a reinquirição de uma testemunha, o que foi indeferido por este Juízo (fl.258).

Seguiram-se as razões finais, em que a agente ministerial examinou a prova dos autos e a teve por suficiente para sustentar um decreto condenatório nos termos da denúncia (fls.266/272).

A defesa do acusado, por sua vez, às fls.273/300, invocou, em sede preliminar, o princípio da identidade física do juiz e sua correlação com o princípio do juiz natural. Requereu, assim, a reabertura da instrução para oitiva, neste Juízo, de testemunha de defesa, perito que, a pedido da defesa, elaborou laudo sobre o acidente. No mérito, analisou a prova colhida, sustentando ter havido mera fatalidade, sem que o acusado tivesse agido de forma culposa. Pediu, assim, a absolvição do réu, com base no art. 386, inciso IV, do Código de Processo Penal. Também requereu, subsidiariamente, fosse declarada extinta a punibilidade, a teor do inciso IX, do art. 107, do Código Penal, já que o acusado passou a sofrer dor moral após o fato, caracterizando a sanção penal, caso imposta, "*bis in idem*".

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório. Passo a decidir.

Fundamentação

I) Da Preliminar

A defesa do acusado, em sede preliminar, requereu a oitiva neste Juízo de testemunha que arrolou, por quanto a inquirição da mesma se deu por meio de carta precatória, o que configuraria violação ao princípio da identidade física do juiz, correlacionado com o princípio do juiz natural.

Contudo, entendo que não prospera a pretensão da parte, já que a realização do ato por carta precatória é faculdade do Juízo, considerando que não deve ser onerada a testemunha com despesas de deslocamento, quando residente fora da Comarca em que tramita o processo.

Regulando tal situação, existe regra clara, como o art. 222, do Código de Processo Penal, além de Resolução do Conselho da Magistratura, *in verbis*:

"RESOLUÇÃO Nº 506/2005-COMAG

ALTERA A RESOLUÇÃO Nº 05/85-COMAG, QUE DISPÕE SOBRE A DISPENSA DE REMESSA DE CARTA PRECATÓRIA INQUIRITÓRIA NAS COMARCAS INTEGRADAS.

O CONSELHO DA MAGISTRATURA, NO USO DE SUAS ATRIBUIÇÕES LEGAIS E DANDO CUMPRIMENTO À DECISÃO DESTE ÓRGÃO, NA SESSÃO DE 17-05-2005, (PROC. Nº 261/2004-COMAG, 5ª CLASSE – 20471/04-8), RESOLVE:

ART. 1º - ALTERAR A RESOLUÇÃO Nº 05/85-COMAG, PARA DETERMINAR QUE NAS COMARCAS INTEGRADAS A REMESSA DE CARTA PRECATÓRIA INQUIRITÓRIA CÍVEL OU CRIMINAL DE UMA PARA OUTRA COMARCA

INTEGRANTE, OU SIMPLES REMESSA DO MANDADO INTIMATÓRIO À TESTEMUNHA PARA QUE COMPAREÇA NO JUÍZO PROCESSANTE, OBSERVADAS AS CONDIÇÕES DO ART. 2º, § 2º, DA LEI ESTADUAL Nº 7660/82, FICARÁ A CRITÉRIO DO JUIZ PROCESSANTE, DEVENDO, NA SEGUNDA HIPÓTESE, MOTIVAR O ATO."

Neste sentido são os julgados do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA. COMARCAS INTEGRADAS. AO JUIZ É FACULTADO OUVIR A TESTEMUNHA ATRAVÉS DE CARTA PRECATÓRIA OU NO PRÓPRIO JUÍZO PROCESSANTE, MEDIANTE INTIMAÇÃO POR MANDADO. CONSIDERANDO AS RAZÕES APRESENTADAS PELO MAGISTRADO, NO CASO PRESENTE, MOSTRA-SE MAIS CONVENIENTE A INQUIRIÇÃO NO JUÍZO DEPRECADO. *Conflito de competência julgado procedente*. (Correição Parcial nº 70015187636, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 28/06/2006)

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. COMARCAS INTEGRADAS. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHA. A resolução nº 506/2005 da COMAG deixa à conveniência do juízo processante expedir carta precatória ou mandado de intimação para que compareça no juízo da causa. O artigo 222, caput, do Código de Processo Penal dispõe: "A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes." Ainda que fosse desnecessária a remessa de carta precatória para a oitiva de testemunha, não compete ao Juízo deprecado negar o seu cumprimento, seja porque a Resolução 506/2005 da COMAG trata-se de mera faculdade, seja porque o artigo 222, caput, do CPP prevê o encaminhamento de carta precatória para a oitiva de testemunha residente em Comarca diversa daquela do Juízo da causa. Precedentes desta Corte. CONFLITO DE COMPETÊNCIA DESPROVIDO. (Conflito de Competência nº 70014464366, 2ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Julgado em 25/05/2006)

Assim, não vislumbro prejuízo à defesa por ter sido a testemunha ouvida fora deste Juízo, especialmente porque a defensora do acusado esteve presente ao ato, assim como à inquirição das demais testemunhas arroladas pelas partes, sem que arguisse qualquer irregularidade apta a macular o ato deprecado.

Ademais, no processo penal não opera o princípio da identidade física do juiz, como é consabido:

CORREIÇÃO PARCIAL. 1. IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ, DESNECESSIDADE. 2. SISTEMA ACUSATÓRIO.

INQUIRIÇÃO DE OFÍCIO, VEDAÇÃO. 1 - *Não há previsão legal nem aplicação no processo penal do princípio da identidade física do juiz da instrução com o da sentença. Precedentes jurisprudenciais.* 2. No sistema acusatório, o réu é tratado como sujeito de direitos, deve ter, suas garantias individuais (constitucionais) respeitadas, sem qualquer concessão (favor rei). A regra é clara: O Estado acusador, através do agente ministerial, como a hipótese dos autos, ou o querelante, manifestam a pretensão ao agente imparcial que é o Estado-juiz. Essa imparcialidade que se apresenta mais nítida agora, com a definição constitucional dos papéis processuais, é a plataforma na construção de uma ciência processual penal democrática. Manifestado desistência ministerial na inquirição de testemunhas, não incumbia ao magistrado determinar sua oitiva de ofício, pois sua iniciativa viola o sistema acusatório consagrado na Carta de 1988. Recurso parcialmente provido. (Correição Parcial nº 70017121849, 5ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Aramis Nassif, Julgado em 08/11/2006)

Mais não fosse, não há qualquer ofensa ao princípio do juiz natural, dado que, no caso, não atua juízo de exceção e sim o natural da causa.

Afasto, pois, a preliminar.

II) Do Mérito

A) Da materialidade

A materialidade do fato vem demonstrada pelo auto de necropsia de fls. 21, 25 e 28, além do boletim de ocorrência.

Ademais, a colisão entre os veículos é fato incontrovertido nos autos, assim como o óbito das vítimas.

Por tais razões, amplamente demonstrada está a existência do fato.

B) Da autoria

O réu, em defesa pessoal, admitiu estar na direção do veículo que colidiu contra o das vítimas, porém negou que estivesse em alta velocidade ou dirigindo sem guardar a devida distância do automóvel da frente, rechaçando a imputação de que tivesse agido de forma imprudente ou negligente. Alegou como causa do evento uma possível desaceleração pelo veículo das ofendidas além da manobra de ingresso na pista contrária, reputando tratar-se o fato de mero incidente. Tais argumentos também foram reproduzidos pela defesa técnica, a qual ainda vindicou a concessão ao acusado do benefício do perdão judicial.

De início, cumpre consignar que, conquanto tenha havido vasta produção de provas pelas partes, o conjunto probatório aponta num único sentido, o qual, todavia, não é aquele aventado pela defesa, conforme análise que segue.

Às fls. 40/42 e fls. 43/45, têm-se, respectivamente, as fotografias do automóvel das vítimas e do veículo do acusado, as quais demonstram, nitidamente, a intensidade do choque, bem como que o veículo tripulado pelas vítimas restou com a lateral esquerda destruída (pela batida contra o poste da rede elétrica), enquanto que o automóvel guiado pelo acusado igualmente teve danificada a lateral esquerda, porém não nas mesmas proporções.

Tais circunstâncias são, pois, incontrovertidas nos autos.

Em relação à prova oral, é de grande relevância para a elucidação das causas do abalroamento e das condições em que se deu o fato.

O primeiro dos depoimentos a ser analisado é o do policial rodoviário federal I. D., o qual atendeu à ocorrência envolvendo o acusado e as vítimas. Esta testemunha, em sua narrativa às fls. 133/133v, afirmou que:

"(...) pelo o que se pode constatar os dois veículos estariam trafegando em alta velocidade, porém supõe que a velocidade do Golf era superior a do Peugeot, por ter colidido na traseira daquele veículo; (...) que o depoente supõe que a velocidade dos veículos acidentados era superior a 100km/h pelas consequências do acidente, e também por sua experiência profissional, acrescentando que o automóvel Peugeot colidiu em um poste e foi praticamente partido ao meio; (...)" (grifos meus).

Pelo depoimento desta testemunha, a qual presumidamente possui experiência na área de trânsito de veículos, já que policial rodoviário federal, pode-se observar claramente que tanto o acusado como as vítimas trafegavam em velocidade superior à permitida no local (80km/h), havendo a possibilidade de que o automóvel do réu estivesse ainda mais rápido do que o das vítimas, o que pode ter impedido qualquer ação eficaz do réu no sentido de evitar a colisão. Assim, pelo relato do profissional, as evidências do fato apontam em sentido contrário à narrativa da defesa, já que o excesso de velocidade referido também foi confirmado por outras testemunhas, depoimentos abaixo analisados, o que comprova a imprudência aludida na exordial acusatória.

No mesmo diapasão descreveu M. A. S. (fls. 236/237), marido de uma das vítimas, o qual estava presente no momento do acidente no banco do carona do automóvel dirigido pelo acusado. A narrativa de M., transcrita abaixo, confirma a situação de proximidade entre os automóveis, desfazendo também mais esta alegação do réu de que haveria entre eles uma distância de "dois carros" (sic).

"(...) A intenção do grupo era dirigir-se ao boliche em São Leopoldo e até o depoente cochilar um veículo ia

atrás do outro normalmente, o Peugeot na frente. Acor-dou de repente com L. gritando para D. tomar distância do Peugeot e quando viu houve uma batida do Golf na traseira do Peugeot, não sabendo precisar se houve ou não uma freada brusca do Peugeot, pois não reparou se acenderam as luzes do freio. (...)" (grifos meus).

Consigno ainda que, mesmo que o automóvel da frente, tripulado pelas vítimas, tivesse desacelerado como sugeriu o acusado, tal fato não o isenta da responsabilidade pelo evento. Conhecidos são de todos os motoristas os deveres de guardar a distância necessária entre os automóveis (art.29, II, do Código de Trânsito Brasileiro) e de respeitar o limite de velocidade permitido no local (art.43, do Código de Trânsito Brasileiro), justamente para evitar situações como a narrada neste feito, o que, todavia, segundo os depoimentos até agora analisados, não foi observado pelo réu.

Outra declaração extremamente relevante para a demonstração da culpa imputada ao acusado, é a de L. Q. F. (fls.246/247). Este, irmão de duas das vítimas e noivo da terceira ofendida, assistiu o fato, já que vinha no banco de trás do veículo Golf. Transcrevo, pois, os trechos mais importantes:

"(...) Pegaram a BR116 em direção a São Leopoldo e no início andavam em velocidade normal, uns 80 ou 90 km/h. Depois aumentaram a velocidade. Não considera que tenha feito 'pega' nem que tenham brincado de se ultrapassar, mas houve umas duas ultrapassagens. Primeiro D. passou por elas, indo em seguida para a pista da direita. Em seguida foi ultrapassado por D., que seguiu a pista da esquerda. Então é que D. passou para a pista da esquerda indo atrás dela. A essa altura já estavam em velocidade maior. Pelo que recorda, antes da batida chegou a olhar no velocímetro e estavam a 120km/h. O que ocorre é que D. aproximou-se demais do Peugeot e acha que D. se assustou e freou, ocorrendo a colisão. O depoente viu que ela pisou no freio, pois as luzes traseira se acenderam. Acha que ela não imaginou que D. estivesse tão próximo. Ele realmente aproximou-se bastante do Peugeot, a uma distância menor do que a de um carro. Pelo que recorda, a primeira batida foi na parte traseira do Peugeot, da metade do carro para a direita, pois D. ao ver que elas fream logo tentou desviar puxando para a direita. Tanto o Peugeot como o Golf rodaram para a direita, batendo também com as laterais. (...) Era claro que D. estava se aproximando do Peugeot. Re-tifica com relação ao uso dos freios no sentido de que apenas viu serem acionados quando houve a batida na traseira. Não tem certeza se houve uma redução brusca de velocidade por parte de D. no momento da batida. (...)" (grifos meus).

Ressalto, pois, que a narrativa de L. é por demais esclarecedora, já que confirma a velocidade imprimida pelo réu no momento do acidente (120km/h), muito superior à permitida no local, bem como o fato de que este aproximou-se demais do veículo Peugeot, não podendo assim evitar a colisão contra o veículo das vítimas, que situava-se na sua diagonal, independentemente se em processo de desaceleração ou velocidade inferior.

A par disso, C. M. D. (fls.248/249), perito arrolado pela defesa, também fez descrição minuciosa sobre a trajetória e posição final dos veículos, o que confirma a tese acusatória de que o réu, por imprudência, já que vinha com excesso de velocidade, e negligência, por não atentar para a distância necessária entre os dois veículos, colidiu contra o automóvel das ofendidas, mais para a lateral esquerda, em direção diagonal.

"(...) As conclusões do depoente com base na trajetória dos pneus e nos danos provados nos veículos foram de que no momento da batida o Golf ia pela pista da direita e o Peugeot pela da esquerda, tendo este provavelmente tentado mudar para a pista da direita, pois os danos iniciais forma na lateral traseira direita do Peugeot com a lateral frontal esquerda do Golf, o que ocasionou que o Peugeot rodasse para a direita e seguisse de lado como mostram as marcas de frenagem até o poste. Diz isso também porque a sinaleira traseira direita do Peugeot não foi avariada, os danos se limitaram ao pára-choque traseiro e esses danos são arranhões, o que indica que por essa trajetória antes mencionada o Golf passou pelo Peugeot raspando na sua traseira e inclusive contorcendo o puxador do reboque para a esquerda. (...) pode afirmar que o Peugeot também se encontrava em velocidade alta, acredita que igual ou superior a do Golf. O dano transversal significa que os veículos estavam em posições oblíquas e o tangencial significa que um raspou no outro. (...)"

A narrativa desta testemunha vem em parte explicitada no laudo pericial de fls.168/185, já que C. M. D. foi um dos peritos responsáveis pela elaboração do documento juntado pela defesa. Contudo, parte da conclusão do exame pericial não pode ser aceita por este Juízo, já que foram lançados dados visivelmente contraditórios, os quais sequer foram confirmados por C. no depoimento judicial, denotando a perícia o firme propósito de imputar exclusivamente às vítimas a responsabilidade pelo evento, o que, indubitavelmente, o restante da prova afasta. Passo, pois, a transcrever as conclusões incongruentes apontadas no laudo pericial:

"1º) O acidente de trânsito estudado foi provocado pelo automóvel Peugeot que, ao efetuar manobra de troca de faixa de tráfego, colidiu lateralmente contra o

automóvel Golf, que trafegava ao seu lado pela faixa da direita. O primeiro contato físico entre os dois veículos foi uma colisão lateral e não uma colisão traseira como consta no Boletim da Polícia Rodoviária Federal e na denúncia do Ministério Público.

(...)

4º) A velocidade desenvolvida pelo automóvel Peugeot, no momento da colisão, era, relativamente, muito maior do que a velocidade desenvolvida pelo automóvel Golf, considerando que o trecho total percorrido por esse veículo com os seus pneumáticos derrapando sobre a via, mais a velocidade que foi dissipada com a energia gasta nas deformidades sofridas com o forte impacto contra o poste de concreto de sustentação da rede elétrica".

Analizando tais informações, pode-se questionar o seguinte: se efetivamente a culpa pelo evento fosse do veículo Peugeot, como infere a perícia, por ter efetuado a troca de faixa no instante em que o automóvel Golf encontrava-se na pista em que pretendia ingressar, na sua diagonal traseira direita – conforme referiu o perito às fls.248/249, diferentemente do que concluiu no laudo ora analisado -, como poderia o veículo das vítimas, que supostamente estava em velocidade “muito maior” (sic), ter colidido contra o veículo do acusado, que vinha em velocidade inferior, pouco atrás? Ora, a única explicação plausível para a constatação pericial é a de que além de estar o veículo das vítimas em velocidade muito superior, portanto, obviamente passaria para a pista em que estava veículo do acusado sem atingi-lo, estivesse o Peugeot andando de ré (!), e não no sentido correto da via.

Inadmissível, pois, a perícia encomendada, já que manifestamente tendente aos interesses da defesa e discrepante da conclusão do policial rodoviário federal I. D. (primeiro depoimento analisado), testemunha isenta de qualquer interesse na causa.

Em relação ao restante da prova oral, os demais testemunhos, de M. G. C. (fls.137/137v), C. F. P. M. (fl.238), L. F. M. M. (fl.239) e C. C. S. (fls.252/253), nada esclareceram sobre o fato, porquanto tais pessoas não presenciaram o acidente, não sendo, pois, relevantes para a solução do mérito.

Quanto à possibilidade aventada nos autos de que estivessem réu e vítimas fazendo “racha”, também não restou suficientemente esclarecida, o que, contudo, não tem o condão de modificar a conclusão que se extrai das provas dos autos. Inadmissível, pois, na esfera penal cogitar-se a compensação de culpas, devendo cada agente responder por seus atos, estando plenamente demonstrada a conduta do réu no evento.

Neste sentido, os julgados que colaciono:

APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÂNSITO. ART.

302 DO CTB. INEXISTE NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL A COMPENSAÇÃO DE CULPAS. CULPA DO APELANTE COMPROVADA. REDUÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR EM OBSERVÂNCIA À PROPORCIONALIDADE DESSA PENA COM A DE DETENÇÃO. Apelo provido parcialmente. (Apelação Crime nº 70015213317, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Manuel José Martinez Lucas, Julgado em 08/11/2006)

EMBARGOS INFRINGENTES. HOMICÍDIO CULPOSO NA DIREÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR (ARTIGO 302, CAPUT, DA LEI Nº 9.503/97 – CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO. VOTO DIVERGENTE SUSTENTANDO A ABSOLVIÇÃO DO EMBARGANTE. Age com imprudência o agente que, durante o período noturno, imprime velocidade acima da permitida para a rodovia, vindo a ocasionar a morte de um pedestre. Embora tenha havido nítida contribuição da vítima para a eclosão do delito, o pedestre também foi imprudente ao transitar, à noite, na pista de rolamento de uma rodovia -, não se pode olvidar que, no Direito Penal, não há compensação de culpas, devendo cada agente responder por seus atos. O pedido de perdão judicial não é de ser conhecido, porque não foi objeto do voto vencido, cuja prevalência se pretende nos infringentes. EMBARGOS REJEITADOS, POR MAIORIA. (Embargos Infringentes nº 70013622758, 1º Grupo de Câmaras Criminais, Tribunal de Justiça do RS, Rel. José Antônio Cidade Pitrez, Julgado em 06/10/2006)

Sobre o ponto — uma vez que a Defesa insiste não ter havido nexo causal determinante entre a conduta do réu e o resultado — invoca-se o instituto da causalidade, geralmente estudada em sede de Teoria Geral, dentro do conteúdo de Norma Penal e Fato Punível. Causalidade é o vínculo material e objetivo entre a conduta e o resultado. Como é cediço, há duas principais teorias sobre ela:

Teoria da Causalidade Adequada - Diferencia causa de condição. Causa é o antecedente adequado a produzir o resultado dentre as condições. Dentre as condições, qual a causa do resultado? De acordo com a experiência comum, deve-se fazer uma prognose posterior, após o fato, de qual a causa provável do resultado. Sofre críticas de PAULO JOSÉ DA COSTA JR: por que examinar o que já ocorreu como se ainda não tivesse acontecido? ANÍBAL BRUNO acrescenta: essa teoria considera sempre que o fato tenha acontecido em situações normais; mas se o ocorreu em situações excepcionais?

Teoria da Equivalência das Condições - (Conditio Sine Qua Non) Todos os antecedentes equivalem-se, daí

porque não existe diferença entre causa e condição. O decisivo para apurar se uma conduta é causa ou não do resultado é verificar se, sendo retirada tal condição, o resultado verificar-se-ia. DAMÁSIO sugere um tempero: causa é aquela condição que, se retirada, o resultado não teria ocorrido como veio a ocorrer; poderia ter ocorrido, mas não da forma como efetivamente ocorreu.

Embora o CP tenha aderido à Teoria da Equivalência das Condições, no cabeço do art. 13, deve-se conceder que, ainda que se proclamassem que, concorrendo com a conduta do réu, operasse como concausa a imprevidência das vítimas, de conduzirem-se também em alta velocidade, o resultado não teria ocorrido. Por que ocorreria? A suposta alta velocidade das vítimas não teria o condão de provocar acidente algum, porquanto o veículo das ofendidas movia-se, ainda que muito veloz, para frente. Se houve a dita desaceleração do automóvel Peugeot, isso, por si só, não determinaria o resultado da forma e com a intensidade como este ocorreu, pois a suposta ação das ofendidas teria se mantido na linha de desdobramento físico da ação do réu, que conduzia em alta velocidade e não guardava distância necessária. Pois, a omissão do dever de cuidado do réu determinou aquele resultado específico.

Como anota JOSÉ HENRIQUE PIERANGELLI, o tipo culposo reclama a) o descumprimento do dever de cuidado; b) a causação de um resultado lesivo a um bem juridicamente tutelado; c) que a violação do dever de cuidado constitua fator determinante do resultado. Prossegue o mestre: "Para a comprovação do descumprimento do dever de cuidado, exige-se a determinação sobre qual era o cuidado devido, para o que se deve recorrer de uma norma de cuidado. As normas de cuidado, freqüentemente, estão estabelecidas na própria legislação, como ocorre com as atividades regulamentadas, servindo de exemplo o Código Nacional de Trânsito." Embora parcialmente, o art. 302 cuida de um tipo aberto, como sempre o são os tipos culposos, revelando certa indeterminação, mas a norma individualizadora deve ser completada na sentença.

Além do estabelecimento e individuação do dever de cautela inobservado, como visto, o tipo culposo reclama nexo causal entre a inobservância do dever de cuidado e o resultado. Sobre isso, ensina WESSELS que "se o resultado socialmente danoso também não fosse evitável no caso de uma conduta juridicamente isenta de defeitos, a ausência do cuidado, existente no caso concreto, seria irrelevante para a sua ocorrência", o que remete mais uma vez à Teoria da conditio sine qua non, isto é, o resultado morte não teria ocorrido se o réu tivesse observado o dever de cuidado de, prudentemente, não

conduzir em alta velocidade e guardar a distância necessária entre ambos os automóveis.

Há, ainda, que se reportar à *previsibilidade*, elemento intelectual da culpa.

De fato, para que o causador cumpra o dever de cuidado, deve ele obrigatoriamente conhecer o seu conteúdo, pois só dessa maneira estará apto a cumpri-lo. Nesse particular, escreve ENRIQUE CURY que "à dogmática do crime culposo, só interessa a falta de atenção que encontra sua origem nas falhas volitivas, ou seja, aquelas que contam com mecanismos intelectuais que o habilitam a observar uma atitude mais atenta." Daí porque o cumprimento do dever de cuidado fica na dependência da capacidade individual, estreitamente ligada ao conhecimento especial de cada indivíduo. Sobre isso, conclui ENRIQUE BACIGALUPO: "infringe el deber de cuidado el que no emplea el cuidado que sus capacidades y su conocimiento de la situación le hubieran permitido"

De fato, a previsibilidade e a causalidade não são suficientes para a configuração da culpa. Evidente, portanto, que a determinação depende do prévio conhecimento do agente, sob pena de se afastar o elemento intelectual da culpa (previsibilidade). Assim sendo, torna-se impossível fixar-se uma violação do dever de cuidado quando impossível seu conhecimento pelo agente que ignorava a situação de perigo existente.

No caso em julgamento, estavam muito bem fixados os próprios limites do dever de cautela, em razão de que os veículos trafegavam velozmente, em rodovia federal, sem acostamento, um próximo ao outro, sem falar que o Réu tinha prévio conhecimento de que condutora falecida tinha há pouco tempo se habilitado para conduzir (interrogatório, fl. 105).

Não há falar, em face do Réu, então, na ausência de previsibilidade, porquanto, além da prévia informação acerca do perigo, aloca-se a preparação do agente para a atividade. Disso é que se conclui que ao réu, mecânico, motorista experiente, sedizente zeloso, não poderia ignorar — por suas condições pessoais —, que, trafegando em velocidade excessiva, muito próximo ao veículo da frente, cuja condutora era sabido por ele inexperiente, era exigido adotar dever de cautela.

Enfim, não se pode cogitar da imprevisibilidade do resultado, porquanto, se o motorista tivesse se preparado adequadamente para a condução do veículo, em velocidade compatível, guardando distância regulamentar do veículo que seguia à frente, em suma, agindo com cautela, certamente teria como evitar o resultado.

Se o resultado fosse sempre previsto e não somente previsível, não haveria duas espécies de culpa. A culpa inconsciente existe quando o agente não prevê o

resultado que é previsível. Não há no agente o conhecimento efetivo do perigo que sua conduta provoca para o bem jurídico alheio; a culpa consciente ocorre quando o agente prevê o resultado, mas espera, sinceramente, que não ocorrerá. Há no agente a representação da possibilidade do resultado, mas ele afasta por entender que o evitará, que sua habilidade impedirá o evento lesivo que está dentro de sua previsão.

In fatuspecie, o resultado apresentava-se de todo previsível, desde que o acusado tivesse adotado a preparação decorrente do dever de cautela, dirigindo em velocidade compatível e mantendo seu automóvel suficientemente distante das vítimas.

Argumentar que não havia previsibilidade por não ter o réu condições de saber se a vítima trocaria de pista ou desaceleraria o veículo equivale à alegação de quem avança um sinal vermelho, vindo a abalar o veículo que regularmente cruzava o sinal verde, no sentido de que não poderia saber que um outro veículo cruzaria a avenida.

Entendo perfeitamente delineados os elementos da culpa, pois o órgão acusador demonstrou que o réu des cumpriu o dever de cuidado e que este descumprimento determinou a causação do resultado, o qual era previsível ao réu.

Há ainda o argumento defensivo relativo ao perdão judicial, o qual foi cogitado pela defesa técnica em sede de alegações finais. Todavia, a conduta comprovada nestes autos beira ao dolo eventual, já que em razão do excesso de velocidade e pela inobservância da regra de distanciamento entre os veículos, até mesmo se poderia cogitar que o réu teria assumido o risco do resultado. Destarte, evidentemente que não é possível, neste caso, a concessão do benefício postulado. Ademais, questionável é o laudo médico juntado pela defesa (fls.262/263), confeccionado em torno de dois anos após o fato (2006) e firmado por médico psiquiatra residente em Miami, ficando evidente que quando da elaboração há muito já não tinha contato com o acusado, o qual aparentemente permaneceu em tratamento com o médico pelo curto período de 3 meses no ano de 2004. Assim, não há prova segura nos autos de que as consequências da infração atingiram o próprio agente de forma tão grave que a sanção penal seja desnecessária, como exige o § 5º do art. 121 do Código Penal e, por consequência, o art.107, IX, do mesmo Diploma Legal.

Sabe-se que o perdão judicial é instituto nobre, a ser aplicado com morigeração em situações excepcionalíssimas:

"APELAÇÃO-CRIME. HOMICÍDIO CULPOSO NA CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR. Conduta imprudente,

materializada no excesso de velocidade, comprovada. Mantença do édito condenatório que se impõe. - Perdão judicial. Impossibilidade de aplicação, à mingua de provas idôneas de que a morte da vítima, em decorrência do acidente, tenha causado ao réu insuportável sofrimento físico ou moral, atingindo-o de modo tão grave que a sanção penal seja desnecessária. - Suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor. Critério de dimensionamento vinculado à reprovabilidade do agir. Inteligência do art. 59 do Código Penal. - Penas alternativas. Benefício mantido, cabendo ao réu decidir pelo seu cumprimento ou pela submissão à carcerária imposta. APELO PARCIALMENTE PROVIDO". (Apelação-Crime nº 70006655252, Câmara Especial Criminal, TJ/RS, Rel. Marco Antônio Barbosa Leal, Julgado em 09/12/2003).

"ACIDENTE DE TRÂNSITO. OFUSCAMENTO SOLAR. PREVISIBILIDADE. PERDÃO JUDICIAL. REDUÇÃO, DE OFÍCIO, DO PRAZO DA SUSPENSÃO DA HABILITAÇÃO PARA DIRIGIR VEÍCULO AUTOMOTOR. O fato de o motorista perder o controle do veículo em razão de ofuscamento pelo sol, não elide sua culpa pelo acidente, por se tratar de fenômeno natural e previsível, estando a exigir atenção e cuidado ao volante. Não é caso de perdão judicial quando não comprovado nos autos que a morte da vítima, da qual o réu alega ser amigo, tenha lhe causado sofrimento moral tão grave que a sanção penal se torne desnecessária. Recurso improvido. Redução do prazo da suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor para 02 meses, de ofício". (Apelação-Crime nº 70006847271, 1ª Câmara Criminal, TJ/RS, Rel. Manuel José Martinez Lucas. Julgado em 10/09/2003).

Nestes termos, devidamente comprovada a culpa do acusado por imprudência e negligência, a medida que se impõe é a condenação, nos termos da denúncia.

Dispositivo

Isso posto, julgo procedente a denúncia, para condenar o réu D. A. P., antes qualificado, nas sanções do artigo 302 (três vezes), da Lei 9.503/97 (Código de Trânsito Brasileiro), na forma do art.70, do Código Penal.

Condeno o réu também nas custas processuais.

I) Passo à dosimetria da pena.

Analizando as circunstâncias do art. 59 do CP observo que com relação à culpabilidade, entendo ser o réu D. consciente da ilicitude de seus atos, tanto que negou o cerne da imputação, tentando minimizar sua conduta. O acusado tinha total condição de prever o resultado e assim determinar sua conduta de outra forma. Os motivos já integram a definição do descumprimento de um dever de cautela. O réu não possui antecedentes criminais conhecidos. Conduta abonada. As consequências foram graves, já que jovens moças tiveram a vida ceifada

abruptamente (circunstância abaixo valorada), o que não pode ser desprezado, considerando que deixaram familiares e uma delas um filho de tenra idade. Não há comprovação suficiente de que o comportamento das vítimas tenha influído para o resultado. Considero que a conduta do acusado é grave, pois agiu negligentemente e imprudentemente (circunstâncias próprias do tipo) em via federal de grande movimento, embora, pelo o que se depreende do feito, no horário da colisão o tráfego não fosse considerado intenso. Em relação à culpabilidade, por tudo isso, entendo que deva ser aferida em grau pouco acima do mínimo, tendo em vista o conjunto das circunstâncias analisadas.

Isso posto, fixo a pena base em 2 anos e 4 meses de detenção.

Não é de ser aplicado o parágrafo único do art. 71, relativo à pluralidade do sujeito passivo na hipótese de ofensa a bem jurídico pessoal, porquanto o delito aqui é culposo.

Segundo DAMÁSIO DE JESUS, citado pelo em. Professor LUÍS CARLOS ÁVILA DE CARVALHO LEITE, os arts. 302 e 303 do CTB constituem-se em tipos derivados, nos quais a circunstância modal “na direção de veículo automotor” nada mais é do que uma qualificadora embutida no tipo. Segundo DAMÁSIO, “criou-se uma figura específica de homicídio culposo, mantendo o tipo do art. 121, § 3º, do CP, caráter genérico, estabelecendo-se entre eles uma relação de generalidade e especialidade (princípio da especialidade)... A figura especial (art. 302) contém todos os elementos da forma genérica (CP, art. 121, § 3º) e mais um denominado especializante (a elementar modal ‘na direção de veículo automotor’). As referências típicas ‘homicídio culposo’ e ‘lesão corporal culposa’ carregam as elementares, causas e circunstâncias daqueles tipos.”

Incide, isto sim, o sistema de exasperação decorrente do concurso formal heterogêneo, aos termos do que consta do art. 70, caput, do Código Penal.

Pelo concurso formal, considerando o número fatos e vítimas, que são três, aumento a pena em metade, restando uma pena de 3 anos e 6 meses de detenção.

À falta de outros fatores, torno-a definitiva nesse patamar.

Considerando a quantidade de pena alcançada, e ainda, que o fato narrado nestes autos se deu na forma culposa, não havendo no feito comprovação de antecedentes criminais do acusado, sendo suficiente para a reprovação da conduta a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, substituo a pena privativa de liberdade por uma de prestação de serviços à comunidade pelo mesmo tempo da pena privativa de liberdade alcançado, preferencialmente a ser cumprida em nosocomio de assistência a feridos, e multa de cinco salários mínimos em favor de cada uma das famílias das vítimas, totalizando quinze salários mínimos, atentando-se para a boa situação econômica do réu, que afirmou auferir em torno de R\$ 1.500,00 mensais.

Para o caso de reversão, o regime inicial de cumprimento deverá ser o aberto, considerando a quantidade de pena alcançada.

O réu poderá permanecer em liberdade, tendo em vista não estarem presentes os requisitos da prisão cautelar.

II) Da pena acessória

A teor do art.293, do CTB, pelo mesmo período da pena privativa de liberdade (3 anos e 6 meses), determino a suspensão do direito de dirigir do acusado, considerando a gravidade do fato, bem como a quantidade de vítimas, demonstrando-se adequado e necessário este período ante as circunstâncias analisadas.

Transitada em julgado esta sentença condenatória, o cartório deverá:

- preencher e devolver o Boletim Estatístico;
- comunicar o TRE;
- lançar o nome da ré no rol de culpados;
- expedir o PEC;
- cumprir o disposto no art.293, §1º, do CTB;
- demais diligências legais.

Publicada em mãos da Escrivania; registre-se; intimem-se.

Sapucaia do Sul, 12 de março de 2007.

Fábio Vieira Heerdt
Juiz de Direito

DECISÃO CRIMINAL

Juiz prolator: André de Oliveira Pires

Data: 24 de julho de 2007

Processual penal. Prisão temporária. Prorrogação. Necessidade. Processo sob segredo de justiça. Pedidos de vista dos autos formulados por defensores constituídos, quando em curso, no mesmo expediente, interceptação telefônica destinada a apurar a autoria dos delitos de roubo majorado e formação de quadrilha armada. Indeferimento da postulação. Preponderância do interesse público ao privado, no caso concreto, sob pena de inevitável frustração das investigações.

Vistos.

Tratam-se de pedidos de revogação de prisão temporária e extração de cópias dos autos formulados pelas defesas dos investigados G. S. e G. R. P.. Aludem, os peticionários, que se encontram ausentes os motivos ensejadores da segregação temporária. Ademais, mencionam que o acesso aos autos se faz necessário, para o exercício da ampla defesa, no caso concreto, sendo tal direito assegurado pela Carta Magna.

Na mesma data das manifestações defensivas, acima referidas, aportou neste Juízo representação da Autoridade Policial da Delegacia de Polícia de Repressão ao Roubo e Furto de Cargas – DEIC, pugnando pela prorrogação da prisão temporária dos investigados acima nominados, afirmando que tal medida se faz imprescindível para as investigações.

O Ministério Pùblico manifestou-se favorável ao pleito policial e contrário aos pedidos defensivos.

É o brevíssimo relato. Decido.

O presente expediente teve como fato desencadeador roubo ocorrido no dia 27 de maio do corrente ano, nesta Cidade, perpetrado em menoscabo de depósito das L. P. F., conduta essa que teria sido praticada por cerca de 20 (vinte) pessoas fortemente armadas, as quais, inclusive, valeram-se do auxílio de um caminhão, para o transporte das mercadorias subtraídas.

A partir disso, relatou a Autoridade Policial, iniciaram-se investigações destinadas não apenas a apurar a autoria do roubo anteriormente mencionado, mas também de outros roubos ocorridos na mesma época contra estabelecimentos semelhantes, os quais, pelas características com que praticados, indicavam que teriam sido perpetrados pelo mesmo grupo responsável pelo roubo ao depósito das L. P. F., neste Município.

Com lastro em tais circunstâncias, e diante dos fortes indícios e elementos de prova que acompanhavam as representações, foram deferidas, por este Juízo, inúmeras medidas acautelatórias, tais como interceptação telefônica, quebra de sigilos telefônicos, buscas e apreensões, prisões temporárias etc, todas destinadas à elucidação da efetiva autoria dos fatos acima narrados, as quais foram examinadas à exaustão às fls.44-48, 62-64, 86-88, 91, 201-205, 222-223, 229-231 do presente expediente, desde o dia 05 de junho deste ano, sendo que desde então o feito tramita em segredo de justiça.

E, em decorrência de tais investigações, chegou-se ao nome do investigado G. S., o qual teria participado do roubo ao depósito das L. P. F., ocorrido nesta Cidade, no dia 27 de maio de 2007. Consoante o apurado pela Autoridade Policial, G. exerce a função de vigilante na empresa alvo do assalto, tendo sido o primeiro dos vigias rendidos pelos agentes no dia do fato. Posteriormente, restou evidenciado que G. teria facilitado a entrada do grupo criminoso no local, apurando-se, ainda, que em data pretérita já teria sido colega, em outra empresa de vigilância, de G. R. P., um dos mentores da atividade ilícita perpetrada.

Demais disso, consoante as informações contidas na investigação, em específico as declarações prestadas pelo co-investigado M. S. L. em sede policial, G. R. P., vulgo "A.", era integrante da quadrilha responsável pelo assalto ao depósito das L. P. F., sendo que este exerce a atividade de vigilante em uma empresa de segurança localizada na mesma avenida do aludido depósito, passando informações privilegiadas para os demais membros do grupo.

Tais indicativos, por certo, apontam para a existência de consistentes indícios da participação dos investigados G. e G. na prática dos delitos de roubo e formação de quadrilha. Da mesma forma, a segregação temporária dos mesmos, pelas razões antes declinadas, somadas àquelas já expendidas quando do decreto de suas prisões temporárias, mostra-se vital para o prosseguimento das investigações.

Com efeito, como já dito, o fato ensejador da investigação foi perpetrado por, aproximadamente, vinte elementos fortemente armados e previamente organizados para a realização do intento criminoso, havendo fortes suspeitas de que fatos semelhantes, praticados em datas próximas às do roubo levado a efeito em desfavor do depósito das L. P. F., tenham também sido praticados pela mesma organização criminosa em outras localidades do Estado.

Assim, diante da gravidade dos fatos investigados, e em face dos indícios antes delineados, a prisão temporária foi decretada em desfavor de G. e G., uma vez que tal medida se revelou fundamental para o prosseguimento da investigação policial, ante a necessidade de esmiuçar a participação de cada investigado na empreitada, bem como para desvendar a forma de atuação do grupo criminoso e suas ramificações.

Também por tais razões, a prorrogação da prisão temporária dos investigados se afigura necessária, em face do teor da representação policial nesse sentido, dando conta que a segregação temporária em curso foi de todo insuficiente para a realização de todas as diligências anteriormente deferidas por este Juízo, dentre as quais, v.g., confrontar a palavra dos investigados com o teor das conversas telefônicas interceptadas, indagando-os a respeito, bem como para inquirir testemunhas relacionadas ao fato, que comparecerão àquela Delegacia Especializada nos próximos dias e poderão efetivar o reconhecimento dos investigados.

Destarte, demonstrada a extrema necessidade de prorrogação da medida, satisfeito o pressuposto exigido pelo artigo 2º da Lei nº 7.960/89, razão pela qual defiro a prorrogação pretendida, pelo prazo de cinco dias.

Quanto aos pedidos de vista e extração de cópias dos autos, formulados pelas defesas dos investigados G. e G., por ora, indefiro-os.

Com efeito, a publicidade de todos os atos processuais é regra; mas que, como toda a regra, comporta sua exceção.

No caso concreto, quando do exame da primeira representação pela quebra de inúmeros sigilos e interceptações telefônicas (em 05 de junho de 2007, fl. 48), foi determinado por este Juízo que o feito tramitasse em segredo de justiça, medida esta que desde então vem sendo executada pela Autoridade Policial, com o escopo de apurar a participação de todos os envolvidos no fato já noticiado.

De fato, a Constituição Federal, em seu artigo 5º, inciso LX, estabelece como regra a publicidade dos atos processuais. E tal norma, por certo, ainda que não figurasse expressamente na Carta Magna, decorreria

implicitamente como consectário do próprio Estado Democrático de Direito reinante no País. Todavia, ao tempo em que dispõe sobre a publicidade dos atos processuais, o mesmo preceito constitucional estabelece fatores limitativos a esse direito, o qual somente deve ceder espaço quando, diante de uma análise da preponderância dos interesses, a ele sobrepuiser-se a defesa da intimidade ou do interesse público e social. Essa, pois, a interpretação adequada do aludido dispositivo constitucional, valendo recordar que a interpretação adequada, na lição do douto constitucionalista alemão KONRAD HESSE (A força normativa da Constituição, 1991, Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, tradução de Gilmar Ferreira Mendes, pp.22-23) "é aquela que consegue concretizar, de forma excelente, o sentido (Sinn) da proposição normativa dentro das condições reais dominantes numa determinada situação".

E atento à diretriz traçada pela Constituição Federal, a própria Lei nº 8.906/94 (Estatuto da OAB), em seu artigo 7º, §1º, nº1, traz como fator limitativo aos direitos do profissional da advocacia a hipótese enfrentada neste feito, que, repito, dá-se de forma excepcional, diante da peculiaridade do caso concreto. Reproduzo o texto mencionado:

"Art. 7º São direitos do advogado:

...

XV – ter vista dos processos judiciais ou administrativos de qualquer natureza, em cartório ou na repartição competente, ou retira-los pelos prazos legais.

§ 1º Não se aplica o disposto nos incisos XV e XVI:

1) aos processos sob regime de segredo de justiça;" (grifei)

E, no caso dos autos, a preponderância do interesse público sobre o privado é inequívoca, justificando-se, pois, a medida, excepcionalmente adotada.

Como já dito, a investigação está em curso, caminhando a passos largos para a elucidação de fatos de inegável gravidade, praticado, em tese, por organização criminosa numerosa e fortemente armada, valendo ressaltar que a conclusão das investigações está próxima.

Ademais, encontram-se em plena execução inúmeras medidas acautelatórias deferidas por este Juízo, tais como interceptações telefônicas, gravações ambientais etc, as quais, acaso franqueadas aos investigados nesse instante, terão um único resultado: a frustração de toda a investigação até agora levada a cabo, a qual já tramita de forma incessante há praticamente três meses.

Nesse contexto, tenho que o interesse público, por ora, há de preponderar sobre o interesse dos investigados,

os quais, de frisar-se, tão-logo ultimadas as investigações, terão livre e irrestrito acesso aos autos, como de regra se dá.

Apreciando situações assemelhadas, esse também foi o entendimento externado pelo Egrégio TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO, consoante se denota das ementas abaixo reproduzidas:

HABEAS CORPUS. INVESTIGAÇÕES POLICIAIS. SIGILO. ACESSO DO ADVOGADO. DIREITO NÃO ABSOLUTO. *Como já se decidiu nesta Corte, o acesso do advogado ao inquérito policial não é direito absoluto, quando imprescindível o sigilo do procedimento para a investigação, prevalecendo o interesse público sobre o privado. O Estatuto da Advocacia, que regulamenta os direitos do advogado, está de acordo com a Constituição Federal, prevendo a restrição de vista dos processos sob regime de segredo de justiça. Situação que ocorre na hipótese em julgamento.* DECISÃO: *Habeas corpus denegado. Unânime.* (Habeas Corpus nº 70019904762, 7ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Sylvio Baptista Neto, Julgado em 14/06/2007) (grifei).

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL QUE TRAMITA EM SEGREDO DE JUSTIÇA. ACESSO DO ADVOGADO NEGADO. PREPONDERÂNCIA DO INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. DENEGARAM A SEGURANÇA. (Mandado de Segurança nº 70016775942, 1ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Rel. Marcel Esquivel Hoppe, Julgado em 18/10/2006) (grifei).

MANDADO DE SEGURANÇA. INQUÉRITO POLICIAL. SIGILO. DECRETO JUDICIAL. INVESTIGAÇÃO.

INTERESSE PÚBLICO SOBRE O PRIVADO. ACESSO DO ADVOGADO. DIREITO NÃO ABSOLUTO. *O acesso do advogado ao inquérito policial não é direito absoluto, quando imprescindível o sigilo do procedimento para a investigação, prevalecendo o interesse público sobre o privado. O Estatuto da Advocacia, que regulamenta os direitos do advogado, está de acordo com a Constituição Federal, prevendo a restrição de vista dos processos sob regime de segredo de justiça. DENEGADA A SEGURANÇA.* (Mandado de Segurança nº 70012816096, 8ª Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relª Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 19/10/2005)(grifei).

Pelo exposto, forte nos artigos 1º, incisos I, III, alíneas "c" e "l", c/c o artigo 2º, todos da Lei nº 7.960/89, defiro a prorrogação da prisão temporária de G. S. e G. R. P., já qualificados no expediente, pelo prazo de 05 (cinco) dias.

Outrossim, indefiro, por ora, o pedido de vista e extração de cópias do autos, formulado pela defesa dos investigados, pelas razões antes delineadas.

Oficie-se à Autoridade Policial e à SUSEPE, comunicando a prorrogação da prisão.

Por fim, disponibilize o Cartório cópia da presente decisão aos advogados constituídos pelos investigados, antes nominados, para que contra a mesma, querendo, possam adotar as medidas jurídicas que entenderem pertinentes.

Cachoeirinha, 24 de julho de 2007.

André de Oliveira Pires

Juiz de Direito

A realidade exige alteração de postura

Rodrigo Collaço*

A capilaridade do Sistema Judicial brasileiro permite que os juízes se façam presentes em quase todos os recantos do nosso imenso país. Além disso, pesquisas de opinião realizadas recentemente, aferindo o prestígio dos poderes e das instituições, revelam a confiança da população na pessoa do juiz. Conta ele com o apoio de expressiva parcela da sociedade para o desempenho de suas atribuições.

Por outro lado, numa aparente contradição frente ao reconhecimento positivo da opinião pública ao trabalho dos juízes, há um acentuado desalento com o funcionamento do Sistema Judiciário, visto pelo cidadão como algo complexo, burocrático e de baixa efetividade.

Outras instituições colhem melhor impressão da sociedade, provavelmente em face de um pragmatismo que mobiliza a imprensa e sensibiliza a população. É o caso da Polícia Federal (PF), por exemplo.

Deflagradora de operações que recheiam os noticiários, a PF é percebida como a principal responsável por desbaratar a criminalidade no país. As Forças Armadas, também prestigiadas pela opinião pública, são conhecidas por atividades que desbordam da sua função original. São ações de apoio aos carentes, de distribuição de medicamentos, de abertura e recuperação de estradas e de reformas em escolas, dentre outras, que lhe garantem uma exposição pública positiva.

Já o Sistema Judicial – por atuar sob regramento processual erigido sobre a lógica da quase ilimitada recorribilidade das decisões – não consegue responder, na velocidade esperada pelo cidadão, ao acréscimo de demandas e nem aos processos em curso. É preciso lembrar que, com a promulgação da Constituição Federal, em 1988, foram resgatados inúmeros direitos sociais represados por mais de duas décadas de regime ditatorial. Houve, por consequência, um incremento da atividade do Judiciário, com a chamada jurisdiconalização das carências sociais. Ou seja, foi “arrastada” para a Justiça a busca de soluções para deficiências nas áreas de saúde, educação, propriedade da terra, transportes, etc.

Em recente relatório do Banco Mundial, veio à tona verdade que já era conhecida por boa parte dos operadores do Direito: os juízes brasileiros alinham-se dentre aqueles mais produtivos do mundo, proferindo um número mensal de sentenças sem precedentes na América Latina. A morosidade do sistema judicial, razão maior das críticas da população, não está, portanto, relacionada com o volume de trabalho individual dos magistrados.

Assim, se a produção individual é acima da média latino-americana, o que resta apontar como perspectiva de atuação mais eficaz dos juízes?

Certamente, os esforços de adaptação dos instrumentos processuais, rompendo com o formalismo desnecessário, e a busca pela implementação de novas práticas de gestão judiciária surgem como



* Juiz de Direito do Estado de Santa Catarina, Presidente da AMB no Triênio 2005/2007.



perspectivas reais de avanços nesse sentido. Mas isso ainda não é o bastante. São necessárias iniciativas que levem ao cidadão o conhecimento dos mecanismos de atuação do Poder Judiciário.

Como? Talvez por meio de uma participação ainda mais efetiva dos juízes de primeiro grau em suas comunidades, esclarecendo acerca das peculiaridades do Poder que representam.

Fomos treinados para o desempenho das funções judicantes em quase absoluto isolamento. Não avançamos para a transposição das barreiras do novo tempo, onde a informação alcança imensa importância. É bem verdade que a velocidade processual não é a mesma

exigida pela comunicação e que a busca da sincronia representaria a violação da ponderação alcançada pelo necessário distanciamento do clamor. Mas há espaços de interlocução que remanescem vazios. E não nos resta outra alternativa que não preenchê-los.

A exemplo do que já vem sendo feito pelo movimento associativo, faz-se necessário que cada juiz lance mão dos diversos recursos que a comunicação oferece para levar seu trabalho ao conhecimento da sociedade. Não se trata de mera publicidade, e, sim, de um esforço para conscientizar o cidadão de que seu acesso à Justiça é garantido. É preciso derrubar o mito de que o Judiciário é um Poder distante.