fls 304

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Processo nº. 136/76
AÇÃO DECLARATÓRIA

Autores: Clarice Herzog, Ivo Herzog e André Herzog

Ré: União Federal

Vistos, etc.

CLARICE HERZOG, brasileira, viúva, publicitária, IVO HERZOG e ANDRÉ HERZOG, brasileiros, menores absolutamente incapazes, representados por sua mãe, a primeira suplicante, todos residentes e domiciliados nesta Capital, à Rua João Ramalho, nº. 586, Bloco B, apto. 161, propuseram a presente Ação Declaratória contra a UNIÃO FEDERAL para o fim de verem declarada a responsabilidade da R. pela prisão arbitrária, torturas e morte do marido da primeira suplicante e pai dos dois outros, VLADIMIR HERZOG, brasileiro naturalizado, jornalista e professor, pedindo, consequentemente, a declaração da existência de relação jurídica obrigacional indenizatória entre êles e a União Federal.

Aduzem que Vladimir Herzog, no exercício da profissão de jornalista trabalhava na TV Cultura- Canal 2, nesta Capital, quando na noite de 24 de outubro de 1975 foi procurado nas dependências daquela empresa por agentes do Departamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército (DOI/CODI), os quais manifestaram intenção de detê-lo e conduzi-lo para prestar esclarecimentos à sede daquêle órgão, mas que, graças às gestões de integrantes da direção da omissora, os policiais deixaram de efetuar sua prisão naquêle momento e, então, determinaram que o mesmo se apresentasse na manhã seguinte ao Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército.

fls 370

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

condenada em honorários advocatícios que, a teor do artigo 20, § 4º, do mesmo diploma legal, fixo em Cr$50.000,00 (cinquenta - mil cruzeiros).

. Determino, outrossim, com fundamento no artigo 40 do Código de Processo Penal, sejam extraídas e remetidas ao Sr. Procurador Geral da Justiça Militar, para as providências legais que couberem , cópias autenticadas pela Secretaria, desta sentença e de todos os depoimentos das testemunhas ouvidas por êste Juízo.

Custas " ex lege ".

Oportunamente, observadas as cautelas legais, subam os autos ao E. Tribunal Federal de Recursos, para os fins do duplo grau de jurisdição.

P. R. I.

São Paulo, 27 de Outubro de 1978

Márcio José de Moraes
Juiz Federal

fls 369

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

nº1, do Código Penal.
Tantas regras positivas excluem o caráter negativo que emprestam ao art. 1537 do C. Civil, pelo princípio de que ao legislador não se deve imputar absurdo, por antinômico que pareçam dispositivos contenporâneos entre si ou cláusulas do mesmo dispositivo , como ocorre, p. ex., no art. 505 do mesmo Código.
E se o direito positivo não veda, parece-me, a reparação do dano moral, mas antes o permite e insinua nas disposições citadas, não oferece relevância a objeção costumeira, de aparente caráter ético, ou apenas prático, de que seria dificílima a avaliação do pretium doloris do desgosto, do abatimento, aliás , com inevitaveis reflexos físicos, profissionais e econômicos, dos que têm direito a alegá-lo. Adoto a refutação de AGUIAR DIAS; equivalência não se exige absoluta, perfeita, nem se confunde em igualdade entre reparação e dano. "O jurista já se dá por satisfeito, mesmo em relação ao dano patrimonial, em conseguir uma aproximação do estado ideal, que seria a restituição da vítima á situação anterior " (ob.citada, vol.II, 1ª ed., pags. 304-5 e segs).
Nisso a posição do juiz é a mesma do homem d'Estado, que, na opinião geral, quando não pode fazer tudo o que deve , deve fazer tudo o que pode. A solução prática está clara e expressa no art. 1553 do C.Civil: "Nos casos não previstos neste capítulo (liquidação dos atos ilícitos), se fixará por arbitramento a indenização".
O direito comparado, mesmo nos países como o nosso, em que há disposição expressa, vem acolhendo a reparabilidade do dano moral".

Pelo exposto, julgo a presente ação PROCEDENTE e o faço para, nos termos do artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, declarar a existência de relação jurídica entre os As. e a R., consistente na obrigação desta indenizar aquêles pelos danos materiais e morais decorrentes da morte do jornalista Vladimir Herzog, marido e pai dos As., ficando a R. con

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

"Malgrado a hesitação dos Tribunais brasileiros, a reparabilidade do dano moral vem aldravando, há mais de meio século, a consciência de vários de seus maiores membros, de PEDRO LESSA (votos na Re, Forense, 37/201 e 24/413) a OROZIMBO NONATO (Rev. Forense, 127/397) - de AGUIAR DIAS (Respons. Civil, VII, - nºs. 227 e segs. além de comentários na Rev. Forense, 107/397, etc), ao atual Presidente do T.J.-GB. (Rev. Forense,- 97/698).

Na doutrina pátria, entre nomes luminosos que proclamam a admissibilidade do ressarcimento do dano moral, figuram nada menos que CLÓVIS, FILADELFIO AZEVEDO, PONTES DE MIRANDA, ESPÍNOLA e outras estrelas de primeira grandeza.

Claro que a opinião dos juristas excelsos não vale, porque partem dêles, mas pelos argumentos convincentes que esposam.

Sem qualquer propósito polemístico, impróprio do pronunciamento judiciário, inclino-me a crer que esses mestres, quer de pretório, quer de cátedra, interpretam bem o direito federal, quando, admitindo a reparação do dano extrapatrimonial, se reportam ao direito de ação, - não só por legítimo interesse econômico, mas também moral, do art.76 do Código Civil; ao preço da "Afeição" equivalente à coisa que já não existe do art. 1543 do mesmo Código; à referência expressa a indenização da injúria ou calúnia (idem, art. 1547); ao dote da mulher agravada em sua honra se o culpado não quiser reparar o mal pelo casamento (art. 1548); a remissão do art.1550 - in fine ao art. 1547, além das perdas e danos no caso da ofensa à liberdade pessoal; no arbitramento do dano nos casos de violência sexual ou ultraje ao pudor (id. art. 1549); no dote "à mulher ainda capaz de casar", do art.1538 § 2º, que deve ser entendido como proteção àquela que não exerce nem tem aptidões para exercer profissão, pois o legislador não ignorava de 1902 a 1917 que muitas senhoras se entregavam a trabalho profissional, como se vê no art.- 233, IV (autorização do marido para exercer profissão fora do lar) e até do Código Comercial de 1850 (art.1º, nº.- 40). E se o C. Civil não distinguiu no art. 159, não deverá distinguir o intérprete. Nem distingue o art. 74, nº1,

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Veja-se a respeito os pungentes depoimentos das testemunhas: 1) Gildásio Westin Cosenza (fls. 354/355), 2) George Benigno Jathay Duque Estrada (fls. 410/412),3) Professor Gofredo da Silva Telles Junior (fls. 413/413vº). 4) Anthony Jorge Andrade de Christo (fls. 416/417), 5) Paulo Sérgio Markun (fls. 418/419), 6) Sérgio Gomes da Silva (fls.420/421), 7) Luiz Wejs (fls. 430/431), havendo também a respeito a declaração extrajudicial prestada por Rodolfo Osvaldo Konder - (fls. 50/60).

Tais depoimentos constituem matéria nova não constante do inquérito policial-militar, posto que judicialmente submetidos do crivo do contraditório, redundaram em declarações diametralmente opostas às prestadas naquêle inquérito, assim como também constitui novidade a imprestabilidade probatória do laudo de exame de corpo de delito realizado no cadáver de Vladimir Herzog e do decorrente laudo suplementar, apurada em consequência de declarações e depoimentos prestados após o arquivamento do inquérito,

Compete a este Juízo, assim, em cumprimento ao dispositivo legal citado, remeter ao Ministério Público peças dos presentes autos, para que o "parquet" competente na qualidade de "dominus litis", tome as providências legais cabíveis.

Pretendem os As. também, além dos danos materiais, que seja declarada a responsabilidade da União Federal pelos danos morais que sofreram em decorrência da morte de seu marido e pai.

A questão da possibilidade jurídica de indenização por danos morais é bastante controvertida em nosso direito.

Em que pesem as abalizadas opiniões em contrário, somos partidários da corrente que defende a indenizabilidade dos danos morais.

Sem necessidade de maiores indagações, o voto do saudoso Ministro ALIOMAR BALEEIRO, proferido no recurso extraordinário nº. 59 940, de São Paulo, do qual foi relator e que gerou decisão unânime do Excelso Pretório (in Rev. Trim. de Jurisp. do STF., vol. 39, pags.39/40) , é completo:-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

subjetivistas previstos no parágrafo único daquêle dispositivo constitucional e que somente poderiam ser enfrentados se tivesse ocorrido a denunciação da lide ou em eventual ação regressiva.

O exame de tais aspectos, portanto, é juridicamente defeso.

Entretanto, fora do campo da responsabilidade civil da R., tem êste Juízo a obrigação de informar ao Ministério Público quanto à existência de crimes que lhe cheguem ao conhecimento em razão do ofício.

Tal obrigação está prevista no artigo 40, do Código de Processo Civil:-

> "Artigo 40- Quando, em autos ou papéis de que conhecerem, os juízes ou tribunais verificarem a existência de crime de ação pública, remeterão ao Ministério Público as cópias ou documentos necessários ao oferecimento da denúncia".

Comentando tal dispositivo, aduz EDUARDO ESPÍNOLA FILHO (ob. citada, vol. I, pag. 415):-

> "Em qualquer hipótese, o que cumpre ao juiz singular ou membro do tribunal fazer, quando, em razão do ofício, tiver conhecimento de crime, para cuja perseguição é admissível a iniciativa do poder público, é remeter cópia dos papéis ou das passagens dos autos, que lhe deram tal ciência, com os documentos necessários, ao Ministério Público; este, então, agirá, para oferecimento da denúncia, tal como o faz, quando recebe inquéritos, representações ou quaisquer informações, dispensando a investigação policial, se achar que há elementos suficientes para instaurar a ação penal, imediatamente".

Ora, nos presentes autos constata-se a prática de crime de abuso de autoridade (Lei nº. 4 898, de 09 de dezembro de 1965, artigo 4º), bem como há revelações veementes de que teriam sido praticadas torturas não só em Vladimir Herzog, como em outros presos políticos nas dependências do DOI/CODI do II Exército.

fls 365

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Nesse ponto cumpre salientar que o único objeto jurídico da presente ação consiste, a teor do artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, na obtenção da declaração da existência de relação jurídica obrigacional indenizatória entre a União Federal e os As., e, por consequência, no campo em que se afere a responsabilidade civil da R., a prova dos autos é relevante apenas na medida em que serve para aquilatar da existência daquela relação jurídica.

Assim, é juridicamente impertinente o exame das provas na parte em que estas adentram à eventual culpa ou dolo dos funcionários do Estado e à ilicitude de suas condutas, pois que, como deixamos exaustivamente exposto quando analisamos o desenvolvimento histórico, doutrinário, jurisprudencial e legislativo da responsabilidade civil da Administração para concluirmos pela adoção de teorias objetivas, nestas não se examinam aquêles aspectos.

Com efeito, a ilicitude, a culpa ou dolo dos funcionários do Estado é, pelas teorias objetivistas adotadas, matéria não condizente com o objeto da presente ação e, portanto impertinente, já que por elas a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público decorre tão somente do "fato do serviço" sem o concurso da vítima.

Acresce que, como também já enfocamos, o artigo 107 da Constituição Federal prevê, em seu "caput", por critérios objetivos, a responsabilidade civil da pessoa jurídica de direito público para com as vítimas do evento danoso e, em seu parágrafo único, a responsabilidade civil dos funcionários para com a Administração, esta a ser aferida por critérios subjetivistas (culpa ou dolo).

Ora, nos presentes autos não houve a denunciação da lide aos funcionários da Administração obrigados a indenizar a R. no caso desta vir a perder a demanda (artigo 70, inciso II, do Código de Processo Civil).

De modo que esta lide se circunscreve estritamente no plano da responsabilidade civil do Estado, isto é, no "caput" do artigo 107 da Constituição Federal e não pode mesmo adentrar na eventual culpa ou dolo dos funcionários, critérios

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Ap. nº. 23 427. Rel. Azevedo Junior, in Julgados do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, vol. 15, pag. 316).

Tais julgados, embora prolatados em processos penais, servem perfeitamente ao presente feito civil, não só porque o direito processual é uno, como também porque, tanto lá, como aqui, procura-se indagar da eficáceia probatória de informações colhidas em inquérito policial.

Ora, os depoimentos do inquérito mais favoráveis à versão dos fatos apresentados pela União Federal, a saber: o de Audir Santos Maciel, Altair Casadei, José Barros Paes, Dr. Armando Canger Rodrigues e Pedro Antonio Mira Grancieri, simplesmento não foram repetidos em Juízo e perdem até mesmo seu valor meramente informativo, porque se contrapõem frontalmente aos depoimentos tomados judicialmente, estes contrários àquela versão.

Então, embora este Juízo não possa categoricamente afirmar que o suicídio de Vladimir Herzog não ocorreu, posto que não é onisciente, o certo é que a União Federal positivamente não logrou comprová-lo nos presentes autos, quer porque os laudos periciais anteriormente referidos não têm eficácia probatória, quer porque os depoimentos mais favoráveis à sua versão não só não foram repetidos em Juízo, como se contrapõem frontalmente à prova colhida sob a égide do princípio do contraditório.

E mais.

Mesmo que eventualmente a União Fedeeral tivesse logrado comprovar o suicídio de Vladimir Herzog, o que em verdade não conseguiu, ainda teria que provar que não o motivou por qualquer forma de pressão ou condição física ou psíquica, pois que, do contrário, não poderia pretender a exclusão de sua responsabilidade civil sob o argumento da ocorrência de concausa.

Pelos mesmos motivos que a União Federal não logrou comprovar o suicídio, também, òbviamente, não provou a sua não participação em tal evento, se êle tiver ocorrido.

Assim, quer pela teoria da falta anônima do serviço público, quer pela teoria do risco administrativo e considerando-se que a União Federal não provou nos autos a culpa ou dolo exclusivos da vítima, permanece íntegra a sua responsabilidade civil pela morte de Vladimir Herzog.

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

tomadas, o certo é que seu valor probatório é meramente informativo, ou seja, as informações contidas em seu bojo dirigem-se ao Ministério Público e só adquirem valor probatório se repetidas em Juízo ou se tais informações forem coerentes com as provas produzidas judicialmente.

A explicação para essa estreita dependência entre as informações do inquérito policial e as provas produzidas em Juízo é muito simples.

O inquérito policial é providência administrativa e inquisitiva por excelência e, assim, se eventualmente divergente com as provas colhidas em processo, onde, aí sim, é assegurado o amplo contraditório, curialmente a estas não pode se sobrepor.

A impossibilidade do Juiz basear-se em depoimento extrajudiciais não repetidos em Juízo e contrários às provas obtidas em processo judicial, é pacificamente atestada pela jurisprudência:

> "INQUÉRITO POLICIAL- Condenação escudada exclusivamente nas provas colhidas no mesmo- Inadmissibilidade- Decisão reformada- Absolvição decretada.
> A sentença condenatória não pode basear-se apenas no inquérito policial, pois fugiria ao contraditório assegurado por princípio constitucional vigente ". (TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SÃO PAULO, Ap. nº. 83 343, Rel. Cantidiano de Almeida, in R.T., 369/70).

> "PROVA- Prova extrajudicial não confirmada em Juízo- Inexistência de outro elemento probatório- Solução absolutória.
> A prova extrajudicial não confirmada em Juízo por si só, não pode conduzir à condenação do acusado. É que inoxiste, no inquérito policial, a garantia constitucional do contraditório " (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, Ap. Crim. 28 086, Rel. Azevedo Junior, in Julgados do Tribunal de Alçada Crim, de S. Paulo, vol. 19, pag. 345).

> "PROVA- Valia relativa dos elementos obtidos no inquérito policial.
> A prova do inquérito policial, uma vez que desatende ao preceito constitucional do contraditório, não subsiste por si só, podendo alcançar a plenitude de seu valor somente se vier a receber em Juízo o indispensável apoio" (TRIBUNAL DE ALÇADA CRIMINAL DE SÃO PAULO, Ap

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

e coerente.

Ocorre, todavia, que nos presentes autos a União Federal, malgrado o ônus probatório que se lhe impunha, posto que afirmou fato excludente de sua responsabilidade, não produziu qualquer prova nesse sentido, limitando-se tão somente à oitiva de uma testemunha, qual seja, a do encarregado da Congregação Israelita Paulista para o serviço funerário, Sr. Erich Leschziner, que afirma ter concluído pelo suicídio tão só à vista do atestado de óbito, o qual, por sua vez, baseou-se para a indicação da "causa mortis" em laudo de exame de corpo de delito ineficaz (fls. 432/432 vº). Tal depoimento, obviamente, não pode ter o condão de suprir o laudo.

Afora essas provas, remanescem os depoimentos prestados no inquérito policial-militar pelas seguintes testemunhas: 1) Pedro Paulo Manzano de Uzeda Moreira, médico - neuropsiquiatra que tratava de Vladimir Herzog (fls. 85); 2) Luiz Wejs, jornalista (fls. 85/86); 3) Audir Santos Maciel (fls. 87/89b) ; 4) Paulo Sérgio Markun, jornalista (fls. 97 / 99); 5) Marco Antonio de Souza Rocha , jornalista (fls.100 / 101) ; 6) Anthony Jorge Andrade de Christo, jornalista (fls. 103); 7) Altair Casadei, que exercia as funções de carcereiro no DOI/CODI (fls. 104/105) ; 8) José Barros Paes, à época Chefe da 2ª Secção do Estado Maior do II Exército (fls. 130/132); 9) Paulo Pereira Nunes, jornalista (fls. 133/134); 10) Dr. Armando Canger Rodrigues, médico legista (fls. 144/145); 11) Pedro Antonio Mira Grancieri, investigador de polícia (fls. 146/ 148); 12) Paul Nowak, cantor religioso (fls. 152/154); 13) Zora Herzog, mãe de Vladimir Herzog (fls. 155/156); 14) Clarice Herzog, esposa de Vladimir Herzog (fls. 160/164); 15) Erich Leschziner, encarregado da Congregação Israelita Paulista para o serviço funerário (fls. 165/167; 16) Gerson Rosenfeld, con - traparente de Vladimir Herzog (fls. 173/175); 17) Leon Fenerstein, amigo de Vladimir Herzog (fls. 176/178); 18) Randolpho Marques Lobato, jornalista (fls. 179/180).

Em que pese o inegável cuidado e esmero com que foi elaborado o inquérito policial-militar, o que é denotado pelo número de testemunhas ouvidas e providências toma -

fls 361

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

transcrita por FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("Processo Penal",- Ed. Jalovi, 1975, vol,3, pag. 125), que comunga da mesma opinião:-

> "Cuando la ley utiliza el plural, respectos de personas, cosas e actos debe entenderes que tal plural tiene unicamente finalidade indeterminativa, de manera que ' será indiferente que se trate de várias ' personas, de una sola cosa, Y de un solo' acto, si del contexto de la norma no resulta la necesidad de una pluralidade de personas, de cosas o actos (cf.Trattatto' di Dir.Proc.Penal, trad.espa. de Santis - Melendo, vol. I/150- grifamos).

Ademais, a matéria que já foi objeto da ' Súmula nº.361, do Supremo Tribunal Federal, onde ficou bem claro - que:- " No processo penal, é nulo o exame realizado por um só perito, considerando-se impedito o que tiver funcionado, anteriormente, na diligência da apreensão".

Entre os inúmeros julgados que apoiam nosso ponto de vista, citamos, exemplificativamente, os seguintes: ac.do Tribunal de Justiça de S. Paulo, H.C. 99 678,Rel. Acácio Rebouças, - "in" Revista dos Tribunais, vol.409,pag. 69; ac. do Tribunal de Justiça de S. Paulo, Ap. crim. 93 356, Rel. Adriano Marrey,"in" Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo,vol. 6, pag. 458.

De tais motivos decorre a ineficácia do ' laudo de exame do corpo de delito realizado no cadáver de Vladimir-Herzog e, consequentemente, ficam prejudicadas todas as conclusões' aq que o mesmo chegou, o que torna imprestável para fins probatórios pretendidos pela União Federal.

Da mesma forma, também não tem prestabilidade o laudo de exame complementar requisitado pelo General encarregado do inquérito policial-militar e realizado pelos médicos do Instituto Médico Legal do Estado de São Paulo, Armando Canger Rodrigues e Arildo de Toledo Viana e cuja principal conclusão foi pela ocorrência de suicídio por enforcamento em vida, posto que o mesmo ' foi elaborado exclusivamente à vista do laudo de exame do corpo de delito.

É certo que, em caso de ineficácia do exame do corpo de delito, póde o mesmo, por expressa determinação legal (art. 158 do Código de Processo Penal, e art.328 do Código de Processo Penal Militar), ser suprido pro prova testemunhal indireta, desde que a mesma seja clara, objetiva, precisa e coerente.

A nosso ver, considerando-se a regra elementar de hermeneutica de que a lei não contém expressões inúteis, o plural utilizadp no "caput" do artigo , está claramente a indicar que o exame de corpo de delito deve ser feito pelo menos por dois peritos oficiais.

A respeito, diz bem EDUARDO ESPINOLAFILHO ("-Código de Processo Penal Brasileiro Anotado", ed. Barsoi, Rio de Janeiro,1965, vol.II, pag. 503):-

> Animamo-nos a dissentir de tão respeitáveis opiniões; se no § 1º, o art.159 reclama, na falta de peritos oficiais, seja o exame feito por duas pessoas, sem repetir a determinação de número no corpo do artigo, do que não resta dúvida é que o plural está invariavelmente empregado,na lei, respeito aos peritos oficiais, excluindo a possibilidade do exame levado a efeito por um só.
>
> .....
>
> No Conselho de Justiça do Distrito Federal em fevereiro e março de 1956, foi, sempre, afirmada, em inúmeros habeas corpus, a nulidade dos laudos periciais, com intervenção de um só perito oficial, pela unanimidade dos srs . SERPA LOPES, EDUARDO ESPINOLA FILHO e HENRIQUE FIALHO."

Mas a impossibilidade de realização de perícia por um único perito oficial mais se evidencia quando se analisa sistematicamente a sua regulamentação jurídica.

Com efeito, o artigo 160 do mesmo diploma legal também utiliza-se do plural:-"os peritos descreverão minuciosamente..." . E da mesma forma o § 1º, do artigo 168:-"No exame complementar os peritos terão presente o auto de corpo de delito...". Também o artigo 179:-"no caso do § 1º, do art.159, o escrivão lavrará o auto respectivo, que será assinado pelos peritos...".

Outrossim, se de fato a lei exigisse apenas um perito, certamente não teria sentido o disposto no § único, do artigo 179:" No caso do art.160, § único, o laudo, que poderá ser datilografado, será subscrito e rubricado em duas folhas por todos os peritos..." (grifamos).

Ainda, o artigo 180 cuida da possibilidade da divergência entre os peritos, oficiais ou não, possibilidade que seriamente não poderia ocorrer no caso de um dos dois peritos não ter participado do ato pericial.

Vale aqui citar passagem de MANZINI, trans -

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

> participação; que não cabe ao depoente - responder essa pergunta, porque a afirmativa é que é praxe o exame feito por um único médico e assinado por um segundo, sem tomar parte no mesmo; que por ocasião do exame necroscópico o depoente não se encontrava em São Paulo... desde que o laudo esteja devidamente relatado e constituindo a parte fundamental do laudo chamado "visum e repertum", o perito pode ater-se a essa descrição e apoiar perfeitamente o diagnóstico formulado; desde que esteja formulado os princípios em que foi formulado o "visum e repetum", contém todos os dados com as características para formulação do diagnóstico, é viável ainda que o corpo seja meramente imaginário... que o laudo referente a Vladimir Herzog não é indireto; que não concorda com a praxe que permite a um segundo perito apenas assinar o laudo sem ter participado do exame; ..." (fls. 414/415).

De tais declarações, então, desume-se que o perito médico, Dr. Harry Shibata, um dos dois subscritores do referido laudo, nunca viu o corpo de Vladimir Herzog e, consequentemente, não participou da perícia necroscópica, adotando o que afirma ser prática no Instituto Médico Legal de São Paulo de apenas assinar o laudo na qualidade de segundo perito, sem participar efetivamente da perícia.

Qual seria, então, o valor probatório de um laudo de exame do corpo de delito realizado por um só perito?

Tal questão, que efetivamente não é pacífica, deve ser analisada à luz do Código de Processo Penal, mesmo porque o Código de Processo Penal Militar dá tratamento idêntico à matéria.

Preceitua o artigo 159, do Código de Processo Penal:-

> "Os exames de corpo de delito e outras perícias serão em regra feitos por peritos oficiais.
> § 1º- Não havendo peritos oficiais, o examo será feito por duas pessoas idôneas, escolhidas de preferência as que tiverem habilitação técnica.
> ....."

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Ligeiras sufusões hemorrágicas no tecido celular sub-cutâneo, nos músculos pré tireoideanos, ao longo do sulco descrito. 6) Manchas de Tardieu na superfície pulmonar, indicando sofrimento respiratório Globalmente o estudo conjunto destas lesões indica o quadro médico legal clássico de asfixia mecânica por enforcamento ..." (fls. 47/48).

Ocorre, porém, que bem depois do encerramento e arquivamento do inquérito policial-militar e, confirmando declarações suas vinculadas pela imprensa, o Dr. Harry Shibata, prestando testemunho perante este Juízo, disse que:-

"... há 23 anos é perito e que o segundo perito, quando atua na assinatura de um laudo, ele não participa necessariamente do exame de corpo de delito, entretanto há obrigatoriedade de rever o relatório, analisar e discutir e se nada tiver a objetar ao que está escrito, subscreve na qualidade de segundo perito;... que o depoente afirma que em nenhum local viu o corpo de Vladimir Herzog; que o depoente diz que o que lhe foi explicado na época é que o Dr. Armando Anjo Rodrigues, que foi quem participou da necrópcia era demissionário do Instituto Médico Legal e que já havia sido publicada sua exoneração; que o esclarecimento foi dado na época ao depoente não tem elementos para precisar os nomes e explica porque:- este relatório foi assinado numa segunda ou terça feira, quando a necrópcia tinha sido realizada num sábado, sendo a média de necrópcias no Instituto é de cerca de 20 corpos diários; que como chefe do serviço tinha responsabilidades de rever todos os laudos fundamentais e assiná-los como segundo perito; que foi dito ao depoente pelo Dr. Anjo Rodrigues de que havia participado do exame necroscópico do cadáver de Vladimir Herzog ; que, com relação ao Dr. Arildo, pode afirmar como chefe do Instituto Médico Legal, cabia a ele também fazer escala de plantão e o Dr. Arildo era o plantonista do dia, que em entrevista pessoal foi confirmada sua par

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

da relação de causalidade para se saber se o eventual "suicídio - voluntário" de Vladimir Herzog seria suficiente para excluir ou atenuar a responsabilidade civil da União, cumpre primeiramente verificar se a R. logrou comprová-lo.

Esclareça-se, de início, que nos autos da presente ação declaratória, a União Federal produziu uma única prova, qual seja, a oitiva da testemunha Erich Leschziner, pessoa encarregada da Congregação Israelita Paulista para o serviço funerário (depoimento de fls. 433/433 vº), posto que desistiu da oitiva das outras testemunhas que arrolou (Luiz Wejs e Paulo Pereira Nunes) , as quais foram ouvidas como testemunhas do Juízo(fls. 427), bem como não logrou também ouvir a sua testemunha Coronel Audir Santos Maciel, através de precatória, por ter se enganado no fornecimento do endereço do mesmo (fls. 549).

As outras provas a que alude a R. na contestação e no memorial foram todas colhidas no inquérito policial-militar e consistem nas seguintes:- laudo de encontro de cadáver, laudo de exame de documento, laudo de exame de corpo de delito, laudo de exame complementar requisitado pelo encarregado do inquérito policial-militar, depoimento de testemunhas.

De todas essas provas, a fundamental para a pretendida exclusão de responsabilidade é, sem dúvida, o laudo de exame de corpo de delito realizado no cadáver de Vladimir Herzog, exame esse tão considerado pela legislação processual penal que é tido como indispensável e insuprível até mesmo pela confissão do acusado (artigo 158).

O referido exame necroscópico, subscrito pelos médicos legistas do Instituto Médico Legal do Estado de São Paulo, Drs. Arildo de Toledo Viana e Harry Shibata, conclui o seguinte:-

> "DISCUSSÃO E CONCLUSÃO: 1) Ausência de sinais de violência em toda a extensão do tegumento cutâneo. 2) Hipóstases ainda não fixada completamente, acima do sulco cervical, no dorso, nas nádegas e nos genitais externos. 3) Protusão da língua. 4) Sulco produzido por laço em posição alta, inclinado para a direita e interrompido ao nível da mastóide (local onde deveria estar o nó). 5) Li -

atribuição dos riscos, RIPERT acentua a inversão dos princípios normalmente imperativos no regime da culpa, como expressão da tendência do direito civil moderno para ir em socorro da vítima, imaginando toda uma complexa construção jurídica para que a vítima ou seus parentes não tenham que provar a culpa do responsável, a este incumbindo, ao contrário, a prova liberatória.
Por sua vez, JOSSERAND , o mais decidido campeão da doutrina objetiva,....- realça com cores vivas a enormidade do encargo probatório sobre a vítima, escravizada, como acontece, aliás, muito frequentemente no direito, a um provérbio latino: actori incumbit probatio. Ora, essa norma, tomada a rigor, em sentido estreito, atribui ao prejudicado em esmagador handicap: impõe-lhe demonstrações de fatos que, por sua própria natureza, pelas próprias circunstâncias que o cercam, impossibilitam à vitima qualquer prova; e isso é o mesmo que negar-lhe qualquer reparação..." (grifamos).

Também HELY LOPES MEIRELLES, em passagem que já citamos (ob. citada, pag. 591), fiz que:-

"Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização". (grifamos).

Aliás, fugindo um pouco do Direito Administrativo, tal questão não representa novidade na teoria das provas em Direito Processual Civil, onde a alegação de culpa ou dolo da vítima para o fim de excluir a responsabilidade estatal, conceitua-se como alegação de "fato extintivo" do pedido do A., a qual sempre pertence ao ônus probatório do R.

É nesse sentido que preceitua o artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil:-

"Art. 333- O ônus da prova incumbe:-
.....
II- ao réu, quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor".

Assim, antes de uma análise conceitual

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

"Em conclusão.
Vladimir Herzog cometeu suicídio voluntário. Por mais lamentável que possa ser sua atitude desvairada, não podem os agentes do poder público ser responsabilizados, de sorte a acarretar para a União o dever de indenizar.
O que está demonstrado, de modo irrefragável, através de todas as providências tomadas para a apuração da morte do Vladimir Herzog, é a culpa exclusiva dêste. Ora, a culpa exclusiva da vítima do evento, exclui qualquer responsabilidade porque corta "ab initio" o nexo da causalidade que deve existir entre o comportamento do agente e o resultado tido como danoso. Mesmo para os que sustentam relativamente à responsabilidade civil do Estado, a teoria do risco administrativo, exigível é a prova de nexo causal entre o dano e o ato. Confira-se em AGUIAR - DIAS (Da Responsabilidade civil, vol, II pag. 243), com remissão à lição de MARTINHO GARCEZ NETO " (fls. 102).

Ora, mas para que êste Juízo deva enfrentar conceitualmente a questão, a nível teórico de nexo de causalidade, de ser ou não o eventual"suicídio voluntário" de Vladimir Herzog elemento apto a, configurando concausa independente, excluir a responsabilidade civil da União Federal, é necessário que, antes, tenha a R, logrado comprovar nos autos que o alegado suicídio ocorreu e que ela não tenha para tal evento concorrido de qualquer forma.

E que o ônus de tal prova pertence exclusivamente à União Federal, não pode haver dúvida.

É, com efeito, conquista inarredavelmente inerente às teorias objetivas da responsabilidade civil a colocação do fardo probatório sobre o ato ou fato excludente da responsabilidade, à Administração :- a esta compete comprovar, caso alegue, a culpa ou dolo da vítima.

Para que não nos alonguemos em questão tão pacífica, vale citar, por exemplo, as seguintes considerações de JOSÉ DE AGUIAR DIAS (ob. citada, vol. I, pag. 98/99):-

"É por isso que, encarnando todo o amargo ressentimento da opinião reacionária contra a influência democrática na atri-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

nenhum macacão com cinto entre os presos..."
(fls. 429 vº).

Ora, se como está provado, os funcionários da União Federal tomaram as cautelas necessárias para que os outros detentos não viessem a atentar contra a própria vida, não o fazendo, entretanto, em relação a Vladimir Herzog, tanto que lhe forneceram os meios para tanto, fica acentuada, mesmo dentro da versão da R., a ocorrência da incúria do serviço causadora do evento danoso.

Aliás, tal incúria foi também notada pelo Procurador Militar da 1ª Auditoria da 2ª CJM., que manifestando-se nos autos do inquérito policial militar, consignou:-

> "Entretanto, não podemos deixar de lamentar a inadvertida entrega ao então investigado, de um maçacão (ou sunga), com cinto, com o qual este último se enforcou (ver fls.55,62,88,105 131,146 e 295) , o que para nós constitui irregularidade administrativa, dado o perigo que pode oferecer, merecedora, para o futuro, de particular atenção da autoridade competente". (fls. 390 - o grifo é original).

Já pela teoria do risco administrativo, a qual merece nossa preferência por se circunscrever a elementos eminentemente objetivos sem mesmo quaisquer indagações quanto à eventual falta do serviço, basta o "fato do serviço", ou seja, basta considerar que Vladimir Herzog veio a falecer de causa não natural nas dependências do órgão federal que o custodiava para, tão só com isso, caracterizar a responsabilidade civil da União Federal.

Nesse ponto levanta-se nos autos questão prima! cial.

Pretende a União Federal colocar o "suicídio - voluntário" de Vladimir Herzog em termos de concausa independente, ou seja, de relação de causalidade gerada pela própria vítima e apta a quebrar a relação de causalidade iniciada pela União Federal com a prisão ilegal de Herzog e o fornecimento de meios materiais para que o mesmo pusesse fim à sua vida.

Fá-lo em sua contestação, nos seguintes termos:

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

concorreu de qualquer forma.

Dentro dessa versão, é também fato incontroverso que Vladimir Herzog foi encontrado em sua cela em suspensão incompleta, enforcado por uma cinta de tecido verde, da mesma cor do macacão que trajava, vestimentas que lhe foram entregues pelos próprios agentes policiais encarregados de zelar pela sua integridade física.

De acrescentar que não havia qualquer motivo viável para que o detento portasse cinta, posto que o macacão que vestia quando foi encontrado morto, era inteiriço, como está patente nas fotografias de fls. 29/30 e, assim, a cinta não tinha finalidade alguma.

As testemunhas inclusive declararam, de forma coerente e sem que se tivesse produzido nos autos qualquer prova em contrário, que os presos do DOI/CODI não portavam cintos, cadarços nos sapatos ou mesmo meias.

Nêsse sentido declararam,

- a testemunha Gildásio Westin Cosenza:-

> "... que no DOI /CODI de São Paulo usava macacão verde oliva do qual haviam sido arrancados os bolsos, os cintos e as passadeiras; que usava sapatos sem cadarços; que nunca viu nenhuma das pessoas detidas usando cintos, fios de sapatos ou mesmo meias;..." (fls. 354 vº).

- a testemunha Anthony Jorge Andrade de Christo:

> "... que os presos trajavam macacões verdes, sapatos sem cadarços, que eram retirados logo na entrada; não portavam cintos..." (fls:416)

- a testemunha Paulo Sérgio Markun:

> "...que ao chegar o traje dos presos eram trocados por macacão verde, sem cinto. sem botões, e sem cordões nos sapatos;..."(fls.418).

- e a testemunha Luiz Wejs:

> "... que o depoente não viu nenhum

Paes, Chefe da 2ª Secção do Estado Maior do II Exército, a quem o Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna estava diretamente subordinado, declarou que:-

> "... as autoridades do Destacamento de Operações de Informações sempre tomaram as providências no sentido de ser preservada a segurança dos presos, não só lhes dando vestes apropriadas (macacões quando ali se encontravam), como também são constantemente fiscalizados nas celas, ou recintos onde se encontram; ".

Consta, ainda, do mesmo relatório, o depoimento de Altair Casadei, que exercia as funções de carcereiro no DOI/CODI, no sentido de que:-

> "... há recomendações expressas, por parte das autoridades do Destacamento de Operações de Informações, no sentido de serem os presos vigiados frequentemente, para o que existe uma ronda dia e noite na ala das celas; " (fls. 130).

Estabelecidos tais fatos, analisemos então o caso à luz das teorias pelas quais optamos:- falta anônima do serviço e risco administrativo.

Pela primeira, o simples fato de ter Vladimir Herzog falecido em decorrência de causa não natural- o que é incontroverso nos autos- quando se encontrava ilegalmente preso em dependências da União Federal, deixa evidente a ocorrência da falta anônima do serviço público:- devendo zelar pela integridade física de seu detento, cumprindo integralmente o dever de guarda que assumiu e a Constituição lhe impõe e, ainda, do qual seus funcionários tinham pleno conhecimento, a R. não o fez e permitiu, pela sua inóuria, a morte do preso.

Por outras palavras, faltou o serviço público, quando êle tinha o dever de funcionar.

Mais ainda se evidencia a falta anônima do serviço público, quando se analisa a prova dos autos dentro da versão da União Federal de que Vladimir Herzog faleceu em virtude de "suicídio" voluntário", para o qual, diz a R., não con-

fls 351

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

(fls. 429/430).

De tudo isso se vê que a prova dos autos abundante e convergentemente confirma tanto a ocorrência da prisão de Vladimir Herzog, como a ilegalidade dela.

Ora, a partir do momento em que o marido e pai dos As. foi ilegalmente preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército, é isento de dúvidas que a União Federal assumiu a responsabilidade pela sua integridade física e moral, responsabilidade que inclusive decorre de imposição constitucional prevista, como "direito individual", no artigo 153, § 14, da Lei-Magna:-

> "Impõe-se a todas as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e do presidiário".

O preceito, no dizer de MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO (ob. citada, pag. 94, vol. 3) , é óbvio.

E de fato é.

O respeito à integridade física e moral, derivando do sistema legislativo, independe de texto expresso, impõe-se a todos, não só às autoridades e não se circunscreve só aos detentos e presidiários.

Mas o que importa é que, estando Vladimir Herzog preso nas dependências do II Exército, a União Federal assumiu o dever legal de zelar pela sua integridade física e moral, dever esse a ser entendido em concepção amplo, vale dizer: cumpria à União Federal zelar pela integridade física de seu encarcerado contra atos ou omissões dos próprios agentes policiais, de terceiros ou mesmo do próprio detento.

Daí porque é costume secular nas prisões, não só vigiar diuturnamente os detentos, como retirar- lhes todos os objetos com os quais possam atentar contra a integridade física sua ou de outrém.

Acrescente-se que os funcionários que trabalhavam no DOI/CODI, como não poderia deixar de ser, conheciam perfeitamente o dever de guarda que se lhes incumbia, tanto que, conforme consta do relatório do Sr. General encarregado do inquérito policial-militar (fls. 127), o Coronel José Barros p

fls 350

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

processo, quanto do inquérito policial-militar instaurado pelo Comando do II Exército, a idéia que se tem é que os dispositivos citados, asseguratórios da liberdade dos indivíduos, posto que estipuladores dos requisitos formais para a consecução da prisão, foram desobedecidos em bloco.

Com efeito, em quaisquer daquêles autos, como dêstes, não há sequer menção à existência de inquérito em que Vladimir Herzog tenha sido indiciado, ao mandado de prisão, à autoridade competente que o tenha expedido e mesmo à comunicação da prisão ao juiz competente, valendo notar que a comprovação da eventual legalidade da prisão por parte da União seria facílima, uma vez que, se houvesse, seria forçosamente consubstanciada em provas documentais.

Outrossim, as testemunhas que depuseram neste Juízo, forneceram indícios condizentes com a ausência dos pressupostos legais da prisão de Vladimir Herzog, ao afirmarem que também foram detidas em condições semelhantes.

George Benigno Duque Estrada, testemunha que:-

> "... foi preso no dia 24 entre meio dia e uma hora da tarde, em outubro de 1975; que se apresentaram dois senhores, afirmando e exibindo uma carteira de identidade, mas não deixou ser identificado; que apenas limitou referência de origem, que era do DOI do II Exército ".

Sérgio Gomes da Silva diz que:-

> "... foi preso em companhia de um amigo, Waldir José de Quadros, no largo do Machado, no Rio de Janeiro às 5,00 horas da manhã do dia 05 de outubro de 1975; a prisão verificou-se, melhor dizendo, no Largo do Machado, por pessoas que se identificaram como pertencentes ao esquadrão da morte..." (fls. 430).

Luiz Wejs, declarou que-: "... em momento algum lhe foi exibida qualquer ordem de prisão..."(fls.429

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

policiais o indiciado poderá ser preso, pelo Encarregado do Inquérito, até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade competente. Este prazo poderá ser prorrogado uma vez, mediante solicitação fundamentada do Encarregado do Inquérito à autoridade que o nomeou".

Complementando, ressaltam-se as seguintes disposições do Código de Processo Penal Militar, também aplicáveis à espécie, em face do contido em seu artigo 8º, letra "a":

"Artigo 221- Ninguém será preso senão em flagrante delito, ou por ordem escrita da autoridade competente.

Artigo 222- A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente levada ao conhecimento da autoridade judiciária competente, com a declaração do local onde a mesma se acha sob custódia e se está, ou não, incomunicável".

Artigo 224- Se, ao tomar conhecimento da comunicação, a autoridade judiciária verificar que a prisão não é legal, deverá relaxá-la imediatamente".

Artigo 225- A autoridade judiciária ou o encarregado do inquérito que ordenar a prisão fará expedir em duas vias o respectivo mandado, com os seguintes requisitos:-
a) será lavrado pelo escrivão do processo ou do inquérito, ou "ad hoc", e assinado pela autoridade de que ordenar a expedição;
b) designará a pessoa sujeita à prisão com a respectiva identificação e moradia se possível;
c) designará o executor da prisão.
Parágrafo único- Uma das vias ficará em poder do preso, que assinará a outra; e, se não quiser ou não puder fazê-lo, certifica-lo-á o executor do mandado, na própria via deste".

Artigo 230 - A captura se fará:
a).....
b) em caso de mandado, pela entrega ao capturando de uma das vias e consequente voz de prisão pelo executor, que se identificará".

Ora, compulsando os autos tanto deste

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

porta metálica e de dispositivo de segurança, trajando roupa diversa da qual se apresentou à dependência militar, qual seja, macacão verde; se em tal dependência existia carcereiro; se o próprio relatório do encarregado do inquérito policial-militar utiliza-se de expressões significativas da detenção; se o médico que prestou assistência ao DOI/CODI para ali se dirigia para medicar "presos";se em tal dependência existia carcereiro; se toda a prova dos autos, sem exclusão de qualquer, indica que a detenção ocorreu, só havendo em contrário a mera alegação do Sr. Consultor Jurídico do Ministério do Exército, é forçoso concluir que Vladimir Herzog estava preso nas dependências do DOI/CODI do II Exército e faleceu nessas condições.

Porém há mais.

Pelo que consta dêstes autos, Vladimir Herzog estava preso ilegalmente.

Com efeito, o artigo 153, da vigente Constituição Federal, ao dispor sobre os "Direitos e Garantias Individuais", estabelece em seu § 12:-

> "Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente. A lei disporá sobre a prestação de fiança. A prisão ou detenção de qualquer pessoa será imediatamente comunicada ao Juiz competente, que a relaxará, se não for legal".

Êsse direito individual, tão comezinho que originariamente conquistado quando da promulgação da Magna Carta de 1215, "... afirma a segurança pessoal. Salvaguarda a liberdade física do homem. Prescreve o arbítrio..." (cf. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "Comentários à Constituição Brasileira", Ed. Saraiva, 1977, vol.3, pag. 92).

Daí porque curialmente não admite exceções, mesmo que se trate de indiciamento em crime contra a Segurança Nacional.

Atento ao referido mandamento constitucional, dispõe o Decreto Lei 898, de 29 de setembro de 1969 (Lei da Segurança Nacional):-

"Artigo 59- Durante as investigações polici

fls 347

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

de Altair Casadei, carcereiro . . . " (fls . 126).

Continuando, o mesmo relatório aduz, sob o título de " CONCLUSÕES" , que:-

"... embora inicialmente negasse a sua participação na militância do PCB, face ao confronto feito com outros jornalistas ali detidos..." (fls. 140).
"... após haver escrito essa confissão na cela onde se encontrava, rasgou-a suicidando-se por enforcamento nas grades da cela onde se encontrava..." (fls. 140)

Também os depoimentos das testemunhas ouvidas por êste Juízo, confirmam a ocorrência da prisão de Vladimir Herzog por parte dos agentes do DOI/CODI.

Assim, Paulo Pereira Nunes, declarou que:

"... soube pelo DIP que ligasse para a TV Cultura, onde foi informado que dois policiais lá se encontravam a fim de deter Vladimir Herzog ..." (fls. 429).
"... que como setorista da área entrou em contacto com as autoridades responsáveis que autorizaram adispensa da detenção de Vladimir Herzog..." (fls. 429).
"... que a testemunha não sabe se os agentes que se apresentaram para prender Vladimir Herzog eram portadores de mandado de prisão . .." (fls. 429 vº).

O Dro. Harry Shibata, médico e perito do Instituto Médico Legal da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo e um dos subscritores do Laudo de Exame de Corpo de Delito do cadáver de Vladimir Herzog (fls. 46/48), testemunhou que:

"... a testemunha tem a declarar que realmente foi ao DOI/CODI para medicar, quando chamado , através da Secretaria da Segurança Pública...; que o depoente comparecia para examinar e medicar presos;..." (grifamos).

Ora, do que expusemos verifica-se que se Vladimir Herzog foi encontrado morto numa cela especial, dotada de por-

fls 346 Def

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

E, no "Laudo de Visita e Exame de Local" , subscrita pelo General encarregado do inquérito policial-militar- (fls. 106 do inquérito), assim o descreve:-

> "Os presentes foram introduzidos naquela Organização Policial-Militar, recebidos - que foram pelo seu Comandante Tenente Coronel Audir Santos Maciel, que acompanhou os presentes na visita que fizeram nas dependências daquela Organização, e particularmente à cela especial número 1 (um) onde se encontrava Vladimir Herzog quando, detido para averiguações, suicidou-se por enforcamento. Constataram o Senhor Encarregado e os demais acompanhantes, adentrando a referida cela, que é a mesma reproduzida fotograficamente no Laudo de Encontro de - Cadáver elaborado pela Divisão de Criminalística da Polícia Técnica daSecretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo e junto aos autos do presente inquérito". (grifamos).

Só por isso, parece insofismável que Vladimir Herzog, ao morrer, encontrava-se detido nas dependências do DOI/CODI do II Exército e trancafiado numa cela.

E outras provas vêm ainda confirmar tal conclusão.

Com efeito, no relatório do inquérito policial-militar apresentado pelo Sr. General de Brigada Fernando Guimarães de Cerqueira Lima, destacam-se a respeito os seguintes trechos:-

> "... foi encontrado o corpo de Vladimir Herzog, enforcado na grade do xadrez especial nº. 1 ..."(fls. 116).
> " Pouco depois, ao ir o carcereiro buscá - lo para ser libertado..." (fls. 116).
> "... mas face à necessidade de uso da sala para ser interrogado outro elemento, foi conduzido ao xadrez especial nº 1..."
> "... e Exame Grafotécnico do documento encontrado na cela onde se encontrava-o jornalista Vladimir Herzog..." (fls. 117).
> ",,, A testemunha Rodolfo Osvaldo Konder , também detida no Destacamento de Operações de Infcrmações..." (fls. 121).
> "... foram tambem tomadas as declarações

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Relembrando, na teoria da falta do serviço os requisitos para que ocorra a responsabilidade civil do Estado são tres:- a) dano; b) falta anônima do serviço; c) relação da causalidade entre a falta do serviço e dano e, na teoria do risco administrativo, são dois: a) dano; b) relação da causalidade entre a ação ou omissão da Administração e o evento danoso.

Outrossim, considerando-se que é requisito comum às duas teorias a existência da relação de causalidade, em qualquer delas é facultado ao Estado tentar comprovar a culpa ou dolo da vítima, a qual, com tal comportamento, pode eventualmente ter interferido naquela relação de modo a excluí-la ("concausa independente") ou nela concorrer, hipóteses em que o Estado ou não será responsável pelo evento danoso, ou terá sua responsabilidade atenizada.

Para procurar ajustar os fatos dos autos à premissas de direito que estabelecemos, é necessário, de início, desfazer uma afirmação constante do parecer do Sr. Consultor Jurídico do Ministério do Exército (fls. 97/98), qual seja, a de que Vladimir Herzog não se encontrava preso nas dependências do DOI / CODI do II Exército, posto que ela contrapõe-se frontalmente à prova dos autos.

Assim, no "Laudo de Encontro de Cadáver " elaborado pela Divisão de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo e subscrito pelo Bacharel João Milanez da Cunha Lima e pelo perito criminal Motoho Chioto, está descrito o local onde foi encontrado o cadáver de Vladimir Herzog nos seguintes termos:

> "Oferece particular interêsse, no presente caso, a cela especial nº. 1, localizada no segundo pavimento desse prédio, que é vedada por uma porta metálica de folha única e guarnecida por dispositivo de segurança proprio para essa finalidade.
> O seu interior, assoalhado, possue uma janela de caixilho de metal envidraçado (- "vitraux") e é dotada de grade, também de metal.....
> Seu traje, normalmente disposto, compunha-se de um macacão verde de tecido igual ao da referida cinta e de cuecas brancas, ..." (grifamos).

fls 344

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

indenização, com base na teoria do risco administrativo, ou de responsabilidade objetiva. (C.F., artigo 107).
II- Recurso desprovido- TFR., Ac.49 539, - DF., D.J.U., 13-9-77, pag. 6211)."

No mesmo sentido da adoção entre nós da teoria do risco administrativo e desta, inobstante seu caráter objetivo, admitir abrandamentos da responsabilidade civil do Estado em decorrência da culpa da vítima, desde que comprovada, concluiu o E. Ministro CARLOS MÁRIO VELLOSO, do E. Tribunal Federal de Recursos, ao relatar a Apelação Civil nº. 53 843-Paraíba.

Confirmando tal entendimento temos, ainda, o julgado do Excelso Pretório nº. RE-68 107-SP., (RTJ, 56/40) em que foi relator o E. Ministro THOMPSON FLORES e cuja ementa é a seguinte:

"Recurso Extraordinário- Responsabilidade civil- Ação contra a União Federal- Culpa-parcial da vítima- Redução da indenização.
II- A responsabilidade objetiva, insculpida no artigo 194 e seu parágrafo da Constituição Federal de 1946, cujo texto foi repetido pelas Cartas de 1967 e 1969, arts . 105-107, respectivamente, não importa no reconhecimento do risco integral, mas temperado.
III- Invocado pela ré a culpa da vítima e provado que contribuiu para o dano, autoriza seja mitigado o valor da reparação- Precedentes- Voto vencido - Recurso não conhecido".

Assim, está exposta a evolução histórica da teoria da responsabilidade civil do Estado, bem como sua inserção legislativa, doutrinária e jurisprudencial no direito brasileiro.

Com isso procuramos demonstrar que à luz da ciência do Direito, os fatos dos autos devem ser valorados sob o enfoque das teorias da falta anônima do serviço público e do risco administrativo, posto que, como foi explanado, tais teorias são as que maiores preferências recebem tanto da doutrina como da jurisprudência.

fl 343

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

caracterizar responsabilidade civil do Estado, exige-se a comprovação do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração, e não a falta do serviço ou a culpa de seus agentes; basta a lesão sem o concurso do lesado, basta o "fato do serviço" para caracterizá-lo.
O fato de ter sido o agente absolvido na ação penal, por não ter sido considerado suficientemente provada sua culpa nenhuma influência exerce no juízo civel" (in - Rev. Forense, vol. 226, pag. 225).

"Responsabilidade civil do Estado- Absolvição criminal- Culpa- Risco administrativo.
A absolvição no juizo criminal por falta de prova da culpa, permite a apuração desta no Juízo Civel.
A Constituição Federal de 1946 admitia a responsabilidade civil objetiva da Administração Pública, em verdadeiro risco administrativo " (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo- Ap. 15 887, in Rev. Forense, vol. 222, pag. 146).

"Responsabilidade civil do Estado- Funcionário morto por colega de serviço no interior da repartição- Ausencia de prova de culpa ou dolo da vítima - Responsabilidade objetiva- Indenização devida.
A teoria da responsabilidade objetiva da Administração admite, com a finalidade de afastar ou diminuir a indenização, a prova de culpa da vítima.
Na falta dessa prova, subsiste em toda a sua extensão a responsabilidade do Estado" (Ap. Civ. 928/73- Curitiba- RDP - vol.29 pag. 203, , maio/junho-1974).

No E. Tribunal Federal de Recursos a responsabilidade civil do Estado sob a tese da teoria do risco administrativo também tem merecido tranquila aceitação, como se vê das seguintes ementa :-

"Responsabilidade civil do Estado- Constituição , artigo 107.
I- Provado o dano, sem o concurso do particular, bem assim o nexo da causalidade entre aquele e o evento danoso praticado pelo agente da pessoa pública, não há necessidade da configuração da culpa do preposto desta. Impõe, em tal caso, a in

fls 342

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

no interior da repartição. Ausência de prova de dolo ou culpa da vítima. Responsabilidade objetiva.
A teoria da responsabilidade objetiva da Administração admite, com a finalidade de afastar ou diminuir a indenização, a prova de culpa da vítima.
À falta dessa prova subsiste em toda a sua extensão a responsabilidade do Estado" (Tribunal de Justiça do Paraná.Ap. Cv. 928/73.Rel:Des.Aran Machado-Curitiba 17 de abril de 1974, RF. v. 250, 2º trim de 1975).

"Responsabilidade Civil do Estado- Teoria do risco administrativo- Concessionária de Serviços Públicos .
A teoria do risco administrativo, esculpido na nossa Lei maior, é a mais absoluta no campo do direito administrativo do que no do direito Civil, porque neste a responsabilidade repousa no elemento culpa, o que envolve consideração sobre a existência de ato ilícito de negligência, de imperícia, de imprudência, ao passo que no direito público o eixo cardeal da responsabilidade é o elemento dano, o que envolve considerações sobre a obrigatoriedade da reparação, mesmo no caso de ato legítimo, mas danoso, assim como nas hipóteses de atos praticados de acordo com leis e regulamentos. Assim, demonstrado o nexo da causalidade entre o fato gerador e o dano, impõe-se o ressarcimento pelo Estado desse dano, pouco importando que a vítima tenha agido com "falta de atenção ou percepção retardada". É que o princípio fundamental em que repousa a teoria do risco administrativo, consagrada por nós na Lei Suprema, é o denominado princípio da igualdade dos ônus e encargos, aceito pelos povos cultos. O princípio da solidariedade social e humana demora no centro desta questão, informando toda a teoria do risco. E aos concessionários de serviços públicos também se aplica a teoria do risco administrativo" (TJ/RJ-Ac.un. da 7ª Cam.Civ.,de 27-12-76- Ap. 2 555-Rel.: Des. Décio Cretton).

"Responsabilidade civil do Estado- Atropelamento- Absolvição criminal- Autonomia das jurisdições-,Teoria do risco administrativo.
Na teoria do risco administrativo, para

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

"Responsabilidade civil do Estado- Falta administrativa- Prejuízo sem culpa da vítima- Indenização devida. Ação procedente.
Estabelecido o liame causal entre a falta administrativa e o prejuizo superveniente, sem culpa ou dolo da vítima, cabe à administração indenizar o lesado". (Tribunal de Justiça de São Paulo-Ap. Civ. 239 580.Rec. ex officio. Rel.:Almeida Camargo.SP.,18.março.1975. RT/68, fev. de 1976).

"Responsabilidade Civil das Pessoas Jurídicas- Uma vez que surja dano causado por seus funcionários, as pessoas jurícas respondem pelo mesmo, não importando a existência ou ausência de culpa daquêles.
A jurisprudência deixou para trás o texto do artigo 15 do Código Civil, caminhando no sentido da responsabilidade sem culpa do agente, mas por culpa do serviço em si (que, aliás, pressupõe culpa, ainda que remota, de algum agente do Estado). Houve predominância dos princípios do risco " (Tribunal de Justiça de São Paulo. Ap.Civ. nº. 163 618, SP, Rel.:Cardoso Filho, Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, vol.V,pag.140).

3

Quanto à aceitação pelo nosso direito da teoria do risco administrativo, servem de exemplo as seguintes decisões de nossos tribunais:-

"Indenização- Falsificação do certificado de propriedade- Responsabilidade da repartição que expediu a transferência. De acordo com a consagrada teoria do risco administrativo, surge a obrigação de indenizar o dano, do ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão, sem o concurso do lesado. Dispensa-se, portanto, até mesmo a indagação de falta do serviço público, sendo suficiente a demonstração do fato danoso ocasionado por ação ou omissão do Poder Público " (Embs. de Infrings.nº. 157 885-SP.Rel.:Adriano Marrey, in Revista de Jurisprudência.vol.3, pag.174)

"Responsabilidade civil do Estado- Funcionário morto por colega de serviço no

copiosíssima.

PEDRO LESSA, num de seus votos, declarou,com vistas ao Código Civil e à Constituição de 1891, que o nosso legislador perfilhava a doutrina da responsabilidade fundada no direito público e desprezava a vetusta e inqualificável teoria civilista. (cf. AGUIAR DIAS, ob. citada, vol. II, pag. 196).

Outrossim, basta apenas lembrar os conhecidos votos de OROZIMBO NONATO (Ap. Civ. nº. 7 127, em 10-8-1942, - Diário da Justiça de 02-2-43) e FILADELFIO AZEVEDO (Ac. do STF., em 12-4-43, no Diário da Justiça de 17-6-43, pag. 21 600 e segs.), que representam a fixação definitiva, entre nós, dos rumos objetivistas.

Entretanto, cotejando os julgados de nossos Tribunais, podemos dizer que os mesmos se apoiam ora na teoria da falta do serviço, ora na teoria do risco administrativo, esta em maior escala que aquela.

Quanto à teoria da falta do serviço, a Corte de Apelação em São Paulo, em 1936, proclamava:-

> "A responsabilidade da Administração Pública se funda no princípio em virtude do qual toda lesão de direito deve ser reparado, todo o dano ressarcido e que o Estado, tendo por função principal realizar o direito, não pode chamar a si o privilégio de contrariar no seu interesse, esse princípio de justiça; e, para que apareça a falta de algum serviço público, não é necessário que estejam em falta certos funcionários determinados; basta demonstrar-se um seu mau funcionamento geral, anônimo, um seu mau desempenho ao qual se possa imputar o prejuízo verificado" (R.T., - 101/199).

Nêsse mesmo sentido da teoria da falta do serviço público exemplificativamente apontamos os seguintes julgados:RDA. Ac. de 8-6-48, SRT; RT 227/273, Ac. de 21-5-54, Tribunal de Justiça de São Paulo; RT 202/163, Ac. de 27-3-52, Tribunal de Justiça de São Paulo; RDA 55/261, Ac. de 25-4-58; STF; RTJ 47/373, Ac. de 21-8-68, STF.

Veja-se também, exemplificativamente, as seguintes ementas:-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

de Direito Administrativo ", vol. VI, pag. 373); AMARO CAVALCANTI ("Responsabilidade Civil do Estado", vol. I, pag. 346).

O Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, conclui pela responsabilidade objetiva (risco administrativo) para as hipóteses de dano oriundo de comportamento comissivo (ato ou fato) ou resultante do "fato das coisas", isto é, em que o dano proceda de acidentes oriundos diretamente das próprias coisas administrativas ou que se encontrem sob guarda , optando pela teoria da culpa do serviço ou anônima, sempre que o dano provenha de comportamento omissivo.

E dentre as teorias objetivistas, não há dúvida de que a do risco administrativo, ou seja, aquela que admite a atenuação ou exclusão da responsabilidade da Administração caso esta logre comprovar o dolo ou culpa do lesado no evento danoso, é a mais sufragada pela doutrina.

Dí-lo com a costumeira proficiência, HELY LOPES MEIRELLES, ao se referir à teoria contraposta à do risco administrativo, qual seja, a do risco integral:-

> "Essa teoria jamais foi acolhida entre nós, embora haja quem sustente a sua admissibilidade no texto da Constituição da República. Contestamos formalmente esse entender, que se desgarra da doutrina acolhida pelo nosso direito e se divorcia da jurisprudência que se formou do citado dispositivo constitucional, consagrador da teoria objetiva, mas sob a modalidade do risco administrativo e não do risco integral" (ob. citada, pag. 591).

Confirma esse entendimento nosso maior doutrinador na matéria, o eminente JOSÉ DE AGUIAR DIAS, ao concluir que: -"Somos, assim, pela aplicação, entre nós, da doutrina do risco administrativo" (ob. citada, vol. II, pag. 210).

Também nesse sentido estão, entre outros, WILSON MELLO DA SILVA, com apoio nos ensinamentos de PAUL DUEZ (ob. citada, pag. 147) e CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, esto aceitando a teoria do risco administrativo tão só para os atos comissivos e para os danos resultantes do "fato das coisas" (trabalho mencionado, pag. 40).

Já a nossa jurisprudência sobre a matéria é co

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

seu artigo 107 prevê, exatamente como a Constituição de 1967, que:

> "As pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros.
> Parágrafo único: Caberá ação regressiva contra o funcionário responsável, nos casos de culpa ou dolo".

Ora, a partir da norma constitucional de 1946 parece que as dúvidas estão espancadas: vige entre nós a tese da responsabilidade objetiva das pessoas jurídicas de direito público.

Com efeito, como o dispositivo só exige a ocorrência de culpa ou dolo na hipótese de seu parágrafo único, ou seja, quando da ação regressiva do Estado para o funcionário, parece curial que de culpa ou dolo não se cogita no "caput", isto é, na ação da vítima do dano contra o Estado, visando responsabilizá-lo.

Ainda, o artigo 107, no "caput", fala em "... dano que seus funcionários, nessa qualidade, causarem..." (grifamos), indicando exatamente os dois únicos requisitos necessários à configuração da responsabilidade do Estado na teoria objetiva, quais sejam, dano e relação de causalidade.

Entre nós são partidários da aplicação tão só da teoria objetiva, dentre outros:- AGUIAR DIAS (RDA.,vol. 15,pgs. 65 e segs..e ob. citada, vol. II, pag.210 e segs.); HELY LOPES MEIRELLES (ob, citada, pag. 590); SEABRA FAGUNDES ("O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário", Ed. Forense, 3ª ed., 1957, pag. 205); MARIO MASAGÃO ("Curso de Direito Administrativo", Ed.Rev. dos Trib., 6ª ed., 1977, pag.303); A. GONÇALVES DE OLIVEIRA ("Ato Ilícito e Responsabilidade Civil",73/74, e segs.) ; ORLANDO GOMES (Rev. Forense, vol. 83, pag. 378); PEDRO LESSA (" Do Poder Judiciário", pag. 167), os quais constituem, sem dúvida, a grande maioria da doutrina.

Por outro lado, aceitam a tese da responsabilidade objetiva do Estado, mas com temperamentos, principalmente na teoria da culpa do serviço, dentre outros, CAIO TÁCITO (RDA., vol. 55, pag. 262 e segs); TEMISTOCLES CAVALCANTEI ("Tratado de

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

-"Olhos voltados ainda para o passado, num conservadorismo digno de lástima, nosso Código, sob esse e sob muitos outros aspectos, como que já nasceu envelhecido e trôpego" ("Responsabilidade sem Culpa", Ed. Saraiva, 1974, pag. 67).

Ocorre, entretanto, certamente pela absoluta inadequação da culpa clássica para solver os casos concretos de responsabilidade civil do Estado, constatada a cada passo pelos aplicadores da lei, que do dispositivo restou apenas sua inclinação pela teoria do serviço público, a qual passou, então, a ser a mais utilizada pela jurisprudência nacional, a ponto de, ainda hoje merecer certa consideração dos nossos tribunais.

Em 1934, o Decreto nº. 24 216, de 09 de maio, excluía "a responsabilidade civil da União pelos atos criminosos de seus representantes, funcionários ou prepostos, ainda quando praticados no exercício do cargo, função ou desempenho de seus serviços, salvo se neles forem mantidos após sua verificação".

Tal norma, sem dúvida obscurantista, logo depois foi derrogada pelo artigo 171, da Constituição de 1934, repetido ainda na Carta de 1937 (artigo 158), que estabolecia o princípio da solidariedade nos seguintes termos:-

> "Os funcionários públicos são responsáveis solidariamente com a Fazenda Nacional, Estadual ou Municipal, por quaisquer prejuízos decorrentes de negligência, omissão ou abuso no exercício dos seus cargos".

Porém, a grande alteração legislativa na matéria veio com a Constituição de 1946, que dispôs em seu artigo 194 e parágrafo único, que " asp pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis pelos danos que os seus funcionários, nessa qualidade, causem a terceiros. Caber-lhes-á ação regressiva, contra os funcionários causadores do dano, quando tiver havido culpa destes".

A Constituição de 1967, em seu artigo 105 mantém disposição praticamente semelhante, apenas acrescentando expressamente a possibilidade de ação regressiva do Estado em caso de dolo dos funcionários.

E a Emenda Constitucional nº. 1/69, em seu

fls 336

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

dos empregados públicos pelos abusos e omissões praticados no e - xercício de suas funções.

Tais dispositivos, porém, nunca propiciaram a aceitação da tese da irresponsabilidade entre nós, como, já em 1904, anotava AMARO CAVALCANTI:- " ... no Brasil nunca se ensinou ou prevaleceu a irresponsabilidade do Estado pelos atos lesivos de seus representantes - Se não havia, como nem há, uma disposição de lei geral, reconhecendo e firmando a doutrina da responsabilidade civil do Estado, nem por isso é menos certo que essa responsabilidade se acha prevista e consignada em diversos artigos de leis e decretos particulares; e a julgar pelo teor das suas decisões e dos numerosos julgados dos tribunais de justiça e das decisões do próprio Contencioso Administrativo, enquanto existiu, é de razão concluir, que a teoria aceita no país tem sido sempre a do reconhecimento da aludida responsabilidade, ao menos em princípio;..." ("Responsabilidade Civil do Estado, Ed.Borsoi, 1957, tomo II, pag. 611).

Aliás, entendia-se, à época, haver solidariedade do Estado em relação aos atos de seus agentes (cf/. PIMENTA BUENO, "Direito Público Brasileiro", 1850, §§ 602 e 603).

Com o advento do Código Civil, em .. 1917, a matéria passou a ser prevista em seu artigo 15, que dispõe:-

> "As pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos de seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, - procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei, salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Tal dispositivo mereceu veementes críticas dos doutrinadores, posto que elaborado em época de plena ebulição da teoria do risco, apegou-se, de um lado à concepção subjetiva de culpa ao falar em procedimento "contrário ao direito" e, de outro, à teoria da culpa do serviço, ao mencionar a falta de " dever prescrito em lei".

Como diz WILSON MELO DA SILVA:- " O -

Por outras palavras, na teoria do risco administrativo tem o poder público a possibilidade de amenizar ou excluir sua responsabilidade indenizatória, caso logre comprovar que a vítima concorreu para o evento lesivo com culpa ou dolo, ao passo que na teoria do risco integral a responsabilidade estatal resulta tão só da ocorrência do dano, sem indagações quanto à eventual contribuição culposa ou dolosa da vítima.

Convém aqui ressaltar a extrema relevância que assume para toda a teoria da responsabilidade civil, mas mormente para as de índole objetiva, a questão da causalidade, ou seja, a relação de causa e efeito entre o fato gerador da responsabilidade e o dano.

É que nas teorias objetivas sòmente se exige dois requisitos para a verificação da responsabilidade do Estado: o dano e a relação de causalidade e, como aquêle geralmente é incontroverso, é nesta que se estabelecem as maiores polêmicas, principalmente quando as causas do dano são múltiplas e sucessivas, isto é, quando ocorrem concausas.

Aliás, exatamente em função da relação de causalidade, é que se diz que na teoria do risco administrativo pode o Estado eximir ou amenizar sua responsabilidade quando consiga comprovar que a vítima do dano obrou com dolo ou culpa, posto que tal comportamento pode interferir naquela relação, concorrendo conjuntamente com a ação ou omissão do Estado para a consecução do dano, ou mesmo fazendo surgir uma concausa independente que venha até a excluir a causalidade inicial.

Assim encerramos a projeção história da teoria da responsabilidade civil.

E o fizemos, embora de maneira propositadamente simplificada e sintética, porque entendemos que a responsabilidade civil do Estado é daquelas teorias que só mesmo uma visão global de sua evolução pode demonstrar o significado real de sua abrangência, além de, por certo, engrandecer sobremaneira a criação pretoriana, que lançou os fundamentos de seu nascimento.

Resta, agora, examinar como se comportou o direito brasileiro ao influxo das teorias que expusemos.

O artigo 179, § 29, da Carta Imperial de .. 1824, como, de resto, o artigo 82 da Constituição de 1 891, que continha dispositivo semelhante, estabelecia a responsabilidade -

fls 334
Def

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Por ela, basta a ocorrência de dois pressupostos para a configuração da responsabilidade do Estado: a) dano e b) relação de causalidade entre o comportamento comissivo ou omissivo do agente público e o dano.

Das teorias surgidas da concepção de risco, duas interessam precipuamente, a saber:- a do risco administrativo e a do risco integral.

Ambas vêm magistralmente sintetizadas na obra já citada de HELY LOPES MEIRELLES, pag. 589/590:-

> "A teoria do risco administrativo faz surgir a obrigação de indenizar o dano, do só ato lesivo e injusto causado à vítima pela Administração. Não se exige qualquer falta do serviço público, nem culpa de seus agentes. Basta a lesão sem o concurso do lesado. Na teoria da culpa administrativa exige-se a falta do serviço; na teoria do risco administrativo exige-se, apenas, o fato do serviço. Naquela, a culpa é presumida da falta administrativa; nesta é inferida do fato lesivo da Administração. Aqui não se cogita da culpa da Administração ou de seus agentes, bastando que a vítima demonstre o fato danoso e injusto, ocasionado por ação ou omissão do Poder Público.
>
> .....
>
> Advirta-se, contudo, que a teoria do risco administrativo embora dispense a prova da culpa da Administração, permite que o Poder Público demonstre a culpa da vítima, para excluir ou atenuar a indenização. Isto porque o risco administrativo não se confunde com o risco integral. O risco administrativo não significa que a Administração deva indenizar sempre e em qualquer caso o dano suportado pelo particular; significa apenas e tão somente, que a vítima fica dispensada da prova de culpa da Administração, mas esta poderá demonstrar a culpa total ou parcial do lesado no evento danoso, caso em que a Fazenda Pública se eximirá integral ou parcialmente da indenização.
> A teoria do risco integral é a modalidade extrema da doutrina do risco administrativo, abandonada na prática, por conduzir ao abuso e à iniquidade social. Por essa fórmula radical a Administração ficaria obrigada a indenizar todo e qualquer dano suportado por terceiros, ainda que resultante de culpa ou dolo da vítima. Daí porque acoimada de "brutal", pelas graves consequências que haveria de produzir se aplicada na sua inteireza".

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Em ESMEIN está sintetizada com felicidade o fundamento da nova teoria:-

> "Toda pessoa que, para atingir um fim qualquer, emprega meios que podem fazer correr um risco, oferecer um perigo, seja para ela própria, seja outros, deve tomar a seu cargo a responsabilidade do dano que pode ser causado. Desde que tenha os proveitos da empresa, módicos ou consideráveis, deve sofrer as perdas inerentes aos processos empregados. E isso, ainda mesmo que tenha tomado todas as precauções desejados, desde que não foi caracterizada uma culpa, seja da vítima, seja de um terceiro. Se o acidente é unicamente invitável, é que ele constitui um risco inerente à empresa, uma consequência necessária de fato ao progresso utilizado. Aquele que obtém uma vantagem ao empregar este meio do qual normalmente aufere proveito, deve sofrer as consequências do acidente sobrevindo. Ele deve conhecer bem o processo ao qual recorreu, auferindo vantagens e os inconvenientes. Se se enganou em seus cáiculos ou se os maus resultados que ele devia prever se realizaram, a perda deve ficar a seu cargo".
> (apud ALVINO LIMA, "Da Responsabilidade Civil pelo fato de outrém", Editora Forense - Rio, 1ª ed., 1973, pag.151/152).

Também funda-se a teoria nas idéias de solidariedade social e na igualdade de todos em face dos encargos públicos, ou seja, os danos causados pelos Estados o são da concecução do bem comum e, portanto, é exigência da equidade que todos suportem os prejuízos ocasionados no exercício de atividades exercidas em proveito da coletividade.

Como diz BRANDÃO CAVALCANTI:- " A distribuição dos encargos pela coletividade é uma espécie de seguro coletivo que garante cada um contra os danos que venha a sofrer e obriga a todos a contribuir, na medida de sua participação fiscal para a indenização dos prejuízos " (in "Tratado de Direito Administrativo", 3ª ed., 1956, vol. I, pag. 413).

A teoria do risco, outrossim, é estritamente objetiva, isto é, independe de comportamento contrário ao direito e da ocorrência de qualquer falta ou culpa do serviço.

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO (trabalho mencionado, fls. 05), referindo-se ao direito alemão, observou:

> "Desde sua instauração, a responsabilidade do Estado ganhou continuamente em extensão. A interpretação extensiva a amplio cada vez mais. Isto nada tem de estranho. O que fomentou a responsabilidade do Estado não foi apenas motivos ideológicos nem, concretamente, a ideologia' do Estado de Direito; ao lado dela,na interpretação do art. 34, inflúi com força decisiva o fato de que o elemento estatal adquire uma crescente prepotência e o indivíduo está a sua mercê em um número cada vez maior de relações de sua existência individual, por isso é incluído que suas relações com o Poder Público transcorram na forma do Direito,em medida incomparavelmente maior do que jamais o fora. Daí que a necessidade de proteção jurídica é também mais forte, - não por consequência de qualquer ideologia - conquanto a ideologia do Estado de Direito, como é lógico, haja tido também sua participação - mas como consequência necessária de uma situação de fato que ' se produz todos os dias".
> ("Tratado de Derecho Administrativo", Ed. do Inst. de Estudos Políticos, Madrid, - 1958, tradução da 5ª ed., alemã, pag.419-420).

Sintetizando, a teoria da falta do serviço, pressupõe tres elementos para a ocorrência do ressarcimento,a saber:- a) dano; b) falta do serviço público quando este não funciona, devendo funcionar, funciona mal ou funciona atrasado; c)- nexo de causalidade entre ambos os pressupostos anteriores.

Segundo HELY LOPES MEIRELLES, tal teoria "... representa o primeiro estágio da transição entre a doutrina' subjetiva da culpa civil e a tese objetiva do risco administrativo e do risco integral que a sucedeu...." (ob.citada,pag.589).

Ocorre que, em face da socialização do ' direito, predecessora do individualismo jurídico dos enciclopedistas e filósofos da Revolução Francesa, mais ainda se desenvolveu a teoria da responsabilidade civil do Estado, evoluindo agora para' a concepção de risco, da qual SALEILLES E JOSSERAND foram precursores.

fls 331
Prof

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

"o mesmo, julga-se o serviço e não o agente. Mesmo conhecido o autor do ato culposo a decisão não o menciona.
A culpa do serviço público não engendra automaticamente a responsabilidade, mas é necessário atender às circunstâncias de tempo, lugar, serviços, etc. A culpa é apreciada in concreto.
A culpa do serviço público tem um caráter geral, isto é, aplica-se a todas as pessoas administrativas.
Os fatos constitutivos da culpa do serviço público se agrupam nas seguintes modalidades: 1ª- O serviço funcionou mal; 2ª- O serviço não funcionou; 3ª- O serviço funcionou, mas tardiamente. "

A jurisprudência francesa relata inúmeros casos de responsabilidade do Estado por culpa anônima do serviço público, entre as quais são citadas por JOSÉ CRETELLA JUNIOR as seguintes:- explosão de granada alemã que, manejada sem cuidado, determinou a morte de uma pessoa; manifestante ferido por soldados no interior do quartel, para o qual fora levado preso; recebimento de pensão do Estado com o atrazo de dez anos; agricultor impedido de utilizar seu pessoal, por ocasião da colheita, em virtude de medidas policiais exorbitantes; homicídio cometido por alienado mental, não obstante reiterados pedidos de medidas acauteladoras (ob. citada, vol. VIII, pag. 63).

Que da culpa individual à culpa anônima do serviço vai um progresso enorme, é notório, bastando para isso que se imagine a enorme quantidade de casos em que o Estado, antes, era irresponsabilizado e o igual número de hipóteses em que, pela nova concepção criada pela jurisprudência francesa, o Estado é agora obrigado a indenizar.

Mas, o quem maior destaque merece é a contínua concepção extensiva da responsabilidade estatal. Cada vez mais procura a jurisprudência francesa adaptar-se à complexidade de relações oriundas dos tempos modernos, atenta à diversidade de posições entre a Administração, sempre vestida de suas prerrogativas de poder público e os administrados, em sua simples condição de cidadãos.

A respeito, FORSTHOFF, citado pelo Prof. -

das concepções subjetivistas, como é sabido, depois dos pronunciamentos do Conselho de Estado frances que, mesmo à margem da Lei e por mera imposição das contigências sociais confrontadas com o princípio da equidade, passaram a enfocar a responsabilidade do Estado em termos de direito público.

O que se pode chamar marco inaugural da moderna teoria da responsabilidade civil do poder público foi o conhecido caso " Blanco " , onde o Conselheiro David proclamou, avançadamente para a época que:- " a responsabilidade que incumbe ao Estado pelos prejuízos causados aos particulares por ato das pessoas que êle emprega no serviço público, não pode ser regida por princípios que estão firmados no Código Civil, quando regula as relações de particular a particular; tal responsabilidade não é nem geral nem absoluta; tem regras especiais que variam conforme as necessidades do serviço e a imposição de conciliar os direitos do Estado com os direitos privados " (apud JOSÉ CRETELLA JUNIOR , ob. citada, vol.VIII, pag. 23/24).

A partir desse caso inaugural, novas decisões do Conselho de Estado se sucedem e surge, então, uma nova concepção de culpa, não mais nas bases privatísticas do artigo ... 1383 do Código Civil Frances, mas numa culpa publicística, de direito administrativo, sintetizada na fórmula:- "culpa do serviço público", ou, no dizer dos franceses, "faute du service".

Tal concepção é explanada com perfeição pelo Prof. ALVINO LIMA, em sua obra " A responsabilidade civil pelo fato de outrém " (Editora Forense- Rio, 1ª Ed., 1973, pag.166):

> "A culpa do serviço público não se identifica através da conduta do servidor público, ou do agente, mas através do serviço público.
> Não sendo uma adaptação das idéias civilistas, ela constitui uma concepção original , própria do direito administrativo.
> A vítima do dano pode agir desde logo e diretamente contra a Administração, sem acionar diretamente o agente, cuja responsabilidade não aparece. O agente faz corpo, confunde-se com o serviço público; é fundido nêle.
> A culpa do serviço público tem caráter anônimo, visto como não se pesquisa o seu autor, não se designa e nem se identifica o

> Os problemas da responsabilidade são tão somente os problemas de reparação de perdas. O dano e a reparação não devem ser aferidos pela medida da culpabilidade, mas devem emergir do fato causador da lesão de um bem jurídico, a fim de se manterem incólumes os interesses em jogo, cujo desiquilíbrio é manifesto, sem ficarmos dentro dos estreitos limites de uma responsabilidade subjetiva."

Assim, importantíssimo notar que, a partir do momento em que a responsabilidade civil do Estado desgarrou-se das concepções subjetivistas, nesse tema não mais se indaga da culpa ou dolo dos funcionários do Estado, bem como da eventual ilicitude de suas condutas, tendo sido tais critérios substituídos por outros, de índole objetiva.

Acentuando a impertinência das indagações quanto à culpa ou dolo dos funcionários do Estado à eventual ilicitude de suas condutas, para aferir a responsabilidade do Estado, manifesta-se a doutrina:-

> "A culpa dos agentes do poder público é um "plus" inteiramente dispensável, a fim de que se apure a responsabilidade civil do Estado. Esta resulta, pura e simplesmente, do nexo causal entre o dano sofrido por terceiros e o ato, ainda que lícito, regular, do agente do poder público".
> (MARTINHO GARCEZ NETO, "Prática da Responsabilidade Civil" ,Ed.1970,pag.175,-grifamos)

> "A teoria do risco, ou doutrina objetiva, entende a responsabilidade como a situação resultante do próprio fato, como consequência do risco criado, sem indagar da conduta do agente, sua negligencia ou imprudencia".
> (ALVINO LIMA, "Da culpa ao risco", Ed.1938, pag. 185 - grifamos).

> "Opondo-se, em outro extremo, situa-se a teoria objetiva que, afastando-se dos cânones civilísticos, procura ressaltar o elemento dano real e sua reparação. Também denominada teoria objetiva, não se interessa pela natureza do ato lesivo, que pode ser legitimo ou ilegitimo, de imperio ou de gestão".
> (JOSÉ CRETELLA JUNIOR, "Tratado de Direito Administrativo", vol.VIII, pag.60, grifamos)

Mas a matéria começou a se desgarrar, das

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

transplantada do Direito Civil e sem nos determos nas inúmeras conceituações que dela os juristas construiram, podemos dizer que significa um comportamento danoso negligente, imprudente ou imperito e contrário ao direito.

> "Em outras palavras, a teoria da culpa ou subjetiva é baseada no elemento humano, na pessoa física do funcionário, sujeito causador do dano. É a culpa da administração - por ato de seu proposto, fundada no nexo causal entre o ato ou omissão do funcionário, culposo ou doloso, e as consequências danosas daquela voluntariedade ou involuntariedade. A ação humana, fonte de prejuízos, é que vai permitir responsabilização do Estado, através do homem, do sujeito".
> (cf. JOSÉ CRETELLA JUNIOR, ob. citada, vol. VIII, pag. 59).

Aos poucos, porém, mostrava-se insuficiente o conceito clássico de culpa para abarcar todas as questões envolventes da responsabilidade do Estado, principalmente em face do vertiginoso surto industrial e consequente complexidade crescente nas relações entre administração e administrados.

Dentre os inúmeros inconvenientes ocasionados pela culpa individual, ressaltava-se o de que muitas vezes não se conseguia identificar o funcionário causador do dano e como a responsabilização estatal só ocorria com a comprovação da culpa individual do servidor público, ficava a vítima acéfala e desprotegida dos danos gerados pelo Estado.

Melhor, porém, diz ALVINO LIMA (ob. citada pag. 119/120):-

> "Dentro do critério da responsabilidade fundada na culpa não era possível resolver um sem número de casos, que a civilização moderna criara ou agravara; imprescindível se tornara, para a solução do problema extracontratual, afastar-se do elemento moral, da pesquisa psicológica, do íntimo do agente, ou da possibilidade de previsão ou diligência, para colocar a questão sob um aspecto até então não encarado devidamente, isto é, sob o ponto de vista exclusivo da reparação do dano. O fim por atingir é exterior, objetivo, de simples reparação e não interior e subjetivo, como na imposição da pena. Os

Estado sempre que seja possível identificar-se culpa individual da pessoa física do funcionário:- "sem culpa, nenhuma reparação" (VON IHERING, 'Schuldmoment", pag. 50, apud AGUIAR DIAS, ob.citada,vol . I, pag. 48).

A primeira teoria civilística de que se tem notícia, adotada após o abandono da concepção da irresponsabilidade do Estado, é a sustentada por BERTHELEMY e GIORGI ("Traité de droit administratif", 12ª ed., Paris, 1930, pags.99 e segs.; "Persone giuridiche ", 3ª ed., Turim, 1927, vol.III, pags.148 e segs.) e que dividia os atos estatais em de gestão e de império, entendidos aqueles como a atividade do Estado despida de suas prerrogativas de poder público, igualada à do particular e, estes como a atividade do poder público no exercício de sua soberania.

Por ela estabelecia-se a irresponsabilidade do Estado pelos atos de império e sua responsabilidade sempre que ocorresse prejuízo causado ao administrado, decorrente de ato de gestão, havendo culpa do funcionário.

> "Representando, embora, um progresso inegável em relação à teoria anterior, a teoria dos atos de gestão e culpa de modo algum é satisfatória, em face dos princípios que informam os sistemas jurídicos, porque quem sofre o dano é indiferente à natureza do ato, se é de império ou de gestão" (cf. JOSÉ CRETELLA JUNIOR,"Tratado de Direito Administrativo", vol.VIII,Ed.Forense-Rio, pag. 49).

Após, dentro ainda do campo civilístico, apareceu a teoria da culpa, provinda do Direito Romano clássico e consagrada na França por DOMAT e POTHIER ("Traité des obrigations",nºs 16 e segs.), inspiradores do Código Civil Frances de 1804, que a adotou em seu artigo 1 382 e que posteriormente veio a servir de modêlo de todas as legislações modernas.

Nela, os requisitos essenciais para a ocorrência do ressarcimento do dano pelo Estado são:a) o ato ou omissão violadora do direito de outrém; b) o dano produzido por esse ato ou omissão;c) a relação de causalidade entre o ato ou omissão e o dano;d) a culpa.

A noção de culpa individual do funcionário do Estado, que reponta como a idéia central da teoria, é aqui trans -

Fls 326

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

relatadas por JOSÉ DE AGUIAR DIAS, em sua obra "Da Responsabilidade Civil " (Editora Forense-Rio, 1973, 5ª Ed., vol.II, cap.I), entende-se por responsabilidade civil do Estado "...a que impõe à Fazenda Pública a obrigação de compor o dano causado a terceiros, por agentes públicos, no desempenho de suas atribuições, ou a pretexto de exercê-las" (cf. HELY LOPES MEIRELLES,ob. citada, pag. 588).

Por outras palavras, o Estado, como qualquer particular, pode vir a se encontrar em situação de quem causou danos a outrém, oportunidade em que deverá ressarcir o patrimônio lesado como decorrência de sua responsabilidade civil.

A evolução jurídica da teoria da responsabilidade civil do Estado, processou-se em tres fases distintas, a saber:- a da irresponsabilidade; a civilística e a fase do direito público.

Inicialmente, sob regimes absolutistas, o Estado era irresponsável, posto que ele era o próprio Direito, a todos se impondo sem qualquer compensação.

Tal concepção que, por anacrônica, dispensa maiores considerações, exprimia-se no princípio de que "The king can do no wrong", ou, na versão francesa, "Le roi ne peut mal faire" e de há muito está abandonada.

Hoje, todas as legislações, de uma forma ou de outra, unanimemente reconhecem a responsabilidade do Estado por atos danosos contra seus administrados.

O Prof. CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, em parecer juntado aos autos da Ação Ordinária nº.171/77, desta 7ª Vara, ao expender a mesma noção de responsabilidade civil do Estado, bem pondera que:-

> "Esta noção é, hoje, curial no direito público. Todos os povos, todas as legislações, doutrina e jurisprudência universais, reconhecem, em consenso pacífico, o dever estatal de ressarcir as vítimas de seus comportamentos danosos. Estados Unidos e Inglaterra, últimos refratários à tese, acabariam por assumí-la em 1946 e 1947 respectivamente".

Numa segunda fase, a teoria evolui ao influxo de concepções civilísticas para afirmar a responsabilidade do Es-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

por este Juízo no despacho saneador, o que motivou, por parte da R. a interposição do recurso de agravo de instrumento, atualmente em trâmite perante o E. Tribunal Federal de Recursos.

Assim, a matéria suscitada em preliminar na contestação e que a R. volta a levantar em seu memorial, já foi examinada por este Juízo no momento processual próprio- despacho saneador e despacho que manteve em agravo de instrumento a decisão agravada -, cabendo agora o conhecimento direto do mérito da presente ação.

É fato incontroverso nos presentes autos que Vladimir Herzog, marido e pai dos As., sofreu morte não natural, quando se encontrava nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Defesa Interna (DOI/CODI), órgão subordinado e componente do II Exército.

Ora, como os As. pedem na presente ação que se declare " a responsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária de Vladimir Herzog, pelas torturas a que foi submetido e por sua morte e a consequente obrigação de indenizá-los, em decorrência dos danos morais e materiais que esses fatos lhes causaram" (fls. 17), é curial que a "quaestio juris" central da presente ação versa sobre a responsabilidade civil do Estado, ou,como querem outros, sobre a responsabilidade civil da Administração(cf. Hely Lopes Meirelles, "Direito Administrativo Brasileiro", 3ª Ed., Ed.Rev. dos Trib., pag.587,nota nº. 1).

Conquanto se trate de matéria já solvida no direito brasileiro contemporâneo, é enfocando tal tema, numa síntese de sua evolução histórico-jurídica até seu definitivo assentamento no sistema legal pátrio atual, que teremos os fundamentos de direito básicos para valorarmos a matéria fática dos autos.

Com efeito, como doutrina ROBERTO LYRA,"Extrair a sentença da própria cabeça com a lei e a prova - eis o que se chama julgar, para realidade e autenticidade da prestação jurisdicional" (in "Direito Penal Normativo",José Konfino,Ed. - 1975,pags.226/227).

Vejamos, pois, a matéria de direito nuclear da presente lide.

Deixando de lado as mais variadas conceituações de responsabilidade civil, as quais são pormenorizadamente

à responsabilidade da R. No terceiro e quarto, analisando a prova dos autos, cuidam da pretensa prisão ilegal e arbitrária de Vladimir Herzog, bem como das torturas a que o mesmo teria sido submetido. No quinto e sétimo, indagam da "causa mortis" de Vladimir - para o fim de procurar desmentir a versão oficial do suicídio e afirmar que o mesmo morreu em decorrência das torturas que lhe foram impostas. No sexto, sustentam a nulidade de exame necroscópico. No oitavo e nono, tratam da responsabilidade do carcereiro e reafirmam seu pedido.

O memorial da União Federal, em duas laudas, defende, em preliminar, a inviabilidade da presente Ação Declaratória, e, no mérito, propugnam a imprestabilidade dos depoimentos e a maior força probante do inquérito policial-militar.

O memorial do representante "ad hoc" do Ministério Público, em sete laudas, opina pela procedência da ação nos termos do pedido.

Finalmente, pelos "telex" de fls.468/469 e ofício de fls. 472/476, foi comunicada a este Juízo a concessão de liminar em Mandado de Segurança impetrado pela União Federal, perante o E. Tribunal Federal de Recursos, pela qual ficou sustada a leitura e publicação da sentença nestes autos, sendo que pelo ofício de fls. 552/553, foi comunicada, pelo mesmo E. Tribunal, o não conhecimento do referido "mandamus", pelo seu Plen-ário, em sessão do dia 21-9-1978.

À fls. 512/551, foi juntada a Carta Precatória devolvida pela E. 3ª Vara da Secção Judiciária do Rio de Janeiro, na qual não foi ouvida a testemunha da União Federal, Coronel Audir Santos Maciel, pelo fato da mesma, segundo informações prestadas pelo Exmo. Sr. General Comandante do I Exército (Ofício de fls. 549), não servir na área daquêle Comando.

É o relatório.

Passo a decidir:

Inicialmente cumpre notar que todas as preliminares suscitadas pela União Federal em sua contestação - coisa julgada e impossibilidade jurídica do pedido - foram afastadas

dos As.:- George Benigno Jatahy Duque Estrada, Professor Gofredo da Silva Telles Junior, Harry Shibata, Antony Jorge Andrade de' Christo, Paulo Sérgio Markun, Sérgio Gomes da Silva. Tomados os depoimentos, a audiência foi adiada para o dia 26 de maio de 1978, às 14,00 horas.

Pelo Ofício de fls. 424, o Exmo. Sr. General Comandante do II Exército informou ao Juízo que estava tomando as necessárias providências administrativas para a apresentação das testemunhas requisitadas àquele Comando.

À fls. 426, a União Federal apresentou desistência da oitiva das seguintes testemunhas:- Paulo Pereira Nunes, George Benigno Jatahy Duque Estrada e Luiz Weiss.

Na audiência do dia 26 de maio de 1978, às 14,00 horas, foram ouvidas as testemunhas da R., Erich Leschziner' e também Luiz Weiss e Paulo Pereira Nunes, cuja oitiva, apesar da desistência da União Federal, foi determinada pelo Juízo. Por ocasião desta audiência, os As. desistiram de ouvir as testemunhas ' requisitadas ao Comando do II Exército, Pedro Antonio Mira Granci eri e Capitão Ubirajara, ao mesmo tempo em que ofereceram protesto pela não apresentação das mesmas por aquêle Comando, tendo sido, a seguir, deferido prazo para entrega de memoriais e designada audiência de leitura e publicação de sentença para o dia 26 de junho de 1978, às 13,00 horas.

Os memoriais dos As., da União Federal e do representante "ad hoc" do Ministério Público, estão, respectivamente, às fls. 434/455, 457/458 e 460/466.

O memorial dos As. em 22 laudas, se subdivide em 09 ítens. No primeiro, êles tecem considerações gerais a respeito do presente processo e da tortura como método de preservação da Segurança Nacional, fazendo referência à obras que dela' tratam, à manifestações do Papa Paulo VI, da Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, da Igreja, da OAB, da Amnesty ' Internacional. No segundo, os As. reafirmam sua pretensão de obter mera declaração da existência de relação jurídica ~~existente~~ ' entre êles e a R., consistente na obrigação da União Federal de indenizá-los, em decorrência dos danos materiais e morais que lhes causaram a prisão arbitrária de Vladimir Herzog, as torturas a ' que foi submetido e a sua morte, fatos que pretendem atribuir à -

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

(jornalista); 7) Paulo Sérgio Markun (jornalista); 8) Sérgio Gomes da Silva (jornalista).

Ao depois, à fls. 303/359, encontra-se a Carta Precatória expedida à Secção da Justiça Federal do Rio de Janeiro, a qual, devidamente cumprida, pela E. 8ª Vara daquela Secção, consigna à fls. 354/355, o depoimento da testemunha dos As. Gildésio Westin Cosenza.

À fls. 364/393, estão transladadas as peças do inquérito policial-militar indicadas pelos As. à fls.284 e pela União Federal à fls. 361.

A União Federal ofereceu o rol de testemunhas à fls. 363, indicando o Coronel Audir Santos Maciel, para cuja oitiva foi determinada a expedição de Carta Precatória para a Secção da Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro.

Após o despacho de fls.394, onde foi determinado às partes que esclarecessem os pontos fáticos sobre os quais incidiriam as perguntas relativas à prova testemunhal, o que foi feito à fls. 400, este Juízo recebeu o Ofício de fls. 395, do Exmo. Sr. General Comandante do II Exército, informando da impossibilidade de ser atendida a requisição das testemunhas Pedro Antonio Mira Grancieri e Capitão Ubirajara, pelos motivos ali expendidos.

À fls. 397/398, os As. sustentam a extemporaneidade da apresentação do rol de testemunhas da União Federal, ao mesmo tempo em que manifestam sua intenção de não impugná - las no interesse do alcance da verdade processual.

A seguir (fls. 402), a União Federal complementou seu rol de testemunhas, arrolando as seguintes:- George Benigno Jatahy Duque Estrada (jornalista), Paulo Pereira Nunes (jornalista); Luiz Wejs (jornalista) e Erich Leschziner (- pertencente à Congregação Israelita).

Pelo despacho exarado na petição de fls. 404/405 dos As., foi designada data para audiência e reiterado o Ofício requisitório das testemunhas já referidas ao Comando do II Exército.

A 16 de maio de 1978, às 14,00 horas, foi realizada audiência de instrução e julgamento consubstanciada na Ata de fls. 409/421, onde foram ouvidas as seguintes testemunhas

saneador.

Nêle este Juízo , inicialmente, rejeitou ambas as preliminares suscitadas pela União Federal. A de carência de ação por coisa julgada, pelo fundamento principal de que,no caso, não houve qualquer processo criminal excludente da responsabilidade civil da União Federal, mas apenas, um inquérito policial-militar cujo arquivamento não produz coisa julgada, podendo a matéria, então, ser livremente apreciada no juízo civil. A de inépcia da inicial, primeiramente porque este Juízo entendeu que o pedido limita-se à declaração da existência de relação jurídica,consubstanciada no reconhecimento da responsabilidade da União Federal por danos sofridos e a consequente obrigação de indenizar , não residindo nisso qualquer pedido expresso de condenação, este sim vedado em ação declaratória e, ao depois, porque, a teor do artigo 4º, inciso I, do Código de Processo Civil, podem os As. pedir em ação declaratória , a declaração pura e simples de qualquer relação jurídica, a qual, no caso concreto, foi claramente definida na inicial.

Quanto ao mais, o despacho saneador deferiu a produção das provas especificadas, inclusive a testemunhal e designou audiência de instrução e julgamento para o dia 16 de maio de 1978, às 14,00 horas.

Por solicitação dos As., à fls. 238, foram requisitados à Procuradoria da Justiça Militar, os autos da representação feita por êles contra o Dr. Harry Shibata.

Pelo Ofício de fls. 242, o DD. Procurador Geral da Justiça Militar remeteu a este Juízo os autos da representação promovida contra o Dr. Harry Shibata, os quais se encontram às fls. 243/293.

À fls. 295/296 e 300/301, os As. apresentaram o seu rol de testemunhas, indicando ass seguintes:- 1) Pedro Antonio Mira Grancieri (investigador de polícia lotado no DOI/CODI do II Exército); 2) Capitão Ubirajara (lotado no DOI/CODI do II Exército); 3) Harry Shibata (médico legista, Diretor do Instituto Médico Legal do Estado de São Paulo); 4) Gofredo da Silva Telles Junior (professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e advogado); 5) George Benigno Jatahy Duque Estrada (jornalista); 6) Antony Jorge Andrade de Christo (jorna-

Este Juízo, nos despachos de fls.202 vº e 220/221 e após as manifestações de fls. 204/207, 208/208vº, 210 / 212, 215/218, nomeou, escolhendo dentre advogados, o Dr. Péricles-Luiz Medeiros Prade para funcionar nos autos como representante "-ad-hoc" do Ministério Público, com fulcro no artigo 82, inciso I , do Código de Processo Civil e determinou, outrossim, para que em qualquer hipótese se evitasse a ocorrência de nulidade processual, a intimação de todos os atos processuais, tanto do representante " ad-hoc" do Ministério Público, como do próprio Ministério Público - Federal, na pessoa do Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria da Repú blica em São Paulo.

O referido despacho foi devidamente publi cado no órgão oficial em 01-12-1977 e restou irrecorrido.

Ao depois, à fls. 224/225, o representan- te "ad-hoc" do Ministério Público oficiou nos autos, consignando ' que em momento oportuno deduziria suas alegações e pedindo que s e determinasse a especificação de provas para o subsequente saneamen to do processo.

O despacho do Juízo determinando a especi ficação de provas foi proferido à fls. 226.

Os As., então, especificaram suas provas' à fls. 227/228, a saber:-a) depoimento de Gildásio Westin Cosensa, através de carta precatória à Justiça Federal do Estado do Rio de Janeiro; b) depoimentos de testemunhas a serem arroladas antes da audiência de instrução e julgamento; c) expedição de Ofício à 1ª - Auditoria da 2ª Circunscrição Judiciária Militar para o fim de re- quisitar os autos do Inquérito Policial-militar; d) juntada de no- vos documentos.

Pelo despacho de fls. 227, foram deferi - das a expedição da carta precatória para a Secção da Justiça Fe - deral no Rio de Janeiro e a expedição do Ofício requisitório dos autos do inquérito policial-militar.

À fls. 234, foi juntado o Ofício que enca minhou a este Juízo os autos do inquérito policial-militar e profe rido despacho determinando às partes que indicassem as peças dos ' referidos autos a serem transladadas para o presente processo, nos termos do artigo 399 do Código de Processo Civil.

À fls. 239/240 foi proferido o despacho -

fls 319

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Essa, em síntese, a manifestação dos As. sobre a contestação apresentada pela União Federal.

A seguir, à fls. 167, os As., juntando certidões de nascimento, de Ivo Herzog e André Herzog, requereram a intimação do Ministério Público, para que o mesmo interviesse nesta causa, à vista da existência de interesse de incapazes (artigo 83 e seguintes do Código de Processo Civil).

Manifestando-se a respeito, o DD. Procurador da República que funcionou nos autos, à fls. 168, requereu que se oficiasse ao Sr. Procurador-Chefe da Procuradoria da República em São Paulo.

Determinado (despacho de fls. 168 vº) e expedido (fls. 170) o Ofício requerido, respondeu o Ministério Público Federal através do Ofício de fls. 175/176, onde informa que, tendo sido submetido o assunto à Procuradoria Geral da República, entendeu esta que, não havendo em seus quadros órgãos com atribuições específicas de curadoria de incapazes e ausentes (- Lei nº. 1 341/51), seria ilegal e inconveniente o suprimento desta falta pela designação eventual de um Procurador da República, mesmo porque seriam colidentes os interesses dos incapazes com os da União Federal .

Submetido o Ofício ao crivo dos As., manifestaram os mesmos seu repúdio à posição assumida pelo Ministério Público Federal, pelas razões de direito que invocaram à fls. 178/180 e tornaram a requerer expedição de Ofício ao Ministério Público Federal para que êste designasse um de seus membros para intervir no feito, sob pena de responsabilização e representação contra os responsáveis por qualquer omissão.

Aí a Procuradoria da República requereu que se oficiasse ao DD. Procurador Chefe do Ministério Público Estadual, o que foi feito (despacho de fls.181 e Ofício de fls. 183).

Respondeu o Sr. Procurador Chefe do Ministério Público Estadual pelo Ofício de fls. 184/201, enfatizando faltar competência ao órgão que chefia para assumir atribuições na órbita da jurisdição federal.

A Procuradoria da República, então, à fls. 202, requereu a nomeação de curador especial.

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

Refutam igualmente a preliminar de inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido, com base em doutrina de CHIOVENDA ("Insitutições de Direito Processual Civil" volI, 2ª Ed., Saraivà, pag. 222), PONTES DE MIRANDA E NEUMANN("-Comentários ao Código de Processo Civil", tomo I, Forense, Rio,fls 66), JAMES GOLDSCHIMIDT ("Derecho Procesal Civil", trad. espachola de Leonardo Prieto Castro, Labor-Madri, 1936, pag. 105), LEO' ROSENBERG (" Tratado de Derecho Procesal Civil", trad, argentina ' de Angela Romera Vera, Tomo II, EJEA-Buenos Aires, 1955, pag.15)e CELSO AGRICOLA BARBI ("A ação declaratória", Belo Horizonte,1955 , pag. 89-93 e "Comentários ao Código de Processo Civil", vol.1, tomo I, fls. 75/80, Forense, Rio, 1975) ,entre outros.

Quanto ao mérito, reafirmam as razões expendidas na inicial no sentido de que:

1)Vladimir Herzog estava realmente preso à vista principalmente das expressões contidas no relatório do oficial-general encarregado do inquérito policial-militar indicativo da ocorrência da prisão.

2) O marido e pai dos As. foi preso ilegalmente, posto que não havia inquérito, Vladimirn não foi indiciado, nem foi expedido mandado, tal como exige o § 1º, do artigo 59, do Decreto Lei nº. 898/69.

3) Não tem procedencia a impugnação que a ré faz ao depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder prestado perante outras pessoas, uma vez que a doutrina e jurisprudência reconhecem a validade de confissões extrajudiciais, dando-lhes valor probante ' quando testemunhadas, tal como decidiu o Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, em 24-4-1975, no recurso criminal nº.1234/RJ., sendo relator o Ministro CORDEIRO GUERRA (DJU., de 19-9-1975, pag.6734).

4) A análise conjuntural dos fatos, mormente se feita à luz das provas existentes no processo e de outras, a serem para êle carreadas, leva à certeza de que, se o suicídio ' de Vladimir Herzog efetivamente ocorreu, não foi como pretende a versão oficial e insiste a contestação,"voluntário", mas efeito dos maus tratos a que o submeteram seus algozes e carcereiros.

5) Ainda que, por absurdo, se negue a prisão arbitrária e as torturas, a responsabilidade da União Federal ' emerge do simples fato, objetivo, de ter Vladimir Herzog morrido ' na prisão,por evidente negligência dos que o custodiavam.

fls 317

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

conforme doutrina assente, corta "ab initio" o nexo de causalidade entre o comportamento do agente e o resultado danoso, mesmo para os que, relativamente à responsabilidade civil do Estado, sustentam a teoria do risco'administrativo .

Cita a respeito os ensinamentos de Aguiar Dias ("Da responsabilidade civil", vol.II, pag.243); Henrique de Carvalho Simas ("Manual Elementar do direito administrativo",pag. 540); José Cretella Júnior (" Tratado de direito administrativo", vol.III,pag.293,ed.Forense).

5) Que a inicial revela o propósito mal disfarçado de desmoralização da autoridade judiciária e militar e ainda o objetivo de "... lançar o desassossego em todos quantos, para o futuro, ou mesmo no passado, hajam contribuido, participado ou trabalhado em investigações ou inquéritos para apuração de atividades subversivas, ante a ameaça de serem responsabilizados por qualquer mal que aconteça a um subversivo, no período em que o tenham sob sua guarda, ainda que proclamada, pelos meios regulares e legais, a sua não participação no evento tido como danoso". (fls... 104/105).

À fls. 148/165,os As. manifestaram-se sobre a contestação da União Federal.

Nessa manifestação os As. impugnam as preliminares suscitadas pela União Federal e aduzem razões de mérito.

Quanto à preliminar de coisa julgada da decisão da Justiça Militar, que determinou o arquivamento do inquérito policial-militar, sustentam, baseados nos ensinamentos de JOSÉ FREDERICO MARQUES ("Elementos de Direito Processual Penal" , volII , 2ª Ed.,Forense-Rio,1965,pag.173) , FERNANDO DA COSTA TOURINHO FILHO ("Processo Penal", 1º.vol.,2ª ed.Jalovi,-Bauru,1975,pag.211), HELIO TORNAGHI ("Instituições de Processo Penal",vol.II,Forense - Rio ,1959,pag.140), EDUARDO ESPINOLA FILHO("Repertório Enciclopédico do Direito Brasileiro",vol.XXVIII,verbete inquérito policial, pag.203), que apenas nos casos de absolvição no processo criminal por reconhecimento da inexistência do fato, ou por causa que implique em exclusão da criminalidade, é que se torna impossível a ação em que se busca a declaração da existência da responsabilidade civil, o que inocorre na presente ação, em que apenas há despacho determinativo de arquivamento do inquérito policial-militar, que nem mesmo no Juízo Criminal produz coisa julgada,

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

toda a argumentação da inicial quanto à ilegalidade da prisão e quanto à existência de eventual abuso de poder.

2) Que com o depoimento de Rodolfo Osvaldo Konder, supostamente prestado no interior de um escritório de advocacia, não se pode pretender invalidar toda a prova técnica feita com rigor científico e que concluiu pela inexistência de tortura e pela integridade de todo o tegumento cutâneo do corpo de Vladimir Herzog, como também não se pode pretender que ele invalide todos os depoimentos prestados no inquérito policial-militar, instaurado para a apuração do fato. Que, aliás, no depoimento prestado por Rodolfo Osvaldo Konder perante o encarregado do I.P.M., este declarou que o prestava de livre e espontânea vontade, sem qualquer coação e nêle afirmou o suicídio de Vladimir e até tornou-o de certo modo explicável com as tensões sofridas pelo mesmo em decorrência de seu passado, da sua profissão e das condições de vida das grandes metrópoles.

Aponta, ainda, nas declarações prestadas por Rodolfo Osvaldo Konder, detalhes que considera imaginosos, como, por exemplo, o fato de indentificar-se alguém pelos sapatos a cuja compra teria assistido o autor da narrativa; a circunstância de se dizer que alguém está perto, comentar com seu vizinho de banco que essa pessoa teria chegado (Vladimir), mas não se dirigir diretamente ao recém chegado, apesar deste ter permanecido na mesma sala por algum tempo; o detalhe de que alguém pudesse torturar a outrém em sala tão vizinha, que o "depoente" ouviu o interrogador pedir a "pimentinha" e solicitar ajuda "de uma equipe de torturadores".

3) Que a mudança de trajes no cadáver apontada pelos As. como indicativa de suicídio simulado, é plenamente explicável; dado que já tinha sido realizado o exame relativo ao encontro de cadáver e que a existência do "cinto" no macacão que vestia Vladimir, não pode ser tida como facilitação de meio material ao suicida por parte das pessoas encarregadas da repartição policial-militar, a menos que se levasse a extremos inaceitáveis a conceituação de culpa .

4) Que Vladimir Herzog cometeu suicídio voluntário, o que configura uma excludente da responsabilidade da União Federal, uma vez que a culpa exclusiva da vítima, confor-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

quesitos, que foram respondidos pelos ilustres legistas, Drs. Armando Canger Rodrigues e Arido de Toledo Viana, os quais concluiram por confirmar o suicídio, afastada qualquer outra causa, à vista, entre vários outros, dos seguintes elementos:- ausência de lesões de violência ou indicativa de defesa; sulco no pescoço, interrompido à direita; presença de reação vital na região cervical; enforcamento por suspensão parcial, o que, segundo o laudo, indica enforcamento real, posto que o simulado sempre resulta de suspensão completa;

6) elementos indiretos confirmam o suicídio, tais como o fato do corpo de Vladimir Herzog ter sido sepultado no cemitério israelita, na Quadra 28, Túmulo 64, área destinada aos suicidas; a circunstância de há cerca de 4 anos, vir êle se submetendo a tratamento psicoterápico; a autenticidade da declaração escrita de próprio punho de Vladimir Herzog, atestada por peritos grafotécnicos pertencentes aos quadros da Secretaria da Segurança Pública do Estado de São Paulo.

De sua exposição, a União Federal pretende ver evidenciada a inexistência de qualquer responsabilidade sua pelo evento danoso aos As., reiterando que seus funcionários não agiram com culpa, mas sim no estrito cumprimento do dever legal e que não infligiram maus tratos a Vladimir Herzog, nem o induziram ao suicídio, sustentando ainda a inexistência de responsabilidade objetiva de sua parte, em face da inexistência de qualquer nexo causal entre as citadas diligências e o evento.

Completando sua contestação, a União Federal juntou como parte integrante dela, o Parecer nº.181/CJMex, PO.nº - 2329/76-CMEx, da lavra do Consultor Jurídico do Ministério do Exército, Dr. Nelson Pecegueiro do Amaral (fls. 70/105).

O referido Parecer, reiterando mais pormenorizadamente as razões aduzidas na contestação, acrescenta, em síntese, as seguintes:-

1) Que absolutamente Vladimir Herzog não foi preso, mas, ao contrário, apresentou-se expontâneamente às autoridades, conforme afirmação dos próprios autores e a circunstância de seu cadáver ter sido encontrado com um macacão verde, por si só não significa que tenha ocorrido prisão, apenas denotando providência cautelar das autoridades e que, assim, cai por terra

fls 314

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

de indenizá-los em decorrência dos fatos que culminaram com a morte de seu marido e pai, o que não pode ser proposto em ação declaratória e ainda sustenta, baseada em ensinamento de Pontes de Miranda (in "Comentários ao Código de Processo Civil", arts.3º e 4º pag. 166, I), que nessa ação não pode ser pedido o reconhecimento de obrigação, tal como fizeram os As. e nem se pode pedir a produção de provas, as quais devem ser pré-constituídas. Sob tal argumento, a R. requereu o indeferimento da petição inicial, de acordo com o artigo 295, inciso I, do C.P.C.

No mérito, a União Federal pede a improcedência da ação, sustentando que:

1) o comparecimento de Vladimir Herzog às dependências do Departamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército foi espontâneo e que o mesmo, em lá estando, acabou por admitir suas ligações e atividades subversivas à vista de provas irrefutáveis, chegando mesmo a redigir declaração do próprio punho nêsse sentido;

2) que sua morte não foi causada, direta ou indiretamente, por qualquer ato das autoridades que procediam às investigações, sendo que a prova colhida no inquérito policial-militar, robusta e insofismável, confirma inequivocamente que êle se enforcou;

3) o chefe da 2ª Seção do Estado Maior do II Exército, a quem o Destacamento de Operações e Informações está diretamente subordinado, comunicara ao Comandante do mencionado Destacamento que Vladimir Herzog deveria ser libertado naquele mesmo dia, sendo que essa ordem foi retransmitida ao encarregado do interrogatório;

4) durante as poucas horas em que Vladimir Herzog permaneceu no Destacamento , não sofreu tratamento desumano ou maus tratos e, uma vez feita a remoção do cadáver para o necrotério do Instituto Médico-Legal e procedido o exame necroscópico, concluiram os legistas ,Drs.Arido de T.Viana e Harry Shibata, pela inexistência de qualquer sinal de violência ou tortura;

5) após esse exame, instaurado o inquérito policial-militar com vistas à apuração do fato, o General de Brigada, Fernando Guimarães de Cerqueira Lima, encarregado, solicitou exame complementar, formulando naquela oportunidade detalhados

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

indenizá-los, em decorrência dos danos morais e materiais que êsses fatos lhes causaram" e condene a R. nas custas e honorários advocatícios.

Com sua inicial de fls. 02/17, juntaram os As. os documentos de fls. 18/60 e que são os seguintes- procuração (fls 18); certidão de casamento (fls. 19); atestado de óbito (fls. - 20); certidões de nascimento dos filhos (fls.21/22); matéria publicada à época no jornal "Folha de São Paulo" (fls.23); laudo pericial de encontro de cadáver, elaborado pelo Instituto de Polícia Técnica (fls. 24/34); laudo pericial de exame de documento, elaborado pela Divisão de Criminalística do Departamento Estadual de Polícia Científica (fls. 35/45); laudo de exame de corpo de delito(exame necroscópico), elaborado pelo Instituto Médico-Legal do Estado de São Paulo (fls. 46/48); matérias publicadas nos jornais "Folha de São Paulo " e "O Estado de São Paulo" em 20-12-75 (fls.49); cópia das declarações prestadas extrajudicialmente por Rodolfo Osvaldo Konder (fls. 50/60).

Citada (certidão de fls. 62 verso), a União-Federal apresentou sua contestação de fls. 64/69, acompanhada dos seguintes documentos:- Parecer nº. 181/CJMEx, PO.nº.2329/76-GMex, exarado pelo Consultor Jurídico do Ministério do Exército (fls. 70/105) ; laudo pericial de encontro de cadáver, elaborado pela Divisão Criminalística do Departamento Estadual de Polícia Científica(- fls. 106/110); cópias de peças extraídas do inquérito policial-militar (fls. 111/144).

Em sua contestação, a R. inicialmente suscita duas preliminares, a saber:

a) carência da ação, sob o fundamento de que os As. baseiam sua pretensão em alegados direitos que decorreriam - de fatos que foram julgados inexistentes pela Justiça Militar, posto que nos autos do inquérito policial-militar instaurado para apuração dos fatos, o Exmo. Sr. Juiz Auditor, acolhendo promoção do Ministério Público Militar, em decisão fundamentada, houve por bem - determinar o arquivamento do processo, Sob tal fundamento, pede a R. a extinção do processo, a teor dos artigos 267 e 329 do Código de Processo Civil;

b) inépcia da inicial, sob o fundamento do que os As. na verdade pleiteiam uma condenação consistente na obrigação

fls 312

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

salvo o direito regressivo contra os causadores do dano".

Entendem que a prisão de Vladimir Herzog efetivou-se de modo arbitrário, ao completo arrepio das normas que regulam a matéria, especialmente a do artigo 153, § 12, da Constituição Federal, que determina:-"Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita da autoridade competente", acrescentando que a "prisão será imediatamente comunicada ao juiz competente, que a relaxará, se não for legal". Dizem que sua prisão não foi em flagrante, nem por ordem escrita de qualquer autoridade e que dela não se deu ciência à autoridade competente.

Por outro lado, determina o art. 59 da Lei de Segurança Nacional (Decreto Lei nº. 898, de 29 de setembro de 1969)-"Durante as investigações policiais o indiciado poderá ser preso pelo encarregado do inquérito até trinta dias, comunicando-se a prisão à autoridade jurídica competente", concluindo os As. de tal texto que a lei condicionou a prisão à existência de um inquérito e de um indiciado, requisitos que inexistiram para a prisão de Vladimir Herzog.

Sustentam também os As. que a R. através de seus funcionários, perpetrou inominável desrespeito ao artigo 153, par. 14, da Constituição Federal, que impõe a todos as autoridades o respeito à integridade física e moral do detento e que os prepostos da R. que assim agiram, cometeram abuso de autoridade, crime definido nos artigos 3º e 4º da Lei nº. 4 898, de 09 de dezembro de 1965.

Finalmente, os As. sustentam que sofreram prejuízos morais e materiais.

Os morais consistentes nos cruéis sofrimentos que tiveram de suportar em face das circunstâncias da morte de seu marido e pai, danos morais êsses que os As. entendem indenizáveis em nosso direito.

Os materiais decorrentes do fato de terem sido privados da assistência material que Vladimir Herzog lhes prestava.

Assim, pedem a procedência da presente ação para que êste Juízo declare "aresponsabilidade da União Federal pela prisão arbitrária de Vladimir Herzog, pelas torturas a que foi submetido e por sua morte e a consequente obrigação de in-

fls 335

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

no PCB, induz à conclusão de que Vladimir Herzog repudiou sua suposta confissão;

e)-espanta que Vladimir tenha cometido suicídio, quando suas atividades, como literalmente proclamou a nota do Comando do II Exército, "não faziam supor o gesto de extremo por ele tomado" ;

f)-causa maior perplexidade haver êle se servido para suicidar-se, do cinto do macacão que usava, - quando Rodolfo Osvaldo Konder esclareceu que " o macacão que lhe deram para vestir nas dependências do DOI, A EXEMPLO DE TODOS OS OUTROS, não tinha cinto" , dúvida que se torna maior para os As., quando consideram ser praxe secularmente estabelecida em dependências policiais, privarem-se os detentos de quaisquer instrumentos com que possam atentar contra a própria vida, ou de terceiros.

Através dessa análise e mais a que vier a ser elaborada em decorrência de outros fatos a serem comprovados ouranta e instrução, pretendem os As. demonstrar que seu marido e pai não se suicidou, mas foi assassinado por seus algozes, ou, pelo menos, morreu em consequência das torturas de que foi vítima e que seu suicídio, se ocorreu, não foi voluntário, como pretende a versão oficial, mas efeito dos maus tratos a que o submeteram seus carcereiros.

A seguir, alinham os As. os fundamentos jurídicos de sua pretensão.

Invocam em primeiro lugar, o artigo 107 da Constituição Federal, o qual estabelece que-: "as pessoas jurídicas de direito público responderão pelos danos que seus funcionários, nessa qualidade, causarem a terceiros" e também seu artigo 108, pelo qual a responsabilidade decorre de atos praticados por funcionários de quaisquer dos poderes da União.

Lembram, outrossim, o artigo 15 do Código Civil que, antes de previsão constitucional nêsse sentido, já fixava a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público, nos seguintes termos:- " as pessoas jurídicas de direito público são civilmente responsáveis por atos dos seus representantes que nessa qualidade causem danos a terceiros, procedendo de modo contrário ao direito ou faltando a dever prescrito por lei ,

estava sentando na mesma cadeira, com o capuz enfiado na cabeça , mas agora me parecia particularmente nervoso, as mãos tremiam muito e a voz era débil".

Ressaltam também os As. que, no mesmo depoimento, respondendo a algumas perguntas que lhe foram feitas pelas pessoas presentes , disse Rodolfo Osvaldo Konder:-

"Que o declarante, da mesma forma que todos os outros presos que teve oportunidade de ver nas dependências do DOI, foi deixado apenas com o macacão, o capuz e os sapatos, sendo que das pessoas que usavam sapatos com cordão para amarrar, os cordões eram retirados, não ficando qualquer instrumento que pudesse ser usado contra a vida. Que quando iniciou-se a tortura de Vladimir o declarante, estando na sala ao lado, chegou a ouvir sons de pancadas que lhe eram desferidas".

Depois de relatar todos esses fatos, os As. passam a analisá-los para o fim de, em conjunto com outras provas a serem produzidas durante a instrução, procurar demonstrar a procedência de seu pedido.

Dizem inicialmente que a nota do Comando do II Exército, que anunciou a morte de Vladimir Herzog, não retrata com fidelidade os fatos ocorridos nas dependências do DOI, no dia 25 de outubro, porque:-

a)-embora Vladimir Herzog tenha comparecido espontaneamente às dependências do DOI/CODI, em ali chegando foi imediatamente preso, como faz ver as declarações prestadas por Rodolfo Osvaldo Konder e o laudo de encontro de cadáver, no qual está consignado que o mesmo foi encontrado, vestido de um macacão verde, indumentária que, à toda evidência, só é fornecida às pessoas que se encontram em regime de prisão;

b)-nas dependências do órgão, submeteram o detento a torturas, que lhe foram inflingidas visando à colheira de informações acerca de suas supostas atividades no Partido Comunista Brasileiro;

c)-apenas depois de cruelmente torturado, Vladimir redigiu a declaração anteriormente referida;

d)-o fato de haver rasgado o papel em que lançou declaração admitindo sua participação como militante no

fls 309

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

interrogadores e levou a mim e ao Duque Estrada a uma sala de interrogatório no andar térreo, junto à sala em que nós nos encontravamos. Vladimir estava lá, sentado numa cadeira, com o capuz enfiado e já do macacão. Assim que entramos na sala, o interrogador mandou que tirassemos os capuzes, - por isso nós vimos que era Vladimir, e vimos também o interrogador, que era um homem de trinta e tres a trinta e cinco anos, com mais ou menos um metro e setenta e cinco de altura, uns 65 quilos, magro mas musculoso, cabelo castanho claro, olhos castanhos apertados e uma tatuagem de uma âncora na parte interna do antebraço esquerdo, cobrindo praticamente todo o antebraço. Ele nos pediu que dissessemos ao Vladimir " que não adiantava sonegar informações". Tanto eu como Duque Estrada, de fato, aconselhamos Vladimir a dizer o que sabia, inclusive por que as informações já tinham sido dadas por pessoas presas antes de nós. Vladimir disse que não sabia de nada e nós fomos retirados da sala e levados de volta ao banco de madeira onde antes nos encontravamos, na sala contígua. De lá, podíamos ouvir nitidamente os gritos, primeiro do interrogador e depois de Vladimir e ouvimos quando o interrogador pediu que lhe trouxessem a "pimentinha" e solicitou ajuda de uma equipe de torturadores. Alguém ligou o rádio, e os gritos de Vladimir se confundiam com o som do rádio. Lembro-me bem que durante esta fase o rádio dava a notícia de que Franco havia recebido a extrema-unção, e o fato me ficou gravado, pois naquele mesmo momento Vladimir estava sendo torturado e gritava. A partir de um determinado momento, a voz de Vladimir se modificou como se tivessem introduzido alguma coisa em sua boca; sua voz ficou abafada, como se lhe tivessem posto uma mordaça. Mais tarde os ruídos cessaram. Depois do almoço, não sei exatamente a que horas, o mesmo interrogador veio me perguntar sobre uma reunião política na minha casa, realizada em 1972, com a presença de um homem de cabelos grisalhos. Eu não me lembrava dessa pessoa, embora lembrasse de um único encontro realizado em minha casa naquele ano, com a presença de uma outra pessoa, esta de cabelos escuros. O interrogador saiu novamente da sala e dali a pouco voltou para me apanhar pelo braço e me levar até a sala onde se encontrava Vladimir, permitindo mais uma vez que eu tirasse o capuz. Vladimir es-

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

sentado num banco com o macacão e o ca - puz. Fiquei cerca de uma hora esperando, tempo que eu não posso calcular com certeza por terem me tirado o relógio e fui chamado para o interrogatório. Fui levado para o primeiro andar, pois estava no térreo, e alguém começou a me fazer perguntas sobre minhas atividades políticas. Esta pessoa eu não posso identificar porque eu estava com o capuz na cabeça. Ela começou a se exasperar e me fazer ameaças, porque não estava satisfeita com as respostas que eu dava, e chamou umas duas pessoas para a sala de interrogatório, pediu a uma delas que trouxesse a "pimentinha", que é uma máquina de choques elétricos e a partir daí eu comecei a ser torturado. Uma pessoa que mais tarde pela voz eu identifiquei como o chefe da equipe, e era forte, barrigudo, moreno de cara raspada. Este homem me batia com as mãos e gritava que êle era um anormal, o que eu achei muito estranho. Depois instalaram nas minhas mãos, amarrando no polegar e no indicador as pontas de fios elétricos ligados a essa máquina; a ligação era nas duas mãos e também nos tornozelos. Obrigaram-se a tirar os sapatos para que os choques fossem mais violentos. Enquanto o interrogador girava a manivela, o terceiro membro da equipe, com a ponta de um fio, me dava choques no rosto, por cima do capuz e às vezes na orelha, para isso levantando um pouco o capuz, para que o fio alcançasse a orelha. Para se ter uma idéia de como os choques eram violentos, vale a pena registrar o fato de que eu não pude me controlar e defequei, e frequentemente perdia a respiração".

.....

"No sábado de manhã, percebi que Vladimir Herzog tinha chegado. Como o capuz é solto, por baixo dêle, quando a vigilância não é severa, pode-se ver os pés das pessoas que estão perto. Ao meu lado estava sentado George Duque Estrada, do "Estado de S. Paulo", e eu comentei com êle que Vladimir Herzog estava ali presente, isto porque Vladimir Herzog era muito meu amigo e nós compravamos sapatos juntos, e eu o reconheci pelos sapatos. Algum tempo depois Vladimir foi retirado da sala. Nós continuamos sentados lá no banco, até que veio um dos interro

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

nas dependências do Destacamento de Operações de Informações;- no primeiro dos dois encontros, aconselhou a VLADIMIR a não negar seu envolvimento na militância do P.C.B., pois as autoridades militares já tinham conhecimento dos fatos que estavam sendo investigados;
b)- que, no segundo encontro, ocorrido após o almoço daquele dia, VLADIMIR já, realmente, havia confessado sua participação na militância do PCB, e essa testemunha foi chamada para esclarecer certos detalhes daquele depoimento;
c)- que não ouviu qualquer comentário, no Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna, de que a morte de VLADIMIR teria ocorrido senão por suicídio;
d)- que sabia que VLADIMIR, já há algum tempo, fazia tratamento psiquiátrico".

Afirmam os As., entretanto, que Rodolfo Osvaldo Konder compareceu espontaneamente, às 16,10 hs. do dia 7 (sete) de novembro de 1975, ao Escritório de Advocacia dos Drs José Carlos Dias, Maria Luiza Flores da Cunha Bierrenbach, José Roberto Leal de Carvalho e Arnaldo Malheiros Filho, situado nesta Capital e, ali, na presença dos titulares do Escritório, do Dr. Prudente de Moraes, neto, do Professor Gofredo da Silva Telles Júnior, do Dr. Hélio Pereira Bicudo edo Padre Olivo Caetano Zolin, prestou declarações que esclarecem circunstâncias relacionadas à prisão e morte de Vladimir Herzog.

De tais declarações, prestadas por Rodolfo Osvaldo Konder, datilografadas em instrumento assinado pelo declarante e pelas pessoas presentes, os As. destacaram em sua inicial os seguintes trechos:-

" Às seis horas da manhã do dia vinte e quatro de outubro do corrente, tocaram a campainha de minha casa e quando fui atender, vi que eram tres agentes da Polícia, os quais me disseram que eu deveria acompanhá-los para prestar alguns esclarecimentos. Fui levado numa caminhonete até as dependências do DOI, na Rua Tomas Carvalhal, 1030, endereço êste que vim a conhecer posteriormente. Na entrada colocaram-me um capuz de pano preto na cabeça e me levaram para o interior do DOI. Lá dentro me fizeram tirar a roupa e me deram um macacão do exército, e eu fiquei senta

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

E, mencionando que o laudo de exame necroscópico a que, no Instituto Médico-Legal do Estado, foi submetido o cadáver de Vladimir Herzog, os As. anotam que o corpo foi enviado ao Necrotério do Instituto Médico-Legal, não mais envolto no macacão a que se aludiu, mas vestido de calça marrom, camisa, blusão e "pull-over".

Depois de realçar esses aspectos dos documentos que trouxeram à colação, continuam a aduzir os fatos que servem de fundamento à sua pretensão.

Assim, afirmam os As. que de tal maneira a morte de seu marido e pai sensibilizou a opinião pública, que, através da Portaria nº. 03-SJ, de 30 de outubro de 1975, o General Comandante do II Exército determinou a instauração de um inquérito policial-militar, destinado a apurar "as circunstâncias em que ocorreu o suicídio do jormalista Vladimir Herzog, nas dependências do Destacamento de Operações de Informações do Centro de Operações de Defesa Interna do II Exército". Nêsse ponto os As. mostram estranheza pelo fato do inquérito ter sido ordenado para apurar o suicídio , sustentando que a linguagem mais adequada seria a instauração do mesmo para a apuração das circunstâncias da morte de Vladimir Herzog, posto que,assim,evitar-se-ia qualquer diretriz ao encaminhamento das investigações.

Nêsse inquérito concluiu-se que:- " a morte de Vladimir Herzog ocorreu por voluntário suicídio, por enforcamento, não havendo, destarte, sido apurado qualquer crime previsto no Código Penal Militar, nem transgressão disciplinar prevista nos Regulamentos Militares".

Citam os As.,em seguida, "in verbis" o ítem 19 do Relatório do General presidente do inquérito policial-militar aludido:-

> "19 - A testemunha RODOLFO OSWALDO KONDER, também detido no Destacamento de Operações de Informações para investigações à época em que ocorreu o fato objeto do presente IPM, declarou à fls 20:-
> a)- que esteve, por duas vezes, no dia 25 de outubro, a primeira das quais juntamente com o jornalista GEORGE BENIGNO JATAHY DUQUE ESTRADA, também preso, em confronto com VLADIMIR HERZOG ,

fls 305

PODER JUDICIÁRIO
JUÍZO FEDERAL
SEÇÃO DE SÃO PAULO

No dia 25 de outubro de 1975, por volta das 08 horas da manhã, Vladimir Herzog, cumprindo a determinação que lhe fora feita na noite anterior, compareceu à sede do DOI/CODI, situada nesta Capital, à Rua Tomas Carvalhal, nº... 1 030 e, ao fim da tarde do mesmo dia, o Comando do II Exército - fez distribuir uma nota que, amplamente divulgada pela imprensa, comunicava a morte de Vladimir Herzog. Tal nota afirmava, em síntese, que: - no curso de diligências realizadas na área do II Exército com o objetivo de apurar atividades do Comitê Estadual do Partido Comunista, Vladimir Herzog fora apontado como integrante de uma célula de base daquela agremiação; convidado a prestar esclarecimentos sobre sua militância política, Vladimir apresentou-se, tendo sido tomadas por termo suas declarações; depois da relutância inicial, foi acareado com seus delatores e por êles aconselhado a dizer a verdade; em seguida, admitiu exercer atividades no Partido Comunista Brasileiro; por volta das 15 horas, deixado sòzinho em sala, redigiu declaração, dando conta de sua militância no Partido Comunista; aproximadamente às 16 horas, ao ser procurado na sala onde ficara, foi encontrado morto, enforcado com uma tira de pano; o papel, contendo suas declarações, estava rasgado em pedaços, fato que, entretanto, não impediu sua reconstituição; solicitada à Secretaria de Segurança Pública a necessária perícia, foi pelos técnicos constada a ocorrência de suicídio, sendo que o oitavo ítem da nota afirmava ainda que as atitudes do Sr. Vladimir Herzog desde a sua chegada ao órgão do II Exército, não faziam supor o gesto extremo por êle tomado.

Fazendo menção ao relatório técnico do local onde se encontrava o cadáver de Vladimir Herzog, elaborado pela Secretaria de Segurança Pública por requisição do Capitão Ubirajara do DOI/CODI, os As. destacam os seguintes pontos:

a) o cadáver de Vladimir Herzog foi encontrado junto à janela, "em suspensão incompleta e sustido pelo pescoço, através de uma cinta de tecido verde".

b) o traje que vestia o cadáver" compunha-se de um macacão de tecido igual ao da referida cinta".