

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Repositório de jurisprudência autorizado pelos Registros ns. 8/85
do Supremo Tribunal Federal e 18/91 do Superior Tribunal de Justiça.

ANO XXVIII — 4º trimestre 2002 — N. 100
Florianópolis — SC
2003

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral
do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,
a cargo da Divisão de Documentação
da Diretoria de Documentação e Informações,
com circulação nacional.

Os acórdãos selecionados para publicação correspondem, na íntegra, às cópias obtidas nas secretarias do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Diretor: Des. Antonio Fernando do Amaral e Silva
Comissão de Jurisprudência:

Des. Alberto Luiz da Costa — Presidente
Des. Anselmo Cerello
Des. Pedro Manoel Abreu
Des. José Trindade dos Santos
Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi
(de acordo com a Portaria n. 170/98)

Diretor de Documentação e Informações:

Almir Tadeu Peres

Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar
Rua Álvaro Millen da Silveira, n. 208
Caixa Postal 427
88020-901 — Florianópolis — SC
Telefone/Fax (48) 221-1153
E-mail: divdoc@tj.sc.gov.br

Tiragem: 2.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 — Trimestral

repositório autorizado sob n. 8/85—STF e 18/91—STJ

periodicidade irregular de 1891 a 1972

1. Direito — Periódico. I. Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

SUMÁRIO

| | |
|---|----------|
| COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA | V |
| APRESENTAÇÃO | 1 |
| DOCTRINA | |
| A formação, os desafios e o perfil do jurista orgânico no novo milênio — Pedro Manoel Abreu, Desembargador..... | 5 |
| O novo Código Civil e aspectos do Direito do Consumidor — Carlos Alberto Silveira Lenzi, Desembargador | 31 |
| Jurisdição civil e competência: aspectos da organização judiciária no Brasil e em Santa Catarina — Nelson Juliano Schaefer Martins, Desembargador | 39 |
| JURISPRUDÊNCIA CÍVEL | |
| Apelações Cíveis em Mandados de Segurança | 89 |
| Apelações Cíveis | 108 |
| Agravos de Instrumento..... | 301 |
| Agravo Regimental na Suspensão de Liminar | 355 |
| Ação Rescisória..... | 363 |
| Embargos Infringentes..... | 371 |
| JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL | |
| <i>Habeas Corpus</i> | 385 |
| Apelações Criminais | 418 |
| Recurso Criminal | 535 |

JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

| | |
|--------------------------------------|-----|
| Recursos Extraordinários | 543 |
| Agravo no Agravo de Instrumento..... | 547 |

JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

| | |
|--|-----|
| Recursos Especiais | 553 |
| Recurso Ordinário em Mandado de Segurança..... | 559 |

1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

| | |
|--|-----|
| Pedidos de Suspensão de Liminar..... | 567 |
| Agravo no Pedido de Suspensão de Liminar | 582 |

2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

| | |
|------------------------------------|-----|
| Recursos Especiais Cíveis | 591 |
| Recursos Especiais Criminais | 597 |
| Recurso Extraordinário Cível..... | 602 |

| | |
|-----------------------------|------------|
| ÍNDICE NUMÉRICO..... | 607 |
|-----------------------------|------------|

| | |
|--------------------------------|------------|
| ÍNDICE POR ASSUNTO..... | 613 |
|--------------------------------|------------|

COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
(setembro de 2003)

TRIBUNAL PLENO

Presidente

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA

Primeiro Vice-Presidente

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Segundo Vice-Presidente

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Terceiro Vice-Presidente

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Corregedor-Geral da Justiça

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Vice-Corregedor-Geral da Justiça

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. José MAZONI FERREIRA

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES

CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 10h — Local: 10º andar

Des. Antonio Fernando do AMARAL E SILVA — Presidente
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR — Corregedor-Geral da Justiça
Des. ALBERTO Luiz da COSTA — 1º Vice-Presidente
Des. João Eduardo SOUZA VARELLA — Vice-Corregedor-Geral da Justiça
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — 2º Vice-Presidente
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — 3º Vice-Presidente
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

SEÇÃO CIVIL

Sessões: última quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: Auditório do Tribunal Pleno

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. ANSELMO CERELLO
Des. CARLOS PRUDÊNCIO
Des. PEDRO MANOEL ABREU
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. José MAZONI FERREIRA
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. FERNANDO CARIONI
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente
Des. ANSELMO CERELLO
Des. NEWTON TRISOTTO
Des. VOLNEI Ivo CARLIN
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS
Des. VANDERLEI ROMER
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU
Dr. NEWTON JANKE
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente
Des. José TRINDADE DOS SANTOS
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ
Des. FERNANDO CARIONI
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO CIVIL

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José MAZONI FERREIRA
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. CARLOS PRUDÊNCIO — Presidente
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: 2º andar

Des. José MAZONI FERREIRA — Presidente
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL

Sessões: segundas-feiras — Horário: 13h30min — Local: Hall Superior

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO — Presidente
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza
Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Presidente
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. PEDRO MANOEL ABREU — Presidente
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS
Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente

Des. FERNANDO CARIONI

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: quintas-feiras — Horário: das 9h30min às 12h, com reinício às 14h
— Local: Hall Superior

Des. VOLNEI Ivo CARLIN — Presidente

Des. VANDERLEI ROMER

Dr. NEWTON JANKE

SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: segundas-feiras — Horário: 14h — Local: 2º andar

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Sessões: sextas-feiras — Horário: 14h — Local: Hall Superior

Des. ANSELMO CERELLO — Presidente

Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU

Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ (substituindo o Des. RUI Francisco Barreiros FORTES)

CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS

Sessões: última quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. Des. JORGE MUSSI — Presidente

Des. José GASPAS RUBIK

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES

Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE)

Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER (substituindo o Des. Souza Varella)

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h —
Local: Hall Superior

Des. Des. JORGE MUSSI — Presidente
Des. José GASPAS RUBIK
Des. SOLON D'ÊÇA NEVES
Dr. José Carlos CARSTENS KÖHLER (substituindo o Des. Souza Varella)

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL

Sessões: terças-feiras — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h —
Local: Hall Superior

Des. SÉRGIO Torres PALADINO — Presidente
Des. IRINEU JOÃO DA SILVA
Des. José Antônio TORRES MARQUES
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS (substituindo o Des.
MAURÍLIO MOREIRA LEITE)

CÂMARA CIVIL ESPECIAL

Sessões: quintas-feiras — Horário: 10h — Local: Hall Superior

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Dr. VICTOR
José Sebem FERREIRA)

JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO
Dr. JAIME RAMOS
Dra. MARIA DO ROCIO Luz SANTA RITTA
Dr. JORGE Henrique SCHAEFER MARTINS
Dr. NEWTON JANKE
Dr. VICTOR José Sebem FERREIRA
Dr. JOSÉ CARLOS CARSTENS KÖHLER
Dr. DIONÍSIO JENCZAK
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL
Dra. SÔNIA MARIA SCHMITZ
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA

JUÍZES CORREGEDORES

Dr. PAULO HENRIQUE MORITZ MARTINS DA SILVA
Dr. ROBERTO LUCAS PACHECO
Dra. SORAYA NUNES LINS BIANCHINI

CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA

ARI DORVALINO SCHÜRHAUS

DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO

SÉRGIO GALLIZA

DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

APRESENTAÇÃO

A revista *Jurisprudência Catarinense* chega ao seu centésimo volume, decorridos vinte e sete anos de sua primeira edição.

A publicação trimestral retrata o pensamento do Tribunal de Justiça de Santa Catarina na aplicação do Direito e da Lei no caso concreto, sempre amparada no dedicado estudo de magistrados, membros do Ministério Público e advogados que labutam em nosso Estado.

Importante sublinhar que desde 1985 é ela reconhecida como repositório autorizado de jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, pelo registro n. 8/85 e, a contar de 1991, pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do registro n. 18/91.

Assim, tem-se firmado como uma das mais conceituadas revistas jurídicas do País, que muito orgulha e engalana o Estado de Santa Catarina.

Resgatando sua história, acompanha o presente volume, em meio eletrônico, o conteúdo de todas as suas edições anteriores, possibilitando o exame da evolução interpretativa da Corte catarinense na busca da correta distribuição da Justiça, em que preponderante a defesa da civilização e dos valores humanos.

Des. Amaral e Silva,
PRESIDENTE

DOCTRINA

A FORMAÇÃO, OS DESAFIOS E O PERFIL DO JURISTA ORGÂNICO NO NOVO MILÊNIO

Pedro Manoel Abreu *

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, seus objetivos e o perfil do jurista brasileiro; 3. A globalização, o novo milênio e a ciência jurídica; 4. O profissional do futuro; 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

1. Introdução

No presente trabalho, enfoca-se inicialmente a ideologia que inspirou a criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, seus objetivos e a deformação positivista do nosso operador jurídico.

Num segundo plano, situa-se o fenômeno da globalização neoliberal como um dos fundamentos da crise social e econômica do país e do mundo, traçando um perfil do profissional do futuro e culminando com a perspectiva de uma atuação orgânica do operador jurídico, diante da complexidade de nossa realidade, até como uma forma de resgate da cidadania.

* O autor é Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina — UFSC e Desembargador do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

2. A criação dos Cursos Jurídicos no Brasil, seus objetivos e o perfil do jurista brasileiro

A produção do conhecimento jurídico no Brasil teve dois grandes momentos. No Império, em primeiro plano, a ideologia jusnaturalista¹, de matriz teológica, “voltada para a sua visão como dever-ser-idealizado”. “O método dominante vinculado à revelação dogmática, desconhecendo a observação empírica”. O segundo, no final do século XIX, coincidindo com o início da propaganda do ideário republicano e posterior proclamação da República, “quando o positivismo e o evolucionismo adentraram o conhecimento e o ensino jurídicos brasileiros”².

O jusnaturalismo³, em nível epistemológico, foi a corrente teórica vigente durante todo o período da Colônia e quase todo o Império. Somente nos estertores deste é que essa hegemonia passou a ser quebrada, dessa feita pelas idéias positivistas no Sul do país e evolucionistas no Nordeste⁴.

Antítese do positivismo, reducionista, o jusnaturalismo coloca o Direito fora da sociedade, construindo “uma visão de mundo unívoca, consensual e não democrática”. O jusnaturalismo, na verdade, tem sido utilizado historicamente “tanto para legitimar o poder estabelecido como para justificar os movimentos de resistência às ditaduras”⁵.

1 O jusnaturalismo, na acepção de Rodrigues, está fundado na revelação dogmática, sem observação empírica. “O conhecimento produzido tem como objeto o dever-ser-ideal”, dando ênfase à questão da legitimidade em nível metafísico. Estando estruturado sobre a crença em valores naturais ou transcendentais, imutáveis, “acaba confundindo o seu ideal ideológico com o Direito, que aparece na sua visão como algo dado. Ou seja, é ele — condicionado a abstrações ou fatores metafísicos — visto como padrão de julgamento do direito positivo, deslocando conseqüentemente a questão da sua validade para parâmetros a-históricos” (RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 113).

2 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p.113.

3 A fala da personagem Antígona, na tragédia homônima, em que contrariaria o édito do rei Creonte de manter insepulto o corpo do irmão Polinices, é sempre lembrada ao se enfocar o jusnaturalismo: “a tua lei não é a lei dos deuses; apenas o capricho ocasional de um homem. Não acredito que tua proclamação tenha tal força que possa substituir as leis não escritas dos costumes e os estatutos infalíveis dos deuses. Porque essas não são leis de hoje, nem de ontem, mas de todos os tempos: ninguém sabe quando apareceram” (SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução Millôr Fernandes. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996. p. 22).

4 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 114.

5 RODRIGUES, Horácio Wanderlei, p. 113-114. Para o autor, o jusnaturalismo é “incapaz de efetuar uma crítica consistente ao positivismo e embasar uma nova prática profissional. Sua proposta se esvai em princípios vagos, ambíguos e ineficazes. Se por um lado aquele tem um compromisso com o formal, de outro o jusnaturalismo tem um compromisso com

Concomitantemente, surgiu na França a Escola de Exegese, entre os cultores do Código Civil (1804), “proclamando que só o direito positivo tem valor, convertendo-se a intenção do legislador em critério hermenêutico único”⁶. Não havendo mais direito do que o direito estatal, para Bonnecase⁷ a Metodologia Jurídica torna-se acentuadamente lógico-dedutiva, concentrando as atenções nos seus elementos conceituais ou lógico-formais. Nesse viés, o direito uniu-se ao detentor do poder e à classe que o havia conquistado, assumindo o risco de transformar-se em sua voz⁸.

O século XIX “foi marcado pelo nascimento de idéias novas em todo o mundo e que romperam com a tradição jusnaturalista vigente”. Para Machado Neto⁹, o positivismo e o evolucionismo representam duas visões teóricas que resumem o conjunto de tendências emergentes que influenciaram agudamente a teoria jurídica no final do século, denotando em nosso meio “o influxo de uma relativa urbanização e modernização da vida social que, em pouco tempo, repercutiria no plano mais visível da vida política com a abolição da escravatura e a proclamação da República”¹⁰.

A cultura jurídica do século XIX, de outro vértice, foi marcada por formalista, retórica e ornamental, como sublinha Antônio Carlos Wolkmer, tendo o traço jurídicista, típico do liberalismo brasileiro. Essa vertente possibilitou a construção de uma ordem político-jurídica nacional. Primeiro, com a criação dos Cursos Jurídicos no Brasil e a consequente formação de uma elite jurídica própria. Em segundo lugar, com a edição de um notável arcabouço jurídico no Império (Constituição, vários códigos e leis)¹¹.

um ideal não bem explicitado. Resta esquecida, à margem, a realidade concreta, que no Brasil atual é deprimente. Ou seja, como teoria metafísica ele abstrai a juridicidade da história e a coloca em nível de idealismo. O seu método dogmático-dedutivo, por tentar aprender o Direito fora da realidade social, vendo-o como padrão de julgamento do direito positivo, não consegue conhece-lo em sua totalidade”. *Op. cit.*, p. 114.

- 6 Como contraponto a essa visão reducionista do direito, enfocado apenas como norma, consultar a obra clássica da Filosofia de Direito de REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 2ª ed., rev. atualiz. São Paulo : Saraiva, 1979.
- 7 Ver BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2e. éd. Rev. aug. Paris : Recueil Sirey, 1931. p.181, *apud* AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000. p. 14.
- 8 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. cit.*, p. 14. O autor, nesse contexto, pontua o pensamento de Paolo Grossi.
- 9 Ver MACHADO NETO, A L. A Filosofia do Direito no Brasil. In : CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As idéias filosóficas no Brasil : século XX*, parte II. São Paulo : Convívio, 1978. p. 11-37.
- 10 MACHADO NETO, A L, *apud* RODRIGUES, Horácio Wanderlei, p. 114.
- 11 WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1999, p. 65.

Os Cursos Jurídicos foram criados em 11 de agosto de 1827, simultaneamente em São Paulo e Olinda, tendo por finalidade capacitar bacharéis à formação de um corpo de funcionários públicos na administração imperial, assim como políticos, magistrados e advogados.

Mais do que isso, como assinala Rodrigues, foi uma opção política tendo duas funções básicas — “sistematizar a ideologia político-jurídica do liberalismo, com finalidade de promover a integração ideológica do estado nacional projetado pelas elites” e “a formação da burocracia encarregada de operacionalizar esta ideologia, para a gestão do estado nacional”¹².

Tais cursos, segundo Wolkmer, inspirados no modelo europeu (coimbrão) contribuíram para elaborar um pensamento jurídico ilustrado, cosmopolita e literário, distante da sociedade agrária e de grande parte da população excluída e marginalizada. A *Faculdade pernambucana* com tendência para a ilustração, pela erudição, acolheu a influência estrangeira do ideário liberal. A partir do século XIX, com a contribuição do germanismo, através de Tobias Barreto, absorveu uma cultura mais avançada, limitando a influência portuguesa e francesa. O tema jurídico passou a ser tratado numa perspectiva de pluralidade temática, reforçado por leituras naturalistas, biologists, cientificistas, historicistas e sociológicas. Já a *Academia de São Paulo* foi o cenário privilegiado do bacharelismo liberal e da oligarquia agrária paulista, trilhando na direção da militância política, do jornalismo, da “ilustração” artística e literária. Em suma: Recife preparou-se para formar homens de ciência, ao passo que São Paulo para a formação de grandes políticos e burocratas do Estado¹³.

Os objetivos originários que determinaram a criação dos cursos jurídicos no Brasil, para Rodrigues, ainda estão presentes, cumprindo três funções básicas — “a) A sistematização e divulgação da ideologia dominante, através da formação e reprodução do senso comum teórico dos juristas, exercendo o papel de aparelho ideológico e funcionando como uma forma de violência simbólica. b) A formação de técnicos em Direito para trabalharem como profissionais liberais, empregados na iniciativa privada ou burocratas e tecnocratas estatais. c) A constituição de um singular exército acadêmico de reserva”¹⁴.

12 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 13.

13 WOLKMER, Antônio Carlos. *Op. cit.*, p. 80-84.

14 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 17.

Com o advento do positivismo jurídico, influenciando e influenciado por Augusto Comte¹⁵, chegou-se, “à identificação da lei com o direito, ou da legalidade com a justiça”, na expressão de Plauto Faraco de Azevedo¹⁶.

O positivismo jurídico, para Dalmo de Abreu Dallari, embora desenvolvido no século XIX, foi uma aplicação degenerada de um processo muito antigo, enunciado por *Platão* e desenvolvido por *Aristóteles*, segundo o qual “um governo de leis é melhor do que um governo de homens”. Acrescenta que quando as revoluções burguesas dos séculos XVII e XVIII enterraram o absolutismo, trouxeram a bandeira do legalismo, que foi exaltada como garantia da justiça contra o arbítrio. Na clássica obra de *Montesquieu*, “Do espírito das leis”, está presente a idéia de que todos os seres humanos estão sujeitos a leis, que são expressões da razão. Sustentava a existência de uma lei política e uma lei civil, não sendo admissível um relacionamento humano fora da lei¹⁷.

Do positivismo jurídico resultou a atitude aparentemente descomprometida do jurista relativamente ao objeto e limites de seu trabalho, tornando-o infenso à problematização, alheando-se, no dizer de *Villey*¹⁸, “em saber a que servem”, pois simplesmente obedecem.

E Azevedo, apoiado em *Villey*, destaca como consequência do positivismo o abandono da vida jurídica à letra morta das leis, aos textos de jurisprudência ou ao arbítrio da força. O aviltamento voluntário do intérprete pode ser testemunhado pela convicção de muitos teóricos, na trilha kelseniana, de que o direito seria uma ciência neutra, uma ciência objetiva, sendo o jurista neutro ou irresponsável¹⁹.

Com a consolidação do legalismo jurídico, na vertente do normativismo kelseniano, entronizou-se, na ótica de Nelson Saldanha, a forma como critério de validade das normas, apagando-se a distinção entre legalidade e legitimidade²⁰, terminando por assimilar a justiça o critério de legalidade, desimportando o conteúdo das normas jurídicas, desde que consonantes com a norma fundamental. Nesse viés, o que passou a contar

15 Ver MATA-MACHADO, Edgard Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.

16 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 41.

17 DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996, p. 80-81.

18 Ver VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. 2.ed., Paris: Dalloz, 1962.

19 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Op. cit.*, p. 33.

20 SALDANHA, Nelson. A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 27, jan./mar. 1990, p. 178.

foi a efetividade das normas, “sua imposição por um poder efetivo, cuja forma de estabelecimento não vem ao caso, do ponto de vista da Ciência Jurídica”²¹.

Nessa vertente, prevaleceu, sobretudo no Brasil e na América Latina, o aspecto restritivo das idéias de Kelsen, a limitação gnoseológica, favorecedora da aceitação dos golpes de Estado, das quarteladas, de triste memória na história político-jurídica deste continente. Contribuiu, ademais, para sedimentar a cisão do discurso jurídico, que, a partir do positivismo-exegético, tem separado a Ciência do Direito de sua dimensão crítico-valorativa, de suas projeções sociais, e, logo, de seu assento histórico, “contribuindo ao seu isolamento das aspirações populares, conduzindo ao ceticismo decorrente da existência de duas verdades, a dos leigos e a dos juristas”²².

Nessa perspectiva histórica, o problema da educação jurídica no Brasil tem sido também um problema político-ideológico²³. Contemporaneamente, na percepção de José Eduardo Faria, a educação jurídica no Brasil caracteriza-se por não oferecer ao estudante o desenvolvimento de uma visão crítica da legislação e do Estado. “O ensino está voltado à perpetuação de uma visão lógica e harmônica do Direito, com a finalidade específica de homogeneizar, ideologicamente, a classe, com base nos interesses estatais”²⁴.

Todavia, para que se possa ter um ensino transformador é necessário que ele deixe de ser um aparelho ideológico do Estado, instância reprodutora, para transformar em *instância orgânica* de construção de um novo imaginário social criativo e comprometido com os valores maiores da maioria da população²⁵.

São notórias e antigas as críticas às formas tradicionais de positivismo legalistas, como acentua Ovídio Baptista da Silva, peculiares da civilização burguesa liberal, “produtoras de sistemas jurídicos que proclamam a defesa de liberdades e igualdades apenas abstratas e formais”, ao passo que permitem e protegem, na triste realidade social diária, “as

21 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1ª ed., 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000, p. 15-16.

22 AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Direito, justiça social e neoliberalismo*, p. 16. No tópico final o autor socorre-se do pensamento de *Raymundo Faoro*.

23 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 102.

24 FARIA, José Eduardo. *Sociologia jurídica : crise do Direito e práxis política*. Rio de Janeiro : Forense, 1984, p. 161.

25 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 199.

mais inomináveis desigualdades religiosas, econômicas, raciais e políticas”, retratadas numa tutela processual somente formal e retórica, “na medida em que, aceleradamente, distancia-se da vida social real, presa como está a um universo conceitual de muito superado”²⁶.

Alguns dos paradigmas prevalecentes em nossa cultura jurídica, timbrados em nossos cursos de Direito, são decorrentes de uma cultura tradicional conservadora, “cultivada pelos civilistas de formação ‘humanista’ e desenvolvida numa época em que era pequena a intervenção do setor público na vida social de um país cuja economia era eminentemente agroexportadora”, cujo processo de decadência deu-se a partir dos anos 50, com a expansão industrial²⁷.

Com a modernização socioeconômica do país, notadamente a partir da segunda metade dos anos 50, outros paradigmas foram “vinculados ao caráter normativista do positivismo de inspiração kelseniana”. Essa vertente implicou a concepção da cultura jurídica, segundo Faria, como um simples repertório de dogmas, atuando como um código latente determinante da natureza, do sentido e do alcance das atitudes, dos valores e das orientações dos seus operadores (advogados, promotores, juízes, delegados etc.). Essa circunstância tende a fazer do ensino jurídico um ensino exclusivamente profissionalizante e tecnicista, valorando os aspectos lógico-formais do direito positivo e enfatizando as tradicionais questões da legalidade, da validade da norma, da determinação do significado das regras, da integração das lacunas, da eliminação das antinomias etc.²⁸

Num cotejo histórico desses dois paradigmas, assinala Faria que cada vez mais o positivismo normativista vai invadindo o espaço ocupado pelo positivismo transcendente, incorporando-o apenas com o objetivo de utilizá-lo de maneira estereotipada como justificativa retórica da legitimidade de seus pressupostos lógicos e de suas prescrições formais. Em suma, à medida que o positivismo normativista avança tanto nos cursos de Direito quanto no universo profissional dos juristas, no limite ele

26 SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de Pequenas Causas*. Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1985. p. 20.

27 FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991. p. 85. Segundo o autor, “tais paradigmas estão ainda associados a um *positivismo transcendente*, de acordo com o qual o direito positivo é postulado como um direito natural inerente ao homem, integrante de sua personalidade e tão imutável quão universal em seus primeiros princípios, motivo pelo qual a lei e a ordem passam a ser os valores naturais básicos que se deveria preservar” (*Op. cit.*, p. 85).

28 FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais, p. 88.

se vale de uma “vulgata jusnaturalista” — sob a forma da defesa de um vago “humanismo” — para invocar a validade de sua função social²⁹.

Nessa conjuntura, o ensino e a ciência do Direito e a própria instância jurídica como um todo encontram-se em crise. Sucede que o mundo contemporâneo passa por uma séria tensão político-econômico-social, acompanhada de crises de legitimação do capitalismo e do socialismo real. A crise do capitalismo nos países do terceiro mundo, inclusive no Brasil, traz uma série de conseqüências complementares para as várias instâncias formadoras de suas estruturas, inclusive a jurídica. A utilização do Direito como instrumento de legitimação necessária à sobrevivência do sistema reforça sua própria crise³⁰.

O Direito, como norma, de certa forma é o instrumento de mediação das decisões políticas, aparecendo também, “como instância simbólica, como um dos elementos que dentro de uma sociedade plural e complexa busca omitir e encobrir as diferenças sociais, econômicas, políticas e culturais existentes”, ou seja, é utilizado para legitimar, “através de normas positivas e procedimentos formais, embasados retoricamente na igualdade e na liberdade, a existência de uma sociedade que na realidade apresenta-se desigual e autoritária”³¹.

De outro lado, na raiz da própria crise educacional do ensino jurídico há problemas conceituais, uma vez que o “ensino reproduz os equívocos políticos e epistemológicos presentes no conhecimento jurídico. O principal destes equívocos é a identificação do Direito com a lei, que transforma os cursos jurídicos em escolas de legalidade”³².

Essa visão positivista e normativista do operador jurídico, incorporada também pelo magistrado, é uma das raízes da crise do Poder Judiciário. Não fora a morosidade da atividade jurisdicional, soma-se a “aplicação silogística da legislação por grande parte da maioria dos juízes”, como fator crítico, levando a uma “descrença crescente da população com relação às instituições jurídicas”. Tanto o juiz como o advogado possuem a mesma deformação básica — “a posse de um conhecimento abstrato, marcado pelo individualismo, pela descontextualização histórica,

29 FARIA, José Eduardo. *Justiça e conflito: os juízes em face dos novos movimentos sociais*, p. 87-88.

30 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 20.

31 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 20.

32 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 38.

pela identificação entre lei e Direito, por uma concepção de sujeito de Direito desatualizada...”³³

Numa crítica direta a essa visão reducionista, Volnei Ivo Carlin sustenta que, no Brasil, os juízes normalmente desorientados e portadores de uma formação teórica superficial necessitam de princípios éticos para refletir acerca da aplicação do direito. Essa orientação, bem de ver, precisaria ser explicitada, “de sorte que seja o meio pelo qual a sociedade civil e a evolução das mentalidades influam decisivamente sobre o direito positivo”³⁴.

A par disso, a exigência de neutralidade (confundindo-a com imparcialidade), à falta de um conhecimento de melhor qualidade do fenômeno jurídico, leva os magistrados a se comportarem como servos da lei — pondo muitas vezes em contradição o que sentem e pensam e o Direito que têm de aplicar —, criando uma dissociação entre o profissional e o cidadão, contrariando em muitos momentos a expectativa popular, levando a uma crise de legitimação do Poder Judiciário. “Este passa a ser visto pela sociedade como uma burocracia distante dos seus anseios ou como um braço do poder político de plantão”³⁵.

Nessa tessitura, a partir de uma contextualização histórica, conclui-se que os paradigmas jusnaturalista e positivista têm sido as matrizes que justificaram e legitimaram as práticas jurídico-políticas e o nosso modelo de justiça pretérito e contemporâneo.

Todavia, “ambos são insuficientes para embasar uma verdadeira práxis jurídica em qualquer de suas variadas formas. A complexidade social contemporânea, principalmente nos países de terceiro mundo — co-

33 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 41. O autor, no texto, traça em relação ao magistrado, o mesmo perfil crítico traçado por Roberto Aguiar em relação ao advogado e à crise da advocacia, em *A crise da advocacia no Brasil*. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DA OAB, XIII, 1990, Belo Horizonte. *Anais...* Brasília : OAB, 1991. p. 447-455.

34 CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica: Ética e Justiça*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1996. p. 77. E conclui o autor: “É preciso, pois, admitir que o julgamento é uma combinação de natureza deontológica (operação da razão = legalidade) e teleológica (operação de ética = razão teleológica), pois as experiências do século XX mostram a fragilidade do raciocínio estritamente lógico e que pretende tirar conclusões de uma mecânica racional da lei, como se matemática fosse. Ora, o resultado da decisão deverá unir a argumentação da lógica à da ética”.

35 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p. 42.

mo é o caso do Brasil — não pode ser explicada e muito menos solucionada apenas por normas estatais ou ideais transcendentess³⁶.

O grande equívoco dessas teorias, incluindo a teoria marxista, é que através de seus métodos estáticos, ou de visão parcial do jurídico, “tentam apreender um objeto dinâmico — o Direito”³⁷, ignorando o fato de que o mundo é plural e polifônico e que o conflito é sua marca registrada. Dentro dele o direito positivo, como instrumento de controle social, vem perdendo rapidamente seu espaço. De igual sorte, o Direito entendido como instrumento de justiça social já não convence à sociedade que na sua maior parte encontra-se numa situação de desespero ascendente. “A justiça como ideal a ser atingido continua existindo, na maioria das vezes, apenas como recurso retórico de justificação de determinadas situações”³⁸.

O positivismo e jusnaturalismo são visões unitárias. Todavia, não há unidade no mundo. “A possibilidade de pensar e agir com relativa autonomia, inerente ao ser humano, gera necessariamente a diferença, o pluralismo e também o conflito. No caso específico do Direito a comprovação da existência de normatização extra-estatal (direito achado na rua, alternativo, insurgente) põe por terra qualquer possibilidade de falar-se em unidade de fonte (o Estado)”³⁹.

Como visto, a superação dessa visão unívoca (monista) do Direito e do sistema de justiça no horizonte pluralista da democracia parece ser o caminho prospectivo que se prenuncia para a sociedade brasileira nesse limiar do novo século.

36 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p.121. Conforme acentua o autor, “A condição *subumana* na qual se encontra a grande maioria da população brasileira é uma realidade que necessita de saídas concretas para as quais o Direito, dentro desses parâmetros clássicos, não encontra respostas. No entanto, positivismo e jusnaturalismo, em seus mais diversos matizes, têm sido, no Ensino jurídico brasileiro, as duas antíteses nas quais se têm centrado as discussões acadêmicas. O positivismo vem sendo o dominante praticamente desde o fim do Império, sendo o retorno do direito natural a forma tradicional pela qual os juristas têm tentado enfrentar as sucessivas crises do Direito. Mesmo as tentativas feitas pelas esquerdas, através da teoria crítica do Direito e do jusnaturalismo de combate (ou de resistência), têm caído, invariavelmente, no positivismo, através da primeira, e no idealismo através do segundo, não tendo conseguido superar essa dicotomia e apreender o fenômeno jurídico em sua totalidade dentro do momento histórico”.

37 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p.122.

38 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p.122.

39 RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Op. cit.*, p.122-123.

3. A globalização, o novo milênio e a ciência jurídica

O fenômeno da globalização, nesse final de milênio e no limiar de uma nova era, tem levado à perplexidade os estudiosos, pois parece subverter irremediavelmente os conceitos que alicerçaram o mundo da modernidade, estilhaçando utopias, erodindo as regras da economia, o conceito de Estado-nação e colocando em risco a própria democracia.

A humanidade perfaz a travessia para um novo ciclo de sua história, ancorada na barbárie e numa verdadeira revolução tecnológica. Vivemos um tempo de vertiginosa e agressiva transição de estruturas sociais e econômicas. O breve século XX, na expressão de Eric Hobsbawm⁴⁰, iniciando com a I Grande Guerra em 1914 e despedido precocemente em 1991, com o fim da Era Soviética, poderia ser resumido, como fê-lo o músico Yehudi Menuhin, como aquele que “despertou as maiores esperanças já concebidas pela Humanidade e destruiu todas as ilusões e ideais”⁴¹.

Não vivemos num tempo de reações, mas, principalmente, de criações. Não vivemos num tempo apenas de revoluções, mas de mutações, constata a Profa. Cármen Lúcia Antunes Rocha⁴². Aduz que se é certo que a modernidade já acabou e o pós-moderno precisa ser extraído da turbulência em que se converteram as relações humanas nestes últimos anos do século XX, é de se encarecer que o homem não acabou, nem suas necessidades, nem seus direitos.

Na visão crítica de Warat, esta cultura que está fenecendo, esta modernidade que está morrendo, como conjunto de normas e valores, como forma de socialização e como tipo histórico-social dos indivíduos, dando lugar à pós-modernidade, ao difícil, fragmentário e contraditório, “é um trânsito à procura do novo”, que “tem sempre tempo, formas, rumos imprevisíveis, que não permitem nunca que sejam esteriotipados no singular, acolhidos ocamente em nome de uma unidirecionalidade controlável”⁴³.

Para Paul Valéry, “duas coisas ameaçam o mundo: a ordem e a desordem”.

40 HOBBSAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX — 1914-1999*. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

41 *Apud* HOBBSAWN, Eric. *Op. cit.*, p. 12.

42 ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002.

43 WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III: O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.

A socióloga Susan Silbey rotulou o processo de globalização como “colonialismo pós-moderno”⁴⁴, discutindo a fundo as suas consequências e manifestações em escala planetária, como algo profundamente modificador das relações de poder nos tempos que correm.

Reinaldo Pereira e Silva observa que com o ingresso do Estado-nação no processo de globalização do mercado, sem outra preocupação a não ser a promoção do capital transnacional, não se duvida de que os poderes estatais sofram um gradativo fenecimento, perdendo, a política — pelo menos no plano interno —, o caráter de instância de deliberação macroeconômica, de condução de interesses sociais e de administração da transformação das relações entre capital e trabalho. Entretanto, acentua que o discurso da globalização não possui o condão de “anunciar o fim do Estado nacional”⁴⁵.

Na economia, a globalização tem operado o descontrole do sistema financeiro, trazendo profunda insegurança a todos os povos. Um dado impressionante é trazido pelo economista Ladislau Dowbor⁴⁶ sobre a especulação financeira. A circulação financeira internacional ultrapassou, em 1995, o trilhão de dólares por dia, para uma base de trocas efetivas de bens e serviços da ordem de 20 a 25 bilhões, o que significou trocas 40 vezes maiores do que as que seriam necessárias para cobrir atividades econômicas reais⁴⁷. Isso quer dizer, em linguagem simples, que o capital mundial está a serviço da especulação, transformando as bolsas de valores em verdadeiros cassinos, sem nenhum compromisso com a produção.

A gravidade do que sucede atualmente, segundo os analistas, é que na era do dinheiro volátil, os fluxos se tornaram mundiais, enquanto os instrumentos de regulação continuam no âmbito do Estado nacional. Por trás desta desarticulação está o descompasso entre a rapidez da evolução das técnicas e a relativa lentidão das transformações institucionais, gerando um amplo serviço econômico mundial sem nenhum controle ou regulação e uma perda global de governabilidade no planeta. Hoje, 500 ou 600 empresas transnacionais comandam 25% das atividades econômicas

44 SILBEY, Susan. *Law and society review*. Apud ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Globalização e o pluralismo jurídico. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter26.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002.

45 SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano* : a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil. São Paulo : LTR, 1998. p. 62.

46 DOWBOR, Ladislau. Da Globalização ao Poder Local – Pesquisa e Debate. *Revista da PUC-SP*, v. 7, n. 1 (8), 1996. O autor é Doutor em Ciências Econômicas pela Universidade de Varsóvia, professor titular da PUC de SP e do Instituto Metodista de Ensino Superior.

47 DOWBOR, Ladislau. *Op. cit.*, p. 2.

mundiais e controlam cerca de 80 a 90% das inovações tecnológicas. Estas empresas pertencem aos Estados Unidos, Japão, Alemanha, Grã-Bretanha e poucos mais, e constituem um poderoso instrumento de elitização da economia mundial⁴⁸.

Edmundo Lima de Arruda Júnior⁴⁹ anota alguns dados impressionantes acerca da concentração de riquezas, em nível global, que são desalentadores: O FMI e o Banco Mundial quadruplicaram as transferências Sul/Norte. Segundo dados da CEPAL, somente a América Latina transferiu ao Norte US\$ 14 bilhões em juros, por ano, no último triênio (tomando-se por base 1997). A fuga de capital da América Latina foi de cerca de 20 bilhões de dólares. Há real diminuição da renda *per capita* nos países periféricos, e crescente pauperização. Na década de 80/90 houve uma acumulação de capital sem precedentes, com conseqüente empobrecimento dos países do Sul, indicando a pior situação dos últimos 500 anos. Em 1980, 26,2% da população planetária concentrava-se no Norte, que detinha 73,8% da riqueza, enquanto que no Sul a população mundial correspondia a 73,8% detendo 22,9% do produto mundial. Em 1990 a população do Norte caiu para 24,2%, aumentando sua participação na riqueza para 83,1%, enquanto no Sul aumentou a população para 75,8%, decrescendo a riqueza para 16,9%. Em resumo: Em 1980, 1% dos mais ricos detinham 30.000 US\$/ano, e em 1990, 40.000 US\$/ano. 50% dos mais pobres em 1980 percebiam 1.200 US\$/ano; em 1990, 900 US\$/ano. No caso específico do Brasil, 50% da população economicamente ativa sobrevive com um salário mínimo de 64 US\$, equivalente, portanto, a menos de 900 US\$/ano.

Nesse contexto, Bobbio⁵⁰ anteviu a incerteza do futuro na perspectiva de tantas mudanças verificadas nas últimas décadas. Confessa-se, contudo, perplexo, descrendo dos novos paradigmas, como o da globalização. E com sinceridade diz que seria importante alguém, que não se achando perdido, continuasse a esperança de achar soluções.

Esse mundo novo globalizado em que vivemos, em profunda transformação, prenuncia uma nova relação entre o homem e o seu mundo, nas relações individuais e coletivas, tecendo novos rumos para a civilização e para a ciência jurídica.

48 DOWBOR, Ladislau. *Op. cit.*, p. 2.

49 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Direito e século XXI: conflito e ordem na onda liberal pós-moderna*. Niterói: Luam, 1997. p. 64-66.

50 BOBBIO, Norberto. *De Senectude*. Einaudi, 1996. *Apud* PINAUD, João Luiz Duboc. ARRUDA JÚNIOR, Edmundo de. *Op. cit.*

E se indaga: E o Direito, como fica nesse processo? — E os tribunais? — E o Judiciário? — Que normas vão, efetivamente, regular esse novo mundo em gestação? — Como serão impostas essas normas, com a feição de direito positivo, nas esferas internacionais e mesmo nacionais?

Os velhos princípios do Direito Internacional, público e privado, já parecem frágeis diante das realidades que se aproximam. É certo, todavia, que o Direito, como manifestação do poder social, vai continuar regulando a vida, em escala global, regional ou nacional, em um processo de adaptação que será tormentoso e a que os juristas de hoje não podem se alhear⁵¹.

O mundo, como aldeia global, vem apresentando novos e graves problemas. As questões socioeconômicas e políticas interligam-se. Há interações com a ecologia, com as novas realidades fundiárias, definições modernas do direito de propriedade, efetivação dos direitos e garantias individuais e coletivas, o direito dos consumidores, novos princípios na formação da família e o entrelaçamento das economias dos países em uma nova ordem, só para citar alguns exemplos. Desse modo, nova ordem mundial: novos paradigmas. Portanto, o Direito não pode e não deve ficar alheio a esse evoluir. Por sua vez, seu ensino e aprendizado também devem evoluir⁵², assim como o Judiciário e o profissional do Direito, sob pena de ficarem gravemente defasados dessa nova contextura.

Na percepção sensível do Professor Carlos Fernando Mathias⁵³, a humanidade está em plena fase da chamada terceira geração dos direitos do homem, vale dizer, dos assim designados *direitos de solidariedade*, como o *direito ao desenvolvimento*, o *direito ao patrimônio comum da humanidade* e o *direito ao meio ambiente*. Na mesma senda é a lição de Antônio Augusto Cançado Trindade⁵⁴, ao situar ao lado dos direitos civis e políticos (primeira geração), dos direitos sociais, econômicos e culturais

51 ROSA, Felipe. *Op. cit.*

52 LEÃO, Paulo Roberto Dantas de Souza. O ensino jurídico e sua aplicabilidade face à evolução do Direito. Disponível em: <http://neofito.com.br/artigos/art01/juridi19.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002. O autor é Professor da UFRN, da Escola Superior da Magistratura e do Centro de Aperfeiçoamento Funcional do Ministério Público do Rio Grande do Norte.

53 MATHIAS, Carlos Fernando. *Correio Brasiliense*, Brasília, jun. 1997, Caderno Direito e Justiça. *Apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. Disponível em: http://www.emap.com.br/doutrina_art.Diversos2.htm. Acesso em: 14 ago. 2002.

54 TRINDADE, Antônio Augusto Cançado, Titular da Corte Interamericana Humanos e ex-Presidente do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, *apud* TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*

(segunda geração), os direitos que, além de terem por valor supremo o homem, o focalizam sob o ângulo da fraternidade.

Nesse enfoque, projeta o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que o Poder Judiciário, como Poder ou atividade estatal, não pode mais manter-se equidistante dos debates sociais, devendo assumir seu papel de participante do processo evolutivo das nações, também responsável pelo bem comum, notadamente em temas como a dignidade humana, redução das desigualdades sociais, erradicação da miséria e da marginalização, defesa do meio ambiente e valorização do trabalho e da livre iniciativa. Co-partícipe, em suma, da construção de uma sociedade mais livre, justa, solidária e fraterna⁵⁵.

4. O profissional do futuro

Para o Professor Paulo Luiz Netto Lôbo, o profissional da advocacia não pode mais se conter no modelo de especialização, para o que tendia o ensino jurídico das últimas décadas. Exige-se um profissional versátil, de formação humanista e teórica sólida, apto a entender as mudanças sociais, políticas e econômicas, para o que o estrito conhecimento do direito positivo é insuficiente⁵⁶.

E acrescenta: “A formação interdisciplinar é imprescindível. O conhecimento sai cada vez mais de seus casulos epistemológicos e entrelaça-se com o que se produz em outros campos. Sacando exemplos, o advogado de família não pode desconhecer o que a psicanálise, a antropologia, as ciências biológicas, a bioética, a engenharia genética têm avançado em determinados aspectos das relações familiares. O advogado de empresa vê-se diante da superação dos direitos internos, ante o crescimento dos processos de integração das nações, levando-o a compreender melhor a política internacional e o comportamento feérico da economia. Para o penalista não basta a medicina legal, porque vê-se diante da crise penitenciária, das discussões sobre o direito penal mínimo, o que leva à necessidade de compreensão mais ampla da sociologia criminal ou da psicologia criminal”⁵⁷.

55 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*

56 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Educação e o Direito no III Milênio*, n. 138, abr./jun. 1998, p. 31-37. O autor é Doutor em Direito pela USP, Advogado, Professor e Diretor do Centro de Ciências Jurídicas da UFAL e Professor dos Cursos de Doutorado e Mestrado da UFPE.

57 LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Op. cit.*, conclusão, p. 37.

Lembra uma vez mais o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira que, com a globalização da economia e o surgimento dos blocos regionais (que não se esgotam na esfera econômica, mas compõem integração também social e cultural, com problemas comuns concernentes à proteção dos direitos humanos, às desigualdades sociais, ao combate ao tráfico e à degradação do meio ambiente), surgiu, como imperativo de segurança jurídica, um novo ramo do Direito, denominado *comunitário* ou *supranacional*, situado entre os contrafortes do Direito Interno e do Direito Internacional e com foros de autonomia, incluindo na sua principiologia a aplicabilidade direta e a supremacia das suas regras em relação às normas internas de cada Estado, flexibilizando o conceito tradicional de soberania quanto à idéia de supremacia absoluta da ordem jurídica interna⁵⁸.

E o juiz, como o profissional do direito, nesse contexto, “deixa de ser apenas juiz da ordem interna do seu respectivo país para integrar-se também na ordem comunitária, interpretando e aplicando as normas daquela e dessa, cumprindo destacar a singular e expressiva observação dos especialistas europeus no sentido de que a União Européia somente conseguiu implantar-se — e aí está uma das marcas do seu sucesso — no momento em que os países nela envolvidos compreenderam a indispensabilidade de um sistema jurídico bem corporificado a sustentá-la, com normas e Judiciário atuante”⁵⁹.

O mesmo tirocínio serve em relação ao MERCOSUL, cuja evolução é inegável nos planos político e econômico, estando a demonstrar aos profissionais do Direito a necessidade de uma formação ainda mais especializada, na perspectiva da adoção de uma estrutura judiciária supranacional.

Destaca José Renato Nalini, quando trata da escolha da profissão jurídica, que o profissional do Direito deverá submeter-se a uma preparação específica. O primeiro dever ético do profissional jurídico é o seu adequado preparo. “O profissional do Direito deve se empenhar num projeto de educação continuada. Não se satisfazendo com a escassa transmissão de conhecimento que obtém na faculdade. Nem com o casuísmo do estudo localizado para as necessidades momentâneas. Mas deve mergulhar no aprendizado permanente, derivado do estudo sistematizado e gradualmente aprofundado”. Aduz que constitui falta de ética grave a ig-

58 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*

59 TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *Op. cit.*

norância sobre temas cujo domínio é pressuposto na sua formação integral⁶⁰.

Enumera que ao profissional do Direito abre-se além das portas da magistratura, da advocacia e do Ministério Público, um universo mais amplo. “Pode ele dirigir-se às consultorias, à diplomacia, à política, à edição de obras jurídicas, à administração da Justiça”. Adverte que recai sobre os ombros do profissional do Direito a *responsabilidade sobre vida, haveres e reputações*. O erro de direito pode causar dolorosa injustiça. E a injustiça, dizia Piero Calamandrei, mesmo em doses homeopáticas, causa a morte⁶¹.

O advogado não pode ser apenas um técnico. Ele é *jurista*, no sentido abrangente da expressão. Deve pensar, meditar, refletir e aprofundar seus julgamentos, necessitando, para isso, de vasta cultura geral⁶². Na dicção de Humberto Grande⁶³, “O direito atual está exigindo cientistas do direito, investigadores objetivos dos processos jurídicos, sociólogos especializados, técnicos legiferantes, juízes de personalidade, e não meros leguleios, exegetas, hermeneutas, homens de lei no sentido antigo. O jurista deve saber elaborar a lei cientificamente, interpretá-la dentro de critérios lógicos e aplicá-la com o mesmo rigor metodológico”.

Numa crítica acerba às crenças normativistas, observa Warat, que o juiz deve fugir das amarras dos saberes modernos e de suas perversões. Acentua que “a modernidade formou especialistas *expertos* que adoram os saberes que os aprisionam, porém que detestam a gente destinatária desses saberes”. Denuncia que quase setenta por cento dos magistrados do mundo moderno “adoram administrar Justiça, aplicar as normas, porém detestam as partes (...); outro tanto ocorre com os médicos que adoram a medicina, sabem muito das doenças porém detestam os doentes, preferem inclusive trabalhar com os cadáveres, e os professores do mesmo jeito adoram saber, ensinar, contudo ignoram seus alunos, os desconhecem”⁶⁴.

60 NALINI, José Renato. A ética nas profissões jurídicas. *Revista dos Tribunais*, v. 731, p. 455-470, set. 1996.

61 CALAMANDREI, Piero, *apud* NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 462.

62 CALAMANDREI, Piero, *apud* NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 464.

63 GRANDE, Humberto. *A formação do jovem jurista*. Rio de Janeiro, 1957. *Apud* NALINI, José Renato. *Op. cit.*, p. 464.

64 WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, Alexandre. *Garantismo e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis : Habitus, 2002. p.15. Para Warat, as crenças normativistas, “o normativismo como ideologia da exegese, como garante efetivo dos direitos fundamentais são ineficazes, funcionam como se fossem promessas de

Para fugir do normativismo romântico — romanticismo jurídico da modernidade — assinala que precisamos de outros operadores jurídicos, “que cumpram mais uma função preventiva, pedagógica e facilitadora da concreção da cidadania”. E conclui:

“Terminaram os tempos em que se pensava que o cidadão é aquele que escolhe os representantes, que escolhe os órgãos que em seu nome realizariam sua cidadania. A modernidade inventou a cidadania por representação, a transmodernidade está decretando a sua morte, e a sua substituição por uma concepção que entende que ser cidadão é produzir por conta própria o sentido dos próprios direitos. Os sentidos de nossos direitos como cidadão não estão nos textos legais, passam pelos cuidados e as ações que realizaremos para outorgar-lhes sentido em nossa experiência existencial. Estamos falando de operadores preventivos (juízes, promotores, procuradores, advogados) que não garantam mais pelo uso da força o cumprimento dos direitos fundamentais”⁶⁵.

Para Paulo Roney Ávila Fagúndez, o operador jurídico deverá ter sensibilidade. “A racionalidade criou empecilhos para o desenvolvimento científico” e impôs uma conduta inteiramente divorciada da realidade das coisas. Por isso, deve o jurista ter consciência dos limites dos instrumentos que emprega para a resolução dos conflitos e que estão impregnados de ideologia. O Direito atual conserva a estrutura de poder, porque ele é sobretudo expressão de poder. O operador jurídico, pois, não deve conhecer apenas as regras jurídicas, mas sim incursionar pelas demais ciências⁶⁶. E acrescenta:

“O intérprete do Direito é como o crítico literário, vale dizer, está sempre em busca de um significado do texto. Qual o melhor significado? É aquele que contribui para a humanização da lei, que contribui para a promoção da verdadeira justiça. Os princípios, as normas e as decisões do sistema jurídico estão sempre pedindo uma interpretação, uma melhor resposta para o sofrimento humano. Busca-se, à luz da dogmática, a solu-

amor. Aquelas que formulam os amantes quando sabem que não poderão ser cumpridas. O mesmo acontece com as Constituições que incorporam, qual se fossem promessas de amor, a garantia de certos direitos de cumprimento impossível. As garantias além de sua expressão normativa, além das palavras de um texto, precisam de orçamento, vontade política para cumpri-las e participação social, que produza o sentido dessas garantias, realizando a sua cidadania. Faltando os requisitos aqui enumerados, limitando-nos às palavras dos textos legais, teremos garantias que funcionam como simples e impossíveis promessas de amor. Expressão de um normativismo romântico”.

65 WARAT, Luis Alberto. Apresentação fora das rotinas. *Op. cit.*, p.14.

66 FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo* : introdução a uma visão jurídica de integridade. São Paulo : LTr, 2000. p. 235-237.

ção dentro do sistema. Ocorre que o sistema é aberto, alumiado fundamentalmente pelos princípios jurídicos, que são verdadeiras pontes que unem a ciência jurídica às demais áreas do conhecimento”⁶⁷.

Assevera Cappelletti que a idade dos sonhos dogmáticos acabou. “A nossa modernidade está na consciência de que o processo, como o direito em geral, é um instrumento da vida real, e como tal deve ser tratado e vivido”⁶⁸.

O juiz do futuro, para Nalini, precisa ser o profissional da harmonização.

“Sem desconhecer a luta pelo direito, dele se espera seja sensível, capaz de condoer-se da sorte de seu semelhante, e, portanto, consciente das conseqüências concretas de sua decisão. Juiz interessado mais em solucionar os litígios do que em mostrar erudição. Empenhado em propiciar a autocomposição, sem pruridos para encaminhar uma saudável conciliação e menos preocupado em dizer a lei”⁶⁹.

O mundo é complexo, é plural, é multiforme, é heterogêneo, é polifônico, assim como a vida, a natureza, as pessoas, os grupos sociais, a sociedade humana, nas suas variegadas representações.

Nesse diapasão, tem razão Nalini⁷⁰ quando assevera que a heterogeneidade exige estudos também heterogêneos e intercomplementares. Por isso mesmo, o Direito não pode ser a única ciência humana a merecer atenção do juiz. “Ao contrário, ele precisará, cada vez mais, embrenhar-se no universo da Economia, da Administração, da Sociologia, da Psicologia, da Antropologia, da História”. Nesse horizonte, “não tem condições de resolver problemas humanos o profissional que só conhecer o direito”. Na verdade, o direito “não esgota a riqueza, nem a complexidade do mundo”, porquanto “há muitas outras galáxias a serem exploradas nas ciências, muito além da figura estelar do direito e de seu sistema planetário ancilar”.

E especificamente o juiz, qual deverá ser o perfil que se espera, na perspectiva de um Judiciário afinado com uma visão social e política do Direito?

67 FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Op. cit.*, p. 241.

68 CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba : Juruá, 1994. p. 30.

69 NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2 ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999. p.147-148.

70 NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. p. 146.

Há felizmente juízes que incorporaram um certo purismo ingênuo, quase quixotesco, de idealizar a magistratura numa perspectiva de missão de vida, de realização existencial, de inconformismo moral com a injustiça, assomando-lhe um ingrediente deontológico, filosófico e até espiritual. E por conta disso têm-se imbuído de uma resistência, que se poderia chamar de vital, para compreender esse contexto novo, na tentativa de divisar um quadro mais positivo em relação aos novos tempos.

Fala-se, hoje, em *judicialização da política*⁷¹, ingrediente novo a denunciar a importância do Judiciário na correlação de força dos poderes. Fala-se em *conspirata da magistratura*⁷², a evidenciar o relevo que assume o juiz como agente do poder político no Estado de Direito contemporâneo.

71 Tanto a *judicialização da política* como a *juridicização das relações sociais* são tópicos de uma pesquisa encomendada pela Associação dos Magistrados Brasileiros – AMB ao Instituto Universitário de Pesquisas do Rio de Janeiro – IUPERJ, sob a direção do sociólogo Luiz Werneck Vianna, que já resultou na edição de três publicações importantes: (1) *O perfil do magistrado brasileiro*. Projeto Diagnóstico da Justiça. Rio de Janeiro : AMB/Iuperj, 1996. 342 p. (2) *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1997. 334p. (3) *A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1999. 270p.

72 Dworkin, embora ressaltando que o Tribunal deva tomar decisões de princípio, não de política – “decisões sobre que direitos as pessoas têm sob nosso sistema constitucional, não decisões sobre como se promove o bem-estar geral” –, argumenta que o Direito é um empreendimento político, cuja finalidade geral, “é coordenar o esforço social e individual, ou resolver disputas sociais e individuais, ou assegurar a justiça entre os cidadãos e entre eles e seu governo, ou alguma coisa dessas alternativas” (DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000. p.101). Adverte que Learned Hand (Ver HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge : Mass.: Harvard University Press, 1958. p.73) preveniu de que não deveríamos ser governados por juízes-filósofos ainda que nossos magistrados fossem melhores filósofos. Aduz que essa ameaça, todavia, é e continuará a ser uma hipérbole. E justifica: “Chegamos a um equilíbrio em que o Tribunal desempenha um papel no governo, mas não, mesmo exagerando, o papel principal. Os juristas acadêmicos não prestam nenhum serviço ao tentar disfarçar as decisões políticas que esse equilíbrio atribui aos juízes. O governo por sacerdotes acadêmicos guardando o mito de alguma intenção original canônica não é melhor que o governo por guardiães platônicos em roupagens diferentes. O melhor que fazemos é trabalhar, abertamente e com boa vontade, para que o argumento nacional (*sic*) de princípio oferecido pela revisão judicial seja o melhor argumento de nossa parte. Temos uma instituição que leva algumas questões do campo de batalha da política de poder para o fórum do princípio. Ela oferece a promessa de que os conflitos mais profundos, mais fundamentais entre o indivíduo e a sociedade irão, algum dia, em algum lugar, tornar-se finalmente questões de justiça. Não chamo isso de religião nem de profecia. Chamo isso de Direito”. Nesse diapasão, “se os tribunais tomam a proteção de direitos individuais como sua responsabilidade especial, então as minorias ganharão em poder político, na medida em que o acesso aos tribunais é efetivamente possível e na medida em que as decisões dos tribunais sobre seus direitos são efetivamente fundamentadas”.

Por outro vértice, fala-se em *judicialização das relações sociais*, como também observa Luiz Werneck Vianna. Multiplicam-se as Varas de Execuções Penais, de Infância e Juventude e de Família. A sociedade procura no juiz um mega-assistente social, porque outras instituições e notadamente o Estado estão desertando de sua função social. O fenômeno novo do acesso à Justiça coloca o cidadão a defender os seus direitos civis, os seus direitos sociais, procurando cada vez mais o Judiciário, justamente por falta de Estado e de outras instituições (inclusive da Igreja, pelo crescente descrédito das religiões). Apesar de seus graves problemas, o Judiciário é ainda mais acessível ao povo que o Legislativo. Exemplos disso: A provocação do Judiciário para obrigar o Estado a prover o tratamento de doenças graves (leucemia, mal de Duchene); para a aquisição de medicamentos (coquetel para os aids). É, dessarte, um Poder que se politiza, que se democratiza, que se atualiza e se transforma.

Por detrás da crise, portanto, há ainda uma forte esperança na Justiça, permitindo vislumbrar o juiz do futuro, pincelado poeticamente por Elieser Rosa, em sua “A Voz da Toga”⁷³, ou operador compassivo⁷⁴ e cidadão, solidário com os dramas alheios ou com a visão de *alteridade*, proclamada por Warat.

O juiz cidadão, consoante Warat, em seu sentido mais geral e amplo, “é um indivíduo que realiza parte de sua cidadania surrealista por

73 “O juiz do futuro terá que ser religioso, qualquer que seja o seu credo; juiz filósofo, quaisquer que sejam as correntes de opinião que adote; juiz culto, aonde quer que vá buscar as excelências do seu saber; juiz que se extasie diante de uma flor e se comova diante de uma criança; juiz que se apiede, vendo as lágrimas de um pai ou duma desesperada mãe; juiz que traga em si e consigo aquele tesouro de humildade diante das imposturas da vida, suas ironias e perversidades, lembrando sempre da velha sentença — homem sou e nada do que é humano reputo alheio a mim; juiz que se sublima, se comova, lendo um poema ou ouvindo a voz da Natureza nos cantos dos pássaros, e na ternura de um canto de ninar; juiz-pai e pai-juiz, fazendo de cada desgraçado que dele espera justiça, um filho das tenebrosas núpcias do vício com a maldade; juiz que saiba ver a pureza original do homem, embora enegrecido pela lama do mal, envilecido pelo crime mais hediondo; juiz que tenha na alma a divina centelha da caridade, entendida como amor ao próximo; juiz que repita a promessa de Cristo: ‘Bem-aventurados os que têm fome e sede de justiça, porque eles serão fartos’; juiz como aquele que a ingratidão da História não lhe guardou o nome, que disse: ‘Não se retarda de um minuto a alegria de um que chora’; juiz que seja um justo com misericórdia. Justiça e bondade deverão andar manas e mistas, de mãos dadas; justiça didática que ensine ao homem extraviado o caminho certo e reto duma vida justa, fecunda e harmoniosa. Um pouco menor que os anjos foi feito o homem, diz a Bíblia. A vida é que corrompe, o torna um demônio e lobo do outro homem”. ROSA, Eliézer. *A voz da toga*. 3ª ed. Goiânia : AB Ed., 1999.

74 *Compaixão*, aqui entendida no sentido que lhe empresta o DALAI LAMA — de colocar-se no lugar do outro para compreender sua dor e seu sofrimento.

meio de sua função humanizada na magistratura”⁷⁵. Lembra que o juiz “decide a partir de sua espiritualidade, quando entende de gente, quando entende a partir de sua sensibilidade, com amor, quando entende de vínculos insatisfatórios”⁷⁶.

E adverte: “Os juízes precisam recompor seus vínculos, se quiserem ajudar as pessoas a reencontrarem-se na realização de seus vínculos de cidadania”⁷⁷. A cidadania situada a partir de uma perspectiva intimista, como vínculo que precisa ser regado pelos afetos. Conceito que tem de ser conjugado como um verbo, eu, tu, ele, nós, eles; que precisa estar sempre no eles mais do que no eu; a cidadania como o eu na terceira pessoa do plural⁷⁸.

E poeticamente desenvolve um conceito de cidadania edificado na afetividade e na alteridade, propondo uma idéia de cidadania, partindo da afetividade, situando o homem no centro de seu mundo, no encontro com o outro, partindo de seus vínculos. E conclui:

“Para os homens a que falta tudo, e que estão excluídos do seu ser, a única possibilidade que têm de construir sua cidadania é no apoiar-se, afetivamente, uns nos outros, sem maltratá-los por suas diferenças, e sem tentar manipular suas desordens internas, por não poder controlar seu próprio caos interior”. A cidadania e os Direitos Humanos, por isso mesmo, terminam sendo uma aposta no vínculo, para não se ficar só, já que todos somos vulneráveis, e precisamos de um tipo de cidadania que nos ajude a suportar isso⁷⁹.

75 WARAT, Luis Alberto. *O ofício do mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001. v. I. p. 237.

76 WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 238.

77 WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 239.

78 WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 239-240.

79 WARAT, Luis Alberto. *Op. cit.*, p. 240.

5. Considerações finais

Esse desenho traçado a partir da formação ideológica do operador jurídico brasileiro, perpassando o fenômeno da globalização e delineando o profissional do futuro, está a apontar para o operador jurídico e notadamente para o magistrado brasileiro um novo enfoque e um novo fundamento no exercício da atividade profissional. Não se pode mais ignorar essa crise social e política por que passamos. O juiz, na expressão de João Luiz Duboc Pinaud⁸⁰, deverá realizar na sentença uma psicoterapia social, abandonando o discurso da neutralidade, e incorporando um ingrediente político de representação popular, que se legitima pela compreensão dos problemas mais agudos que afetam a sociedade e que incumbe ao Judiciário, na sua perspectiva, como poder político, ajudar a resolver.

Para tanto, continua atualíssima a tipologia concebida por Arruda Júnior⁸¹, para práticas jurídicas orgânicas, quando aponta, em termos esquemáticos, para o caso brasileiro, três tipos de racionalização do direito, (re)definidores do direito positivo: *a legalidade sonogada; a legalidade relida e a legalidade negada*.

Na percepção de Arruda Júnior, os operadores jurídicos engajados com esse novo projeto social têm no Estado (sociedade política) “um lugar de lutas por hegemonia, ao lado das lutas na sociedade civil. A ampliação de espaços consensuais para o projeto democrático, da classe trabalhadora, é trabalho cultural”⁸².

E conclui: “a emergência e/ou realização de juridicidades, novas e velhas, no Estado e fora dele, dão-se no marco das ‘regras do jogo’, portanto, no terreno da legalidade. Não se limitam, no entanto, ao plano formal, mas estendem ao da real efetividade das normas, já reconhecidas e sonogadas pelo poder político vigente. Tal processualidade admite o *pluralismo jurídico*, quando expressão e condição de progresso, recepcionado na legalidade estatal, o que atesta a racionalização progressiva no sentido de racionalidade jurídico-normativa herdada da Ilustração. Não se trata, tão-somente, de lutas por dentro do direito estabelecido (o *jus conditum* sonogado), mas de reconhecimento de direitos novos, ainda não re-

80 PINAUD, João Luiz Duboc. *Justiça, Ética e Democracia : Judiciário independente, garantia do cidadão*. XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, Associação dos Magistrados Brasileiros, 1999, Gramado (RS).

81 Ver ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Direito moderno e mudança social : ensaios de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997. p. 67-75.

82 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Direito moderno e mudança social*, p. 66.

conhecidos nas leis positivadas, como é o caso dos movimentos dos ‘sem teto’, dos ‘sem terra’, entre outros (*o jus condentum*)⁸³.

Finalizando, romper com as amarras ideológicas, investir na sua preparação e atualização permanentes, apostar na criatividade e na sensibilidade, na humanização do direito, ter uma visão de justiça numa perspectiva de cidadania, parecem ser os grandes desafios do operador jurídico do futuro.

Referências bibliográficas

- AGUIAR, Roberto. A crise da advocacia no Brasil. In: *Conferência Nacional da OAB*, XIII, 1990, Belo Horizonte. Anais. Brasília : OAB, 1991, p. 447-455.
- ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Direito moderno e mudança social : Ensaio de Sociologia Jurídica*. Belo Horizonte : Del Rey, 1997.
- _____. *Direito e século XXI*. Niterói : Luam, 1997.
- AZEVEDO, Plauto Faraco de. *Aplicação do direito e contexto social*. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1996.
- _____. *Direito, justiça social e neoliberalismo*. 1ª ed. 2ª tiragem. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2000.
- BONNECASE, Julien. *Introduction à l'étude du droit*. 2e. éd. Revol. aug. Paris : Recueil Sirey, 1931.
- BOBBIO, Norberto. *De Senectute*. Einaudi, 1996.
- CAPPELLETTI, Mauro. Problemas de reforma do Processo Civil nas sociedades contemporâneas. In: MARINONI, Luiz Guilherme (Org.). *O processo civil contemporâneo*. Curitiba : Juruá, 1994. p. 9-30.
- CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica: Ética e Justiça*. Florianópolis : Obra Jurídica, 1996.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *O poder dos juízes*. São Paulo : Saraiva, 1996.
- DOWBOR, Ladislau. Da Globalização ao Poder Local — Pesquisa e Debate. *Revista da PUC-SP*, vol. 7, n. 1 (8), 1996.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípio*. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo : Martins Fontes, 2000.
- FAGÚNDEZ, Paulo Roney Ávila. *Direito e holismo : introdução a uma visão jurídica de integridade*. São Paulo : LTr, 2000.

83 ARRUDA JÚNIOR, Edmundo Lima. *Direito moderno e mudança social*, p. 66-67.

- FARIA, José Eduardo. *A cultura e as profissões jurídicas* : formação jurídica. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- _____. *Sociologia jurídica* : crise do Direito e práxis política. Rio de Janeiro : Forense, 1984.
- _____. *Justiça e conflito* : os juízes em face dos novos movimentos sociais. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1991.
- GRANDE, Humberto. *A formação do jovem jurista*. Rio de Janeiro, 1957.
- HAND, Learned. *The Bill of Rights*. Cambridge : Mass.: Harvard University Press, 1958.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos* : O breve século XX – 1914-1999. São Paulo : Companhia das Letras, 1998.
- LEÃO, Paulo Roberto Dantas de Souza. O ensino jurídico e sua aplicabilidade face à evolução do Direito. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/juridi19.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002.
- LÔBO, Paulo Luiz Netto. *Educação e o Direito no III Milênio*, n. 138, abr./jun. 1998, p. 31-37.
- MACHADO NETO, A. L. A Filosofia do Direito no Brasil. In : CRIPPA, Adolpho (Coord.). *As idéias filosóficas no Brasil* : século XX, parte II. São Paulo : Convívio, 1978.
- MATA-MACHADO, Edgard Godói da. *Elementos de teoria geral do direito*. 9ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1980.
- MATHIAS, Carlos Fernando. *Correio Brasiliense*, Brasília, jun. 1997, Caderno Direito e Justiça.
- NALINI, José Renato. A ética nas profissões jurídicas, *Revista dos Tribunais*, vol. 731, p. 455-470, set. 1996.
- _____. *Formação jurídica*. 2ª ed. São Paulo : Revista dos Tribunais, 1999.
- PINAUD, João Luiz Duboc. *Justiça, Ética e Democracia* : Judiciário independente, garantia do cidadão. XVI CONGRESSO BRASILEIRO DE MAGISTRADOS, Associação dos Magistrados Brasileiros, 1999, Gramado (RS).
- REALE, Miguel. *Teoria tridimensional do Direito*. 2ª ed. revol. atualiz. São Paulo : Saraiva, 1979.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O constitucionalismo contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br/revista/numero3/artigo10.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002.

- RODRIGUES, Horácio Wanderlei. *Ensino Jurídico e Direito Alternativo*. São Paulo : Acadêmica, 1993. 228p.
- ROSA, Eliézer. *A voz da toga*. 3ª ed. Goiânia : AB Ed., 1999.
- ROSA, Felipe Augusto de Miranda. Globalização e o pluralismo jurídico. Disponível em: <http://www.neofito.com.br/artigos/art01/inter26.htm>. Acesso em: 14 ago. 2002.
- SALDANHA, Nelson. A Revolução Francesa e o pensamento jurídico-político contemporâneo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, vol. 27, jan./mar. 1990.
- SILVA, Ovídio A. Baptista da. *Juizado de Pequenas Causas*. Porto Alegre : Letras Jurídicas, 1985.
- SILVA, Reinaldo Pereira e. *O mercado de trabalho humano : a globalização econômica, as políticas neoliberais e a flexibilidade dos direitos sociais no Brasil*. São Paulo : LTR, 1998.
- SÓFOCLES. *Antígona*. Tradução Millôr Fernandes. Rio de Janeiro : Paz e Terra, 1996.
- TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. A formação do juiz contemporâneo. Disponível em: http://www.emap.com.br/doutrina_Art.Diversos2.htm. Acesso em: 14 ago. 2002.
- VIANNA, Luiz Werneck. *O perfil do magistrado brasileiro*. Rio de Janeiro : AMB/Iuperj, 1996. 342p.
- _____. *Corpo e alma da magistratura brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1997. 334p.
- _____. *A judicialização da Política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro : Editora Revan, 1999. 270p.
- VILLEY, Michel. *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*. 2ª ed. Paris : Dalloz, 1962.
- WARAT, Luis Alberto. *Introdução Geral ao Direito III : O Direito não estudado pela Teoria Jurídica Moderna*. Porto Alegre : Sérgio Antônio Fabris Editor, 1997.
- _____. *O ofício do mediador*. Florianópolis : Habitus, 2001. vol. I.
- _____. Apresentação fora das rotinas. In: ROSA, Alexandre. *Garantismo e controle de constitucionalidade material*. Florianópolis : Habitus, 2002.
- WOLKMER, Antônio Carlos. *História do Direito no Brasil*. Rio de Janeiro : Forense, 1999.

O NOVO CÓDIGO CIVIL E ASPECTOS DO DIREITO DO CONSUMIDOR

Carlos Alberto Silveira Lenzi*

Aminadas as críticas contra o Novo Código Civil Brasileiro (o texto, em alguns pontos contraria o interesse de grupos localizados), a sua aplicação vem sendo estudada e debatida em palestras, conferências, publicações e periódicos doutrinários e em obras específicas comentadas.

A sedimentação dos entendimentos, entretanto, somente será verificada por meio das decisões judiciais e das interpretações dos Tribunais pátrios.

Contexto Social

O maior dos maiores civilistas brasileiros vivo, professor Miguel Reale, ao comentar aspectos do Código Civil Brasileiro em vigor, que ele elaborou juntamente com a Comissão designada, acentua que “é constante o objetivo do novo Código no sentido de superar o manifesto caráter *individualista* da Lei vigente” refere-se ao Código de 1916, “feita para um País ainda eminentemente agrícola, com cerca de 80% da população no campo”.

“Hoje em dia acrescenta na publicação para a Revista da Academia Paulista de Letras n. 1, dez. 2001 “vive o povo brasileiro nas cidades, na mesma proporção de 80%, o que representa uma alteração de 180 gra-

* Desembargador e 2º Vice-Presidente do TJSC.

us na mentalidade reinante, inclusive em razão dos meios de comunicação, como o rádio e a televisão. Daí o predomínio do social sobre o individual”.

Diante de todas essas mudanças sociais e políticas era inevitável o surgimento de uma nova ordem jurídica, criada com o intuito de abarcar o novo contexto no qual o Brasil está inserido.

Assim, é certo que o Novo Código Civil — ainda que defasado em alguns pontos, haja vista o longo trâmite percorrido — é um salto decisivo na tentativa de alcançar os passos da história. Inegável, contudo, que o Código de Defesa do Consumidor, ao menos no que tange a teoria dos contratos, foi o embrião dessa nova concepção.

Mudanças

Antes mesmo da vigência do Novo Código Civil foi apresentado, na Câmara Federal pelo deputado Ricardo Fiúza, o Projeto de Lei n. 6.960/02, propondo 188 alterações no texto do Código, não com o objetivo de reformá-lo, mas de complementá-lo. O parlamentar, em face dos impedimentos regimentais da Câmara, comprometeu-se, logo após sancionado o novo Estatuto, a apresentar o mencionado projeto para aperfeiçoar alguns pontos, que “não poderiam ser alterados naquele momento, pois não haviam sido objeto de emendas no Senado Federal, pois o texto já estava aprovado pelas duas Casas do Congresso”.

As alterações propostas no texto do Código dispõem sobre direitos do embrião e do nascituro, integridade física-psíquica, honra e imagem, responsabilidade civil de pessoas jurídicas de direito público e privado, dívidas e contratos, denúncia imotivada, empresas prestadoras de serviços, seguros, indenizações por danos morais e materiais, organização de sociedades limitadas e cooperativas, direito de propriedade, condomínios, casamento civil e religioso, separação judicial, divórcio e partilha de bens, paternidade e adoção, pensões alimentícias e direitos de herança.

A parte contratual, a boa-fé e sua função social, ao que parece, ficarão imutáveis.

Aliás o Código Civil de 1916, aprovado pelo Decreto Legislativo n. 3.725 de 15 de janeiro daquele ano, também sofreu modificações em mais de duzentos dispositivos após a vigência.

Recentemente, o governo federal revogou o art. 374 do Novo Código, por meio da Medida Provisória n. 104 de 10/1/03, dispositivo este, pertencente ao Capítulo da Compensação, que havia sido incluído no

concernente às dívidas fiscais e parafiscais. Os Capítulos sobre os direitos de empresas tiveram a sua validade suspensa por um ano.

A Função Social do Contrato

No tocante à matéria contratual, o Novo Código Civil flexibilizou dispositivos, sem, entretanto, descuidar-se do equilíbrio que deve ser atrelado à segurança jurídica.

O atual Código é mais liberal em relação à matéria contratual (o revogado era acoimado de excessivo conservadorismo), acompanhando o progresso, a modernidade e o desenvolvimento social, contudo, não acolheu o radicalismo destruidor que compromete a já mencionada segurança jurídica e as próprias instituições.

As regras gerais aplicáveis a todos os pactos estão fincadas no art. 421:

“A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Como assinala Adriano M. de Mello (*in* RT, ano 91, jul. 2002, pág. 1.129), a inserção do referido dispositivo no Código traz questões polêmicas que já ocuparam as mentes dos maiores pensadores do direito contratual do século XX:

“a) a limitação do dogma da autonomia da vontade como força originária do direito entre as partes contratantes;

“b) o interesse social e o princípio da boa-fé como parâmetros dessa limitação;

“c) a consideração da desigualdade das partes para aferição da liberdade e validade da declaração”.

E acrescenta:

“Note que a socialização do contrato e a limitação da autonomia privada não foram implementadas por normas casuísticas, mas por cláusulas gerais. Daí a relevância do estudo desse fenômeno até a compreensão de seu mecanismo de forma a não confundir-se o seu caráter genérico e aberto com a liberdade e o subjetivismo do juízo daqueles que aplicarão o direito à concretitude das relações sociais e à realização da justiça”.

Nesta nova ilação, o contrato não é mais um instrumento jurídico de interesse puramente pessoal. Suas cláusulas devem se preocupar com a utilidade social, superando o individualismo dos contraentes, não podendo fragilizar as partes e impor vantagem ao mais forte, guardando os

princípios da operabilidade, eticidade e socialidade, contemporizando com o primado constitucional disposto no art. 3º da Carta Magna.

O princípio da imutabilidade do *pacta sun servanda*, que impunha a observação estrita das regras contratuais pactuadas, ficou sensivelmente amenizado, cedendo lugar a uma *relativa dogmática* obrigando ambas as partes (arts. 427 e 428 do CC) aos riscos de perdas e danos (art. 389 do CC), reprimindo a inexistência de igual liberdade aos contratantes, o proveito injustificado, a onerosidade excessiva e o desequilíbrio contratual, principalmente nos denominados pactos de adesão.

Necessário frisar, ainda, que a socialização do contrato e a limitação da autonomia privada dos contraentes não foram implantadas no Novo Código, por meio de normas casuísticas, mas por cláusulas gerais.

A Boa-Fé Objetiva Contratual

O art. 422 do Novo Código tutela a boa-fé objetiva e a probidade dos fulgurantes contratuais, como se observa:

“Art. 422. Os contratantes são obrigados a guardar, assim na conclusão do contrato como em sua execução, os princípios da probidade e da boa-fé”.

O contrato, no conceito jurídico, não é um fim em si mesmo, uma mera ligação de débito e crédito, mas um meio de dar forma às operações econômicas entabuladas pelas partes e tuteladas pelo direito.

Daí por que, também, a inserção no art. 113 do novo diploma legal civil, desfazendo o clássico sistema do direito contratual:

“Art. 113. Os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”.

Por sua vez, o princípio da autonomia da vontade, no sistema tradicional e conservador, era limitado pelas leis de ordem pública, que não eram suficientes para evitar a prática de abusos.

Tornou-se, assim, necessária a vigilância do Estado-legislador sobre a liberdade de contratar a fim de igualizar o exercício libertário dessa prática, surgindo regras gerais coibidoras do exercício abusivo do direito.

“A nova visão do contrato” — diz Sarah do Carmo Baudicioli, *in* Consulex — Informativo, 17/3/03, págs. 11/12 — “não admite o vínculo dissociado do binômio causalidade — finalidade, que conduz toda interpretação de sua extensão no sentido da investigação da ligação entre a necessidade econômica correspondente à prestação que se efetiva e a utili-

dade que se visa colher da prestação a receber”. E aduz: “A lei e o contrato não esgotam todas as regras capazes de garantir e justificar a totalidade das condutas que levam as partes a alcançarem o fim econômico-social perseguido pela economia contratual”.

Relevada, assim, a função social do contrato, instituto valorativo das operações econômicas, eleva-se, insitamente, o princípio da boa-fé contratual.

Por isso mesmo a disposição do parágrafo único do art. 2.035 do Novo Código, que trata das Disposições Finais e Transitórias, assegura que “nenhuma convenção prevalecerá se contrariar preceitos de ordem pública, tais como os estabelecidos por este Código *para assegurar a função social da propriedade e dos contratos*” (grifei).

O princípio da boa-fé objetiva estampado no já mencionado art. 422 do CC não tem correspondência com o Código revogado de 1916.

A boa-fé objetiva implica no dever de conduta irrepreensível do ser humano em relação aos demais componentes da sociedade civil; deve ser fundada na honestidade, retidão, lealdade, na consideração de que todos devemos ser iguais perante a lei.

Na esfera contratual, o princípio da boa-fé impõe o dever de as partes atuarem conforme a finalidade do pacto, o equilíbrio das obrigações assumidas, as quais devem ser aferidas em cada caso concreto, de acordo com as suas peculiaridades. Funciona como regra das declarações e interpretações contratuais, dos deveres éticos que devem instruir as relações contratuais, impondo, também, limites ao exercício dos direitos subjetivos, cabendo sua interpretação ao julgador.

Entrementes, há que se distinguir a boa-fé subjetiva, da objetiva. Aquela liga-se ao desconhecido, algo de valoração pessoal psicológica, aplicável no campo dos direitos das coisas. A boa-fé objetiva implica, como já enfocado, no comportamento ético dos contratantes, envolvendo intenções recíprocas de realização equitativa do negócio, como “paradigma” condutor.

O novo estatuto de direito privado, com a inclusão do art. 422, consignou, expressamente, como normas de ordem pública, a função social e princípio da boa-fé objetiva contratual.

As Relações Contratuais de Consumo

Feito lei vigorante em 10 de janeiro último, o Novo Código Civil Brasileiro causou certa perplexidade entre os especialistas e interessados no tema consumerista. Alguns entendiam que os dispositivos relativos aos contratos (art. 6º, incs. III, V e VIII; arts. 25, 46, 47, 48, 49, 50, 51 e 54 da Lei n. 8.078/90) do Código de Defesa do Consumidor estariam revogados, ou, pelo menos, amenizados ou modificados.

Vale lembrar que a Constituição Federal insculpiu o direito e a defesa do consumidor como um princípio geral da ordem política econômica e social (arts. 170 V, e 5º, XXII). O Novo Código não suprime ou deroga qualquer dos princípios do Estatuto do Consumidor sendo este um microsistema de legislação extravagante e especial. E, na possibilidade de algum conflito de regras específicas entre o Código Civil e o do Consumidor sempre deverão prevalecer as deste último.

A respeito de possíveis conflitos entre o CDC e o CC, dúvida foi suscitada com relação à inserção no CC do prazo prescricional de 3 (três) anos, para haver pagamento de título de crédito, a contar do vencimento (art. 206, § 3º, inc. VIII), uma vez que o prazo estabelecido no art. 43, §§ 1º e 5º, do Código de Defesa do Consumidor, para a prestação de informação com os fornecedores para os Sistemas de Proteção ao Crédito, é de 5 (cinco) anos.

A controvérsia é dirimida pelo simples fato racional de que o prazo prescricional de 3 (três) anos possui natureza jurídica diferenciada do prazo para o repasse de informações ao Cadastros de Consumidores, previsto no CDC. Saliente-se que, segundo as normas da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça, é vedado o envio do nome do consumidor ou dos avalistas a bancos de dados e cadastros de inadimplentes sem notificação prévia.

O que se constata, entretanto, é a perfeita harmonização entre os princípios insculpidos no CDC e os do CC, como já demonstrado na busca da lei civilista pela função social do contrato, contrariamente à posição individualista e paternalista do Código de 1916, em choque com as inscrições da legislação consumerista.

O art. 423 do CC integra este comando ao consumidor (art. 54 do CDC), explicitando que: “Quando houver no contrato de adesão cláusulas ambíguas ou contraditórias, dever-se-á adotar a interpretação mais favorável ao aderente”.

E no art. 424:

“Nos contratos de adesão, são nulas as cláusulas que estipulem a renúncia antecipada do aderente a direito resultante da natureza do negócio”.

Os textos transcritos, extrapolam, inclusive, o âmbito do CDC, ou seja, os contratos que não estão protegidos pelo referido Estatuto, devendo ser interpretados no melhor sentido do interesse e função social, incluindo-se a tutela da parte mais fraca na relação contratual, ainda que não se trate de contrato de adesão, harmonizando-se, ainda, com o art. 112 do novo Código.

As relações contratuais no CDC têm implicações difusas, centradas no equilíbrio e na equidade. O novo estatuto de direito privado encampou o contrato de adesão (art. 423), tutelando todo e qualquer aderente, sendo consumidor ou não, deixando de limitar a relação jurídica.

Destaque-se que o Novo Código Civil não teve a pretensão de abranger por completo todo o sistema de direito privado, definindo apenas regras jurídicas, algumas já consolidadas. A tendência do direito moderno é justamente deixar a regulamentação dos chamados novos direitos para o microsistema de leis especiais que abrange determinados setores da vida civil (Direito do Consumidor, Estatuto da Criança e do Adolescente, Locação Comercial e Residencial, Bioética, Internet e outros). Até porque esses temas ainda estão em debate na sociedade, tornando inviável a sua imediata normatização.

Essas as sucintas considerações que faço sobre o tema para esta publicação, em homenagem ao grande mestre, juiz ímpoluto, honrado, culto e ético Ministro Moreira Alves, do Supremo Tribunal Federal.

JURISDIÇÃO CIVIL E COMPETÊNCIA: ASPECTOS DA ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIA NO BRASIL E EM SANTA CATARINA

Nelson Juliano Schaefer Martins*

Notas introdutórias

Na difícil tarefa de administrar e julgar os conflitos no contexto de uma sociedade complexa, multifacetária e heterogênea, marcada por profundas desigualdades econômicas, sociais e culturais, o Judiciário brasileiro vê-se desafiado a organizar-se de modo a atender às aspirações dos cidadãos, distribuindo as atividades a ele conferidas, por tribunais e juízos em diferentes graus e instâncias, com competências definidas na Constituição, em toda a extensão do território nacional.

A jurisdição propicia ao Estado Democrático de Direito os meios necessários para garantia do funcionamento das instituições e o exercício, pela sociedade, individual e coletivamente, dos direitos fundamentais correspondentes à cidadania, protegendo os jurisdicionados das móveis correntes dos poderes político e econômico.

O tema relativo à administração da justiça é atual e suscita a discussão a respeito de categorias, como jurisdição, competência e organização judiciária, por interligado a elas.

* Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor da Escola Superior da Magistratura de Santa Catarina.

No trabalho que doravante desenvolve-se, não há pretensão de aprofundar o exame dos assuntos propostos, mas busca-se contribuir com algumas idéias que possam provocar a reflexão acerca de matérias da mais alta relevância para o operador jurídico, notadamente o magistrado, agente político a serviço da sociedade e do Estado na atividade jurisdicional.

O relatório da pesquisa distribui-se em três setores, não necessariamente equilibrados e tampouco produzidos com maior apuro metodológico. Na primeira parte são apresentadas indicações conceituais acerca da categoria jurisdição; no segundo momento, trata-se da competência; no terceiro e mais prolongado segmento, discorre-se sobre a organização judiciária no Brasil e em Santa Catarina, com enfoque preferencial aos órgãos da jurisdição comum e seus tribunais de superposição que se utilizam do sistema do Processo Civil na produção de decisões, a saber, o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, a Justiça Federal e a Justiça dos Estados da Federação.

São oferecidas informações gerais a respeito da competência e organização do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, órgão de segundo grau da Justiça Federal, com jurisdição territorial para os três Estados do Sul do Brasil, e do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, com o intuito de atender preferencialmente os interesses dos operadores do Direito com atuação em Santa Catarina.

O sistema de administração da justiça deve propiciar a todos os setores e classes da sociedade o “acesso integral à ordem jurídica justa”¹, e, para que este desiderato se concretize, faz-se indispensável a existência de uma estrutura organizacional que assegure o cumprimento das finalidades da jurisdição e sua efetivação.

1. Elementos doutrinários para a compreensão do conceito dogmático de jurisdição civil

O problema conceitual da jurisdição na atualidade deriva, dentre outras, das seguintes questões: a) a pressuposição da teoria constitucional da modernidade de que a divisão dos Poderes do Estado Democrático faz

1 A expressão “ordem jurídica justa” é encontrada em WATANABE, Kazuo. Acesso à justiça e sociedade moderna. *Participação e processo*. [Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco; Kazuo Watanabe (Coordenadores)]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, p. 128.

supor seu exercício por autoridades independentes, autônomas e harmônicas entre si; b) a necessidade de definir função jurisdicional, com indicação de seus limites, para que não seja reabsorvida pelos outros Poderes da União em detrimento da liberdade e das garantias do cidadão; c) a indispensabilidade de provocação da jurisdição pelo titular do direito ou do interesse protegido, pois a jurisdição é função inerte a reclamar sua ativação pelo interessado na proteção jurisdicional do Estado²; d) a fixação dos propósitos da jurisdição e a vinculação de seus escopos aos valores e objetivos estabelecidos pela Constituição, erigidos à condição de fins da sociedade e do Estado³; e) o estabelecimento da pacificação como seu escopo magno e a exigência de atitudes, por parte dos órgãos do Estado que atuam na administração da justiça, preconizadoras da realização dos direitos subjetivos, individuais e coletivos⁴; f) o adequado estudo a respeito da estrutura de organização judiciária com a distribuição de competências e previsão de unidades jurisdicionais e tribunais suficientes para atendimento das crescentes demandas por parte da sociedade; g) a definição do ato jurisdicional como algo que não se esgota apenas na função de declarar e aplicar o Direito, mas também naquela atividade correspondente a tornar efetivo e concreto o direito declarado, no plano da realidade pela execução⁵; h) o reconhecimento de que o Estado expressa seu poder político-jurídico no exercício da jurisdição ao decidir e impor imperativamente seus provimentos⁶.

Sob os influxos da ciência processual européia do século XIX e início do século XX, Chiovenda⁷ definiu a jurisdição como função do Estado que tem por escopo a atuação da vontade concreta da lei, a afirmação da existência de sua vontade e sua efetivação prática. Essa função é exercida por parte do Estado, com caráter de substitutividade da atividade de particulares ou de outros órgãos públicos.

-
- 2 Cf. BAPTISTA DA SILVA, Ovídio Araújo. *Teoria geral do processo civil*. [Ovídio Araújo Baptista da Silva; Fábio Luiz Gomes]. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 61-62.
 - 3 DINAMARCO, Cândido Rangel. *A instrumentalidade do processo*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 120.
 - 4 DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 215-216.
 - 5 Cf. BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Ibidem*, p. 74.
 - 6 DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 161-162.
 - 7 A influência de CHIOVENDA na doutrina processual brasileira é destacada por ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto. *Estudio preliminar: Adolf Wach*. In: WACH, Adolf. *Manual de derecho procesal civil*. Trad. Tomás A. Banzhaf. v. I. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1977, p. XIV, e por BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Ibidem*, p. 63.

É diversa de outras atividades estatais como a de fazer as leis, própria do Legislativo, ou de atuá-las no âmbito da Administração Pública⁸; é função exclusiva do Estado e de sua soberania, esta entendida como poder inerente ao Estado e “à organização de todos os cidadãos para fins de interesse geral”⁹, e deve ser compreendida como expressão de “poder jurídico mais alto”, ou seja, nos limites da jurisdição do Estado, é o poder de decisão em última instância¹⁰.

A função jurisdicional é exercida pelos órgãos autônomos — os juízes e os tribunais — que são guiados pelos valores contidos na lei, segundo a ciência e consciência desses órgãos. A autonomia das funções do Estado Moderno — administrativa, legislativa e judicial — implica sua atribuição a órgãos diversos, autônomos e independentes, de modo a dificultar as usurpações recíprocas. A jurisdição, por seu turno, é oferecida aos cidadãos como garantia das liberdades e da observância e aplicação da lei¹¹.

A separação conceitual das funções do Estado (administrativa, legislativa e judicial)¹² não corresponde a uma separação absoluta dos Poderes. Apesar da necessária independência que deve prevalecer, entre os órgãos do Estado coexistem a coordenação e a harmonização. A jurisdição, todavia, deve imunizar-se contra as variáveis e alternadas tendências da administração e da política¹³.

A função jurisdicional, na condição de “*substituição* de uma atividade pública a uma atividade alheia”, opera-se de dois modos, correspondentes a dois estágios do processo: a) cognição, que é a substituição da atividade intelectual das partes e dos cidadãos, de forma definitiva e obrigatória, pela atividade intelectual do juiz, que declara e afirma a existência, ou não, da vontade da lei para o caso concreto em relação às partes em litígio; e b) execução, que corresponde à atividade pública também de substituição e que tem por fim constranger o obrigado a agir ou tem por

8 Cf. CHIOVENDA, Giuseppe. *Instituições de direito processual civil*. 2ª ed., trad. Paolo Capitanio, Campinas: Bookseller, 2000, v. II, p. 8.

9 CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 9.

10 Cf. DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de teoria geral do Estado*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1973, p. 74.

11 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 12-13.

12 Cf. BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*, art. 2º.

13 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 12-13.

finalidade a obtenção do resultado da atividade¹⁴ com a aplicação de medidas executórias coordenadas com a atuação da lei¹⁵.

Baptista da Silva observa, no entanto, que as atuais tendências da Filosofia do Direito contemporâneo mostram que a atividade do juiz na aplicação da lei implica, de certo modo, também em uma função criadora do Direito. O preceito abstrato em sua formulação genérica, na condição de um projeto de norma reguladora da conduta humana, deve ter o seu conteúdo adaptado e adequado ao caso particular pelo julgador¹⁶.

A jurisdição é exercida não apenas com a decisão contida no processo de conhecimento (sentença), e com jurisdição não se pode confundir a função cognitiva¹⁷ e nem se pode admitir a idéia de que a jurisdição nesta se esgote.

No entanto, outro é o entendimento de Carnelutti quando explica a diferença entre cognição e execução forçada. Aduz que a função “jurisdicional” é espécie do gênero que representa a função “processual” e que entre jurisdição e processo existe uma interferência, mas não relação de coincidência¹⁸. Considera as funções cognitiva e executiva como integrantes do gênero função processual, ao passo que seria da espécie função jurisdicional apenas a função cognitiva. Logo, para este autor, a função jurisdicional estaria vinculada à cognição, como espécie do gênero função processual, conforme se extrai da assertiva — “*o processo se desenvolve para a composição justa do litígio*”. Nesse sentido, a função processual, compreendida como jurisdicional, “consiste na combinação dos dois elementos: *paz e justiça*”¹⁹.

14 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 17.

15 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 21. BAPTISTA DA SILVA identifica na doutrina de CHIOVENDA as seguintes características: a) a função jurisdicional, distingue-se da atividade estatal de fazer as leis; b) a aplicação das leis ou do Direito objetivo pelo Estado se faz de dois modos diferentes: I) o administrador atua o Direito objetivo “promovendo uma atividade de realização do bem comum” dentro da lei; II) a finalidade da atividade do juiz é a realização do Direito objetivo e não a consecução do bem comum (*op. cit.*, p. 63). Esclarece que a doutrina de CHIOVENDA foi elaborada sob os influxos das idéias jurídico-filosóficas predominantes no século XIX, que concebiam as funções de legislar e de aplicar as leis como coisas separadas e até mesmo antagônicas. Nessa concepção, o ordenamento jurídico representaria algo completo e definitivamente posto pelo legislador e ao juiz cumpriria apenas aplicar a lei ao caso concreto (*op. cit.*, p. 64).

16 Cf. BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Ibidem*, p. 64.

17 Cf. DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 125.

18 Cf. CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de direito processual civil*. Trad. Hiltomar Martins Oliveira. São Paulo: Classic Book, 2000, v. I, p. 222.

19 CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 373.

A composição “justa” do litígio se faz por meio do processo e essa composição “não é um fim em si mesmo, e sim um meio para a proveitosa conveniência social”. Esclarece Carnelutti que composição justa do litígio se obtém mediante “a *conformidade com uma regra*”, ou seja, “a composição será justa quando for conforme à regra que no processo se tende a aplicar e, por isso, conforme os casos, quando seja conforme o Direito ou à *equidade*”²⁰.

Menciona que, na composição do litígio, deve haver distinção entre o sentido de justiça “individual” e o de justiça “social”, de modo que “a justiça a que deve satisfazer a composição do litígio é esta segunda e não a primeira, ou seja, em outras palavras, que a conformidade da solução com a regra tem de ser reconhecida pela opinião pública”²¹.

Considera a *jurisdictio*, que no Direito romano se desenvolvia por meio do processo, uma “manifestação do *imperium* (ou seja, do poder de mandato atribuído ao magistrado superior romano) que consistia em fixar regras jurídicas e que se distinguiu, tanto do poder militar, quanto da *coercitio*”²², e não se confunde com a execução.

Assinala que é pelo processo jurisdicional que se obtém a cognição, e que a execução se realiza por meio da função processual ou de um conjunto de atos necessários para a efetivação do mandato ou da norma jurídica em situação concreta, configurando-se uma situação de fato que se produz contra o obrigado²³.

Dinamarco registra que os processualistas costumam associar a idéia de função jurisdicional à de decisão; quando pensam em jurisdição, vinculam-na especificamente ao processo de conhecimento. A função

20 CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 371-372.

21 CARNELUTTI, F. *Ibidem* p. 372.

22 CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 223.

23 Cf. CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 288. BAPTISTA DA SILVA anota que CARNELUTTI, ao considerar que não haveria jurisdição no processo executivo e que esta se limitaria à justa composição da lide mediante a sentença de natureza declarativa “por meio da qual o juiz *dicit ius*” (*op. cit.*, p. 67), estaria definindo o ato jurisdicional “indicando não o que ele é, mas aquilo a que ele serve; não o seu ser, mas a sua função, ou a sua finalidade” (*op. cit.*, p. 68). Refere o mencionado autor que a composição dos conflitos de interesses também se opera por outros agentes do Estado que não os juízes e se pode realizar de acordo com a lei e de forma justa. Além disso, lembra que da expressão “conflito de interesse (lide)” pode decorrer tanto uma “pretensão contestada (processo de conhecimento)” como uma “pretensão insatisfeita (processo de execução)” (*op. cit.*, p. 68). BAPTISTA DA SILVA está-se referindo à definição de lide ou litígio em CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 93: “Chamo de litígio ao conflito de interesses qualificado pela pretensão de um dos interessados e pela resistência do outro”.

cognitiva envolve as seguintes atividades ou complexo de atos: I) contato com a realidade do caso concreto, com os fatos invocados e com a norma pertinente; II) investigação da verdade dos fatos; III) emissão do juízo axiológico por meio da decisão ou sentença²⁴.

Baptista da Silva aponta como notas essenciais, capazes de determinar a jurisdicionalidade de um ato ou atividade realizada pelo juiz, o atendimento a dois pressupostos: a) que o ato jurisdicional seja praticado por autoridade estatal (juiz ou tribunal), realizado por dever de função, com aplicação da lei ao caso concreto²⁵; e b) que o órgão julgador se encontre na condição de terceiro imparcial com relação ao interesse sobre o qual recai a sua atividade, mantendo-se numa posição de independência e “estranheidade relativamente ao interesse tutelado”²⁶.

A jurisdição se realiza tanto no ato de julgar quanto no de dar cumprimento ao julgado. Em outras palavras, há jurisdição não apenas quando o juiz na sentença aplica o Direito, declara a incidência da norma jurídica para o caso submetido a julgamento e confere razão a uma das partes. Há jurisdição, também, quando o juiz exerce atividade no sentido de tornar prático no plano da realidade o direito que por ele foi declarado e reconhecido ou que se presume existente por meio de título executivo²⁷.

Chiovenda justifica a jurisdicionalidade da execução aduzindo que “na execução se efetiva, a rigor, a atuação da lei mediante uma substituição de atividade”²⁸ e que a execução se relaciona com o escopo final do processo, porquanto se coordena com a atuação da lei²⁹.

O conceito de jurisdição vinculado à idéia romana do *ius dicere* está superado; assim, a execução não deve ser considerada mero exercício de império ou atividade administrativa. O que caracteriza a jurisdição é que ela é “um complexo de atos de império reagrupados por determinado escopo que os caracteriza, e emanados em virtude dos correspondentes poderes postos a serviço desse escopo e da função jurisdicional”³⁰.

24 Cf. DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 123.

25 Cf. BAPTISTA DA SILVA O. A., *Ibidem*, p. 73.

26 BAPTISTA DA SILVA, O. A., *Ibidem*, p. 74.

27 Cf. BAPTISTA DA SILVA, O. A. *Ibidem*, p. 328. Esse é o entendimento acolhido pelo autor deste trabalho.

28 CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 20.

29 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 21.

30 CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 21.

Liebman assevera que a função do Direito não está inteiramente concluída e realizada com a simples produção das leis³¹. Estas ditam as regras de conduta a serem observadas pelos membros da sociedade. Porém, tais regras têm conteúdo abstrato e geral. Logo, em benefício da convivência humana e para assegurar a estrita observância das normas legais, os órgãos judiciários agem no sentido de proteger a liberdade e os direitos de todos e de cada um sempre que as leis não sejam espontaneamente obedecidas³².

Liebman, ao contrário do que preconiza Carnelutti, considera que os órgãos públicos da jurisdição têm por tarefa garantir a eficácia prática e efetiva do ordenamento jurídico, e sua atividade se desenvolve em direção dupla: por meio da cognição e da execução forçada³³.

A operação lógica do julgamento, isto é, valorar um fato do passado como justo ou injusto, lícito ou ilícito, pode ser feita por qualquer pessoa dotada dos necessários conhecimentos e dará lugar a um parecer ou a uma opinião. Entretanto, só o julgamento realizado pelo juiz e expresso em uma sentença é que tem “conteúdo imperativo e eficácia vinculativa”³⁴.

Se o juiz é obrigado a aplicar a lei, tem outra obrigação de mesma intensidade, que é a de interpretá-la. A interpretação constitui atividade preponderante da função jurisdicional.

Liebman assinala que a interpretação deve ser a) histórico-evolutiva, pois, ao passo que a norma é abstrata e estática, a vida social em contínuo movimento está a oferecer ao juiz situações novas e diferenciadas; b) sistemática, pois o julgador deve compreender a norma em conexão com o ordenamento jurídico; c) sociológica, porque o juiz deve estar sintonizado com a realidade social; d) axiológica, diante da sociedade de seu tempo que se apresenta plena de novos valores e aspirações; e) teleológica, pois, se a finalidade da jurisdição é a paz social, o seu alcance está condicionado à afirmação da justiça³⁵.

Liebman, nesse texto, mostra-se sintonizado com a visão de Carnelutti ao destacar que a jurisdição deve exprimir as exigências e os valo-

31 Cf. LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Trad. e notas Cândido Rangel Dinamarco. Rio de Janeiro: Forense, 1984, v. I, p. 3.

32 Cf. LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 3.

33 Cf. LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 3.

34 LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 4.

35 Cf. LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 5.

res sociais, com atenção para sua finalidade, que é a justiça como veículo para atingir a paz social.

Por outro lado, apesar de atento à doutrina de Carnelutti, Liebman não esconde a forte influência de Chiovenda ao registrar que a norma jurídica deve servir de critério de julgamento e de justiça porque “fazer justiça [...] é dar atuação à lei”³⁶. O seu conceito operacional de jurisdição se aproxima do pensamento chiovendiano: “atividade dos órgãos do Estado, destinada a formular e atuar praticamente a regra jurídica concreta que, segundo o direito vigente, disciplina determinada situação jurídica”³⁷.

Portanto, para Liebman a jurisdição se coloca como atividade de continuação e especificação da legislação e se expressa “através de atos que têm um conteúdo concreto, referindo-se a determinado fato ou caso que então vem a ser julgado e sancionado mediante a aplicação das regras do direito vigente”³⁸.

Marques, seguidor da teoria de Carnelutti³⁹, conceitua jurisdição como “função que o Estado exerce para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o Direito objetivo”⁴⁰.

Justifica que o monopólio do Poder Judiciário para o exercício da jurisdição civil dá-se em virtude das garantias constitucionais da magistratura⁴¹, de maneira que a jurisdição deve pressupor a imparcialidade e independência de seu órgão “que, se superpondo às partes em conflito,

36 LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 6.

37 LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 7.

38 LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 5. O mesmo autor confronta as definições de jurisdição de CHIOVENDA e CARNELUTTI, qualificando-as como as mais importantes para o debate científico na Itália durante largo período. Acentua que, na visão de CHIOVENDA, a jurisdição está caracterizada I) pela sua relação com a lei; II) pela efetivação da vontade da lei na prática; III) pela idéia de substitutividade das partes pelo juiz quando da inobservância da norma legal por um dos litigantes. A definição de CARNELUTTI considera a jurisdição como a função do Estado que preconiza I) a justa composição das lides; II) a solução dos conflitos de interesses nos termos e de acordo com o Direito regulado pelo Estado; III) a observação do resultado prático da operação do ponto de vista sociológico. LIEBMAN revela que as duas definições de função jurisdicional, que “no passado foram objeto de vivas discussões” (*op. cit.*, p. 5), em verdade são complementares.

39 Cf. nota 2 de Cândido Rangel Dinamarco em LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 7.

40 MARQUES, José Frederico. *Manual de direito processual civil*. 3ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1975, v. I, p. 62.

41 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 95, *caput*, incisos I a III.

aplique a vontade concreta da lei, com justiça, isto é, dando a cada um o que é seu, segundo o que a ordem jurídica vigente prevê e estatui”⁴².

Aduz que a jurisdição se exerce: a) por meio do processo, na composição das lides; e b) por meio de órgãos independentes do Poder Judiciário, que solucionam o litígio com imparcialidade e com justa aplicação do Direito objetivo⁴³.

Anota que são pressupostos da jurisdição civil I) a propositura da ação e II) o respeito aos princípios do devido processo legal e do contraditório⁴⁴.

Aponta as seguintes características da jurisdição civil: I) o exercício da soberania, por se tratar de função do Estado; II) a composição do litígio *super partes* e *secundum ius*, ou seja, com aplicação das normas do Direito objetivo; III) a independência em relação às outras duas funções estatais (executiva e legislativa) e imparcialidade como decorrência das garantias do Poder Judiciário; IV) a resolução ou a composição justa do litígio como sua *causa finalis*; V) a substitutividade pelo juiz às partes em conflito; VI) o interesse predominante dos órgãos jurisdicionais no sentido de compor qualquer conflito segundo o Direito, mesmo que a controvérsia seja estabelecida entre particular e o Estado; VII) a necessidade de o Estado comparecer em juízo para ver solucionada sua lide com particular, fora dos limites autorizadores para a autotutela de seus próprios interesses⁴⁵.

A inspiração nas doutrinas de Chiovenda e Carnelutti é também observada em Amaral Santos quando assinala que o Estado tem como uma de suas funções precípua “assegurar a ordem jurídica, e, pois, compor as lides ocorrentes por meio da atuação da lei, o que corresponde a dizer que função do Estado, entre outras, é administrar a justiça”⁴⁶.

Assevera que a função jurisdicional do Estado é exercida por órgãos do Poder Judiciário diante da ocorrência da lide e pela atuação da lei ao caso concreto, por meio do processo, que define como “um complexo de atos coordenados”⁴⁷.

42 MARQUES, J. F. *Ibidem*, p. 64.

43 Cf. MARQUES, J. F. *Ibidem*, p. 64.

44 Cf. MARQUES, J. F. *Ibidem*, p. 64, e *Constituição da República de 1988*, artigo 5º, incisos LIV e LV.

45 Cf. MARQUES, J. F. *Ibidem*, p. 65-66.

46 AMARAL SANTOS, Moacyr. *Primeiras linhas de direito processual civil*. 18ª ed. atual., São Paulo: Saraiva, 1995, v. I, p. 13.

47 AMARAL SANTOS, M. *Ibidem*, p. 13.

A operação destinada à composição das lides tem por finalidade “a recomposição da paz social, assegurando-se a efetividade da ordem jurídica, por aquelas ameaçada ou violada”⁴⁸.

Amaral Santos relaciona as seguintes características da jurisdição: a) é função própria e exclusiva do Estado, que se encontra em condições de dirimir os litígios pela força de que dispõe e pelo interesse que tem em assegurar a ordem jurídica estabelecida; b) visa à atuação do Direito objetivo na composição dos conflitos de interesses para tutelar o Direito subjetivo protegido pela lei disciplinadora de uma dada relação jurídica; c) é fruto da consolidação da idéia do Estado de Direito e pressupõe a formulação das leis e a criação do Direito objetivo pelo Poder Legislativo; d) é exercida diante de conflito de interesses e por provocação do interessado; e) verifica e declara a quem cabe o direito e realiza as atividades necessárias para sua efetivação prática; f) tem por finalidade assegurar a paz jurídica⁴⁹.

Dinamarco, por sua vez, destaca que a organização do sistema processual, baseando-se em uma perspectiva exterior e teleológica, implica enfoque metodologicamente diferente da jurisdição e que pretende inseri-la no quadro da política e do poder⁵⁰.

A jurisdição não é um poder do Estado, pois o poder é uma inerência do Estado, de tal sorte que se pode afirmar que “o Estado é poder”. O poder consiste na capacidade de impor as próprias decisões. “Por isso é que em vez de definir-se como *um* poder do Estado, a jurisdição deve ser vista como *uma das expressões do poder estatal*, que é uno”⁵¹.

A jurisdição não difere ontologicamente da administração e da legislação, pois a diferença se encontra “nas variadas *funções* que o Estado tem por suas e que projetam reflexos de suas próprias peculiaridades na forma e características e disciplina positiva no exercício do poder enquanto voltado a cada uma delas”⁵².

Logo, a jurisdição, como função político-jurídica do Estado, envolve com freqüência a categoria poder político-jurídico que, para alcançar o seu desiderato, deve valer-se da prerrogativa de decidir e de impor suas decisões. O Estado decide para si ou para os outros, em abstrato for-

48 AMARAL SANTOS, M. *Ibidem*, p. 13.

49 Cf. AMARAL SANTOS, M. *Ibidem*, p. 67-69.

50 Cf. DINAMARCO, C. R. A *Ibidem*, p. 160.

51 DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 161.

52 DINAMARCO, C. R. A *Ibidem*, p. 161-162.

mulando normas de conduta ou de organização e, em concreto, nos planos político-administrativo ou jurisdicional⁵³.

A importância da capacidade de decisão por parte do Estado é de tal magnitude que para os cientistas políticos “o poder político é, realmente, a *capacidade de decidir imperativamente e impor decisões*”⁵⁴.

Em sintonia com essa definição, Cintra *et alii* assinalam que a jurisdição é uma função monopolizada pelo Estado e destacam os seus três elementos: I) “poder”, como manifestação do poder estatal; II) “função”, que expressa o encargo dos órgãos do Estado no sentido de promover a pacificação dos conflitos com a realização do direito justo; e III) “atividade”, como o conjunto de atos que o juiz pratica no processo ao exercer o poder e ao cumprir a função exigida pela lei⁵⁵.

Gelsi Bidart assinala que jurisdição pode ser adjetivada como a) “atividade”, no sentido de realização; b) “poder”, correspondente a uma atividade apoiada na lei e ação impulsionada e possibilitada pelo Estado; c) “função”, entendida como tarefa permanente e delegada a um terceiro imparcial; e d) “situação”, relacionada à condição para atuar, estruturada por uma norma legal⁵⁶.

O Estado, no exercício da função jurisdicional, substitui os titulares em conflito⁵⁷ e com imparcialidade deve “buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser solucionado”⁵⁸.

Greco Filho, na mesma linha de pensamento, apresenta seu conceito operacional de jurisdição: “jurisdição é o poder, função e atividade de

53 Cf. DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 122.

54 DINAMARCO, C. R. *Ibidem*, p. 122.

55 Cf. CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. *Teoria geral do processo*. [Antônio Carlos de Araújo Cintra; Ada Pellegrini Grinover; Cândido Rangel Dinamarco] 14ª ed., rev. e atual., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 129.

56 Cf. GELSI BIDART, Adolfo. *Cuestiones de la organizacion procesal*. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernandez, 1977, p. 16. Tradução livre do espanhol para o português pelo pesquisador.

57 A tese da substitutividade, como característica da jurisdição, é desenvolvida por CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 15-20.

58 CINTRA, A. C. de A. *Ibidem*, p. 129.

aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”⁵⁹.

Esclarece que o seu conceito engloba as definições de Chiovenda⁶⁰ e de Carnelutti⁶¹, que, apesar de serem consideradas antagônicas, de fato se complementam.

Explicita Greco Filho que a jurisdição, como a) poder, “atua co-gentemente como manifestação da potestade do Estado e o faz definitivamente em face das partes em conflito”; b) função, “cumpre a finalidade de fazer valer a ordem jurídica posta em dúvida em virtude de uma pretensão resistida”; e c) atividade, consiste “numa série de atos e manifestações externas de declaração do direito e de concretização de obrigações consagradas num título”⁶².

O conceito operacional⁶³ de jurisdição que ora se apresenta constitui uma síntese que se inspira nos estudos precedentes realizados: a jurisdição é função do Estado e uma das dimensões de seu poder, que se encontra a serviço da sociedade e deve exprimir suas exigências e valores; vale-se da prerrogativa de decidir e de impor suas decisões; sua principal finalidade é a pacificação social; busca a justa composição dos conflitos e a atuação da vontade concreta do Direito objetivo; destina-se a cumprir os objetivos sociais, políticos e jurídicos do Estado e direciona-se à proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos; realiza-se tanto no ato de julgar (declarar e aplicar o Direito) quanto no de dar cumprimento ao julgado, ao torná-lo concreto no plano da realidade; caracteriza-se por sua condição de substitutividade, imparcialidade, independência e estraneidade em relação ao interesse tutelado.

Traçados alguns contornos conceituais acerca da categoria jurisdição no âmbito civil, cumpre lembrar que as funções jurisdicionais do Estado são necessariamente encomendadas a pessoas físicas que, chamadas a exercer determinada soma de atribuições previamente estabelecidas pela Constituição e pelas leis, desempenham o ofício judicial correspon-

59 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 167.

60 Cf. CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 8.

61 Cf. CARNELUTTI, F. *Ibidem*, p. 370-374.

62 GRECO FILHO, V. *Ibidem*, p. 167.

63 PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do direito*. Florianópolis: OAB/SC Editora, 1999, p. 39, esclarece: “Quando nós estabelecemos ou propomos uma definição para uma palavra ou expressão, com o desejo de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias que expomos, estamos fixando um Conceito Operacional”.

dente à esfera de poderes e deveres que lhes são objetivamente conferidos⁶⁴.

Os poderes jurisdicionais do juiz são exercidos por essas pessoas físicas no interior da estrutura da organização judiciária e de acordo com as competências definidas pela Constituição e pelas leis infraconstitucionais.

A tutela jurisdicional a ser prestada pelo Estado será o resultado da obra e da atividade dos juízes e tribunais localizados em algum ponto do arcabouço judicial no exercício da competência a eles definida.

2. Competência como critério de definição da organização judiciária

A noção de órgãos judiciais como pluralidade de pessoas surge a partir do ponto de vista subjetivo, e a formação desses órgãos é presidida por dois princípios: o da especialização, correspondente à divisão tripartida das funções da soberania do Estado,⁶⁵ e o da pluralidade de órgãos instituídos para exercer a função jurisdicional, que aparece no ordenamento constitucional como o ramo da organização judiciária⁶⁶.

O Estado Moderno e o Estado Contemporâneo se caracterizam pela sua extensão territorial e pela complexidade de suas relações econômicas, sociais, políticas, culturais e étnicas. Por conseqüência, as exigências de justiça se acumulam e se multiplicam, e com isso se torna indispensável o funcionamento simultâneo de uma pluralidade de órgãos judiciais para o desenvolvimento do trabalho jurisdicional⁶⁷.

A jurisdição é o denominador comum ou a natureza invariável de todas as Justiças⁶⁸ — comuns ou especializadas, e de seus respectivos tribunais —, de maneira que detêm a jurisdição tanto o Supremo Tribunal Federal quanto o juiz de direito da Justiça comum estadual, mesmo que existam diversidades no que tange às suas respectivas competências.

Todos os órgãos do Poder Judiciário têm jurisdição ou exercitam o poder estatal correspondente e detêm competência para exercê-la. Porém,

64 Cf. CALAMANDREI, Piero. *Direito processual civil*. Trad. Luiz Abezia e Sandra Drina Fernandez Barbery. Campinas: Bookseller, 1999, v. II, p. 15.

65 CALAMANDREI, P. *Ibidem*, p. 15; *Constituição da República de 1988*, artigo 2º.

66 Cf. CALAMANDREI, P. *Ibidem*, p. 16; *Constituição da República de 1988*, artigo 92.

67 Cf. CALAMANDREI, P. *Ibidem*, p. 41.

68 GELSI BIDART, Adolfo. *Ibidem*, p. 112.

a efetividade do exercício da jurisdição e da competência encontra limites de acordo com as circunstâncias concretas. A competência é o conjunto de atribuições concedidas a um órgão do Poder Judiciário ou a medida do que pode exercitar ou atuar, e corresponde aos limites do exercício e da realização da jurisdição que se lhe atribui⁶⁹.

Para Calamandrei, a competência é uma questão de jurisdição, pois a distribuição interna do trabalho entre os diversos órgãos judiciais pressupõe que se tenham estabelecido anteriormente as suas respectivas funções. Cada órgão deve ter definida a sua esfera de ofícios para o exercício prático da jurisdição. O Estado determina qual é em concreto a “fração de jurisdição” atribuída a um juiz ou a um tribunal e com isso traça os limites recíprocos de atividades entre esse juiz ou tribunal e os outros juízes ou tribunais. A competência é uma determinação dos poderes jurisdicionais de cada um dos juízes que passa, na prática, de uma medida subjetiva do órgão judicial para uma medida objetiva da matéria sobre a qual o juiz ou tribunal é chamado a resolver em concreto⁷⁰.

O tema relativo à prévia determinação e estabelecimento da competência e das funções dos juízes remete ao “princípio do juiz natural”⁷¹, sobre o qual comenta Nery Júnior: “O princípio do juiz natural, enquanto postulado constitucional adotado pela maioria dos países cultos, tem grande importância na garantia do Estado de Direito, bem como na manutenção dos preceitos básicos de imparcialidade do juiz na aplicação da atividade jurisdicional, atributo esse que se presta à defesa e proteção do interesse social e do interesse público geral”⁷².

O princípio do juiz natural apresenta o seguinte conteúdo: a) determinabilidade com a prévia individualização dos juízes por meio de leis gerais; b) garantia de justiça material com atuação independente e imparcial dos juízes; c) estabelecimento de critérios objetivos para a determinação da competência dos juízes; d) observância das determinações de procedimento referentes à divisão funcional interna⁷³.

69 Cf. GELSI BIDART, A. *Ibidem*, p. 112-113.

70 Cf. CALAMANDREI, P. *Ibidem*, p. 104-105.

71 *Constituição da República de 1988*, artigo 5º, incisos XXXVII e LIII.

72 NERY JÚNIOR, Nelson. *Princípios do processo civil na Constituição Federal*. 6ª ed. rev., ampl. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 65.

73 Cf. NERY JÚNIOR, N. *Ibidem*, p. 70.

Para Liebman, “a competência é a quantidade de jurisdição cujo exercício é atribuído a cada órgão, ou seja, a ‘medida da jurisdição’”⁷⁴. Logo, a competência define quais os casos e quais as controvérsias que cada juiz ou tribunal pode decidir e essa delimitação se faz prévia e abstratamente por meio da Constituição ou das leis⁷⁵.

A função jurisdicional, atribuída abstratamente a todos os órgãos do Poder Judiciário considerados em conjunto, em razão das necessidades práticas, é distribuída entre os diferentes juízes e tribunais que formam o Poder Judiciário⁷⁶.

A competência é a distribuição e a atribuição de jurisdição entre distintos órgãos julgadores. Desse modo, competência e jurisdição são institutos diferentes apenas no que se refere à quantidade. A competência é a jurisdição em concreto e se relaciona com o magistrado ou com o tribunal examinado em sua singularidade⁷⁷.

A jurisdição corresponde em abstrato a todo o Poder Judiciário relacionado com todos os magistrados e tribunais com todos os tipos de causas, enquanto a competência diz respeito a “um singular ofício jurisdicional” em relação com uma causa concreta e determinada⁷⁸.

A atribuição da competência a cada juiz ou tribunal passa por um processo gradativo de concretização até determinar-se a competência para cada causa⁷⁹.

A Constituição da República de 1988, o Código de Processo Civil, as Constituições dos Estados e as leis de organização judiciária dos Estados definem em diversos níveis jurídico-positivos a distribuição da competência, de maneira a excluir os demais órgãos e definir que apenas

74 LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 55.

75 Cf. LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 55. O conceito operacional de LIEBMAN para competência reforça a vinculação do instituto com o princípio do juiz natural que se ampara nas idéias de prévia individualização dos juízes e estabelecimento de critérios objetivos para sua competência.

76 ROCCO, Ugo. *Tratado de derecho procesal civil*. Tradução para o espanhol de Santiago Sentís Melendo e Marino Ayerra Redín. Bogotá: Editorial Temis; Buenos Aires: Editorial Depalma, 1970, v. II, parte general, p. 41. Tradução livre do espanhol para o português pelo pesquisador.

77 Cf. ROCCO, U. *Ibidem*, p. 41.

78 Cf. ROCCO, U. *Ibidem*, p. 41-42. O conceito operacional de ROCCO para “competência” é o seguinte: “aquella parte de jurisdicción que corresponde en concreto a cada órgano jurisdiccional singular, según ciertos criterios a través de los cuales las normas procesales distribuyen la jurisdicción entre los distintos órganos ordinarios de ella” (*op. cit.*, p. 42).

79 CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 229.

aquela justiça, aquele órgão superior ou inferior, aquela seção judiciária ou comarca ou aquele juízo deve exercê-la em concreto⁸⁰.

A competência das Justiças comuns e das Justiças especializadas, dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal é definida pela Constituição da República de 1988; o Código de Processo Civil de 1973 define regras sobre o foro competente (comarcas e seções judiciárias); as Constituições dos Estados apresentam a competência originária dos tribunais locais; e as leis de organização judiciária trazem as regras de competência de juízo⁸¹.

Os critérios em virtude dos quais as normas processuais distribuem a jurisdição entre os seus diversos órgãos⁸² são definidos segundo: a) o valor econômico da relação jurídica objeto da causa; b) a natureza da relação jurídica objeto da causa; c) o lugar onde se encontram os sujeitos ou o objeto da relação jurídica; d) a função do órgão jurisdicional⁸³; e) a qualidade das pessoas em litígio ou com interesse na lide⁸⁴.

Registra-se a influência do Direito Canônico — de enorme importância na história do Direito, tanto na esfera das instituições, quanto na cultura jurídica —, na formação do Direito moderno e contemporâneo, especialmente no que se refere ao processo e aos conceitos de jurisdição e competência. A reforma e transformação radical liderada pelo Papa Gregório VII no século XI, com a emissão do *Dictatus Papae* de 1075, definiu que I) o processo seria conduzido por profissionais do Direito; II) o sistema de recursos permitia a uniformização, a concentração e a centralização do poder; III) a perspectiva investigativa ou inquisitorial assumia relevância em relação à acusatória, adversarial ou duelística; IV) a escrita impor-se-ia sobre a oralidade, constituindo o sistema cartorial⁸⁵.

80 Cf. CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 230-232.

81 Cf. CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 230.

82 Trata-se aqui dos critérios definidores da competência interna, ou seja, a que divide a função jurisdicional entre os vários órgãos da Justiça nacional.

83 Cf. ROCCO, U. *Ibidem*, p. 42.

84 Segundo CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 236, a competência de jurisdição leva em consideração a) a natureza da relação jurídica material controvertida, para definir a competência das Justiças especiais em contraposição à das comuns (Constituição da República de 1988, artigos 114, 121 e 124), e b) a qualidade das pessoas, para distinguir a competência da Justiça Federal (comum) e das Justiças Estaduais ordinárias (também comuns) (Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 109).

85 Cf. LOPES, José Reinaldo de Lima. *O direito na história: lições introdutórias*. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 83-101.

Com o desenvolvimento da reforma desencadeada por Gregório VII, definiu-se a separação de jurisdições ou competências no Direito Canônico com base em critérios objetivos, a saber: a) *ex ratione personarum* (em razão das pessoas); b) *ex ratione materiae* (em razão da matéria). Conforme as pessoas envolvidas no litígio ou conforme a matéria disputada, os tribunais eclesiásticos definiam sua respectiva competência, em disputa com as cortes ou tribunais seculares. Portanto, se a causa envolvesse clérigos, operava-se o *privilegium fori* absoluto da jurisdição canônica e eclesiástica. As causas que envolvessem os sacramentos, matrimônio, direito de família, testamentos, disposições de última vontade, benefícios patrimoniais com relação ao exercício de funções clericais e bens da Igreja, juramentos em contratos e dívidas, usura, adultério, hereesia, processo penal, definiam a competência *ex ratione materiae* em favor dos tribunais eclesiásticos⁸⁶.

Da doutrina européia, colaciona-se a classificação de Chiovenda quanto aos critérios da competência interna: I) critério objetivo — competência em razão do valor da causa ou da sua natureza (matéria); II) critério funcional — competência em razão da natureza especial e das exigências especiais das funções a serem exercidas pelo magistrado no processo; III) critério territorial — competência relacionada com a circunscrição territorial destinada a cada órgão jurisdicional⁸⁷.

A classificação indicada por Rocco⁸⁸ está reconhecida pelo sistema do Código de Processo Civil de 1973, que distribui da seguinte forma as modalidades de competência interna: I) em razão do valor⁸⁹; II) em razão da matéria⁹⁰; III) em razão da função⁹¹; IV) em razão do território⁹².

86 LOPES, J. R. de Lima. *Ibidem*, p. 100-101.

87 CHIOVENDA, G. *Ibidem*, p. 184-185.

88 Cf. ROCCO, U. *Ibidem*. p. 42.

89 *Código de Processo Civil*, artigo 91.

90 Cf. *Código de Processo Civil*, artigo 91.

91 Cf. *Código de Processo Civil*, artigo 93.

92 Cf. *Código de Processo Civil*, artigos 94-101.

3. Órgãos do Poder Judiciário nacional e princípio do duplo grau de jurisdição

A função jurisdicional do Estado brasileiro é exercida pelos seguintes órgãos do Poder Judiciário⁹³: I) Supremo Tribunal Federal; II) Superior Tribunal de Justiça; III) Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; IV) Tribunais e Juízes do Trabalho; V) Tribunais e Juízes Eleitorais; VI) Tribunais e Juízes Militares; VII) Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios.

O sistema constitucional brasileiro define que os órgãos do Poder Judiciário têm na sua cúpula o Supremo Tribunal Federal, que atua como guardião da Constituição e funciona como Corte Constitucional e Tribunal da Federação⁹⁴.

Silva esclarece que o Brasil seguiu inicialmente o sistema norte-americano de controle da constitucionalidade das leis e dos atos normativos, fundado no critério “difuso”, e evoluiu para um sistema misto e peculiar que combina os controles “difuso” por via de exceção ou de defesa e “concentrado” por via da ação direta. Este último é inspirado no modelo europeu, que tem natureza política e ideológica⁹⁵.

Apesar de ter-se reduzido a competência do Supremo Tribunal Federal à matéria constitucional, nem por isso o Supremo foi convertido em Corte Constitucional, por duas principais razões: a) não é o único órgão jurisdicional competente para o exercício da jurisdição constitucional, uma vez que o sistema de controle “difuso” perdura e permite a qualquer órgão do Poder Judiciário o conhecimento de prejudicial de inconstitucionalidade, por via de exceção; b) o modo de recrutamento de seus membros indica que o Supremo examina as questões com critérios prevalentemente técnico-jurídicos, e não políticos⁹⁶.

A Constituição brasileira também prevê a ação declaratória de constitucionalidade de lei ou ato normativo federal⁹⁷, a ação de descum-

93 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 92, incisos I a VII.

94 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 6. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1990, p. 477; *Constituição da República de 1988*, artigo 102, incisos I a III e §§ 1º e 2º.

95 Cf. SILVA, J. A. da. *Ibidem*, p. 478.

96 Cf. SILVA, J. A. da. *Ibidem*, p. 478.

97 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso I, alínea a.

primeto de preceito fundamental⁹⁸ e a ação de inconstitucionalidade por omissão⁹⁹.

O Supremo Tribunal Federal não integra nenhuma das Justiças enumeradas na Constituição da República de 1988, pois está acima de todas e cumpre-lhe exercer, dentre outras, a função de “órgão de superposição”, ou seja, julgar recursos interpostos em causas que já exauriram todos os graus das Justiças comuns e especiais¹⁰⁰.

As competências do Supremo Tribunal Federal estão especificadas em três grupos: I) processar e julgar, originariamente, como juízo único e definitivo¹⁰¹; II) julgar em recurso ordinário¹⁰²; III) julgar em recurso extraordinário¹⁰³.

O Superior Tribunal de Justiça é o órgão de “articulação e defesa do direito objetivo federal”¹⁰⁴ ou de “questões federais infraconstitucionais”¹⁰⁵ e relaciona-se com os sistemas judiciários da Justiça comuns, compostas pela Justiça Federal e Justiças Estaduais, em contraposição às chamadas Justiças especializadas¹⁰⁶.

O Superior Tribunal de Justiça, em relação às Justiças comuns, atua como órgão de superposição no sentido de julgamento de recursos especiais interpostos em causas que exauriram os respectivos graus de jurisdição e que têm a marca da excepcionalidade, pois permitem exclusivamente a apreciação de questões de direito¹⁰⁷.

98 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, § 1º.

99 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 103, § 2º.

100 Cf. CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 177.

101 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso I.

102 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso II.

103 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso III.

104 SILVA, J. A. da. *Ibidem*, p. 477.

105 Cf. CINTRA, A. C. de A. *Ibidem*, p. 178; *Constituição da República de 1988*, artigo 105, incisos I a III.

106 Conforme THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de direito processual civil*. Rio de Janeiro: Forense, 1996, v. I, p. 193, as Justiças especializadas pertencem ao aparelho federal do sistema constitucional e compreendem órgãos de jurisdição especial como a Justiça do Trabalho, a Justiça Eleitoral e a Justiça Militar.

107 Cf. CINTRA, A. C. de A. *Ibidem*, p. 176.

A competência do Superior Tribunal de Justiça está distribuída em três grupos: I) processar e julgar, originariamente¹⁰⁸; II) julgar, em recurso ordinário¹⁰⁹; III) julgar, em recurso especial¹¹⁰.

O presente estudo tem a atenção prioritária voltada para os órgãos da Justiça comum e seus respectivos tribunais de superposição, que são os organismos que aplicam o Direito Processual Civil nos seus provimentos.

As Justiças comuns são compostas pelas Justiças Federal e Estaduais. Compreendem-nas, respectivamente, os Tribunais Regionais Federais¹¹¹ e os juízes federais, e os tribunais e juízes de todas as unidades da Federação.

Segundo Theodoro Júnior, as Justiças comuns Federal e Estaduais estão organizadas pelo sistema do duplo grau de jurisdição para que se assegure ao vencido o reexame em grau de recurso ordinário, pelos respectivos tribunais, das matérias decididas pelos juízes de primeiro grau¹¹².

Explicam Cintra *et alii* que “O princípio do duplo grau de jurisdição funda-se na possibilidade de a decisão de primeiro grau ser injusta ou errada, daí decorrendo a necessidade de permitir sua reforma em grau de recurso”¹¹³.

Esclarece Calamandrei que o princípio do duplo grau de jurisdição, que remonta à Revolução Francesa, é integrado pelo instituto da casação e corresponde à possibilidade de que em toda a causa, depois da decisão pelo juiz de primeiro grau, a parte vencida possa “pedir o novo exame integral da mesma causa a um órgão judicial superior”¹¹⁴.

O princípio do duplo grau de jurisdição tem duas funções: I) a função subjetiva, que é a de assegurar à parte irrisignada um novo pronunciamento sobre a matéria; e II) a função de natureza política, que é a de sub-

108 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 105, inciso I.

109 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 105, inciso II.

110 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 105, inciso III.

111 Cf. *Constituição da República de 1988*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 27, § 6º. A Lei Federal n. 7.727, de 9-1-1989, publicada em Revista do Superior Tribunal de Justiça. v. 1, n. 1, p. 145, definiu a composição original e a instalação dos Tribunais Regionais Federais.

112 Cf. THEODORO JÚNIOR, H. *Ibidem*, p. 195.

113 Cf. CINTRA, A. C. de A., *Ibidem*, p. 74.

114 CALAMANDREI, P. *Ibidem*, p. 45.

meter aos órgãos de segundo grau de jurisdição ou tribunais superiores as decisões dos juízes e tribunais, com a finalidade de garantir-se a boa justiça¹¹⁵.

As decisões das Justiças comuns sujeitam-se à apreciação dos órgãos de superposição desde que interpostos recursos extraordinário¹¹⁶ e especial¹¹⁷.

O Direito Processual Civil é aplicado pelo Supremo Tribunal Federal, pelo Superior Tribunal de Justiça e pelas Justiças comuns — Justiça Federal e Justiça dos Estados. Por essa razão, esses órgãos do Poder Judiciário serão superficialmente analisados no que refere à sua origem constitucional, composição e funcionamento.

3.1. Supremo Tribunal Federal

O Supremo Tribunal Federal foi criado à semelhança da Suprema Corte norte-americana. Antes da Constituição de 1891¹¹⁸, o Decreto n. 848¹¹⁹ organizou-o com sede na capital da República, Rio de Janeiro, composto de 15 (quinze) juízes de “notável saber e reputação, que possuíssem as condições de elegibilidade para o Senado”¹²⁰.

A Constituição de 1891, a primeira da República, manteve as mesmas características apontadas¹²¹. A Constituição de 1934 mudou o nome do Tribunal para “Corte Suprema” e reduziu o número de juízes para 11

115 Cf. ROCHA, José de Albuquerque. *Teoria geral do processo*. 4ª ed., rev. atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 1999, p. 123.

116 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso III.

117 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 105, inciso III.

118 Cf. CAMPANHOLE, Adriano. *Constituições do Brasil: compilação e atualização dos textos, notas, revisão e índices*. [Adriano Campanhole; Hilton Lobo Campanhole] 14ª ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 727-758; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*.

119 PEREIRA, Milton Luiz. *Justiça federal: primeira instância*. São Paulo: Sugestões Literárias S.A., 1969, p. 14; *Decreto n. 848*, de 11-10-1890, artigo 1º: “A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juízes de Seção”.

120 JACQUES, Paulino. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1977, p. 388.

121 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 741; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*, artigo 56.

(onze)¹²². Indicou como primeiro requisito para a nomeação a naturalidade brasileira e esclareceu que as expressões contidas na Constituição de 1891 — “notável saber” e “reputação” — correspondem respectivamente a “saber jurídico” e a “reputação ilibada”¹²³.

A Constituição de 1937 restaurou o nome tradicional de Supremo Tribunal Federal¹²⁴, e a Constituição de 1946 consignou as seguintes características: I) sede na capital da República e jurisdição em todo o território nacional; II) composição de 11 (onze) Ministros nomeados pelo Presidente da República¹²⁵, com prévia aprovação do Senado, dentre cidadãos maiores de 35 anos de notável saber jurídico e reputação ilibada¹²⁶; III) competência quádrupla: originária, ordinária, extraordinária e revisional¹²⁷.

A Constituição de 1967 apresentou alterações na estrutura e na competência do Supremo. O número de Ministros foi aumentado para 16 (dezesesseis)¹²⁸. A Emenda Constitucional n. 1 reduziu o número para 11 (onze)¹²⁹ e introduziu outras modificações na competência do Supremo¹³⁰.

A Constituição da República de 1988 prescreve que o Supremo Tribunal Federal compõe-se de onze Ministros, escolhidos dentre cidadãos com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos de idade, de notável saber jurídico e reputação ilibada, nomeados pelo Presi-

122 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 681; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16-7-1934*, artigo 73, *caput*.

123 Cf. JACQUES, P. *Ibidem*, p. 389; CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 681; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16-7-1934*, artigo 74.

124 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 593; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10-11-1937*, artigo 97.

125 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 474; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18-9-1946*, artigo 98.

126 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 474; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18-9-1946*, artigo 99.

127 Cf. JACQUES, P. *Ibidem*, p. 390; CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 474-476; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18-9-1946*, artigo 101, incisos I a IV.

128 Cf. CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 394; *Constituição do Brasil de 24-1-1967*, artigo 113, *caput*.

129 Cf. JACQUES, P. *Curso de direito constitucional*, p. 395-396; CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 275; *Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1*, de 17-10-1969, artigo 118, *caput*.

130 Cf. JACQUES, P. *Ibidem*, p. 395-396; CAMPANHOLE, A., *Ibidem*, p. 275-276; *Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1*, de 17-10-1969, artigo 119.

dente da República, depois de aprovada a escolha pela maioria absoluta do Senado Federal¹³¹.

O Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, que estabelece a composição e a competência dos seus órgãos, regula o processo e o julgamento dos feitos que lhe são atribuídos pela Constituição da República de 1988¹³² e prescreve que são órgãos do Supremo o Plenário, composto por onze Ministros¹³³, e as Turmas, compostas por cinco Ministros¹³⁴.

A Constituição da República de 1988 prevê que compete precipuamente ao Supremo Tribunal Federal a “guarda da Constituição”¹³⁵. Porém, adverte Silva que o Supremo limita-se a guardar formal ou tecnicamente os valores constitucionais uma vez que, mantido como Tribunal de julgamento de casos concretos¹³⁶, a preferência se dá pela decisão da lide e não pelos valores da Constituição¹³⁷.

3.2. Superior Tribunal de Justiça

O Superior Tribunal de Justiça é uma inovação da Constituição da República de 1988¹³⁸. A Lei Federal n. 7.746, de 30-3-1989, dispôs sobre a sua composição e instalação¹³⁹. A composição inicial fez-se com o aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos¹⁴⁰ e pela nomeação dos Ministros necessários à complementação até trinta e três¹⁴¹.

131 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 101 e parágrafo único.

132 *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, artigo 1º.

133 Cf. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, artigo 3º.

134 Cf. *Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal*, artigo 4º, *caput*.

135 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, *caput*.

136 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 102, inciso III.

137 Cf. SILVA, J. A. da. *Ibidem*, p. 479.

138 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 92, inciso II; *Constituição da República de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, artigo 27 e §§ 1º a 5º.

139 *Lei n. 7.746*, de 30-3-1989. Revista do Superior Tribunal de Justiça. vol. 1. n. 1. Setembro 1989. Brasília: Livraria Brasília Jurídica, 1989, p. 25.

140 Cf. *Constituição da República de 1988*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 27 e § 2º, inciso I.

141 Cf. *Constituição da República de 1988*. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, artigo 27 e § 2º, inciso II.

São as seguintes as características das atribuições do Superior Tribunal de Justiça: I) controle da autoridade e da uniformidade de interpretação da lei federal; II) tutela do princípio da incolumidade do Direito objetivo¹⁴².

O Superior Tribunal de Justiça compõe-se de, no mínimo, trinta e três Ministros¹⁴³, nomeados pelo Presidente da República, dentre brasileiros com mais de trinta e cinco e menos de sessenta e cinco anos, de notável saber jurídico e reputação ilibada, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal¹⁴⁴, sendo um terço dentre desembargadores federais dos Tribunais Regionais Federais, um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Superior Tribunal de Justiça¹⁴⁵, e um terço, em partes iguais e alternadamente, dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual, do Distrito Federal e Territórios, indicados na forma da Constituição da República de 1988¹⁴⁶.

O Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, de 22-6-1989, prescreve que o Tribunal funciona: I) em Plenário, constituído da totalidade de seus trinta e três Ministros¹⁴⁷; II) pelo seu órgão especial, denominado Corte Especial, composto por vinte e um Ministros¹⁴⁸; III) em três Seções especializadas¹⁴⁹; e IV) em seis Turmas especializadas, constituídas de cinco Ministros cada uma¹⁵⁰.

142 Cf. SILVA, J. A. da. *Ibidem*, p. 484.

143 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 104, *caput*.

144 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 104, parágrafo único.

145 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 104, parágrafo único, inciso I.

146 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 104, parágrafo único, inciso II, e artigo 94.

147 *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, artigo 2º, inciso I e § 1º.

148 Cf. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, artigo 2º, inciso I e § 2º, incisos I e II. A Corte Especial é presidida pelo Presidente do Superior Tribunal de Justiça e integrada pelo Vice-Presidente, pelo Coordenador-Geral da Justiça Federal e pelos seis Ministros mais antigos de cada Seção, apurada a antiguidade no Tribunal.

149 Cf. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, artigo 2º, inciso II e § 3º.

150 Cf. *Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça*, artigo 2º, inciso III e § 4º.

3.3. Justiça Federal

Da subdivisão do Estado Monárquico unitário surgiu o regime federalista que instituiu o dualismo jurisdicional brasileiro com a criação da Justiça Federal comum pelo Decreto n. 848¹⁵¹. A Constituição de 1891 fundou o sistema federativo de governo e resguardou a instituição da Justiça Federal¹⁵². Após a promulgação dessa Constituição, sistematizou-se a dualidade das Justiças no Brasil com a organização, pelos Estados federados, das suas respectivas Justiças Estaduais¹⁵³.

A Constituição de 1934 sustentou a dualidade da Justiça¹⁵⁴. A Constituição Federal de 1937 suprimiu sem maiores razões os juízes e tribunais federais¹⁵⁵. A Constituição de 1946 reorganizou o Poder Judiciário e restabeleceu a Justiça Federal para fixar como corte federal o Tribunal Federal de Recursos¹⁵⁶, que tinha a competência, em segundo grau de jurisdição, de julgar todas as causas de interesse direto ou indireto da União. Ocorre que a Justiça Federal de primeiro grau de jurisdição com juízes singulares não foi restabelecida, de maneira que a competência em primeira instância era exercida pela Justiças Estaduais¹⁵⁷.

O Ato Institucional n. 2 restabeleceu a Justiça Federal de primeiro grau de jurisdição¹⁵⁸.

A Constituição da República de 1988, ao enumerar os órgãos da Justiça Federal, suprimiu o Tribunal Federal de Recursos e instituiu os

151 Cf. PEREIRA, M. L. *Ibidem*, p. 14; *Decreto n. 848*, de 11-10-1890, artigo 1º: “A Justiça Federal será exercida por um Supremo Tribunal Federal e por juízes inferiores intitulados Juízes de Secção”.

152 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 741; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*, artigo 55: “O Poder Judiciário da União terá por órgão um Supremo Tribunal Federal, com sede na Capital de República, e tantos juízes e tribunais federais, distribuídos pelo país, quantos o Congresso criar”; e PEREIRA, M. L. *Ibidem*, p. 13-15.

153 Cf. PEREIRA, M. L. *Ibidem*, p. 17.

154 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 680; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16-7-1934*, artigo 63.

155 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 591; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10-11-1937*, artigo 90.

156 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 473; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18-9-1946*, artigo 94, inciso II.

157 Cf. PEREIRA, M. L. *Ibidem*, p. 18.

158 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 559; *Ato Institucional n. 2*, de 27-10-1965, artigo 6º: “O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Tribunal Federal de Recursos e Juízes Federais [...]”; PEREIRA, M. L. *Ibidem*, p. 22.

Tribunais Regionais Federais como órgãos de segundo grau de jurisdição da Justiça Federal¹⁵⁹.

Os Tribunais Regionais Federais¹⁶⁰ tiveram sua composição inicial estabelecida pela Lei Federal n. 7.727, de 9-1-1989¹⁶¹. A Resolução n. 1 do Tribunal Federal de Recursos¹⁶² definiu as sedes e jurisdição dos Tribunais Regionais Federais do seguinte modo:

a) Tribunal Regional Federal da Primeira Região: sede em Brasília, jurisdição sobre o Distrito Federal e os Estados do Acre, Amapá, Amazonas, Bahia, Goiás, Maranhão, Mato Grosso, Minas Gerais, Pará, Piauí, Rondônia, Roraima e Tocantins;

b) Tribunal Regional Federal da Segunda Região: sede na cidade do Rio de Janeiro, jurisdição sobre os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;

c) Tribunal Regional Federal da Terceira Região: sede na cidade de São Paulo, jurisdição sobre os Estados de São Paulo e Mato Grosso do Sul;

d) Tribunal Regional Federal da Quarta Região: sede na cidade de Porto Alegre, jurisdição sobre os Estados do Rio Grande do Sul, Paraná e Santa Catarina;

e) Tribunal Regional Federal da Quinta Região: sede na cidade de Recife, jurisdição sobre os Estados de Pernambuco, Alagoas, Ceará, Paraíba, Rio Grande do Norte e Sergipe.

A Lei n. 9.967, de 10-5-2000, artigo 1º, alterou a composição dos Tribunais Regionais Federais, passando os da 1ª, 2ª e 4ª Regiões a contar com 27 membros cada um e o da 5ª Região, com 15.

159 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 92: “São órgãos do Poder Judiciário: I – o Supremo Tribunal Federal; II – o Superior Tribunal de Justiça; III – Os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais [...]”.

160 De acordo com *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Ato das Disposições Constitucionais Transitórias*, artigo 27, § 6º, foram criados cinco Tribunais Regionais Federais, atribuída a fixação das respectivas sedes e jurisdição ao Tribunal Federal de Recursos. O Tribunal Federal de Recursos, até a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, era o órgão de segundo grau da Justiça Federal.

161 A composição do Tribunal Regional Federal da 3ª Região sofreu alteração pela Lei n. 8.418, de 27-4-1992.

162 Tribunal Federal de Recursos. Resolução n. 1, de 6-10-1988, alíneas a e. *Revista do Superior Tribunal de Justiça*. v. 1, n. 1, p. 144-145.

A Justiça Federal de primeiro grau é composta pelos juízes federais que exercem suas funções jurisdicionais nas seções judiciárias distribuídas em todo o território nacional¹⁶³.

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com sede em Porto Alegre e jurisdição territorial para os Estados do Rio Grande do Sul, de Santa Catarina e do Paraná, compõe-se de 27 (vinte e sete) desembargadores federais vitalícios, nomeados pelo Presidente da República dentre brasileiros com mais de trinta e menos de sessenta e cinco anos: um quinto é formado por advogados com mais de dez anos de efetiva atividade profissional e membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira; quatro quintos são juízes federais com mais de cinco anos de exercício, promovidos por antigüidade e merecimento, alternadamente¹⁶⁴.

O Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região estabelece que o Tribunal funciona em Plenário, em Corte Especial, em Seções, em Turmas e em Turma Especial¹⁶⁵.

O Plenário é constituído de 27 Desembargadores Federais; a Corte Especial, de 15 Desembargadores Federais¹⁶⁶. As quatro Seções são presididas pelo Desembargador Federal Vice-Presidente e estão especializadas por matéria, em função da natureza da relação jurídica litigiosa: I) Primeira Seção (competência trabalhista e tributária); II) Segunda Seção (competência administrativa, civil, comercial, demais); III) Terceira Seção (competência previdenciária); IV) Quarta Seção (competência penal)¹⁶⁷. As Turmas são compostas por três Desembargadores Federais e, dentre elas, é escolhida, em rodízio, uma Turma Especial¹⁶⁸, que conserva a sua composição original e funciona nos períodos de férias coletivas dos julgadores (janeiro e julho).

A competência da Justiça Federal está definida na Constituição da República de 1988, artigos 108, incisos I e II, e 109, incisos I a XI.

163 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 110, *caput*.

164 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 107 e incisos I e II.

165 Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Regimento Interno, artigo 2º, incisos I a V. Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Regimento Interno, maio de 2003, artigo 1º.

166 Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Regimento Interno, artigo 2º, § 1º.

167 Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Regimento Interno, artigo 2º, § 2º incisos I a IV.

168 Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Regimento Interno, artigo 10 e parágrafo único.

Aos juízes federais, no âmbito da jurisdição civil, cabe processar e julgar: I) as causas de interesse da União, entidade autárquica ou empresa pública federal, na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes¹⁶⁹, de maneira que a competência é definida em razão da pessoa¹⁷⁰; II) as causas entre Estado estrangeiro ou organismo internacional e Município ou pessoa domiciliada ou residente no País¹⁷¹; III) as causas fundadas em tratado ou contrato da União com Estado estrangeiro ou organismo internacional¹⁷²; IV) os mandados de segurança e os *habeas data* contra ato de autoridade federal, excetuados os casos de competência dos tribunais federais¹⁷³; V) a disputa sobre direitos indígenas¹⁷⁴.

A Lei Federal que dispõe sobre a instituição dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal¹⁷⁵ foi promulgada por conta de autorização da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 98, parágrafo único, acrescentado pela Emenda Constitucional n. 22, de 18-3-1999.

Compete ao Juizado Federal Cível processar, conciliar e julgar causas de competência da Justiça Federal até o valor de sessenta salários mínimos, bem como executar as suas sentenças¹⁷⁶.

Estão excluídas da competência do Juizado Especial Federal Cível as causas: I) referidas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 109, incisos II, III e XI, as ações de mandado de segurança, de desapropriação, de divisão e demarcação, populares, execuções fiscais e por improbidade administrativa e as demandas sobre direitos ou interesses difusos, coletivos ou individuais homogêneos¹⁷⁷; II) relativas

169 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 109, inciso I.

170 Conforme *Código Civil de 1916*, artigo 14, inciso I, União é pessoa jurídica de direito público interno. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, artigo 109, inciso I, excepciona da competência da Justiça Federal as ações de falência, de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho. O Novo Código Civil, Lei n. 10.406, de 10-1-2002, artigo 41, inciso I, refere que a União é pessoa jurídica de direito público interno, como também o são os Estados, o Distrito Federal e os Territórios (inciso II); os Municípios (inciso III); as autarquias (inciso IV); as demais entidades de caráter público criadas por lei (inciso V).

171 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 109, inciso II.

172 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 109, inciso III.

173 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 109, inciso VIII.

174 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 109, inciso XI.

175 *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001.

176 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, *caput*.

177 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, § 1º, inciso I.

a bens imóveis da União, autarquias e fundações públicas federais¹⁷⁸; III) concernentes a pretensão de anulação ou cancelamento de ato administrativo federal, salvo o de natureza previdenciária e o de lançamento fiscal¹⁷⁹; IV) referentes a impugnação da pena de demissão imposta a servidores públicos civis ou de sanções disciplinares aplicadas a militares¹⁸⁰; V) correspondentes a pretensões de obrigações vincendas, cuja soma de doze parcelas exceda o valor de sessenta salários mínimos¹⁸¹.

Nas causas de que trata a Lei do Juizado Especial Federal não há reexame necessário¹⁸². Os recursos das decisões de primeiro grau são endereçados às Turmas Recursais, instituídas pelos respectivos Tribunais Regionais Federais, que definem a sua composição e área de competência¹⁸³.

Cabe pedido de uniformização de interpretação de lei federal quando há divergência entre decisões sobre questões de Direito material proferidas por Turmas Recursais na interpretação da lei¹⁸⁴. O pedido fundado em divergência entre Turmas da mesma região é julgado em reunião conjunta das Turmas em conflito¹⁸⁵.

O pedido fundado em divergência entre Turmas de diferentes regiões ou em razão de decisão proferida em contrariedade a súmula ou jurisprudência dominante no Superior Tribunal Justiça, é julgado por Turma de Uniformização, integrada por juízes de Turmas Recursais sob a presidência do Coordenador da Justiça Federal¹⁸⁶.

A reunião de juízes domiciliados em cidades diversas é feita pela via eletrônica¹⁸⁷.

Se a orientação acolhida pela Turma de Uniformização, em questões de Direito material, contrariar súmula ou jurisprudência dominante

178 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, § 1º, inciso II.

179 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, § 1º, inciso III.

180 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, § 1º, inciso IV.

181 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 3º, § 2º.

182 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 13. Sobre reexame necessário, consultar Código de Processo Civil, artigo 475, inciso I, com a redação dada pela Lei n. 10.352, de 26-12-2001.

183 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 21, *caput*.

184 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 14, *caput*. Esta hipótese não é contemplada no âmbito da Lei n. 9.099, de 26-9-1995.

185 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 14, § 1º.

186 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 14, § 2º.

187 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 14, § 3º.

no Superior Tribunal de Justiça, a parte interessada pode provocar a manifestação deste, que dirimirá a divergência¹⁸⁸.

3.4. Justiça Estadual

A Constituição de 1891 faz expressa referência às Justiças dos Estados da Federação e prevê que: de suas decisões caberia recurso em última instância ao Supremo Tribunal Federal¹⁸⁹; suas decisões seriam definitivas a não ser em questões relativas a *habeas corpus* e a espólio de estrangeiros quando a matéria não fosse prevista em convenção ou tratado¹⁹⁰; as Justiças Estaduais não poderiam intervir em questões submetidas aos tribunais federais¹⁹¹.

Conforme Mello Filho¹⁹², as Justiças dos Estados são também referidas nas Constituições de 1934¹⁹³, 1937¹⁹⁴, 1946¹⁹⁵, 1967¹⁹⁶ e na Emenda Constitucional n. 1, de 1969¹⁹⁷.

A Constituição da República de 1988 prevê como órgãos do Poder Judiciário os tribunais e juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios¹⁹⁸.

188 Cf. *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 14, § 4º.

189 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 742; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*, artigo 59, § 1º, alíneas *a* e *b*.

190 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 743; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*, artigo 60, § 1º.

191 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 744; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 24-2-1891*, artigo 62.

192 MELLO FILHO, José Celso de. *Constituição Federal anotada*. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 294.

193 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 691; *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 16-7-1934*, artigo 104.

194 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 594-595; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 10-11-1937*, artigos 103 a 110.

195 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 481; *Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 18-9-1946*, artigo 124.

196 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 401; *Constituição do Brasil de 24-1-1967*, artigo 136.

197 Cf. CAMPANHOLE, A. *Ibidem*, p. 272; *Constituição (1967). Emenda Constitucional n. 1, de 17-10-1969*, artigo 112, inciso VII.

198 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 92, inciso VII.

A organização das Justiças dos Estados está definida na Constituição da República de 1988¹⁹⁹ e por aquelas regras da Lei Orgânica da Magistratura Nacional²⁰⁰ recepcionadas por essa nova ordem constitucional²⁰¹.

A Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989 estabelece a organização da Justiça Estadual²⁰². A competência da Justiça Estadual é residual, ou seja, tudo o que não cabe à Justiça Federal ou às Justiças especiais é da competência dos órgãos da Justiça comum dos Estados²⁰³.

3.5. Justiça Estadual de Santa Catarina: notas históricas

A primeira Constituição de Santa Catarina foi promulgada em 11-6-1891 e estabeleceu que o então Superior Tribunal de Justiça²⁰⁴ seria composto de cinco magistrados escolhidos dentre os juízes mais antigos do Estado²⁰⁵.

O Superior Tribunal de Justiça foi instalado em 1º-10-1891 no Salão do Conselho Municipal da cidade de Desterro, Capital do Estado de Santa Catarina, ocasião em que foi eleito Presidente, pelo período de dois anos, o Desembargador José Roberto Vianna Guilhon, que fez a devida promessa perante o Vice-Governador do Estado Coronel Gustavo Richard²⁰⁶.

A Assembléia Constituinte, em 7-7-1892, promulgou outra Constituição Estadual e mudou a denominação de órgão de segundo grau para Tribunal da Relação²⁰⁷.

199 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 93 a 100, e *Carta Constitucional de 30-10-1945*, artigo 125 e seus §§ 1º a 4º.

200 *Lei Complementar n. 35*, de 14-3-1979. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Magistratura Nacional.

201 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 93, *caput*.

202 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigos 82 e 83.

203 Cf. THEODORO JÚNIOR, H. *Ibidem*, p. 154.

204 PIAZZA, Walter Fernando (Org.). *As constituições do Estado de Santa Catarina* (1891/1970). Florianópolis: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, 1984, p. 68; *Constituição do Estado de 11-6-1891*, artigo 17; FERNANDES NETO, Tycho Brahe. *História do judiciário catarinense*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000, p. 153.

205 Cf. PIAZZA, W. F. (Org.). *Ibidem*, p. 69; e *Constituição do Estado de 11-6-1891*, artigo 18.

206 Cf. FERNANDES NETO, T. B. *Ibidem*, p. 157-158.

207 Cf. PIAZZA, W. F. (Org.). *As constituições do Estado de Santa Catarina* (1891/1970), p. 109; *Constituição do Estado de 7-7-1892*, artigo 47, inciso I; FERNANDES NETO, T. B. *Ibidem*, p. 161-162.

O Tribunal da Relação foi dissolvido pelo Presidente do Estado Tenente Manoel Joaquim Machado por meio da Resolução n. 821, de 8-4-1893²⁰⁸. O Coronel Moreira Cesar assumiu a governadoria do Estado em 22-4-1894 e no mesmo dia, pela Resolução n. 998, declarou nula a Resolução n. 821 e restaurou a composição original do Tribunal da Relação²⁰⁹.

A Constituição do Estado de 1895 resgatou a denominação de Superior Tribunal de Justiça²¹⁰ como órgão de segunda instância²¹¹ e manteve sua composição em cinco magistrados, escolhidos dentre os juízes mais antigos do Estado²¹².

A Constituição de Santa Catarina de 1910 estipulou o número de seis magistrados para a composição do Superior Tribunal de Justiça²¹³ e definiu que um dos desembargadores ou juiz de direito serviria como Procurador-Geral do Estado após nomeação pelo chefe do Poder Executivo²¹⁴. A vaga acrescida seria de livre escolha do Governador, dentre os bacharéis em Direito de notável saber ou dentre magistrados do Estado²¹⁵.

Essa Constituição inovou quanto ao critério de escolha dos membros do Superior Tribunal de Justiça ao estabelecer que, aberta a vaga, a nomeação pelo Governador dar-se-ia após a elaboração de uma lista quántupla pelo Tribunal, composta pelos três juízes mais antigos e por dois juízes apontados por merecimento²¹⁶.

O nome Superior Tribunal de Justiça permaneceu inalterado pela Constituição do Estado de 1928²¹⁷, mas o número de componentes aumentou para oito, que passaram a denominar-se desembargadores, um

208 Cf. FERNANDES NETO, T. B. *Ibidem*, p. 190-204.

209 Cf. FERNANDES NETO, T. B. *Ibidem*, p. 221-222.

210 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 130; *Constituição do Estado de 26-1-1895*, artigo 47.

211 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 130; *Constituição do Estado de 26-1-1895*, artigo 49.

212 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 130; *Constituição do Estado de 26-1-1895*, artigo 48.

213 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 158; *Constituição do Estado de 23-5-1910*, artigo 47, *caput*.

214 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 158; *Constituição do Estado de 23-5-1910*, artigo 47, parágrafo único.

215 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 173; *Constituição do Estado de 23-5-1910. Disposições transitórias*, artigo 1º, § 1º.

216 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 158; *Constituição do Estado de 23-5-1910*, artigo 49 e parágrafo único.

217 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 203; *Constituição do Estado de 27-7-1928*, artigo 42, inciso I.

dos quais funcionando como Procurador-Geral do Estado, de livre escolha e demissão do Presidente do Estado²¹⁸.

A Constituição de 1935 alterou a denominação do órgão de segundo grau de jurisdição para Corte de Apelação²¹⁹ e definiu o número de nove desembargadores²²⁰ com a estipulação de que uma quinta parte dos lugares seria destinada a advogados ou a membros do Ministério Público²²¹.

A Carta Constitucional de 1945 modificou a denominação para Tribunal de Apelação²²² e não estipulou o número de desembargadores, remetendo a matéria para a lei ordinária²²³. Manteve a reserva do quinto para advogados e membros do Ministério Público²²⁴ e definiu novas regras para a promoção ao cargo de desembargador, estabelecendo a alternância de promoção por antiguidade e por merecimento, esta mediante elaboração de lista tríplice²²⁵.

Com a Constituição de 1947, o órgão de cúpula do Poder Judiciário passou a denominar-se Tribunal de Justiça²²⁶. Sua composição era de nove desembargadores, mantido o quinto, a ser preenchido alternadamente por advogados e membros do Ministério Público de notório conhecimento e reputação ilibada, com pelo menos dez anos de prática forense²²⁷.

A Constituição de 1967 aumentou o número de desembargadores do Tribunal de Justiça para onze²²⁸, mantidos o quinto constitucional e

218 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 204; *Constituição do Estado de 27-7-1928*, artigo 43. Conforme *Constituição do Estado de 27-7-1928*, artigo 44 e parágrafo único, o critério de nomeação para o cargo de Desembargador permaneceu o mesmo que vigorava na Constituição de 1910.

219 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 236; *Constituição do Estado de 25-8-1935*, artigo 53, alínea a.

220 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 236; *Constituição do Estado de 25-8-1935*, artigo 54, *caput*.

221 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 236; *Constituição do Estado de 25-8-1935*, artigo 54, § 2º.

222 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 268; *Carta Constitucional de 30-10-1945*, artigo 59, inciso I.

223 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 269; *Carta Constitucional de 30-10-1945*, artigo 60, *caput*.

224 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 269; *Carta Constitucional de 30-10-1945*, artigo 60, § 2º.

225 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 269; *Carta Constitucional de 30-10-1945*, artigo 67, alíneas a e b e § 1º.

226 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 297; *Constituição do Estado de 23-7-1947*, artigo 59, inciso I.

227 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 297; *Constituição do Estado de 23-7-1947*, artigo 60, § 1º. Os critérios de promoção aos cargos de juízes e de desembargadores não foram modificados em relação à carta anterior.

228 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 349; *Constituição do Estado de 13-5-1967*, artigo 128, *caput*.

os critérios de promoção por antiguidade e por merecimento, alternadamente²²⁹. A Constituição de 1970 não apresentou modificações relevantes nesses aspectos²³⁰.

A Constituição de Santa Catarina de 1989 aponta como órgãos do Poder Judiciário do Estado²³¹: o Tribunal de Justiça; os Tribunais do Júri; os Juízes de Direito e os Juízes Substitutos; a Justiça Militar; os Juizados Especiais; os Juízes de Paz; e outros órgãos instituídos em lei.

A legislação acerca da organização judiciária da Justiça de Santa Catarina está configurada no Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado²³².

3.6. Justiça Estadual de Santa Catarina: organização judiciária

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina era composto por vinte e sete desembargadores²³³ até a promulgação da Lei Complementar Estadual n. 195, de 22-5-2000²³⁴, que alterou o número de integrantes do Tribunal para quarenta. Das novas treze vagas, três foram preenchidas ainda durante o ano de 2000²³⁵.

O número efetivo de componentes do Tribunal permanecia em trinta desembargadores até o mês de dezembro de 2001. Em 30 de janeiro de 2002, mais quatro vagas foram ocupadas. Em 20 de fevereiro de 2002, o Tribunal de Justiça, após o encaminhamento da lista sêxtupla pela Ordem dos Advogados do Brasil, elaborou a lista tríplice, a teor do dis-

229 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 349; *Constituição do Estado de 13-5-1967*, artigo 128, §§ 1º e 2º.

230 Cf. PIAZZA, W. F. *Ibidem*, p. 387; *Constituição (1970)*. Emenda Constitucional n. 1, artigo 131 e §§ 1º e 2º.

231 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 77 e incisos I a VII.

232 *Código de divisão e organização judiciárias do Estado de Santa Catarina*. Atualizado em 1990. Lei n. 5.624, de 9-11-1979.

233 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 82, *caput*.

234 Cf. *Lei Complementar n. 195*, de 22-5-2000, sancionada diante da autorização contida na *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 82, parágrafo único: “A alteração do número de Desembargadores depende de lei complementar”.

235 Cf. SCHAEFER, João José Ramos. A atual estrutura das câmaras civis do Tribunal. *Revista Jurisprudência Catarinense*. Memórias por ocasião dos 110 anos de instalação do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Florianópolis, n. 93, Excerto, p. 65, out./2001.

posto na Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989²³⁶, para a complementação do número de trinta e cinco desembargadores²³⁷.

O Ato Regimental n. 2, de 22-11-1989, adaptou a estrutura do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina²³⁸ às normas da Constituição do Estado de 1989, instituindo seu Órgão Especial composto de 15 membros²³⁹, as Câmaras Cíveis Reunidas e as Câmaras Criminais Reunidas²⁴⁰.

As Câmaras Cíveis isoladas, cada qual com quatro integrantes, tomaram a denominação de Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Câmaras²⁴¹, e as Câmaras Criminais isoladas tiveram a denominação de Primeira e Segunda Câmaras²⁴².

O Ato Regimental n. 3, de 21-3-1990, instituiu dois Grupos de Câmaras Cíveis, o Primeiro Grupo, composto pelas Primeira e Segunda Câmaras Cíveis, e o Segundo Grupo, composto pelas Terceira e Quarta Câmaras Cíveis²⁴³; e a Seção Civil do Tribunal, constituída dos dois Grupos de Câmaras Cíveis²⁴⁴.

O Ato Regimental n. 41, de 9-8-2000, do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, definiu novas especializações das Câmaras Cíveis isoladas e dos Grupos de Câmaras Cíveis, competentes para o julgamento de questões de Direito Privado (Direito Civil e Comercial) e de Direito Público, bem como estabeleceu que as Câmaras Cíveis passariam a ser constituídas por três membros cada uma²⁴⁵. Além disso, esse Ato criou o 3º Grupo de Câmaras²⁴⁶ e as 5ª e 6ª Câmaras Cíveis, com competência para o julgamento de recursos ou ações originárias de Direi-

236 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigos 79, parágrafo único, e 83, inciso V.

237 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 47*, de 21-11-2001, artigo 1º.

238 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 83. "Compete privativamente ao Tribunal de Justiça: [...] II — elaborar seu regimento interno, com observância das normas de processo e das garantias processuais das partes, dispondo sobre a competência e o funcionamento dos respectivos órgãos jurisdicionais e administrativos".

239 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 2*, de 22-11-1989, artigo 2º, inciso I.

240 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 2*, de 22-11-1989, artigo 2º, inciso II.

241 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 2*, de 22-11-1989, artigo 2º, inciso III.

242 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 2*, de 22-11-1989, artigo 2º, inciso IV.

243 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 3*, de 21-3-1990, artigo 1º.

244 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 3*, de 21-3-1990, artigo 2º.

245 Cf. SCHAEFER, J. J. R. *Ibidem*, p. 66; Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 41*, de 9-8-2000, publicado no Diário da Justiça do Estado de 11-8-2000, artigo 1º.

246 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 41*, de 9-8-2000, artigo 2º.

to Público em geral²⁴⁷. Instituiu, também, a Câmara Civil Especial, presidida pelo 2º Vice-Presidente e integrada por mais dois juízes de direito substitutos de segundo grau designados pelo Presidente do Tribunal²⁴⁸, a qual tem competência para apreciar a admissibilidade e os pedidos de efeito suspensivo em agravos de instrumento de interlocutórias de primeiro grau, bem como julgar os recursos contra decisões de seus membros²⁴⁹.

O Ato Regimental n. 47, de 21-12-2001, criou a função de 3º Vice-Presidente²⁵⁰, com competência para presidir, com função judicante, a Câmara Civil Especial²⁵¹.

O Ato Regimental n. 39, de 22-12-1999, instituiu a Câmara de Férias para os períodos de férias coletivas e de recesso; e o Ato Regimental n. 53, de 19-6-2002, estipulou que a partir de então funcionariam duas Câmaras de Férias, uma Criminal e outra Civil, presididas respectivamente pelo 2º e pelo 3º Vice-Presidente do Tribunal²⁵², compostas por dois desembargadores e dois juízes de direito substitutos de segundo grau designados pelo Presidente do Tribunal²⁵³.

Em face do preenchimento de mais cinco vagas de desembargador nos termos da Lei Complementar n. 195, de 22-5-2000, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina aprovou o Ato Regimental n. 47, de 21-12-2001, o qual definiu que as Primeira, Segunda, Terceira e Quarta Câmaras Cíveis voltam a funcionar com quatro membros efetivos cada uma²⁵⁴.

O Ato Regimental n. 57, de 4-12-2002, alterou a estrutura do Tribunal, com a criação e instalação de novos órgãos julgadores e a definição de suas respectivas competências, para atender ao crescente volume de serviço.

247 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 41*, de 9-8-2000, artigo 3º, *caput*.

248 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 41*, de 9-8-2000, artigo 12, *caput*. O Ato Regimental n. 43, de 6-2-2000, artigo 1º, publicado no Diário da Justiça do Estado de 10-11-2000, definiu que a Câmara Civil Especial passaria a contar com mais um Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau.

249 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 41*, de 9-8-2000, artigo 12, § 1º.

250 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 47*, de 21-12-2001, artigo 4º, publicado no Diário da Justiça do Estado de 27-12-2001.

251 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 48*, de 21-12-2001, artigo 1º, inciso III, alínea c, publicado no Diário da Justiça do Estado de 27-12-2001.

252 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 53*, de 19-6-2002, artigo 1º, publicado no Diário da Justiça do Estado de 24-6-2002.

253 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 53*, de 19-6-2002, artigo 1º, § 1º.

254 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 47*, de 21-12-2001, artigo 1º.

Os três Grupos da Seção Civil do Tribunal de Justiça passaram a ter as seguintes denominações: I) Grupo de Câmaras de Direito Civil, integrado pelas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras de Direito Civil; II) Grupo de Câmaras de Direito Comercial, integrado pelas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras de Direito Comercial; III) Grupo de Câmaras de Direito Público, integrado pelas 1ª, 2ª e 3ª Câmaras de Direito Público²⁵⁵.

A Justiça de primeiro grau em Santa Catarina está assim delimitada²⁵⁶: a) uma comarca de entrância especial, a comarca da Capital; b) doze comarcas de entrância final; c) vinte e uma comarcas de entrância intermediária; e d) setenta e sete comarcas de entrância inicial.

São de entrância final as comarcas de Blumenau, Brusque, Chapecô, Concórdia, Criciúma, Curitiba, Itajaí, Joaçaba, Joinville, Lages, Rio do Sul e Tubarão.

As comarcas de Araranguá, Balneário Camboriú, Biguaçu, Caçador, Campos Novos, Canoinhas, Indaial, Jaraguá do Sul, Laguna, Mafra, Palhoça, Porto União, São Bento do Sul, São Francisco do Sul, São Joaquim, São José, São Miguel do Oeste, Tijucas, Timbó, Videira e Xanxerê situam-se na entrância intermediária.

255 Cf. Tribunal de Justiça. *Ato Regimental n. 57*, de 4-12-2002, artigo 1º. Na Justificativa do Ato Regimental n. 57, anotou-se: “Com a ampliação do número de Desembargadores de 35 para 40, na forma do disposto na Lei Complementar n. 195, de 22 de maio de 2000, completa-se o processo de aumento do total de membros da Corte, iniciado naquele ano. Os dados estatísticos revelam que o acúmulo de serviços se mostra mais grave no âmbito das Câmaras de Direito Privado e de Direito Público, pelo que conveniente reservar-se para estas o benefício da integração ao Tribunal de cinco novos Desembargadores. A experiência vem demonstrando que funcionam bem as Câmaras com três membros, como ocorreu no início da implantação do Ato Regimental n. 41/00 e como ainda ocorre nas Câmaras de Direito Público, pois evita-se que um quarto membro esteja ocioso por ocasião do julgamento. As substituições de integrantes da Câmara serão feitas por Juízes de Direito Substitutos de Segundo Grau, vinculados especificamente a cada Câmara. Por isso, propõe-se o retorno a três do total de membros de cada uma das Câmaras de Direito Privado, inclusive das novas. Ressalvada a transferência dos Acidentes do Trabalho para o âmbito das Câmaras de Direito Público, justificada pela natureza pública e social dessas demandas, em que no pólo ativo hipossuficientes e no pólo passivo uma autarquia federal, mantém-se a competência das atuais Câmaras isoladas e das novas a elas equiparadas. Impõe-se, entretanto, deixar claro que as Câmaras de Direito Comercial têm competência exclusiva para julgamento de feitos relacionados com o Direito Bancário, o Direito Empresarial, o Direito Cambiário e o Direito Falimentar, bem como para os recursos envolvendo questões processuais relativas às matérias acima. Permanece a competência dos Grupos de Câmaras quanto às Ações Rescisórias e aos Embargos Infringentes. Considera-se, todavia, que o julgamento dos pedidos de Uniformização de Jurisprudência deva ficar na competência dos Grupos de Câmaras, de acordo com a especialização de cada um”.

256 Cf. *Lei Complementar n. 160*, de 19-12-1997. Dispõe sobre a classificação das comarcas e a compactação e reclassificação das entrâncias na carreira da magistratura de primeiro grau.

De entrância inicial são as comarcas de Abelardo Luz, Anchieta, Anita Garibaldi, Barra Velha, Bom Retiro, Braço do Norte, Campo Erê, Capinzal, Coronel Freitas, Correia Pinto, Cunha Porã, Descanso, Dionísio Cerqueira, Fraiburgo, Gaspar, Guaramirim, Ibirama, Içara, Imaruá, Imbituba, Itaiópolis, Itapiranga, Ituporanga, Jaguaruna, Lauro Müller, Lebon Régis, Maravilha, Mondaí, Orleans, Otacílio Costa, Palmitos, Papanduva, Piçarras, Pinhalzinho, Pomerode, Ponte Serrada, Quilombo, Rio Negrinho, Santa Cecília, Santo Amaro da Imperatriz, São Carlos, São Domingos, São João Batista, São José do Cedro, São Lourenço do Oeste, Seara, Sombrio, Taió, Tangará, Turvo, Trombudo Central, Urubici, Urussanga e Xaxim.

Foram criadas pela Lei Complementar n. 181, de 21-9-1999, as seguintes comarcas de entrância inicial: Armazém, Capivari de Baixo, Campo Belo do Sul, Camboriú, Catanduvás, Garopaba, Garuva, Herval d'Oeste, Itá, Itapema, Itapoá, Rio do Campo, Rio do Oeste, Modelo, Navegantes, Porto Belo, Presidente Getúlio, Acurra, Santa Rosa do Sul, Forquilha, Araquari, Três Barras e Ipumirim²⁵⁷.

No Estado de Santa Catarina, para observância das disposições da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁵⁸, da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989²⁵⁹ e com a competência concorrente prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁶⁰, foram inicialmente criados os “Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de Recursos” pela Lei Estadual n. 8.151, de 22-11-1990²⁶¹.

Os Juizados Especiais, explica Abreu, representam um sistema de Justiça popular que está de certo modo confrontado com o sistema de Justiça tradicional vigente no País, pois corresponde a uma proposta de Justiça acessível a todos. A Justiça tradicional e burocrática é permeada de rituais e cânones quase sacramentais. O sistema dos Juizados Especiais

257 Cf. *Lei Complementar n. 181*, de 21-9-1999, artigo 2º. A teor da *Lei Complementar n. 224*, de 10-1-2002, artigo 4º, parágrafo único, o prazo máximo de instalação das novas comarcas criadas pela Lei n. 181/1999 é dezembro de 2003.

258 Cf. *Constituição da República*, artigo 98, inciso I.

259 Cf. *Constituição do Estado de 5-10-1989*, artigo 77, inciso V.

260 Cf. *Constituição da República*, artigo 24, inciso X.

261 Cf. *Lei n. 8.151*, de 22-11-1990.

surge exatamente para quebrar esse modelo formal de Justiça incorporado até então à cultura jurídica predominante e vigente²⁶².

O modelo de Juizados Especiais atualmente em vigor²⁶³ foi inspirado na experiência pioneira dos juízos de conciliação ou Juizados Informais instalados no Estado do Rio Grande do Sul na década de 1970 e na Lei n. 7.244, de 7-11-1984, que instituiu os Juizados Especiais de pequenas causas conferindo-lhes caráter de judicialidade²⁶⁴.

A teor da Lei Estadual n. 8.151²⁶⁵, a competência dos Juizados Especiais e das Turmas de Recursos era para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade.

A Lei Estadual n. 8.271, de 19-6-1991, dispôs sobre a criação, o funcionamento e o processo dos Juizados Informais de Pequenas Causas, de conformidade com o previsto na Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989²⁶⁶, com competência para a conciliação, arbitragem e julgamento de questões patrimoniais relativas a direitos disponíveis que não ultrapassem 5 (cinco) salários mínimos²⁶⁷.

Posteriormente, a Lei Complementar Estadual n. 77, de 12-1-1993, dispôs sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis e as Turmas de Recursos, ainda com competência exclusiva para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade²⁶⁸.

Os Juizados Informais de Pequenas Causas foram mais tarde incorporados pelos Juizados Especiais de Causas Cíveis²⁶⁹.

Com a superveniência da Lei Federal n. 9.099, de 26-9-1995, que dispôs sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pela Resolução n. 6/95—TJ, da Presidência do Tribunal, determinou que os juízes com competência criminal

262 ABREU, Pedro Manoel. *Juizados especiais cíveis e criminais: aspectos destacados*. [Pedro Manoel Abreu; Paulo de Tarso Brandão] Florianópolis: Livraria e Editora Obra Jurídica, 1996, p. 21.

263 Cf. Lei n. 9.099, de 26-9-1995.

264 Cf. ABREU, P. M. *Ibidem*, p. 29.

265 Cf. Lei n. 8.151, de 22-11-1990, artigo 1º, *caput*.

266 Cf. *Constituição do Estado de 5-10-1989*, artigo 10, inciso X.

267 Cf. Lei n. 8.271, de 19-6-1991, artigo 4º, *caput*, incisos I a III e §§ 1º e 2º.

268 Cf. *Lei Complementar n. 77*, de 12-11-1993, artigo 2º.

269 Como exemplo aponta-se a Resolução n. 18-GP, de 8-7-1996, do Gabinete da Presidência do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, publicada no Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina de 15-7-1996, que determinou a incorporação dos Juizados de Pequenas Causas aos Juizados Especiais de Causas Cíveis nas comarcas da Capital, Joinville e Blumenau (artigo 1º).

em comarcas e varas especializadas ou cumulativas passariam a exercer as funções estabelecidas na referida Lei Federal com a competência dos Juizados Especiais Criminais²⁷⁰.

Delineados os contornos da estrutura organizacional do Poder Judiciário, convém registrar que os órgãos jurisdicionais se compõem de dois elementos: I) subjetivo, que são as pessoas físicas que integram o Poder Judiciário e que exercem as atribuições a este conferidas; e II) objetivo, que corresponde ao conjunto de poderes e prerrogativas outorgadas pelo ordenamento jurídico aos juízes e tribunais²⁷¹.

Os órgãos jurisdicionais se distinguem pela I) competência para decidir determinados tipos de litígios e pela II) capacidade subjetiva da pessoa do julgador, que deve ser legitimamente investido no cargo²⁷² para que sua atuação seja válida.

O tema relativo ao princípio da investidura ocupa o próximo tópico.

3.7. Princípio da investidura e jurisdição

Dentre os princípios fundamentais da jurisdição, destaca-se o da investidura. A jurisdição, função monopolizada pelo Estado, é exercida por pessoas físicas — seus órgãos ou agentes. Essas pessoas físicas são os juízes dos respectivos graus de jurisdição, e o princípio da investidura decorre da circunstância de que a jurisdição somente pode ser exercida por aqueles que tenham sido regular e constitucionalmente investidos nas funções jurisdicionais²⁷³.

O princípio da investidura guarda relação com o tema da legitimidade do poder político-jurídico dos juízes. O adequado recrutamento para

270 Cf. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Resolução n. 6, de 21-11-1995. Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 9.364, de 24-11-1995, p. 1.

271 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 14ª ed., rev. São Paulo: Saraiva, 1999, v. I, p. 221.

272 Cf. GRECO FILHO, V. *Ibidem*, p. 221.

273 Conforme CINTRA, A. C. de A. *Ibidem*, p. 135, são os seguintes os princípios fundamentais da jurisdição: “a) investidura; b) aderência ao território; c) princípio da indelegabilidade; d) inevitabilidade; e) inafastabilidade; f) juiz natural; g) inércia”. Para AMARAL SANTOS, M. *Ibidem*, p. 72, são princípios fundamentais da jurisdição: I) o da investidura; II) o da indelegabilidade da jurisdição; III) o da aderência da jurisdição ao território.

ingresso na magistratura é um dos elementos que reforçam essa legitimidade²⁷⁴.

Os juízes são pessoas físicas que integram o Poder Judiciário e detêm parcela da função jurisdicional. O vocábulo “juiz” utilizado neste trabalho não se limita à figura do magistrado de primeiro grau de jurisdição, devendo ser compreendido como extensivo aos juízes em exercício nos órgãos de segundo grau de jurisdição e de jurisdição superior.

O princípio da investidura dimana de outro princípio, a saber, o princípio da função jurisdicional do Estado²⁷⁵, porque compreende a atuação da jurisdição mediante a concreção de órgão jurisdicional definido por lei e exercido por pessoa física.

Nesse sentido, esse princípio volta-se para a pessoa humana, ocupante do cargo de juiz segundo as regras do Direito. Focaliza o juiz como agente do Estado, que o titulariza para atuar a jurisdição, como função de império.

Ao conjunto de pessoas que compõem os órgãos investidos de jurisdição chama-se magistratura²⁷⁶.

A qualificação de “Ministros” é prerrogativa dos juízes integrantes do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais superiores²⁷⁷.

São designados “Desembargadores” os juízes que compõem os Tribunais de Justiça dos Estados²⁷⁸. Os componentes do quadro de magistrados do Tribunal Regional Federal da 4ª Região detêm o título de “Desembargadores Federais”²⁷⁹.

Atribui-se a denominação de “juízes” aos integrantes de órgãos judiciais de segundo grau de jurisdição — os Tribunais Regionais do Tra-

274 CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia jurídica: ética e justiça*. Florianópolis: Obra Jurídica, 1996, p. 52.

275 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 2º e 5º, inciso XXXV.

276 Cf. LIEBMAN, E. T. *Ibidem*, p. 7.

277 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 92, *caput*, incisos e parágrafo único, 101, *caput* e parágrafo único, 104, *caput* e parágrafo único, 111, § 1º, 119, inciso I, alíneas *a* e *b*, 123 e parágrafo único.

278 Cf. *Lei Complementar n. 35*, de 14-3-1979, artigos 16, parágrafo único, e 22, inciso I, alínea *e*; *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 82 e parágrafo único.

279 Cf. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. *Assento Regimental n. 34*, de 27-8-2001, artigo 1º: “O parágrafo único do artigo 33 do Regimento Interno passa a vigorar com a seguinte redação: ‘Art. 33 [...] Parágrafo único — Os integrantes do Tribunal terão o título de Desembargador Federal, receberão o tratamento de Excelência e usarão capa como traje oficial [...]’”.

balho²⁸⁰, os Tribunais Regionais Eleitorais²⁸¹ e os Tribunais de Alçada²⁸².

Nos termos da Constituição da República de 1988²⁸³ e da Constituição do Estado de Santa Catarina de 1989²⁸⁴, a investidura e ingresso na carreira da magistratura no cargo inicial de juiz substituto se dá por concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as fases.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁸⁵ prevê que um quinto dos lugares dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais dos Estados e do Distrito Federal e dos Tribunais Regionais do Trabalho é composto de membros do Ministério Público com mais de dez anos de carreira e de advogados de notório saber jurídico e de reputação ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes.

Os respectivos tribunais formam a lista tríplice e o chefe do Poder Executivo, nos vinte dias subsequentes, escolhe um dos indicados para a nomeação²⁸⁶.

Os preceitos das Constituições da República Federativa do Brasil de 1988 e do Estado de Santa Catarina de 1989 consagram o princípio da investidura para o ingresso na carreira: I) no primeiro grau de jurisdição, por concurso público²⁸⁷; II) no segundo grau de jurisdição, nos tribunais, pelo chamado quinto constitucional, dos profissionais do Direito não-integrantes das carreiras da magistratura, quais sejam, os membros do Ministério Público e da classe da Advocacia, conforme antes explicitado²⁸⁸; III) no Supremo Tribunal Federal, por nomeação do Presi-

280 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 115 e parágrafo único.

281 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 120, § 1º, incisos I, alíneas *a* e *b*, II e III.

282 Cf. *Lei Complementar n. 35*, de 14-3-1979, artigo 22, inciso I, alínea *e*.

283 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 93, inciso I.

284 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 78, inciso I.

285 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 94 e parágrafo único, e 115, parágrafo único, inciso II.

286 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 94, parágrafo único; *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 79, parágrafo único.

287 A teor da Constituição da República de 1988, artigo 93, inciso III, o acesso dos magistrados de carreira aos tribunais de segundo grau faz-se por antiguidade e merecimento, alternadamente, apurados na última entrância ou, onde houver, no Tribunal de Alçada, quando se tratar de promoção para o Tribunal de Justiça, observada, neste caso, no que tange ao quinto constitucional, a classe de origem.

288 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 94, parágrafo único.

dente da República após aprovada escolha pela maioria do Senado Federal²⁸⁹; e IV) no Superior Tribunal de Justiça, por nomeação do Presidente da República depois de aprovada escolha pelo Senado Federal, sendo um terço dentre desembargadores dos Tribunais Regionais Federais e um terço dentre desembargadores dos Tribunais de Justiça, indicados em lista tríplice elaborada pelo próprio Tribunal²⁹⁰, e um terço em partes iguais dentre advogados e membros do Ministério Público Federal, Estadual e do Distrito Federal, alternadamente, indicados em lista sêxtupla pelos órgãos de representação das respectivas classes e componentes de lista tríplice elaborada pelo Superior Tribunal de Justiça²⁹¹.

3.8 Órgãos jurisdicionais colegiados e monocráticos

Os órgãos jurisdicionais podem ser colegiados ou unipessoais (monocráticos), consoante aponta a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁹².

São órgãos colegiados do Poder Judiciário brasileiro o Supremo Tribunal Federal²⁹³, o Superior Tribunal de Justiça²⁹⁴, os Tribunais Regionais Federais²⁹⁵, os Tribunais do Trabalho²⁹⁶, os Tribunais Eleitorais²⁹⁷, os Tribunais Militares²⁹⁸, os Tribunais estaduais²⁹⁹ e as Turmas de juízes de primeiro grau dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais³⁰⁰.

Salvo os Conselhos de Justiça militar³⁰¹ e as Turmas de juízes dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais³⁰², a regra é a de que em primeiro grau de jurisdição os juízes são unipessoais e em segundo grau e nos tri-

289 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 101, parágrafo único.

290 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 101, parágrafo único, inciso I.

291 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 101, parágrafo único, inciso II.

292 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 92 e incisos I a VII, e 98, inciso I.

293 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 101, *caput*.

294 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 104, *caput*.

295 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 106, inciso I e 107, *caput*.

296 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 111, incisos I e II.

297 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 118, incisos I e II.

298 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigos 122, incisos I e II e 125, § 3º.

299 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 125, § 1º.

300 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 98, inciso I; *Lei n. 9.099*, de 26-9-1995, artigo 41, § 1º, e *Lei n. 10.259*, de 12-7-2001, artigo 21, *caput*.

301 Cf. *Constituição do Estado de Santa Catarina de 5-10-1989*, artigo 90, *caput*.

302 Cf. *Lei n. 9.099*, de 26-9-1995, artigo 41, *caput* e § 1º.

bunais superiores e no Supremo Tribunal Federal os juízos são colegiados.

Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais nas Justiças dos Estados e Federal no primeiro grau de jurisdição são compostos por juízes togados ou togados e leigos, e o julgamento de recursos se faz por Turmas de juízes de primeiro grau³⁰³.

Nos órgãos colegiados dos tribunais, pode ocorrer a subdivisão em colegiados menores — Câmaras, Turmas, Grupos, Seções —, para melhor atuação e dinamicidade³⁰⁴.

Considerações finais

O Estado deve assegurar aos litigantes em particular e à sociedade em geral meios expeditos e eficazes de exame das demandas. Eficazes porque esses meios devem ter a aptidão necessária a propiciar e garantir ao vitorioso a utilidade da sentença e a concretização prática e fática da tutela. Espera-se da prestação jurisdicional do Estado que se apresente como expedita no sentido de que o julgamento dos litígios, a execução de seus julgados e a efetivação de seus provimentos preventivos e de urgência sejam obtidos em tempo razoável, em prazo adequado e sem dilações indevidas³⁰⁵.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, de 22-11-1969, ratificada pelo Brasil em 25-9-1992, prevê em seu art. 8º (das garantias judiciais) que o acesso ao Poder Judiciário assegura aos litigantes o direito de serem ouvidos por juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na determinação de quaisquer direitos e obrigações de caráter penal, civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza, e à produção da decisão judicial em tempo razoável³⁰⁶.

303 Cf. *Constituição da República de 1988*, artigo 98, inciso I.

304 Cf. GRECO FILHO, V. *Ibidem*, p. 221.

305 Cf. ZAVASCKI, Teori Albino. Os princípios constitucionais do processo e suas limitações. *Revista da ESMESC – Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis, v. 6, p. 52, maio/1999.

306 Cf. Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo. Grupo de Trabalho de Direitos Humanos. *Instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. 2. tiragem. São Paulo: Centro de Estudos da Procuradoria-Geral do Estado, 1997, p. 257. A teor do disposto na *Constituição da República de 1988*, artigo 5º, § 2º, “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

É falacioso, todavia, o argumento de que seja suficiente para a solução da crise da administração da Justiça a mera alteração da legislação processual, seja com a inclusão de provimentos de jurisdição preventiva e de urgência ou com a redução de prazos procedimentais.

Calmon de Passos denuncia o que qualifica de “perversidade ideológica”, representada pelo empenho em dissociar-se o procedimento da organização judiciária e ambos da efetiva correlação de forças que operam política e economicamente na sociedade. Mesmo que o procedimento seja manipulável, existem outras variáveis que devem ser consideradas, sob pena de imaginar-se que soluções singelas possam equacionar problemas que encontram raízes estruturais não tão facilmente removíveis³⁰⁷.

A complexidade das relações sociais no âmbito do Estado contemporâneo deriva, dentre outras circunstâncias, das seguintes: I) economia de capital globalizado; II) hegemonia dos investimentos fictícios; III) crise do Estado providência; IV) avanço tecnológico e conseqüente desemprego, com o crescimento da categoria dos excluídos; V) surto do neoliberalismo; VI) crescente perda do poder decisório das entidades governamentais e de referenciais seguros que levam ao abandono do planejamento; VII) crise de confiabilidade na democracia liberal; VIII) desencanto com as declarações de direitos do homem e frustração quanto ao alcance dos direitos sociais. Esses fatores não permitem que se imagine que existam fórmulas simplistas para a solução dos problemas do Judiciário, na condição de estrutura do Estado no exercício da atividade jurisdicional³⁰⁸.

Tampouco pode-se afirmar que o aumento da quantidade de órgãos judiciais, por si só, seja suficiente para atender ao crescente número de demandas. A multiplicação de julgadores desacompanhada de outras providências não produz o aumento de produtividade desejável. Adverte Aragão que “a observação do desempenho de magistrados revela que uns mantêm o serviço em dia, outros atrasam e há os muito atrasados”³⁰⁹.

A eficácia e efetividade da jurisdição civil dependem de uma adequada e racional organização judiciária que, no entanto, leve em conside-

307 CALMON DE PASSOS, José Joaquim. Perspectivas para o processo civil brasileiro. *Informativo Incijur – Instituto de Ciências Jurídicas*, Joinville, ano IV, n. 39, p. 6, outubro/2002.

308 CALMON DE PASSOS, J. J. *Ibidem*, p. 6-7.

309 ARAGÃO, Egas Dirceu Moniz de. O processo civil no limiar de um novo século. *Cidadania e Justiça, Associação dos Magistrados Brasileiros*. Rio de Janeiro, ano IV, n. 8, p. 53, 1º semestre/2000.

ração outros fatores. Impõe-se a adoção de eficientes e atualizadas técnicas de administração de pessoal, com metas a serem cumpridas, gerência adequada dos limitados recursos do erário, utilização de técnicas capazes de aumentar a produtividade e melhorar a qualidade do serviço do pessoal, manejo de recursos tecnológicos como audiências por teleconferências e exploração ao limite das possibilidades da telemática. Faz-se necessário o investimento em política de recursos humanos, com formação e aprimoramento de pessoal (magistrados e servidores) para o atendimento aos desafios do mundo contemporâneo em áreas que exigem conhecimentos especializados, tais como as correspondentes às relações comerciais, financeiras, produção industrial, informática³¹⁰, direitos difusos, coletivos e novos direitos, nestes compreendidos os direitos dos consumidores e à proteção do meio ambiente, da manipulação genética relacionados com a biotecnologia e bioengenharia e com a realidade virtual e cibernética³¹¹.

A Justiça Estadual de Santa Catarina busca atender às expectativas da sociedade com a instalação de novas comarcas em 2003, ampliando a rede de capilaridade e de alcance do Poder Judiciário aos mais remotos pontos do Estado³¹².

Em entrevista concedida ao jornal O Estado, edição de 26 e 27 de julho de 2003, o Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva assinalou que, com a instalação de 98 comarcas no Estado, além daquelas outras já programadas, pretende-se, com o esforço de quase 300 magistrados, dar conta de um milhão de processos em tramitação; a média anual de julgamentos em Santa Catarina é de 1.500 processos, correspondente a cinco vezes o padrão mundial, e “apesar do assoberbado número de processos, o Judiciário tem-se esforçado para atender a população, apesar das naturais limitações orçamentárias e financeiras”³¹³.

A Presidência do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, na gestão de Amaral e Silva, implementou providências e destinou recursos neces-

310 ARAGÃO, E. D. M. de. *Ibidem*, p. 53-54.

311 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades. *Teoria jurídica e novos direitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, p. 100.

312 Na gestão do Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva, até 25-7-2003 foram instaladas as novas comarcas de Ascurra, 7-4-2003, Garuva, 27-6-2003, Itapoá, 18-7-2003 e Presidente Getúlio, 25-7-2003 conforme notícias publicadas em *Diário Catarinense*, 27-7-2003, p. 32, coluna Justiça e jornal *O Estado*, 26 e 27-7-2003, p. 15, coluna Justiça.

313 Jornal *O Estado*, 26 e 27-7-2003, p. 8, entrevista com Desembargador Antonio Fernando do Amaral e Silva.

sários ao efetivo funcionamento da Academia Judicial criada pela Resolução n. 6, de 6-11-2000³¹⁴. A Instituição busca oferecer aos novos magistrados, àqueles que já se encontram na carreira e aos servidores do Judiciário elementos de formação e informação, com o intuito de aperfeiçoamento humanístico, filosófico, cultural, social, científico e tecnológico³¹⁵, propiciando, desse modo, uma visão interdisciplinar do Direito e das Ciências Sociais.

A intenção é a de que sejam alcançados os escopos e propósitos do Estado e da jurisdição, com o atendimento aos valores sociais, políticos e jurídicos da sociedade, e com isso contribuir para atenuar os efeitos da chamada crise da administração da Justiça e para satisfazer os jurisdicionados, com o aumento do grau de eficiência e agilização dos serviços.

314 Cf. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Resolução n. 6, de 6-11-2000. Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 10.580, de 10-11-2000.

315 Cf. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. Regimento Interno da Academia Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina, art. 3º.

JURISPRUDÊNCIA CÍVEL

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1997.012714-6, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Apelação cível em mandado de segurança – Servidor público – Gratificação de representação – Cobrança de verbas pretéritas – Impossibilidade – Via inadequada do mandado de segurança.

Incorporação da gratificação aos proventos – Resoluções expedidas pela Mesa Diretora da Câmara Municipal concedendo vantagem retroativamente à época de designação do servidor para exercer as atribuições da função de confiança de Diretor-Geral da Câmara Municipal – Benefício único do impetrante – Caráter pessoal das resoluções evidenciado – Violação do princípio constitucional da impessoalidade – Inteligência do art. 37, caput, da Constituição Federal – Ausência de direito líquido e certo.

Recurso voluntário não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1997.012714-6, da comarca de Blumenau, em que é apelante Silvio Borges de Jesus, sendo apelado o Presidente da Câmara Municipal de Blumenau:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Silvio Borges de Jesus, qualificado nos autos, impetrou mandado de segurança contra ato do Presidente da Câmara Municipal de Blumenau, igualmente qualificado, objetivando, em síntese, impugnar referido ato que revogou a Resolução n. 275/97, na qual lhe era concedida gratificação de representação equivalente a 30%

(trinta por cento) do valor do vencimento do seu cargo.

Alegou o impetrante que pres- tou concurso público, tendo sido no- meado ao cargo de encarregado de expediente e controle, transformado posteriormente no cargo de assessor financeiro.

Enfatizou que pela Resolução n. 234, de 17/12/92, foi designado pa- ra exercer as atribuições do cargo de Diretor-Geral da Câmara Municipal de Blumenau, em substituição ao Diretor Titular, enquanto este se encontrasse impedido.

Afirmou ter-lhe sido assegura- do o pagamento de gratificação de re- presentação retroativa a partir de 1º de janeiro de 1993, de acordo com a Resolução n. 280/96, posteriormente ratificada pela Resolução n. 275/97.

Argumentou que requereu a re- vogação da Resolução n. 275/97, re- servando, contudo, a faculdade de pleitear em juízo seu direito. Asseve- rou que, a par disso, a Câmara Muni- cipal expediu a Resolução n. 281/97 que revogou a Resolução n. 275/97 e determinou que o impetrante devol- vesse a importância indevidamente recebida.

Pugnou, ao final, pela conces- são da segurança, com a determina- ção do pagamento dos valores relati- vos à gratificação de representação a partir de janeiro de 1993, compensan- do-se o montante já devolvido ao erário público. Requereu, ainda, a incorpora- ção aos proventos, como vantagem pessoal, de 4/5 do valor corresponden- te à referida gratificação, com incidên- cia desde fevereiro de 1997.

Sentenciando, o Magistrado *a quo* indeferiu a inicial por carecer o

impetrante de direito líquido e certo (fls. 48/49).

Inconformado com o teor da sentença proferida, apelou o impe- trante às fls. 51/67, refutando os fun- damentos desta.

O apelado apresentou suas contra-razões às fls. 73/79, pugnando pela manutenção da sentença recorri- da.

Instado a manifestar-se, opinou o representante do Ministério Público de primeiro grau pelo conhecimento e desprovemento do apelo (fls. 82/83).

Nesta instância, a douta Procu- radoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Odil José Cota, manifestou-se pelo conhe- cimento e desprovemento do recurso voluntário (fls. 89/91).

II — Voto

Compulsando os autos, verifi- ca-se que o autor era ocupante do cargo de assessor financeiro, tendo sido designado para exercer as atribu- ições da função de Diretor-Geral da Câmara Municipal de Blumenau, con- forme Resolução n. 234/92, de 17 de dezembro de 1992 (fl. 16). Em 30/10/96, por intermédio da Resolu- ção n. 280/96 (fl. 17), foi concedida ao impetrante uma gratificação de 30% (trinta por cento) do valor do venci- mento do seu cargo efetivo, retroativa a 1º de janeiro de 1993. Em 7/3/1997, foi expedida nova resolução – Resolu- ção n. 275/97 – (fl. 18), ratificando a gratificação retroativa concedida e acrescentando que “as despesas decorrentes da presente Resolução correrão por conta de verbas próprias consignadas no orçamento vigente”. Após, requereu o impetrante a revo-

gação da Resolução n. 275/97, ressaltando que “postulará no tempo e na forma legal o seu direito” (fl. 23). A par do requerimento, a Mesa Diretora da Câmara Municipal expediu a Resolução n. 281/97, de 10/4/97, revogando a resolução anterior (fl. 19).

Inicialmente, importa salientar não ser o mandado de segurança a via adequada para cobrar verbas pretéritas, em substituição à ação de cobrança, razão pela qual se mostra incabível o pedido do pagamento da gratificação de representação a partir de 1993 até janeiro de 1997, uma vez que o mandado de segurança foi impetrado em 15 de julho de 1997, não se olvidando, contudo, a possibilidade do pleito de aludidas verbas na via própria.

É da jurisprudência:

“O pagamento de verbas pretéritas à impetração não pode ser reclamado via *writ of mandamus*, que, consoante a interpretação consagrada nas Súmulas 269 e 271 do excelso Pretório, não é sucedâneo de ação de cobrança” (ACMS n. 2001.006627-0, de Correia Pinto, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 28/6/2001).

Quanto à incorporação da referida gratificação aos proventos, com incidência a partir de fevereiro de 1997, verifica-se que a pretensão encontra-se fundamentada nas Resoluções ns. 280/96 e 275/97, as quais concederam retroativamente, a partir de 1º de janeiro de 1993, a gratificação de representação.

Dessa forma, revela-se manifestamente evidenciado o caráter pessoal das resoluções em comento, uma vez que foram expedidas em benefício único do autor, tendo em vista

a retroatividade à época em que o impetrante passou a exercer as atribuições da função de Diretor-Geral da Câmara Municipal de Blumenau.

Há, pois, violação do princípio constitucional da impessoalidade, nos termos do art. 37, *caput*, da Constituição Federal, com redação anterior à EC n. 19/98, *verbis*:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte”.

Nesse sentido, é a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha:

“5.3 Pessoaalidade administrativa e elaboração normativa.

“A pessoaalidade administrativa não tem demonstrado a sua face apenas na dinâmica dos serviços e cargos públicos prestantes ao desempenho daquela atividade.

“Antes, a pessoaalidade administrativa, contrariando o princípio constitucional de que aqui se cuida, tem tido o seu berço em impróprias e antijurídicas condutas legislativas.

“A produção de leis, que determinem a subseqüente atividade administrativa personalizada e privilegiadora dos próprios agentes integrantes do Poder Público, é exemplo de ruptura ao princípio da impessoalidade, pelo que avulta de importância a dicção constitucional no sentido de que a referência aos princípios informadores da Administração Pública dirige-se aos membros e atividades de qualquer dos Poderes do Estado, e não

apenas ao Executivo, que tem a função típica de administrar.

“Fragilizado estaria aquele princípio se a aplicação da lei assegurasse a impessoalidade da Administração Pública, e esta, cumprindo a lei, estabelecesse diferenças nela contidas ou definidas em benefício de pessoas distinguidas na norma. Por isso, o princípio da impessoalidade, como todos os outros que informam atividades e agentes, órgãos e entidades que compõem a Administração Pública, obriga todo o Estado e não um ou alguns de seus poderes” (*in* Princípios Constitucionais da Administração Pública, Liv. Del Rey, 1994, p. 167 *apud* STJ, 5ª Turma, ROMS n. 9.563/PR, rel. Min. Félix Fischer, j. 22/2/2000, *in* DJU 20/3/2000, pág. 00083).

Ensina o saudoso Hely Lopes Meirelles:

“Impessoalidade ou finalidade – O princípio da *impessoalidade*, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é que o clássico princípio da *finalidade*, o qual impõe ao administrador público que só pratique o ato para o seu *fim* legal. E o *fim* legal é unicamente aquele que a norma de Direito indica expressa ou virtualmente como objetivo do ato, de *forma impessoal*.

“Esse princípio também deve ser entendido para excluir a promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos sobre suas realizações administrativas (CF, art. 37, § 1º).

“E a *finalidade* terá sempre um objetivo certo e inafastável de qualquer ato administrativo: o *interesse público*. Todo ato que se apartar desse objetivo sujeitar-se-á à invalidação por *desvio de finalidade*, que a nossa

lei da ação popular conceituou como o “fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência” do agente (Lei n. 4.717/65, art. 2º, parágrafo único, e).

Desde que o *princípio da finalidade* exija que o ato seja praticado sempre com a finalidade pública, o administrador fica impedido de buscar outro objetivo ou de praticá-lo no interesse próprio ou de terceiros. Pode, entretanto, o interesse público coincidir com o de particulares, como ocorre normalmente nos atos administrativos negociais e nos contratos públicos, casos em que é lícito conjugar a pretensão do particular com o interesse coletivo.

O que o *princípio da finalidade* veda é a prática de ato administrativo sem interesse público ou conveniência para a Administração, visando unicamente a satisfazer interesses privados, por favoritismo ou perseguição dos agentes governamentais, sob a forma de *desvio de finalidade*. Esse desvio de conduta dos agentes públicos constitui uma das mais insidiosas modalidades de abuso de poder, como veremos adiante, sob esta epígrafe (item IV).

A mencionada Lei n. 9.784/99 refere-se ao *princípio da finalidade*, dizendo que nos processos administrativos deve-se observar o critério de “interpretação da norma administrativa da forma que melhor garanta o atendimento do fim público a que se dirige”, vedada a “promoção pessoal de agentes ou autoridades” (cf. art. 2º, parágrafo único, XIII e III)” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, págs. 85/86).

Extrai-se de arresto com voto da lavra do Ministro Félix Fischer:

“A pretensão dos recorrentes é justamente no sentido de que se aplique essa legislação para cálculo dos seus proventos.

“Porém, vê-se claramente a incompatibilidade da norma transcrita com a nossa *Lex Maxima*.

“Tal dispositivo, como se percebe, foi criado *única e exclusivamente* no interesse dos próprios Deputados que integravam aquela legislatura.

“É flagrante a violação ao Princípio da Impessoalidade, insculpido em nossa Carta Magna, no art. 37, *caput* (...)” (STJ, 5ª Turma, ROMS n. 9.563/PR, rel. Min. Félix Fischer, j. 22/2/2000, in DJU 20/3/2000, pág. 00083).

Colhe-se, ainda, do Supremo Tribunal Federal:

“Ação popular – Verba de representação para deputados.

“Não violou a CF, o v. acórdão que julgou procedente ação popular para anular verba de representação que deputados estaduais votaram em benefício próprio, condenando-os à devolução das quantias percebidas com juros, custas e honorários moderados” (STF, 1ª Turma, RE n. 70.013/SP, rel. Min. Aliomar Baleeiro,

j. 27/4/73, in DJU 21/9/73, pág. 06958).

Assim, tendo em vista o caráter manifestamente pessoal das resoluções que concederam retroativamente a gratificação de representação, em violação ao princípio constitucional da impessoalidade consubstanciado no art. 37, *caput*, da CF/88, revela-se incabível a pretensão de incorporação com base nas referidas resoluções, razão pela qual se apresenta inexistente direito líquido e certo a ensejar a impetração do mandado de segurança, impondo-se o desprovemento do recurso voluntário.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 10 de outubro de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.003327-8, DA CAPITAL

Relator designado: Des. Newton Trisotto

Tributário – ICMS – Obrigação fiscal – Responsabilidade – Substituição tributária – Base de cálculo presumida – Alíquota – Valor real da operação – Diferenças apuradas – Restituição – Impossibilidade.

1. O fato de o mandado de segurança ter sido impetrado quando decorridos mais de cento e vinte dias da ciência, pelo interessado, do ato impugnado (Lei n. 1.533/51, art. 18) não constitui causa geradora da decadência do direito (CPC, art. 269, IV); a inobservância desse prazo apenas torna o impetrante carecedor da ação (art. 267, VI), sendo-lhe facultado renovar o pedido pelas vias ordinárias.

Se extinto o processo sem o julgamento do mérito (CPC, art. 267), “o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” (art. 515, § 3º).

2. O instituto da substituição tributária não tem por objetivo único a arrecadação antecipada do tributo; suprindo as deficiências dos serviços de fiscalização tributária, constitui eficaz instrumento legal de combate à sonegação.

Na substituição tributária, o valor do ICMS é pré-determinado; o preço de revenda da mercadoria é absolutamente irrelevante, pois o tributo foi recolhido antecipadamente. A comercialização de mercadoria por preço inferior àquele que serviu de base para o cálculo do ICMS recolhido pelo substituto tributário não caracteriza hipótese de não-realização de “fato gerador presumido”, prevista no § 7º, in fine, do art. 150 da Constituição Federal (ADin n. 1851, rel. Min. Ilmar Galvão; AgRgRE n. 266.523, Min. Maurício Corrêa).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.003327-8, da comarca da Capital (Vara da Fazenda – Regime de Exceção), em que é apelante a Le Mans – Repecon Veículos Ltda. e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Le Mans – Repecon Veículos Ltda. impetrou mandado de segurança

contra o Diretor de Administração Tributária do Estado e o Exator Chefe da Região da Grande Florianópolis.

O litígio tem relação com o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS e com o instituto da substituição tributária, mais precisamente com o § 7º do art. 150 da Constituição Federal, que assim dispõe:

“A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido”.

A impetrante dedica-se ao comércio de veículos, e sustenta que tem direito à restituição da diferença do ICMS recolhido sobre o valor presumido da revenda dos automóveis, que serviu de base para o recolhimento antecipado do tributo e o valor efetivamente realizado. Ao final, requereu:

“c) a procedência total do pedido para:

“c.1) ser declarada, incidentalmente, a inconstitucionalidade e ilegalidade do Decreto Estadual n. 12/99, por contrariar o disposto no artigo 150, § 7º, da Constituição Federal de 1988; o artigo 10 e §§ da Lei Complementar n. 87/96 e o artigo 10 e §§ da Lei Estadual n. 10.297/96, fazendo valer os ditames do Decreto Estadual n. 3.161/98, que regulamentava a matéria;

“c.2) ver reconhecido o direito da impetrante à compensação do que foi indevidamente recolhido ao fisco em excesso, devidamente corrigido, em decorrência da não verificação da base de cálculo imposta ao fato gerador presumido, nas conformidades da parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, instituído pela Emenda n. 3/93, agora regulados pelos artigos 10 da Lei Complementar n. 87/96 e 40 da Lei Estadual n. 10.297/96, pagos indevidamente, conforme demonstrativos anexos, com valores a serem recolhidos, futuramente, a título de ICMS, nas faculdades contidas no artigo 86 do Regulamento de Normas Gerais de Direito Tributário, aprovado no Decreto n. 3.161/98, ficando as autoridades fiscais adstritas às verificações contábeis quanto ao valor do crédito compensado, podendo notificar eventuais

diferenças verificadas ante errônea compensação;

“c.3) com base jurídica no pedido *supra* (c.2), o reconhecimento da lisura no procedimento de compensação procedido pela Impetrante após 90 (noventa) dias do protocolo do pedido de compensação efetuado junto à Secretaria de Estado de Planejamento e da Fazenda, anexo à presente, podendo as autoridades fiscais efetuar a verificação contábil quanto ao valor do crédito compensado, podendo notificar eventuais diferenças verificadas ante errônea compensação” (fls. 43/44).

Nas informações, os impetrados defenderam a constitucionalidade do art. 10 da Lei Complementar n. 87/96 e do art. 40 da Lei Estadual n. 10.297/96 (fls. 78/93).

Deferida a liminar (fls. 101/104) e ouvida a representante do *Parquet* (fls. 1.819/1.826), o Juiz Romano José Enzweiler julgou extinto o processo (fls. 1.833/1.839). Fê-lo pelos fundamentos que são abaixo reproduzidos:

“Portanto, o ato coator encontrar-se-ia, segundo articulado pelo impetrante (fl. 35), apenas emanado com base neste malfadado Decreto (*sic*), e se evidenciaria no documento assinado pelo Fiscal de Tributos Estaduais Augusto Bertuol, em 4 de maio de 1999.

“Aí o nó górdio! Na verdade, este documento firmado pela autoridade fazendária nada tem de coator. Se ato coator houve, é bom que se diga claramente, foi ele originado do indeferimento do pedido, datado de 29 de janeiro de 1999.

“Para inequívoca compreensão, vejamos as datas:

“a) em 18/3/98, houve requerimento do impetrante à SEF, solicitando a ‘compensação’;

“b) passados 90 dias, sem resposta àquele requerimento, segundo afirmado pelo impetrante, efetuou a ‘compensação’ dos créditos do imposto;

“c) em 9/10/98 (v. fl. 54), e esta informação não consta da inicial, houve protocolo de novo pedido de ‘compensação’ (sic);

“d) em 29/1/99 houve resposta da SEF, negando expressamente o pedido do impetrante (fls. 56 e 57). Observe-se o documento de fl. 53, datado de 22/12/98, o que leva a crer que a ‘demora’ na resposta da SEF (de um ano, como insiste o impetrante) deveu-se não à desídia do Estado, mas à não entrega de documentos por parte do impetrante;

“e) em 22/4/99 (fl. 55) foi apresentado pedido de reconsideração, sendo que a decisão a este pedido deu-se em 4/5/99 (fl. 50);

“f) esta petição inicial deu entrada no protocolo do fórum em 17/8/99.

“Como se vê hialino, o suposto ato coator (indeferimento do pedido do impetrante) deu-se em 29 de janeiro de 1999, e a inicial restou protocolada em 17 de agosto de 1999, superando, em muito, o prazo de 120 dias previsto na Lei de Regência (art. 18 da Lei n. 1.533/51). Ocorreu, inequivocamente, a decadência.

“Não se diga que estamos diante de *obrigação de trato sucessivo* (sic) ou que outro é o suposto ato coator como, *verbi gratia*, a decisão deneatória do pedido de reconsideração, datada de 4 de maio de 1999. Isto

porque, com cediço, *pedido de reconsideração na via administrativa não interrompe o prazo para o mandado de segurança* (Súmula do STF, ementa 430).

(...)

“Diante de todo o exposto, julgo extinto o presente feito em face da decadência, pois que ultrapassado o prazo de 120 dias entre o ato impugnado (29/1/1999) e o ingresso desta ação (17/8/1999), forte no contido no art. 269, IV, do Código Instrumental, combinado com art. 18 da Lei n. 1.533/51. Em razão desta decisão, cassa a liminar adredeamente deferida” (fls. 1.837/1.839).

A vencida interpôs embargos de declaração (fls. 1.843/1.847), que foram rejeitados (fls. 1.849/1.850) e, em seguida, apelação (fls. 1.852/1.868), nesta postulando, em síntese, que “seja integralmente reformada a sentença monocrática, contando-se o prazo de 120 dias previsto no artigo 18 da LMS, a partir de 13/4/1999, data da ciência inequívoca do ato tido como coator, ou seja, da decisão administrativa final, considerando tempestiva a interposição do presente Mandado de Segurança, em 11/8/1999, retornando os autos ao Juízo de origem para que seja analisado o mérito da lide, concedendo-se à Apelante a prestação jurisdicional a que faz jus”. Requereu que fosse o apelado condenado a pagar multa por litigância de má-fé.

O apelado pugna a confirmação do veredicto (fls. 1.875/1.881).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se “pelo conhecimento e provimento do Recurso, a fim de que seja afastada a decadência acolhida no Juízo Singular e, por conseguinte, determinada a remessa dos

presentes autos à origem, para exame das questões de mérito” (fl. 1.894).

II — Voto

1. Quanto à decadência, dou provimento ao recurso pelas razões que constam do parecer do Procurador de Justiça Dr. Sérgio Antônio Rizelo, que seguem reproduzidas:

“Destarte, na hipótese dos autos o *dies a quo* do prazo decadencial para a impetração da Ação Mandamental começou a fluir no dia 13 de abril de 1999, pois, a teor da certidão de fl. 1.869 e do documento de fls. 1.870 e 1.870v., foi neste dia que a Apelante, por meio de um funcionário seu, restou intimada da decisão do processo administrativo.

“Não há falar que a data supra-mencionada refere-se à resposta do pedido de reconsideração, com quer fazer crer o Apelado, pois neste dia nem sequer havia sido formulado tal pedido, que, conforme consta nos documentos de fls. 55 e 50 e nas próprias contra-razões à fl. 1.877, ocorreu somente em 22 de abril de 1999 e foi indeferido em 4 de maio do mesmo ano.

“O fato de os documentos de fls. 1.869 e 1.870v. terem sido juntados somente na fase recursal não tem o condão de torná-los inadmissíveis.

“Com efeito, dispõe o art. 396 do Código de Processo Civil que ‘compete à parte instruir a petição inicial (artigo 183), ou a resposta (artigo 297), com os documentos destinados a provar-lhes as alegações’.

“No entanto, a regra acima transcrita não é absoluta, pois o art. 397, do mesmo *Codex*, autoriza a juntada de documentos novos, a qual-

quer tempo, desde que inexistente o intuito de surpreender o juízo ou a parte contrária.

“Humberto Theodoro Júnior, referindo-se ao art. 396, esclarece:

‘Mesmo para os que são mais rigorosos na interpretação do dispositivo em mira, o que se deve evitar é a malícia processual da parte que oculta desnecessariamente documento que poderia ser produzido no momento próprio. Assim, quando já ultrapassado o ajuizamento da inicial ou a produção da resposta do réu, desde que ‘inexistente o espírito de ocultação premeditada e o propósito de surpreender o juízo, verificada a necessidade, ou a conveniência, da juntada do documento, ao magistrado, cumpre admiti-la’ (*in* Curso de Direito Processual Civil, volume I – 20ª edição – Rio de Janeiro: Forense, 1997, pág. 461)’.

“No caso vertente, a Apelante não teve, nem poderia ter, a intenção de causar surpresa com a juntada do documento de fl. 1.870v., pois este era parte integrante do Processo Administrativo GR01 1.404/989, que estava em poder do Apelado e, por conseguinte, era de conhecimento deste.

“A Apelante, ademais, simplesmente aperfeiçoou tarefa, cujo ônus competia ao Estado, que não o fez, pois a decisão judicial de fls. 101/104 determinava a juntada na íntegra do referido Processo Administrativo.

“Logo, tendo sido respeitados os princípios do contraditório e da ampla defesa, válida é a juntada dos documentos em comento com o Recurso de Apelação.

(...)

“Portanto, considerando que se deu em 13 de abril de 1999 a ciência inequívoca da decisão indeferitória do pedido formulado na via administrativa, para restituição dos valores indevidamente recolhidos a título de ICMS, por força da substituição tributária, correspondentes ao fato gerador presumido que não se efetivou, e que a impetração do *writ* ocorreu em 11 de agosto de 1999, conforme indica o protocolo de fl. 2v., resta afastada a decadência acolhida pelo Juízo singular, vez que no interregno existente entre as referidas decorreram exatamente 120 dias inconfigurando-se a extrapolação do prazo decadencial” (fls. 1.890/1.893).

2. O processo foi julgado extinto com fundamento no inc. IV do art. 269 do Código de Processo Civil. Dispõe ele que “extingue-se o processo com julgamento de mérito”, entre outras hipóteses, “quando o juiz pronunciar a decadência ou a prescrição”.

A decadência é instituto de direito material. Diferentemente da prescrição, da decadência resulta a extinção do próprio direito e não apenas do direito à ação. Conforme Clóvis Beviláqua, “prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, de toda a sua capacidade defensiva, em consequência do não uso dela, durante um determinado espaço de tempo”; por sua vez, “o prazo extintivo opera a decadência do direito, objetivamente, porque o direito é conferido para ser usado num determinado prazo; se não for exercido extingue-se” (Comentários ao Código Civil, Francisco Alves, vol. I, 7ª ed., págs. 459/60).

O art. 18 da Lei n. 1.533/51 estabelece que “o direito de requerer

mandado de segurança extinguir-se-á decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado”. O entendimento de que se trata de prazo decadencial decorre de construção doutrinária e pretoriana. Por certo, para afirmar que o prazo não se suspende nem se interrompe, característica que distingue a decadência da prescrição. Entretanto, a possibilidade de o impetrante renovar o pedido em processo de conhecimento constitui razão por si só suficiente para não se reconhecer como de decadência o prazo em comento.

Sobre o tema, anotou Hugo de Brito Machado:

“Se o prazo para a impetração do mandado de segurança é de decadência, então com seu decurso estaria extinto o próprio direito. Entretanto, conforme esclarece Alfredo Buzaid, os autores que consideram como de decadência esse prazo, explicam que ele tem em vista a forma processual e não a relação jurídica material. Ou que é o direito de ação que decai. Ou ainda, que a perda do prazo para impetrar a segurança atinge o direito processual àquele remédio jurídico.

“Dizer-se que o decurso do prazo em questão atinge o direito à forma processual especial, ou o direito de ação, ou o direito processual a um remédio jurídico, é o mesmo que dizer simplesmente que ele atinge a ação. O prazo seria de prescrição, e não de decadência.

“Melhor nos parece a posição de Alfredo Buzaid, que depois de explicar as distinções doutrinárias entre prescrição, decadência e preclusão, esclarece:

‘Ora, o Congresso Nacional, ao elaborar a Lei n. 1.533/51, quis deliberadamente afastar a controvérsia sobre prescrição, decadência e preclusão e para isso empregou a fórmula: ‘O direito de requerer mandado de segurança extinguir-se-á...’ (art. 18). O prazo para impetrar mandado de segurança não é prazo preclusivo, porque ele não se verifica no curso do processo, tampouco é de prescrição ou de decadência, porque não fere mortalmente o direito material, que remanesce imprejudicado, podendo ser pleiteado por via ordinária. O prazo é extintivo de uma faculdade pelo seu não exercício dentro de 120 dias, contados da ciência do ato a ser impugnado. Não se justifica, pois, recorrer aos conceitos de prescrição, de decadência e de preclusão, para explicar a natureza do prazo, quando a própria lei subministra a idéia correta, que é de extinção do direito de qualquer mandado de segurança’.

“Efetivamente, fosse de decadência o prazo em exame, extinto o direito material, fosse de prescrição, restaria afetada diretamente a ação, qualquer que fosse, para defesa do direito, e indiretamente o próprio direito. Preferível, pois, a posição do eminente processualista, buscando-se então delinear um regime jurídico próprio para o prazo em referência” (Hugo de Brito Machado, O prazo para impetração do mandado de segurança em matéria tributária, *in* Revista de Processo n. 74/48-9).

Com ele consoam Luciano Alaor Bogo (Do prazo para impetração do mandado de segurança, *in* Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política 26/176-7) e Francisco Barros Dias (Mandado de segurança, *in* Re-

vista Trimestral de Direito Público n. 4/195-6).

Concordo com todos esses comentários e, principalmente, com a conclusão de Alfredo Buzaid citada por Hugo de Brito Machado, transcrita acima.

Fixada essa premissa, concluo que a impetração do mandado de segurança quando “decorridos cento e vinte dias contados da ciência, pelo interessado, do ato impugnado” conduz à extinção do processo por carência da ação (CPC, 267, VI).

Essa introdução tem relevância no caso *sub judice* em face do disposto no § 3º do art. 515 do Código de Processo Civil, que assim prescreve: “Nos casos de extinção do processo sem julgamento do mérito (art. 267), o tribunal pode julgar desde logo a lide, se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento”.

Passo, portanto, ao julgamento do mérito da causa.

3. Dispõe a Constituição Federal que “a lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, assegurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido” (art. 150, § 7º). A expressão destacada tem gerado grande controvérsia doutrinária e jurisprudencial. Para muitos, inclusive para o Superior Tribunal de Justiça, o fato gerador presumido “não se realiza” quando a mercadoria foi comercializada por preço inferior àquele que serviu de base para o cál-

culo do ICMS recolhido pelo substituto tributário.

Essa tese não foi acolhida pela Câmara. Com respaldo em julgado do Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.013388-2, decidiu:

“É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária declarada pelo Pleno deste Tribunal.

‘Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerador presumido não se realize’ (AgRgRE n. 266.523, Min. Maurício Corrêa).

“O instituto da substituição tributária não tem por objetivo único a arrecadação antecipada do ICMS; suprindo as deficiências da estrutura dos serviços de fiscalização tributária, constitui eficaz instrumento legal de combate à sonegação”.

Do voto inserido no acórdão, da minha lavra, transcrevo o excerto que segue:

“Dispõe a Constituição Federal: ‘A lei poderá atribuir a sujeito passivo de obrigação tributária a condição de responsável pelo pagamento de imposto ou contribuição, cujo fato gerador deva ocorrer posteriormente, as-

segurada a imediata e preferencial restituição da quantia paga, caso não se realize o fato gerador presumido’ (art. 150, § 7º).

“Com fundamento neste parágrafo, notadamente na sua parte final, decidiu o Supremo Tribunal Federal:

‘É responsável tributário, por substituição, o industrial, o comerciante ou o prestador de serviço, relativamente ao imposto devido pelas anteriores ou subseqüentes saídas de mercadorias ou, ainda, por serviços prestados por qualquer outra categoria de contribuinte. Legitimidade do regime de substituição tributária declarada pelo Pleno deste Tribunal.

‘Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerador presumido não se realize’ (AgRgRE n. 266.523, rel. Min. Maurício Corrêa).

“Estou plenamente de acordo com esse entender, registrando que ele não tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça, que a respeito da *quaestio* assim tem se pronunciado:

‘A partir da edição da LC n. 87/96, o contribuinte ‘substituído’ está legitimado para requerer a repetição do ICMS pago a maior, em regime de ‘substituição tributária para frente’, quando o preço estimado é superior ao valor efetivo da operação’ (ROMS n. 9.627, rel. Min. Francisco Peçanha Martins; ROMS n. 10.425, rel. Min. Franciulli Netto; ROMS n. 11.325, rel. Min. Garcia Vieira).

“*Data venia*, a decisão do Supremo Tribunal Federal parece-me mais coerente com os objetivos do instituto da substituição tributária, dentre os quais sobreleva o combate à sonegação.

“Os Estados não dispõem de estrutura administrativa suficiente para realizar fiscalização com eficácia plena. Sabe-se que muitos comerciantes extraem as notas fiscais por valor inferior àquele efetivamente pago pelo adquirente da mercadoria. Reportagem publicada na Revista Veja revela o procedimento adotado pelos sonegadores. Dela extraio o relato de um dos comerciantes ouvidos:

‘Se eu tivesse mais dinheiro, faria tudo como diz a lei, porque dá muito trabalho sonegar imposto. Na hora de comprar dos fornecedores, pego uma nota fiscal com valor abaixo do preço real. Uma calça de 50 reais vira 5 reais na nota. Todo mês faço três viagens de ônibus para comprar roupa em Fortaleza. Pago passagem para meus sobrinhos irem comigo. Cada um carrega uma mala de mercadorias. Isso despista os fiscais na fronteira. Faturado pelo menos 23% a mais fazendo isso’ (Edição n. 1.726, de 14/11/01, pág. 116).

“Nesse *modus operandi*, a comprovação da fraude fiscal é difícil.

“Os serviços relacionados à fiscalização tributária são extremamente dispendiosos. Não raro, os custos são mais elevados do que o valor do tributo não recolhido. Porém, a sonegação deve ser erradicada, pois a impunidade a estimula. Para combatê-la eficazmente, para fiscalizar todas as empresas sujeitas ao regime da substituição tributária – revendedores de veículos,

de combustíveis e óleos lubrificantes, cervejas e refrigerantes etc. –, um verdadeiro batalhão de fiscais seria necessário. Sendo permitido a essas empresas se creditar do ICMS correspondente à diferença entre o valor de venda da mercadoria – que nem sempre é o real, repito, – e o estimado para fins de recolhimento prévio do tributo, o instituto da substituição tributária deixaria de constituir obstáculo à sonegação.

“Ademais, se é possível falar em prejuízo em decorrência da substituição tributária, não há como negar que lesado será o consumidor final, contribuinte de fato, e não o comerciante, contribuinte apenas de direito. Este, desde a aquisição da mercadoria, conhece o valor correspondente ao ICMS, que é fixo e invariável, *tanto na hipótese de a mercadoria ser alienada por valor inferior àquela constante da estimativa, como também se por quantia superior.*

“É incontroverso que na substituição tributária há uma prévia taxação do tributo. Não sendo assim, perderá a sociedade com a elevação dos encargos com os serviços de fiscalização e também com a perda da receita tributária.

“Também os comerciantes que cumprem suas obrigações perderão. A concorrência do comerciante sonegador é predatória, iníqua e desleal, podendo levar ao aniquilamento daquele que cumpre todas as obrigações fiscais.

“Cumpra-se destacar, por derradeiro, que, se todos cumprirem com as suas obrigações, por certo a famigerada carga tributária poderá ser reduzida. É o que todos nós almejamos.

“Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso”.

Registro que a *quaestio* também já foi apreciada pelo Pleno da Corte Constitucional no julgamento da ADIn n. 1.851, de Alagoas, acórdão ainda não publicado. Nessa ação, questionava-se a validade da cláusula segunda do Convênio Confaz 13/97, assim redigida: “Não caberá a restituição ou cobrança complementar do ICMS quando a operação ou prestação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, se realizar com valor inferior ou superior àquele estabelecido com base no artigo 8º da Lei Complementar n. 87, de 13 de setembro de 1996”. Conforme registro constante do *site* do Supremo Tribunal Federal, a Corte “julgou improcedente o pedido formulado na inicial e declarou a constitucionalidade da Cláusula Segunda do Convênio ICMS n. 13, de 21 de março de 1997”.

4. À vista do exposto, dou provimento ao recurso para afastar a decadência e, quanto ao mérito, denegar a segurança.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o Des. Francisco Oliveira Filho.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 21 de outubro de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto vencido;

Newton Trisotto,

Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ementa aditiva

Apelação cível em mandado de segurança – ICMS – Compensação tributária – Valores retidos referentes à diferença entre o fato gerador presumido e o real – Creditamento – Exibição de documentos – § 3º do art. 515 do CPC – Exegese – Decadência do prazo autorizador do mandamus – Inocorrência.

Consoante o artigo 18 da Lei n. 1.533/51, conta-se o prazo de decadência do mandado de segurança da data da ciência do impetrante do ato coator. Ausente prova nos autos que se tenha dado anteriormente, presume-se que tenha ocorrido na primeira manifestação ulterior do interessado.

Em se tratando de prestação jurisdicional de mérito, incabível é a incidência do § 3º do artigo 515 do CPC.

Ab initio, é de se frisar que não há possibilidade de aplicação da novel compleição do artigo 515 do CPC. É que o processo foi extinto com julgamento do mérito (art. 269, IV), o que exclui aquela incidência.

Márcio Schiefler Fontes, em monografia apresentada à Universidade Federal de Santa Catarina, afirma:

“O art. 515 do CPC disciplina a apelação no que diz respeito à devolução da matéria ao segundo grau de jurisdição, que a sua interposição acarreta.

“Foi-lhe acrescentado terceiro parágrafo, o qual reza que o tribunal

poderá julgar a lide, em caso de extinção do processo sem julgamento do mérito (nas hipóteses, portanto, do art. 267), se a causa versar questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento” (pág. 117).

Respeitante à decadência, razão assiste à apelante.

Não se logra verificar nos autos a data da intimação da impetrante do indeferimento do pleito administrativo de substituição tributária (fls. 56 e 57). Alegado e não contestado que não houve essa ciência em data anterior ao pedido de reconsideração (fl. 55), presume-se que aí se tenha dado aquele ato, ou seja, em 22 de abril de 1999. Tendo o heróico remédio sido impetrado em 11 de agosto do mesmo ano (fl. 2v.), o prazo do art. 18 da Lei n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, foi obedecido à risca.

Não bastasse isso, há de ser consignado que a cópia do processo administrativo fora juntada mediante ordem judicial, sem que contudo fotocopiassem os versos das páginas. Seria o suficiente para dar outro alento à análise da lide, já que a ciência efetivamente se deu em 13 de abril daquele ano, conforme prova o apelante nas razões recursais (fl. 1.870v.).

Como sobredito, porém, sequer se trata de conhecimento de nova documentação; a juntada dos autos do processo administrativo ficara a cargo do apelado, por imposição judicial (fl. 104), uma vez que lhe foi negado acesso à apelante.

É o motivo pelo qual a irrisignação guarda fundamento.

Em aresto da lavra do Relator deste feito restou assentado: “Começa a fluir o prazo para a impetração do *mandamus* a partir do momento em que o interessado toma ciência inequívoca do ato possível de ser impugnado” (ACMS n. 1998.004414-6, de Balneário Camboriú).

Hely Lopes Meirelles, a respeito, preleciona: “O prazo para impetrar mandado de segurança é de cento e vinte dias, a contar da data em que o interessado tiver conhecimento oficial do ato a ser impugnado (...). A fluência do prazo só se inicia na data em que o ato a ser impugnado se torne operante ou exequível, vale dizer, capaz de produzir lesão ao direito do impetrante” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 21ª ed., São Paulo: Malheiros, 1999. pág. 49).

Da jurisprudência, colhe-se: “O prazo decadencial para impetrar mandado de segurança conta-se a partir do dia em que o interessado tomou ciência do ato impugnado dito violador do direito líquido e certo, ou seja, a partir do momento em que o ato administrativo se tornou apto a produzir efeitos lesivos ao impetrante” (ACMS n. 7.938, Des. Eder Graf).

No mesmo diapasão, *mutatis mutandis*: “Conta-se o prazo decadencial de 120 dias (art. 18, Lei n. 1.533/51) da data do ato impugnado, no caso concreto, do dia em que o impetrante tomou conhecimento da decisão que indeferiu pedido de justificação de faltas” (ACMS n. 1996.005914-8, Des. Nelson Schaefer Martins).

Esses, pois, os motivos do dissenso.

Francisco Oliveira Filho.

APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.017777-1, DE FRAIBURGO**Relator: Des. Volnei Carlin**

Mandado de segurança – Demissão de professor da rede municipal de ensino – Atribuída conduta de incontinência pública ou escandalosa na repartição – Portaria deflagradora do processo administrativo nula – Ausência de capitulação legal e descrição dos fatos imputados – Ofensa a princípios constitucionais.

Instrumento de atuação estatal, cujo escopo é a garantia da prestação jurisdicional, o processo foi sedimentando-se como direito individual e formalizado conforme princípios específicos.

A extensão da legalidade, vinculando a atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente e inerentes ao estado de direito, transparece na Carta da República, segundo a qual todos os entes e órgãos administrativos devem obedecer aos princípios expressos e implícitos, constantes no art. 37 da Constituição da República. Há um direito fundamental ao devido processo legal.

Mandado de segurança – Desproporcionalidade na reapreensão – Ato extremo – Análise do mérito do ato administrativo pelo Poder Judiciário – Vedação.

Ao Poder Judiciário compete tão-só o controle de legalidade do ato, ou seja, verificar se a autoridade administrativa observou os requisitos para a formação válida daquele. É que, por mais desproporcional que tenha sido o ato extremo de demissão – fundado em portaria nula e produção frágil de provas – não se pode proceder a uma análise de tal ordem, por receio de invadir a esfera administrativa.

Mandado de segurança – Pretensão em perceber verbas pretéritas – Impossibilidade – Súmula 271 do STF.

É incabível a pretensão de cobrar os vencimentos referentes ao momento anterior ao ajuizamento do writ, pois este não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.017777-1, da comarca de

Fraiburgo, em que é apelante o Município de Fraiburgo e apelado Arcângelo Marangoni:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso e prover em parte a remessa.

Custas *ex lege*.

I — Relatório

Cuida-se de remessa e recurso voluntário de apelação cível interposto pelo município de Fraiburgo, eis que inconformado com a sentença que concedeu a ordem no mandado de segurança impetrado por Arcângelo Marangoni, em que objetivava ver declarados nulos o despacho e a portaria deflagradora do processo administrativo que culminou na sua demissão, bem como o pagamento de toda a verba que entende ser devida, acrescida de juros de mora e correção monetária.

Contra-razões às fls. 213/221.

Os autos ascenderam a esta Corte, tendo o *Parquet* opinado pelo conhecimento e desprovemento dos recursos voluntário e necessário (fls. 227/231).

No mais, tem-se como incorporado a este o relatório de fl. 233.

II — Voto

Em causa está a possibilidade de demitir professor da rede municipal de ensino porque lhe fora atribuída a conduta de *incontinência pública ou escandalosa na repartição* (art. 144, V, do Estatuto dos Servidores Municipais), em consequência de processo administrativo instaurado mediante portaria duvidosa formalmente imperfeita e fragilidade de provas.

Colhe-se do processo que Arcângelo Marangoni foi aprovado em concurso público, em 1º/3/94, e que, em 14/5/01, foi instaurado processo

administrativo para apurar os impropérios que teria desferido contra um aluno do ensino fundamental.

Volvendo atenção aos autos, de fato foi instaurado processo administrativo. Mas a questão que emerge é se foi conduzido em observância ao princípio da legalidade e do contraditório.

É de lembrar-se que a extensão da legalidade, vinculando a atividade administrativa a valores consagrados constitucionalmente e inerentes ao estado de direito, transparece na Carta da República, segundo a qual todos os entes e órgãos administrativos devem obedecer aos princípios expressos e implícitos, constantes no art. 37 da Constituição da República.

Exemplo disso é a extensão das garantias do devido processo às relações entre administrados e entes públicos, a que se denomina *jurisdicionalização do procedimento administrativo* (cf. Ramon Real, Alberto. *Fundamentación del acto administrativo*. Revista de direito público, São Paulo, vol. 62, pág. 10, abr./jun./1982).

A história do processo é a própria história do homem e de sua luta por democratizar as relações de poder e com o poder. Segundo Cármen Lúcia Antunes Rocha:

“o processo reflete uma forma de convivência estatal civilizada segundo parâmetros previamente determinados pelo Direito posto à observância de todos. A civilização é formal. As formas desempenham um papel na convivência civilizada dos homens; elas delimitam espaços de ação e modos inteligíveis de comportamento para que a surpresa permanente não seja um elemento de tensão constante

do homem em seu contato com o outro e em sua busca de equilíbrio na vivência com o outro, inclusive consigo mesmo. Por isso, o processo, como formalização de comportamentos para a reivindicação e efetividade de direitos, põe-se como uma necessidade da civilização e da civilidade jurídica do homem no Estado (...).

“O processo é o grande instrumento que garante ao homem que a justiça pelas próprias mãos não precisa ser feita, porque ela será aperfeiçoada pelo Estado em forma processada segundo paradigmas jurídicos bem definidos e previamente estabelecidos e conhecidos” (Rocha, Cármen Lúcia Antunes. Princípios constitucionais do processo administrativo no direito brasileiro. Revista trimestral de direito administrativo, vol. 17, pág. 5).

Instrumento de atuação estatal, cujo escopo é a garantia da prestação jurisdicional, o processo foi sedimentando-se como direito individual e formalizado conforme princípios específicos. O direito fundamental é, na verdade, o *devido processo legal*.

Ao se observar a portaria inaugural (n. 62/2001, fl. 28), vê-se claramente não atender às formalidades legais. Não traz a capitulação ou mesmo a descrição dos fatos para fins de facilitar a defesa do servidor.

Ora, ainda que se apregoe o desapego ao excesso de formalismo e o fato de o apelado ter procedido de qualquer forma à sua defesa, tal não justifica. Conceber isso seria retroceder a um tempo cuja concepção de processo administrativo, inquisitorial e trancado em porões mal iluminados, era a aceita. Negar a publicidade dos fatos e a conseqüente participação do

interessado é voltar alguns séculos na história da própria Administração Pública, quando a irresponsabilidade e os seus motivos silenciosos – insculpidos na máxima do rei não erra nunca – eram amplamente aceitos.

Corroborando esse raciocínio, destaca-se a lição de Odete Medauar:

“O ato que instaura o processo deve enunciar os fatos ou condutas atribuídos ao servidor indiciado (imputação) e os respectivos dispositivos legais onde se enquadram. Tal exigência insere-se no âmbito das garantias decorrentes da ampla defesa. Nesse sentido, os acórdãos seguintes: STF, RE n. 120.570, 1991: ‘inexistência de imputação não é erro leve de forma; constitui omissão grave, insanável violência à ampla defesa. (...) É instrumento que, especificado as imputações, delimita e demarca o objeto do processo disciplinar e, por conseguinte, a defesa do acusado’ (RDA 189/1992)” (Medauar, Odete. Direito Administrativo Moderno: de acordo com a EC n. 19/98. 4ª ed., rev. atual. ampl., São Paulo: RT, 2000, págs. 361/362).

E a jurisprudência não discrepa, pois em caso bastante assemelhado já se decidiu:

“Mandado de segurança – Administrativo – Servidor público municipal – Exoneração – Procedimento que não respeita o Estatuto dos Servidores Públicos – Decreto que instaura o processo sem fazer alusão a fatos imputados e capitular a infração disciplinar – Direito de defesa não respeitado – Illegalidade do ato – Reintegração no cargo.

“A Administração Pública tem o dever de observar os requisitos forma-

is para a exoneração de servidor público de cargo efetivo.

“O ato que instaura o processo deve enunciar os fatos ou condutas atribuídos ao servidor indiciado a fim de possibilitar-lhe direito de defesa, sob pena de padecer de nulidade todo o procedimento adotado.

“Nulo o processo administrativo que exonerou o servidor público, deve ele ser reintegrado ao cargo que exercia” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2001.001149-8, de Cunha Porã, rel. Des. Volnei Carlin, j. 25/10/2001).

Ainda:

“Reintegração de posse. Servidor exonerado por fato não descrito na denúncia que levou à instauração da sindicância. Inegável violação do princípio da ampla defesa.

‘Muito embora, no direito administrativo, se possa falar em atipicidade, não havendo necessidade de tipificação estrita que subsuma rigorosamente a conduta à norma, mesmo assim, a capitulação do ilícito administrativo não pode ser tão aberta a ponto de impossibilitar o direito de defesa’ (*apud* Celso Ribeiro Bastos, *in* Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2º vol., págs. 265/8), tanto que recomenda a doutrina que, surgindo fato novo no correr da sindicância, deve ser aditada a portaria que a instaurou.

“O princípio da ampla defesa, consagrado constitucionalmente, tem importância ímpar no ordenamento jurídico brasileiro, posto que visa a assegurar a igualdade das partes no transcorrer do processo” (Ap. Cív. n. 97.015815-7, de Timbó, rel. Des. Vanderlei Romer).

Importa dizer que, em se tratando de instauração de prévio processo administrativo, o Superior Tribunal de Justiça tem a seguinte orientação:

“Administrativo. Servidores públicos estatutários. Antigos celetistas. Dispensa do cargo público. Regime jurídico único. Regulamentação. Inexistência. Lei n. 10.254/90. Ampla defesa. Ausência.

— A demissão de cargo público impõe sejam observados requisitos formais e de conteúdo por parte da administração, como a instauração de prévio processo administrativo em que seja assegurado o exercício de pleno direito de defesa” (STJ – 6ª Turma, ROMS n. 9161/MG, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, julgado em 18/8/1998).

Assim, inquinada de nulidade a portaria deflagradora, porque não trouxe a capitulação ou a narração dos fatos, írrito o processo administrativo.

Não é demais observar ser cedo que ao Poder Judiciário compete tão-só o controle de legalidade do ato, ou seja, verificar se a autoridade administrativa observou os requisitos para a formação válida daquele. É que, por mais desproporcional que tenha sido o ato extremo de demissão – fundado, repita-se, em portaria nula e produção frágil de provas –, não se pode proceder a uma análise de tal ordem, por receio de invadir a esfera administrativa.

Por fim, é incabível a pretensão de cobrar os vencimentos referentes ao momento anterior ao ajuizamento do *writ*, pois este não produz efeitos patrimoniais em relação a período pretérito.

Nesse sentido, a Súmula 271 do STF dispõe:

“Concessão de mandado de segurança não produz efeitos patrimoniais, em relação a período pretérito, os quais devem ser reclamados administrativamente ou pela via judicial própria”.

Desse modo, a sentença proferida deve ser reformada, tão-só para excluir da ordem o pagamento dos salários atrasados ao apelado, eis que há a via escurreita para tal.

Ex positis, nega-se seguimento ao recurso interposto e dá-se parcial provimento à remessa.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, desprover o recurso interposto e dar parcial provimento à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 31 de outubro de 2002.

João Martins,

Presidente com voto;

Volnei Carlin,

Relator.

APELAÇÕES CÍVEIS

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.010155-7, DE TUBARÃO

Relator: Des. João Martins

Apelação cível – Servidor público municipal – Contratação temporária – Medida excepcional – Situação emergencial autorizada em lei não configurada – Afronta aos incisos II e IX do art. 37 da Constituição Federal – Contrato nulo – Investidura sem prévia aprovação em concurso público – Poder dever da administração pública de anular os seus próprios atos quando contrários à lei – Súmula 473 do STF – Demissão – Dever de pagamento da contraprestação pelos dias efetivamente trabalhados – Demais efeitos trabalhistas inexistentes.

“A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento

da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo/hora” (Enunciado n. 363 do TST).

Assistência judiciária gratuita – Requerimento não apreciado pelo magistrado a quo – Reiteração do pedido em sede de apelação – Deferimento – Isenção dos ônus da sucumbência nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Recurso voluntário provido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.010155-7, da comarca de Tubarão (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante Geci José de Souza, sendo apelado o Município de Capivari de Baixo:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Geci José de Souza, qualificado nos autos, ajuizou reclamatória trabalhista contra o Município de Capivari de Baixo, igualmente qualificado, objetivando indenização por danos materiais decorrentes da sua demissão, incluídas as verbas rescisórias de espécie (aviso prévio; férias proporcionais 11/12, com 1/3; 13º salário proporcional 2/12; depósito e liberação do FGTS com multa de 40% ou indenização correspondente a todo o período trabalhado; horas extras trabalhadas pagas e não pagas, com acréscimo de 50% e seus reflexos no aviso prévio, nas férias, no 13º salário e no FGTS; adicional de insalubridade

em grau máximo e seus reflexos no aviso prévio, nas férias, no 13º salário e no FGTS, multa do art. 477 da CLT; indenização correspondente ao não fornecimento das folhas de seguro desemprego).

Em contestação (fls. 13/17), o Município alegou a nulidade do contrato firmado, porquanto celebrado sem prévio concurso público exigido pela Constituição Federal, sendo devida, assim, apenas a remuneração pelos dias trabalhados.

Houve réplica (fls. 58/68).

Após manifestação do representante do Ministério Público (fls. 75/77), o Magistrado *a quo*, entregando a prestação jurisdicional, julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento de custas e honorários advocatícios, estes fixados em 20% (vinte por cento) sobre o valor da causa atualizado (fls. 78/85).

Inconformado com o teor da sentença proferida, recorreu o autor às fls. 88/92, alegando que não pode ser prejudicado em razão de maus procedimentos da Administração Pública.

Pugna pela reforma da sentença para ser reconhecido o contrato de trabalho firmado entre as partes e, conseqüentemente, condenar o Município ao pagamento das verbas traba-

lhistas pleiteadas, tendo em vista que não se pode voltar ao estado anterior, com a devolução da força física.

Requeru, ao final, a concessão da assistência judiciária gratuita, com a isenção do pagamento dos honorários e custas processuais.

O apelado deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar as contra-razões de apelação.

Instado a manifestar-se, opinou o representante do Ministério Público de primeiro grau pelo conhecimento e desprovimento do apelo (fls. 98/99).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça José Francisco Hoepers, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso voluntário em face da nulidade absoluta do contrato (fls. 104/107).

II — Voto

Depreende-se dos autos que o apelante firmou contrato de trabalho por prazo determinado com o município de Capivari de Baixo em 1º/3/96 (fls. 19/20), para atuar no exercício das funções de pedreiro, tendo sido despedido em 16/1/97 (fls. 43/46) sob o fundamento da nulidade absoluta do contrato celebrado, considerando a ausência de prévio concurso público, em afronta ao disposto no art. 37, incisos II e IX, da Constituição Federal, e art. 11 da Lei Municipal n. 144/94.

Cabe, inicialmente, mencionar que a medida da contratação temporária de pessoal pelo Poder Público encontra-se autorizada pela Constituição Federal, restrita a situações de necessidade temporária em que haja

excepcional interesse público, nos termos do seu art. 37, inciso IX, *in verbis*:

“IX — a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público”.

Em observância ao preceito constitucional em comento, estabeleceu a Lei Municipal n. 144/94, do município de Capivari de Baixo, os casos de necessidade temporária de excepcional interesse público, para fins de contratação de pessoal por prazo determinado.

Dispõe o art. 11 da Lei Municipal n. 144/94:

“Art. 11. Fica o Poder Executivo autorizado a realizar contratações por prazo determinado, segundo os artigos 37 da CF e 85 da Lei Orgânica, para atender necessidades de excepcional interesse público das Secretarias de Educação, Saúde e Obras, nas seguintes circunstâncias:

“I – Afastamento de titulares por motivo de licença;

“II – Desligamento definitivo de titulares até nova lotação por concurso público;

“III – Necessidade inadiável face à criação de novos serviços, até a lotação por concurso público;

“IV – Necessidades emergenciais conseqüentes da eclosão de fato excepcional, como calamidade pública;

“V – Para obra de prazo curto e certo”.

Desse modo, verifica-se a possibilidade de a Administração Pública contratar temporariamente serviços de terceiros, desde que, evidentemente-

te, corresponda a alguma das situações excepcionais arroladas na lei municipal *supra*.

Ensina Alexandre de Moraes:

“A investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração.

“A primeira exceção constitucional exige que a lei determine expressamente quais os cargos de confiança que poderão ser providos por pessoas estranhas ao funcionalismo público e sem a necessidade do concurso público.

(...)

“Outra exceção prevista constitucionalmente, permitindo-se a contratação temporária sem concurso público, encontra-se no art. 37, IX, da Constituição Federal. O legislador constituinte manteve disposição relativa à contratação para serviço temporário e de excepcional interesse público somente nas hipóteses previstas em lei.

“Dessa forma, três são os requisitos obrigatórios para a utilização dessa exceção, muito perigosa, como diz Pinto Ferreira, por tratar-se de uma válvula de escape para fugir à obrigatoriedade dos concursos públicos, sob pena de flagrante inconstitucionalidade:

(...)

“A lei mencionada no inciso IX do art. 37 da Constituição é a lei editada pela entidade contratadora, ou se-

ja, lei federal, estadual, distrital ou municipal, conforme a respectiva competência legislativa constitucional” (*in* Direito Constitucional, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2001, págs. 317/318).

A respeito, discorre Diomar Ackel Filho:

“A contratação, como visto, é excepcional e temporária, jungida, pois, a situações emergenciais ou de absoluta necessidade para atender imperativos inadiáveis da Administração, como a manutenção de um serviço que não pode ser paralisado, a realização de serviços necessários, mas por sua essência transitórios, estados de calamidades, como os causados por doenças epidêmicas ou cataclismas etc.

“Não há regra certa para conceituar quais serviços sejam de excepcional interesse público. O caso concreto é que ditará a excepcionalidade do interesse ou não. Excepcional é o que escapa à regra, ou seja, foge às situações de rotina, traduzindo-se em algo transcendente ao interesse comum. Excepcional é o anômalo, inusitado, que sobressai por destoar da normalidade, como nos casos emergenciais ou de obra ou serviços absolutamente inadiáveis, cuja postergação possa ensejar grave prejuízo público” (*in* Município e Prática Municipal, São Paulo: RT, 1992, págs. 185/186).

No caso em exame, não se vislumbra, porém, qualquer situação emergencial justificada da qual se denote a necessidade de manejo da excepcional medida, uma vez que o contrato foi firmado sob o mero fundamento de que “celebrado à luz do art. 21 da Lei Municipal n. 2, de 21 de janeiro de 1993” (fl. 20).

Conseqüentemente, não sendo caso de contratação temporária por excepcional interesse público, ou, ainda, de provimento de cargo em comissão, reveste-se de ilegalidade a contratação em comento, sendo, portanto, nulo o contrato de trabalho firmado, destituído de investidura em cargo ou emprego público mediante prévia aprovação em concurso público, a teor do disposto no art. 37, inc. II, da Constituição Federal, com redação anterior à EC n. 19/98:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

“II – a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

A par disso, possui a Administração Pública o poder de anular seus próprios atos quando se revelarem ilegais, nos termos da Súmula 473 do STF:

A Administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos, ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

Assim, mostra-se acertado o ato da Administração em anular a contratação efetuada à margem dos

preceitos constitucionais, sendo que, em observância ao princípio que veda o enriquecimento sem causa, é devida a indenização pelo efetivo serviço prestado, o que, aliás, já foi pago pela Administração, conforme demonstrativos de pagamento acostados (fls. 33/38).

Em se tratando de contrato nulo por ausência de prévia aprovação em concurso público, faz jus o servidor somente ao pagamento da contraprestação pelos dias efetivamente trabalhados, não gerando o contrato quaisquer outros efeitos trabalhistas.

Desse teor é o Enunciado n. 363 do Tribunal Superior do Trabalho:

“A contratação de servidor público, após a Constituição de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no seu art. 37, II, e § 2º, somente conferindo-lhe direito ao pagamento da contraprestação pactuada, em relação ao número de horas trabalhadas, respeitado o salário mínimo/hora”.

Nesse sentido, é a Orientação Jurisprudencial n. 85/SDI-1 do TST:

“85. Contrato nulo. Efeitos. Devido apenas o equivalente aos salários dos dias trabalhados”.

Colhe-se de julgados daquela eg. Corte:

“Recurso de revista. Contrato nulo. Ausência de concurso público. Art. 37, § 2º, da CR/88. A jurisprudência desta Corte pacificou-se no sentido de que o contrato nulo em razão da ausência de concurso público gera o direito de pagamento somente dos dias efetivamente trabalhados (Enunciado n. 363 do TST). Tal se dá em razão da expressa cominação constitucional de

nulidade (art. 37, § 2º), que afasta a teoria especial das nulidades que rege o Direito do Trabalho (efeitos unicamente *ex nunc*), pois neste caso está-se diante de uma questão de ordem pública, submetida aos princípios constitucionais regentes da Administração Pública (art. 37, *caput*)” (TST, RR n. 517158, rel. Juiz convocado Paulo Roberto Sifuentes Costa, j. 9/10/2002, *in* DJU 31/10/2002).

Ou ainda:

“Violação do art. 896 da CLT. Recurso de revista não conhecido por alegação de ofensa ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal — Contrato nulo — Verbas a serem pagas. Se a matéria versada no Recurso de Revista alude aos efeitos do contrato de trabalho avençado ao arrepio do art. 37, II, da Lei Maior, o cabimento da Revista, por conseguinte, estava assegurado pela indicação de ofensa a esse dispositivo constitucional. O não-conhecimento da Revista, portanto, vulnerou o art. 896 da CLT, porquanto a jurisprudência mansa e pacífica da SDI tem-se posicionado no sentido de considerar que a contratação de servidor público, após a Constituição Federal de 1988, sem prévia aprovação em concurso público, encontra óbice no art. 37, II, da Lei Maior, sendo nula de pleno direito, não gerando nenhum efeito trabalhista, salvo quanto ao pagamento do equivalente aos salários dos dias efetivamente trabalhados. Embargos conhecidos e acolhidos” (TST, ERR n. 96605, rel. Min. Ronaldo José Lopes Leal, j. 9/6/97, *in* DJU 1º/8/97).

Concernentemente ao requerimento para concessão da assistência judiciária gratuita, não analisado pelo

Magistrado *a quo* e reiterado em sede de apelação, impõe-se seu deferimento.

É da jurisprudência:

“Com relação ao pedido de assistência judiciária, não apreciada pelo juiz de primeiro grau, deve ser deferida, nos moldes de precedente desta Corte:

‘Assistência judiciária – Prova de pobreza – Inexigibilidade.

‘É dever do Estado prestar assistência jurídica integral e gratuita, princípio que não deve sofrer restrição no sentido de se exigir requerimento específico mediante prova da pobreza. Ao contrário, assim como previsto na lei especial, basta a simples afirmação, na própria inicial ou na contestação, de que não tem condições de pagar as custas processuais e os honorários advocatícios. A pobreza, no caso, é presumida, podendo a parte contrária impugnar o pedido. Afinal, trata-se de conferir tratamento igual, isonômico, ao que tem posses. A pobreza, se não humilha, desiguala o litigante rico e o necessitado de recursos financeiros (STJ)’ (AI n. 1997.011031-6, de Joinville, rel. Des. Eder Graf, j. 26/5/1998)” (Ap. Cív. n. 1998.010178-6, da comarca de Tubarão, rel. Juiz Torres Marques, j. 9/8/2001).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso tão-somente para deferir a assistência judiciária gratuita e, conseqüentemente, isentar o apelante dos ônus da sucumbência, nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por votação unânime

me, conhecer do recurso voluntário e dar-lhe provimento parcial.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de

Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 24 de outubro de 2002.

João Martins,
Presidente e relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.006878-0, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Anselmo Cerello

Apelação cível — Decisão em assembléia-geral pelo uso de películas — Omissão do proprietário — Cobrança de multa pelo condomínio — Não constituição de mudança substancial na fachada externa — Multa indevida — Recurso provido.

Decidido a maioria dos condôminos em assembléia-geral pela colocação das películas protetoras nas janelas dos apartamentos, ficam obrigados todos os condôminos a cumprir tal determinação no âmbito condominial, rateando as despesas, o que não implica em interferência no direito de propriedade — usar, dispor, gozar e reaver — da condômina.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.006878-0, da comarca de São José (1ª Vara), em que é apelante Silvia Regina Ribeiro da Silva, sendo apelado Condomínio Edifício Viena:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover o recurso.

Custas legais.

Condomínio Edifício Viena ajuizou, perante a 1ª Vara Cível da comarca de São José, ação de cobrança contra Silvia Regina Ribeiro da Silva, todos devidamente qualificados.

Alegou que a ré é proprietária de um apartamento no condomínio requerente, de forma que está obrigada

a pagar uma quota-parte correspondente ao rateio das despesas do condomínio.

Entretanto, desde maio de 1996 a requerida não tem honrado com seu compromisso, razão pela qual requereu a procedência da ação para condená-la ao pagamento das taxas apresentadas, bem como daquelas que vencerem no curso da ação.

Em contestação de fls. 21/26, a ré aduziu, preliminarmente, a existência de conexão da presente ação com a ação de consignação em pagamento ajuizada por si e, no mérito, a ilegalidade da cobrança de multa pela sua recusa em colocar uma película em

sua janela, justificada pela queda da qualidade de vida por isto acarretaria.

Asseverou, ainda, a inexistência do débito, uma vez que os depósitos das taxas de condomínio foram efetuados nos autos de ação de consignação em pagamento, requerendo, desta feita, a total improcedência da presente ação.

Em audiência, proposta a conciliação, esta restou inexitosa (fl. 52).

Houve réplica à contestação às fls. 54/55.

Sentenciando às fls. 72/78, o MM. Juiz julgou improcedente o pedido formulado na ação de consignação em pagamento, extinguindo o processo com julgamento do mérito, e procedente o pedido constante na exordial da ação de cobrança, condenando a ré ao pagamento das taxas condominiais em atraso e das vincendas, acrescidas de multa.

Irresignada, a sucumbente ré interpôs recurso de apelação às fls. 81/85, asseverando que mudanças por motivos estéticos devem ser aprovadas de forma unânime pela Assembleia de Condôminos, além do que não podem sobrepor-se à saúde dos moradores.

Requeru, ao final, o provimento do recurso para reformar a decisão, declarando-se “indevida a multa originada pela não colocação da película, por prejudicar a saúde e segurança da autora e de suas filhas” (fl. 85).

Em face da intempestividade das contra-razões, o MM. Juiz determinou o seu desentranhamento (fl. 91).

O pedido de expedição de alvará judicial feito pelo apelado (fl. 92) foi

indeferido, conforme se infere à fl. 106.

É o relatório.

Trata-se de recurso de apelação interposto por Silvia Regina Ribeiro da Silva contra decisão do MM. Juiz que julgou procedente a ação de cobrança ajuizada por Condomínio Edifício Viena.

Asseverou que suas filhas possuem problemas de saúde que restariam agravados com a diminuição do calor e iluminação que proporcionaria a aplicação da película em sua janela, sendo que a jurisprudência pátria tem-se manifestado reiteradamente no sentido de que questões estéticas não podem sobrepor-se a questões de segurança e saúde, requerendo, assim, a reforma da r. sentença.

Primeiramente, analisando o caso, verifica-se que a apelante não está, ao recusar a colocação de película em sua janela, decisão aprovada em assembleia-geral de seu condomínio, alterando substancialmente a fachada externa do prédio.

Notoriamente, quando a apelante comprou o imóvel, fê-lo sabendo das condições estabelecidas no estatuto do condomínio, inclusive aceitando a cláusula que proíbe mudanças na fachada externa do condomínio.

Pois bem, ao não colocar as películas, apesar da aprovação dos demais condôminos, a apelante apenas exerceu seu direito de manter sua unidade residencial do mesmo modo de quando a comprou – sem película.

A omissão da ré não incorre em uma violação ao estatuto, pois esta somente se concretizaria caso a condômina, por exemplo, pintasse as pa-

redes de sua unidade de forma irregular, em desarmonia com o conjunto, ou caso ela trocasse as janelas.

Decidindo a maioria dos condôminos em assembléia-geral pela colocação das películas protetoras nas janelas dos apartamentos, ficam obrigados todos os condôminos a cumprir tal determinação no âmbito condominial, rateando as despesas, o que não implica em interferência no direito de propriedade — usar, dispor, gozar e reaver — da condômina.

No presente caso, a apelante pagou as despesas referentes ao rateio das custas da película; porém, exerceu a faculdade de autonomia sobre sua unidade residencial ao não aplicar determinadas películas em sua janela.

Segundo a doutrina Direito Imobiliário de Pedro Elias Avvad e Rafael Augusto de Mendonça Lima, “os condôminos estão sujeitos, individualmente, a algumas restrições, proibidos que são de:

“a) alterar a forma externa da fachada;

“b) decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto da edificação;

“c) destinar a unidade a utilização diversa da finalidade do prédio, ou usá-la de forma nociva ou perigosa ao sossego, à salubridade e à segurança dos demais condôminos;

“d) embaraçar o uso das partes comuns.

“O condômino que desobedece às normas acima mencionadas ficará sujeito a multas previstas na convenção ou no Regulamento do condomínio, podendo ser compelido a

desfazer a obra ou abster-se da prática de ato, cabendo ao síndico, com autorização judicial, mandar desmanchá-la, à custa do culposo, se este não a desfizer no prazo que lhe for estipulado.

“As obras que modifiquem a fachada poderão ser feitas, desde que tenham a anuência da unanimidade dos condôminos, o que significa dizer que é praticamente impossível a realização de tais obras.

“Entretanto, gostaríamos de chamar atenção para a expressão ‘sua fachada’ contida no § 2º do art. 10 abrangido pela proibição, ao condômino, na realização das citadas modificações. É que, em nosso entendimento, a maioria absoluta pode optar por reformar a fachada, realizando as mudanças que forem aprovadas com esse *quorum*, em Assembléia-Geral, especialmente convocada, ficando a unanimidade restrita à autorização para mudança isolada da fachada de determinado condômino”.

Percebe-se que a colocação de película nos vidros não constitui uma mudança substancial na fachada externa do condomínio, posto que não altera ou viola a área comum, mas sim a unidade residencial autônoma da ora apelante.

Assim, a apelante não está obrigada a colocar a película em suas janelas, mesmo com a aprovação da maioria em assembléia-geral, visto que sua omissão não interfere na área comum do prédio, ou seja, não constitui violação ou modificação grotesca na área externa, não incorrendo em uma das violações supracitadas que poderiam gerar o direito de cobrança

de multa por parte do condomínio em face da sua não realização.

Em caso análogo (Ap. Cív. n. 1996.011705-9, da comarca da Capital), já decidi:

“A respeito posiciona-se o renomado Caio Mário da Silva Pereira, *verbis*:

‘Com o fito de melhor assentar que a coexistência da propriedade exclusiva sobre cada apartamento não habilita o titular a romper a pureza do princípio, a legislação especial insere entre os deveres dos proprietários aqueles que se referem à matéria.

‘Neste sentido, nenhum condômino tem o direito de mudar a forma da fachada externa ou decorar as paredes e esquadrias externas com tonalidades ou cores diversas das empregadas no conjunto do edifício. É que este, embora formado por apartamentos autônomos como propriedade individual de cada condômino e sem perder esta qualidade, se apresenta como um todo ou como unidade externa inconfundível com outro. Na sua individualidade real está a conservação das suas condições arquitetônicas, cujo rompimento ofende o plano inicial que nasceu da manifestação de vontade coletiva e que não pode ser alterado pela expressão violativa individual. Assim se tem julgado. Julgado foi, igualmente, que os condôminos respondem pelas despesas quando a alteração é necessária em razão de obras realizadas” (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, ADV, 1989, n. 36.522).

‘A aplicação desta proibição converte-se em dever de todos os condôminos quanto à conservação das linhas exteriores do prédio, bem

como a sua cor, seu desenho etc.; e praticamente significa que cada um é compelido a conservar, sem alterações, a porção da fachada correspondente à sua unidade autônoma, porque a fachada do edifício é um bem comum a todos os co-proprietários e, como tal, não pode qualquer condômino nela inovar sem o assentimento de todos.

‘O limite desta proibição é, contudo, o interesse coletivo. Desde que não colidam com ele nem afetem a segurança geral do imóvel nem infrinjam as cláusulas da convenção, o dono de um apartamento tem direito a fazer as modificações que entender. Foi o que decidiu o Tribunal de Justiça do Distrito Federal, acrescentando que não é o maior ou menor requinte de decoração que pode traduzir mau uso da propriedade. Constitui, entretanto, transformação proibida, ainda que no interior de uma unidade, a modificação que afete a sua natureza, como seria a conversão de um compartimento destinado a guarda-malas e serventias análogas em apartamento.

‘Mas não viola a lei o proprietário de dois apartamentos contíguos que, sem risco para a segurança do prédio, abre passagem de comunicação de um para outro, através de parede divisória, por meio de porta ou arco. O mesmo princípio é de aplicar-se ao caso do proprietário de dois apartamentos superpostos que, sem risco para a segurança do edifício e sem prejuízo para os vizinhos, fez abertura na laje de separação, e por uma escada ou rampa os comunica. O que não é possível é alterar a estrutura, como visto acima.

‘No direito estrangeiro vigora regra idêntica, reconhecendo-se ao proprietário o direito de fazer alterações de toda espécie, desde que não toque nas partes comuns nem arrisque a segurança do prédio: o *ius abutendi*, no sentido de destruição da coisa, ‘não pode exercitar-se em qualquer parte vital do prédio’. Como não atinge uma delas, é possível retirar o estuque, levantar o alcatifamento, remover tabiques. Mas é vedado abrir janela ou porta através de parede comum ou modificar as paredes mestras.

‘Tem-se entendido, generalizadamente, que não importa em alteração interdita o fechamento de área voltada para o exterior, varanda ou terraço, por vidraças encaixilhadas em esquadrias finas, de vez que a sua transparência não quebra a harmonia do conjunto.

‘A Justiça já entendeu, mesmo, que importa abuso de direito a recusa de autorização para o fechamento de varanda em uma das fachadas do edifício, quando outras já existem envidraçadas. O envidraçamento de área externa, sem prejuízo ao prédio e sem alteração da fachada, é lícito (TJRJ — *in Adcoas*, 1987, n. 115.326; ADV, 1987, n. 34.699), admitida a instalação de ar condicionado (TJSP — *ADCOAS*, 1989, n. 125.461)’.

‘E ainda:

‘O Tribunal de Alçada de São Paulo decidiu, entretanto, que a colocação de grades no terraço, quando quebra a harmonia arquitetônica, é proibida’ (Revista dos Tribunais, vol. 443, pág. 209), ‘...mas, não sendo atingida a harmonia estética, é lícita a alteração’ (Revista dos Tribunais, vol.

442, pág. 169)’ (*in* Condomínio e Incorporações, 10ª ed., Forense, RJ, 1997, págs. 155/7).

‘Outro não é o entendimento de Darnley Villas Boas:

‘Alteração de fachada externa — Desfazimento da obra — Descabimento.

‘Em condomínio de edifício de apartamento, não é razoável compelir ao desfazimento de obra condômino que envidraçou a varanda de sua unidade, utilizando esquadrias de alumínio, sem perturbar de modo apreciável a harmonia da fachada externa’ (TJRJ — Ap. Cív. n. 1.771, Niterói, rel. Des. J. C. Barbosa Moreira, ac. unân., 5ª CC).

‘Assim sendo, não caracteriza alteração desarmônica da fachada dos edifícios, o fechamento de espaço com vidro e alumínio, por não se constituir em mudança grotesca e disforme.

‘Nosso Tribunal tem assim se manifestado a respeito da matéria:

‘Condomínio — *Actio* cognitiva com pleito cominatório — Lei n. 4.591/64 — Sacada de unidade habitacional — Janelas de vidro — Retirada negada — Reclamo — Desproviamento.

‘Em se tratando de proteção lateral, inspirada por motivos de segurança, que não é grotesca ou chame a atenção dos transeuntes, incogitável é falar-se em alteração de fachada do edifício’ (Ap. Cív. n. 51.504, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho)’.

Portanto, tendo em vista que a apelante não incorreu em modificação da fachada externa, não constituindo sua omissão em violação das cláusulas

las estabelecidas no estatuto, não é devida a cobrança de multa estabelecida pelo condomínio.

Diante disso, provejo o recurso, para reformar a sentença, uma vez que indevidas as cobranças das multas impostas à ora apelante em face da inexistência de colocação das películas avençadas em assembléia, visto não se tratar de modificação substancial na fachada do imóvel. Condeno, ainda, em face da sucumbência recíproca, honorários advoca-

tícios em 20% do valor da condenação.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 27 de junho de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.009431-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Anselmo Cerello

Responsabilidade civil – Ação de indenização fundada em descumprimento contratual – Sentença que julgou parcialmente procedente o pedido, em decorrência de culpa do locador pela falta de habite-se, que provocou o fechamento de restaurante pela vigilância sanitária por falta de alvará – Expressa vedação em contrato de indenização por benfeitorias e desvio de finalidade do estabelecimento, sem autorização do locador – Pacta sunt servanda – Responsabilidade civil inexistente – Culpa exclusiva da autora – Sentença reformada – Apelo da autora visando à ampliação do valor da condenação e a inclusão, à lide, da imobiliária que celebrou o contrato de locação desprovido – Apelo do réu provido.

O descumprimento, pela autora, de expressa previsão contratual, consistente em desvio de finalidade pela mudança do ramo de atividade da empresa, configura hipótese de excludente de responsabilidade civil do réu, fundada em fechamento de restaurante por negativa de fornecimento, pela Prefeitura, de alvará, por inexistência de habite-se de construção.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.009431-5, da comarca de Criciúma (2ª Vara), em que são apelantes, apelantes em recurso adesivo, e apelados Anabel da Rosa,

Sílvio Damiani Búrigo e Concreta — Comércio e Representações Ltda.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso da autora e prover o do réu.

Custas legais.

Anabel da Rosa, devidamente qualificada nos autos, perante a 2ª Vara Cível da comarca de Criciúma, ajuizou ação de indenização contra Concreta — Comércio e Representações Ltda. e Sílvio Damiani Búriço.

A autora alegou que em 20/9/94 celebrou com a primeira requerida um contrato de locação de um imóvel, pertencente à segunda requerida, sendo que, após realizar a reforma do local e montar uma loja, transformado em restaurante, posteriormente, este foi interditado por falta de alvará para funcionamento, negado em face de o imóvel não possuir licença para reforma, ampliação ou uso. Ressaltou que, em face de tais acontecimentos, sofreu prejuízos, requerendo indenização no montante de R\$ 23.076,34 (vinte e três mil, setenta e seis reais e trinta e quatro centavos), valor referente aos gastos com reformas, materiais, instalação etc.

Citada, a primeira requerida contestou a ação, aduzindo, preliminarmente, que há irregularidade de representação, pois não ficou identificado quem tem legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda; inépcia da inicial; ilegitimidade passiva *ad causam* da primeira requerida; ilegitimidade da requerente para figurar no pólo ativo; e, no mérito, que o licenciamento na Prefeitura era responsabilidade da requerente, segundo a cláusula vigésima sexta do contrato de locação; que a primeira requerida nunca obrigou-se com a requerente em obter alvará de licenciamento; que a requerente agiu com negligência ao não fazer as diligências acerca do imóvel na Prefeitura; que a interdição do imó-

vel foi feita pela Vigilância Sanitária, por não ter tomado a requerente as medidas sanitárias devidas; que a autora deve ser condenada em litigância de má-fé. Por fim, requer a improcedência da ação.

Às fls. 59/64, o segundo requerido apresentou contestação, asseverando, preliminarmente, defeito de representação; inépcia da inicial, ilegitimidade ativa, ilegitimidade passiva; e, no mérito, que não há prova de culpabilidade do contestante; que não há nos autos provas de que tenha havido impedimento administrativo para a locatária; que é descabida indenização por despesas indispensáveis ao funcionamento de qualquer negócio, bem como dos aluguéis pagos.

A autora apresentou impugnação às contestações às fls. 72/74.

Às fls. 86/87, a primeira requerida impugnou os documentos extemporâneos, devendo a autora tê-los juntados à peça exordial, pedindo pela extinção do processo, haja vista que a autora não sanou a irregularidade da representação no prazo devido.

Realizada audiência, restou inexitosa a conciliação.

Sentenciando, às fls. 169/184, o MM. Juiz julgou extinto o processo sem julgamento do mérito em relação à demandada Concreta – Comércio e Representações Ltda., condenando a demandante ao pagamento de honorários advocatícios fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), isentando-a de tal pagamento em face dos benefícios de assistência judiciária. Julgou, ainda, parcialmente procedente o pedido exordial, proclamando a responsabilidade do demandado Sílvio Damiani Búriço pelo evento dano-

so que culminou nos prejuízos, condenando-o a pagar, de uma só vez, a importância de R\$ 698,00 (seiscentos e noventa e oito reais), correspondente à metade das despesas comprovadamente despendidas com as reformas do imóvel, extinguindo-se o processo, com julgamento do mérito. Condenou a demandante ao pagamento das custas, despesas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 500,00 (quinhentos reais), isentando-a de tal pagamento em face dos benefícios de assistência judiciária.

Irresignada, a autora apelou, fls. 188/193, asseverando que não há ilegitimidade passiva da imobiliária Concreta, visto que esta deveria verificar se o referido imóvel encontrava-se em condições para o exercício de atividade comercial antes de o colocar para locação; que a cláusula 15ª do contrato de locação é abusiva, pois não autoriza o locador a realizar reformas no imóvel; que há mais notas (fls. 20/21/22/23 e algumas à fl. 24) que identificam os gastos a ser indenizados; que o pagamento do imposto sobretaxado deve ser devolvido, assim como o valor do aluguel e demais despesas.

O primeiro e o segundo requerido apresentaram contra-razões, respectivamente, às fls. 201/203 e 204/208.

Sílvio Damiani Búrigo interpôs recurso de apelação sob a forma adesiva (fls. 209/216). Asseverou que a r. sentença deve ser modificada no tocante à exclusão da lide da administradora do imóvel, haja vista que a mandatária Concreta excedeu os poderes que lhe foram conferidos, vindo a aceitar reiteradas mudanças de lo-

catárias, renovação contratual no documento de fl. 13, sem qualquer anuência do apelante; que não houve por parte do apelante culpa decorrente do art. 159 do Código Civil; que não há provas de que o locador tenha assegurado aos locatários que se sucederam a obtenção de licença municipal de funcionamento, ficando evidenciado na cláusula 26ª que o licenciamento é de responsabilidade do locatário; que os documentos que embasam a inicial, exceto o de fl. 20, não possuem o nome da autora, não podendo, assim, ser ressarcidas tais despesas.

A requerida Concreta – Comércio e Representação Ltda. apresentou contra-razões ao recurso adesivo, às fls. 222/224, requerendo a confirmação da r. sentença de primeiro grau.

Às fls. 226/227, a autora apresentou as contra-razões ao recurso adesivo.

É o relatório.

Cinge-se a apelação de fls. 188/193 da autora Anabel da Rosa nos seguintes pontos:

1. a cláusula 15ª do contrato de locação é totalmente abusiva, pois veda a possibilidade de reforma do imóvel pelo locatário, respaldando-se no art. 51 do Código de Defesa do Consumidor;

2. a douta Togada minorou a indenização com base nas notas fiscais que comprovavam os gastos realizados com a reforma em razão de ausência de datas, nestas, o que é inadmissível;

3. o pagamento do IPTU é indevido, devendo ser restituído, o que não ocorreu, pois o Togado considerou que a obrigação está disposta no contrato;

4. o valor devido é o total dos gastos comprovados nas notas fiscais, em dobro, e não a condenação imposta ao locador (R\$ 698,00) correspondente a 50% do valor das duas notas fiscais de fl. 20, referentes à reforma realizada;

5. pugnou pela inclusão da Imobiliária Concreta no pólo passivo da ação, condenação total nos valores insertos nas notas fiscais de fls. 20/23 e algumas notas da fl. 24.

Já a apelação cível interposta por Sílvio Damiani Búrigo cinge-se nos seguintes pontos:

1. a mandatária Concreta excedeu-se nos poderes que lhe foram conferidos em contrato de fls., tendo-os extrapolado ao aceitar reiteradas mudanças de locatários, reformas no imóvel, renovação contratual no documento de fl. 13, sem qualquer anuência do ora recorrente que, como proprietário do imóvel, deveria ter sido cientificado dos atos extracontratuais da imobiliária, até porque soube de todo o ocorrido apenas na entrega das chaves, ao final, asseverando que não agiu com culpa, pois não foi negligente, imprudente ou imperito;

2. alternativamente, caso não seja excluído da condenação, pugnou seja a imobiliária Concreta responsabilizada pela metade da indenização;

3. a cláusula 26ª (fl. 13) é elucidativa: “o licenciamento da atividade comercial é de inteira responsabilidade do locatário”, conforme previsto em contrato;

4. a mudança unilateral da destinação do imóvel, de material de construção para restaurante, não havendo prova de que o apelante em al-

gum momento tenha influenciado de qualquer forma a respeito;

5. o fechamento do estabelecimento em decorrência da ausência de alvará não é motivo ensejador de indenização;

6. os documentos e notas fiscais que instruem a inicial (exceto o de fl. 20, que tem o nome da autora) possuem endereço e nomes diversos de pessoas que não fazem parte da lide ou de recibos com compra de material ou serviço necessário a qualquer tipo de negócio;

7. a autora realizou reformas no imóvel sem o prévio consentimento *por escrito da locadora (cláusula 15ª do contrato de fl. 11)*, fato este confessado por ela em seu depoimento de fls.

A compreensão da *quaestio*, embora pareça complexa, em princípio, demonstra-se bastante simples. Logo, importante fazer-se as seguintes considerações:

Deve ser mantida a exclusão da imobiliária Concreta, em razão de esta ter empregado toda a diligência esperada na execução do mandato celebrado com o locador, não tendo extrapolado, de forma alguma, seus poderes, que eram o de efetuar ou renovar contratos de locação, estipular condições e cláusulas (até as penais), multas, juros, cobrar e receber alugueres etc. e que, conforme bem-lançado na r. sentença atacada, “quando o mandatário mantém-se dentro dos limites do mandato e assim prejudica terceiro, o *mandante* responde pela indenização cabível. Mas sem agir com excesso de poderes, ou em seu próprio nome, o mandante torna-se alheio aos fatos, pois não deu poderes

para isso e o ato realizou-se não em seu nome, mas no do próprio mandatário” (fl. 173). Diante desse contexto, a exclusão da imobiliária Concreta, da lide, é medida que se impõe.

Já em relação ao *meritum causae*, o apelante visa à desconstituição de sua responsabilização em relação ao fechamento, pela vigilância sanitária, do restaurante em apreço. Ocorre que tenta justificar com base na cláusula 26ª do contrato de locação (fl. 13), que prevê que “o licenciamento da atividade comercial é de inteira responsabilidade do locatário”. Assevera que tal é condição exoneradora de sua responsabilidade civil. De fato, pela simples leitura da 26ª cláusula contratual apercebe-se que o alvará de funcionamento deverá ser providenciado única e exclusivamente pela locatária. No entanto, tal alegativa não há de olvidar pois não é esse o cerne da questão. Depreende-se dos autos que a autora cumpriu exatamente sua obrigação: deu entrada do pedido de alvará sanitário para a regularização de seu restaurante. No entanto, tal foi-lhe negado não por ter negligenciado documentação, mas porque a liberação do alvará de funcionamento é condicionada à apresentação do “habite-se” do prédio, e tal é de responsabilidade do locador, exclusivamente. Frise-se à exaustão: o imóvel estava em situação irregular à época da locação, cuja sanção competia ao proprietário, ora demandado.

A certidão expedida pela Prefeitura Municipal de Criciúma em 7 de outubro de 1996 é elucidativa. Senão vejamos:

“Certificamos para os devidos fins que a firma Rosa Restaurante

Ltda. não obteve alvará de funcionamento pois o prédio de propriedade do Sr. Sílvio Damiani Búrigo não possui licenciamento para reforma, ampliação e alvará de uso (habite-se) da construção, o que, segundo a Lei n. 1.193, de 1º/10/75, impede o fornecimento do alvará de funcionamento” (fl. 36).

Tal fato é corroborado pelo termo de embargo endereçado à Sra. Lema Damiani Búrigo, acostado à fl. 105, que, de igual forma, confirma a irregularidade:

“Prefeitura Municipal de Criciúma, (...) vem através do competente termo de embargo, nos termos do art. 33 da Lei Municipal n. 2.847, de 27/5/93, embargar a obra de sua propriedade, situada à margem da Av. Getúlio Vargas, esquina com Rua Lauro Müller, em vista da mesma estar sendo construída em desacordo com a licença fornecida pela municipalidade”.

Não obstante tal assertiva, a testemunha Ivanete de Mesquita Orsi Vieira, em seu depoimento, ratifica o teor dos documentos acima citados, asseverando, à fl. 144:

“Nós temos um fiscal que vai ao local e verifica a situação da construção e compara com o cadastro do imóvel; que o fiscal verifica duas coisas: uma ele verifica se a área que está construída é a mesma registrada na prefeitura e a outra é se o uso registrado é o mesmo que está sendo utilizado; que o Sr. Sílvio Damiani Búrigo não solicitou licença para construção como se faz necessária”.

Dessa forma, conforme ficou devidamente comprovado nos autos, por meio de testigos como o de

Andréia Bertoncini Pereira, fiscal sanitária (fl. 147), que afastou a hipótese de fechamento do estabelecimento por falta de higiene, e também da fiscal sanitária Idelse Maria de Cezaro Cavaler, que confirmou que a interdição do restaurante não foi motivada pela falta de higiene (fl. 148), o que contraria a versão do réu apelante Sílvio Damiani Búrigo, tenho que evidenciada ficou a culpa do locador, que executou as obras de reforma e ampliação do imóvel sem a anuência do órgão competente, de acordo com as pessoas responsáveis pelo embargo da obra e interdição do restaurante.

Daí a conclusão que o alvará somente deixou de ser concedido em razão da inexistência do habite-se do prédio. Diante desse contexto, não se pode prover tal irresignação do apelo de Sílvio Damiani Búrigo.

No entanto, não obstante a extrema perícia empregada pelo MM. Juiz *a quo* na apuração do *quantum* devido a título de indenização, e de todo o considerado até aqui, algo que não foi até agora percebido definiu de forma simplória toda a *quaestio*, a saber:

A cláusula 10ª do contrato de locação celebrado entre o réu Sílvio Damiani Búrigo e Farol Comércio de Material de Construção Ltda., às fls. 9/13, cuja autora Anabel da Rosa era sócia, reza o seguinte:

“Cláusula décima: *O locatário não poderá, sem consentimento escrito do locador e sob pena de despejo, ceder este contrato, nem ceder, emprestar, locar ou sublocar, no todo ou em parte o prédio objeto da presente locação, nem mudar sua destinação,*

o qual é destinado exclusivamente para fins não residenciais”.

Dessa forma, não pode a autora Anabel pleitear indenização de estabelecimento que não poderia ter em decorrência de expressa convenção contratual, fundada em fechamento de estabelecimento que não foi autorizado pelo locador.

A autora, ao transformar a Empresa Farol Comércio de Material de Construção Ltda. em um restaurante, violou a cláusula 10ª do contrato de locação, desvirtuando-o, pois não poderia ceder o contrato, emprestar, locar ou sublocar, no todo ou em parte, o prédio, tampouco mudar sua destinação, mas assim o fez. Ademais, em razão de haver expressa previsão em contrato de exoneração de indenização em caso de benfeitorias (reformas estas que somente existiram em razão de alteração do ramo de trabalho da empresa, que passou de materiais de construção a restaurante), esta é incabível, mesmo no período consistente entre o abandono do imóvel (pela autora) e o fim do contrato locativo, pois em decorrência de sua exclusiva culpa.

Condene a autora ao pagamento das custas processuais, demais despesas e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 500,00 (quinhentos reais) em atinência ao inserto no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, suspendendo tal pagamento em decorrência da concessão do benefício da assistência judiciária gratuita pelo prazo de 5 anos, enquanto perdurar tal situação, a teor da Lei n. 1.060/50.

Diante desse contexto, desprovejo o apelo da autora Anabel da Rosa e provejo o apelo do réu Sílvio Damiani Búrigo para julgar improcedente

o pedido de indenização contido na exordial.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Mazoni Ferreira e Monteiro Rocha.

Florianópolis, 25 de março de 2002.

Anselmo Cerello,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.017569-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Pedro Manoel Abreu

Direito de empresa. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Quebra da affectio societatis. Direito de retirada. Faculdade do sócio. Ação de dissolução parcial. Instrumento jurídico adequado. Solução que agrega a liberdade individual dos sócios e a permanência do empreendimento.

A reunião do direito constitucional de associação (art. 5º, XVII) com o valor objetivo da livre iniciativa, princípio geral da atividade econômica também com fundamento constitucional (art. 170), resulta na possibilidade de ingresso, constituição e retirada de empresa.

No caso específico do afastamento de sociedade, tal faculdade denomina-se direito de retirada, e deve ser exercida regularmente sem afetar os interesses dos demais integrantes do ente societário e da própria coletividade em que a empresa vive e prospera, pois reconhecido que a primazia do interesse público sobre o interesse privado não é atributo exclusivo do Direito Administrativo, devendo permear toda a ordem jurídica, inclusive o Direito Privado.

“O sócio não é obrigado a permanecer, contra sua vontade, numa sociedade a prazo indeterminado. Sua liberdade constitui um direito inalienável e incontestável. Esta liberdade interessa-lhe sobremodo, mas a garantia de seu exercício diz respeito também à coletividade. Não pode, nem deve, pois, ficar escravizado ao organismo comercial, após falecer-lhe a affectio societatis. Por isso lhe é reconhecido o direito de retomar sua liberdade” (Rubens Requião).

“Define-se retirada como o direito de o sócio se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade, por ato unilateral de vontade. (...) Se a sociedade é contratada por prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se a qualquer momento (CCom., art. 335, n. 5), já que, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, que informa o direito contratual, ninguém pode ser obrigado a

manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indefinido”
(Fábio Ulhoa Coelho).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017569-2, da comarca da Capital, em que é apelante Sérgio Lima de Almeida e apelados Clínica Datacordis S/C Ltda., Jauro Collaço, Lourival Bonatelli Filho, Amandio Rampinelli e Everton Luz Varella:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

1. Sérgio Lima de Almeida interpôs recurso de apelação da sentença proferida na ação de dissolução de sociedade proposta em face de Clínica Datacordis S/C Ltda., Jauro Collaço, Lourival Bonatelli Filho, Amandio Rampinelli e Everton Luz Varella.

O *decisum* objurgado indeferiu a inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, fundado na afirmação do próprio autor de que a sociedade que pretende ser dissolvida ainda não teria chegado a prestar serviços, o que tornaria inútil a aplicação do princípio da preservação da empresa, inviabilizando a dissolução parcial.

Em sua insurgência, o recorrente aduziu que o princípio da preservação da empresa visa a tutelar, por via reflexa, os próprios sócios. Disse que o fato de pretender retirar-se da sociedade não afeta a possibilidade de a empresa vir a prestar seus serviços. Postulou a reforma da sentença e, desde já, a antecipação dos efeitos da tutela.

2. Dá-se provimento parcial ao recurso.

A Constituição Federal assegura o direito de associação, desde que constituída para fins lícitos (art. 5º, XVII). Institui expressamente ainda a liberdade de ingresso e retirada em associações (art. 5º, XX).

Desse modo, cabe à pessoa física fazer uso dos meios adequados ao exercício do seu direito subjetivo constitucional, empregando, a depender do caso concreto, instrumentos judiciais ou extrajudiciais.

No caso das associações para desempenho de atividades econômicas, concebe-se a empresa, compreendida como organização individualizada dos fatores de produção. Para a sua instrumentalização, a empresa pode adquirir personalidade jurídica própria, ficção jurídica que possibilita, entre outros efeitos, a separação do patrimônio da organização produtiva do patrimônio pessoal dos sócios que a compõem.

Segundo José Lamartine Correia de Oliveira, em obra que representa um marco no Direito Societário brasileiro, “certas realidades da vida humana em sociedade – como os agrupamentos de finalidades lucrativas ou ideais e as instituições dotadas de patrimônio vinculado a uma finalidade – são denominadas *peças jurídicas* por oposição e ao mesmo tempo por analogia com o ser humano (...). São instrumentos de realização da pessoa humana e têm por finalidade servir ao homem e à sua vida em sociedade” (A dupla crise da pessoa jurídica. São Paulo: Saraiva, 1979, pág. 606).

Na lição de Fábio Konder Comparato, “se se quiser indicar uma insti-

tuição social que, pela sua influência, dinamismo e poder de transformação, sirva de elemento explicativo e definidor da civilização contemporânea, a escolha é indubitável: essa instituição é a empresa.

“É dela que depende, diretamente, a subsistência da maior parte da população ativa deste país, pela organização do trabalho assalariado. A massa salarial já equivale, no Brasil, a 60% da renda nacional.

“É das empresas que provém a grande maioria dos bens e serviços consumidos pelo povo, e é delas que o Estado retira a parcela maior de suas receitas fiscais” (Direito empresarial. São Paulo : Saraiva, 1995, pág. 3).

A reunião do direito constitucional de associação (art. 5º, XVII) com o valor objetivo da livre iniciativa, princípio geral da atividade econômica também com fundamento constitucional (art. 170), resulta na possibilidade de ingresso, constituição e retirada de empresa.

No caso específico do afastamento de sociedade, tal faculdade denomina-se *direito de retirada*, e deve ser exercida regularmente sem afetar os interesses dos demais integrantes do ente societário e da própria coletividade em que a empresa vive e prospera, pois é reconhecido que a primazia do interesse público sobre o interesse privado não é atributo exclusivo do Direito Administrativo, devendo permear toda a ordem jurídica, inclusive o Direito Privado.

Nesta Corte, há precedente da relatoria do signatário:

“Direito comercial. Dissolução de sociedade. Retomada das atividades da sociedade comercial por um

dos sócios deferida em decisão interlocutória. Agravo retido. Função econômica da empresa. Provitamento negado. Pedido de dissolução total da sociedade formulado na exordial. Reconvenção para dissolução parcial, com exclusão do autor. Sentença que satisfaz a pretensão do reconvinte, todavia dando pela procedência parcial do pedido do autor. Reforma, para a devida adequação processual. Provitamento parcial do recurso. Apelo do autor para manutenção da sociedade, com exclusão do réu. Pedido inaugurado em instância recursal. Inviabilidade.

“O sócio não é obrigado a permanecer, contra sua vontade, numa sociedade a prazo indeterminado. Sua liberdade constitui um direito inalienável e incontestável. Esta liberdade interessa-lhe sobremodo, mas a garantia de seu exercício diz respeito também à coletividade. Não pode, nem deve, pois, ficar escravizado ao organismo comercial, após falecer-lhe a *affectio societatis*. Por isso lhe é reconhecido o direito de retomar sua liberdade. Mas, o uso desse direito deve ser exercido, regularmente, sem afetar os interesses dos demais, muito menos os da própria coletividade em que vive e prospera” (Rubens Requião).

“Certeza e determinação são características inerentes do pedido, a teor do disposto no art. 286 do Código de Processo Civil. Assim, o requerimento de dissolução total de sociedade comercial não abrange o pedido de dissolução parcial, providências jurídico-processuais distintas, mormente se a pretensão veiculada – encerramento definitivo da sociedade – aparta-se sobremaneira da providência almejada

em sede recursal – manutenção da sociedade, com a exclusão de segundo sócio” (Ap. Cív. n. 1997.013881-4, da Capital, j. 19/4/2001).

Fábio Ulhoa Coelho enfrenta o tema do direito de retirada de maneira minuciosa:

“O sócio que não deseja mais participar da sociedade tem, à sua frente, duas alternativas. A primeira é a negociação de suas quotas. Seguindo por essa via, ele deve procurar, entre os sócios ou junto a terceiros, alguém interessado em adquirir-lhe a participação societária. (...) A segunda alternativa é a retirada. Trata-se de direito inerente à titularidade de quotas sociais, denominado também *recesso* ou *dissidência*. Define-se retirada como o direito de o sócio se desligar dos vínculos que o unem aos demais sócios e à sociedade, por ato unilateral de vontade. Nessa hipótese, não há negociação. O sócio impõe à pessoa jurídica, por sua exclusiva vontade, a obrigação de lhe reembolsar o valor da participação societária.

“As condições para o exercício do direito de retirada variam, segundo a limitada tenha sido contratada por prazo indeterminado ou determinado. (...) Se a sociedade é contratada por prazo indeterminado, o sócio pode retirar-se a qualquer momento (CCom, art. 335, n. 5), já que, em decorrência do princípio da autonomia da vontade, que informa o direito contratual, ninguém pode ser obrigado a manter-se vinculado contra a sua vontade, por tempo indefinido” (Curso de direito comercial. 2ª ed., São Paulo : Saraiva, 2000, vol. 2, págs. 419/420).

No artigo 5º do contrato social (fl. 12) consta expressamente que a

sociedade foi constituída por prazo indeterminado, de modo que não se pode impedir o retirante de utilizar o instrumento judicial adequado para exercer seu direito, sobretudo diante da notícia de quebra da *affectio societatis*.

A asserção é confirmada por Luciano Campos de Albuquerque, para quem “não é plausível a alternativa de que um sócio seja obrigado a continuar na sociedade para sempre, mesmo inexistindo a *affectio societatis* quando não houver uma justa causa. Porém, por outro lado, a empresa deve ser preservada. São muitos os interesses em jogo. Assim, a dissolução parcial é o meio mais eficaz para o afastamento do sócio e para a continuidade do empreendimento comum. Preserva-se a empresa e a liberdade individual dos sócios” (Dissolução total e parcial das sociedades civis e comerciais. Curitiba: JM Editora, 1999, pág. 176).

Considerando que a sentença limitou-se a indeferir a petição inicial, descabe analisar a antecipação da tutela em sede de apelação, ante o risco de supressão de instância.

3. Em face do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para cassar a sentença que indeferiu a inicial, determinando-se o prosseguimento da ação de dissolução.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Cécato Padilha.

Florianópolis, 31 de outubro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.007252-1, DE TIMBÓ**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Direito comercial. Marcas e patentes. Acordo de sócios. Abstenção do uso de nome e marca comerciais. Prescrição não-ocorrente. Nome comercial. Vedação ao emprego de nome igual ou assemelhado a outro existente. Marca registrada. Direito de exclusividade. Danos materiais. Ausência de demonstração. Tutela inibitória. Viabilidade da concessão ex officio.

Não há falar em violação de acordo societário se as obrigações assumidas foram cumpridas conforme o que restou acordado.

Prescreve em dez anos entre presentes e quinze entre ausentes a demanda voltada à cessação do uso indevido de nome e marca comerciais, ex vi do art. 177 do Código Civil.

A Constituição Federal de 1988 confere proteção ao nome comercial, sendo facultado por legislação infraconstitucional que o empresário pleiteie o direito à exclusividade do uso, impedindo que outros se utilizem de nomes iguais ou assemelhados (arts. 34 e 35 da Lei n. 8.934/94).

Para a efetiva proteção da marca deverão ser levados em consideração o gênero da atividade da empresa e as aproximações, semelhanças e afinidades com outros gêneros que embora distintos podem ser considerados como conflitantes (José Carlos Tinoco Soares), conferindo ao detentor de seu registro o direito de exclusividade de uso.

O acolhimento de pedido de indenização por danos advindos do uso indevido de nome e marca comerciais depende da efetiva demonstração da ocorrência do prejuízo. Simples alegação de sua existência não é hábil a gerar reparação.

A tutela inibitória disposta no art. 461, § 4º, do Código Buzaid, faculta ao magistrado impor multa diária ao demandado, independentemente de requerimento da parte adversa, em ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, objetivando conferir maior efetividade ao provimento jurisdicional.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.007252-1, da comarca de Timbó,

em que são apelantes e apelados H. Benecke e Filhos Ltda. e Benecke Irmãos e Cia. Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, prover parcialmente a apelação da autora e desprover a apelação e o agravo retido do réu.

Custas de lei.

1. Benecke Irmãos e Cia. Ltda. aforou ação de conhecimento contra H. Benecke e Filhos Ltda., Henrique Benecke e Isabel Benecke, dizendo que esta empresa fora formada por alguns de seus antigos integrantes, com o compromisso de não desenvolver atividade que colidisse com a que exerce.

Não obstante o acordado, mencionou que a nova empresa começou a competir no mesmo segmento e a usar denominação e marca semelhantes às suas, causando desvio de clientela e concorrência desleal, responsáveis por sérios prejuízos.

Diante dessa situação, requereu a observância do acordo e a concessão de exclusividade sobre o nome comercial e a marca que utiliza, sob pena de multa diária. Cumulativamente, pugnou pela condenação da parte adversa ao pagamento de perdas e danos, apuráveis em liquidação por artigos.

Contestando, a demandada alegou a incompetência do juízo, aduzindo estar prescrito o pleito que objetiva proteger o nome comercial e a marca.

Argumentou ter cumprido o acordo firmado, pois voltada ao fabrico de máquinas destinadas a consumidores de outra categoria, que não se confundem com as produzidas pela parte adversa.

Asseverou não haver confusão entre seu nome comercial e o da outra empresa, negando a existência de concorrência desleal. Destacou, ainda, que a expressão “Benecke” também pode ser usada como sua marca, por ser patronímico e não representar produto análogo ao da autora.

Prevendo eventual procedência de pedidos da demandante, defendeu a aplicação de pena cominatória moderada, rechaçando o pleito a título de perdas e danos.

Após a réplica, foram afastadas a preliminar de incompetência e a tese de prescrição da pretensão votada à cessação do uso do nome e da marca, interpondo-se agravo retido da decisão. De outro lado, o Magistrado reconheceu a prescrição da insurgência destinada à composição de perdas e danos, seguindo-se audiência de instrução e julgamento com a colhida de testemunhos e a apresentação de memoriais.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito acolheu parcialmente os pedidos, determinando que a demandada não utilizasse sua marca em classes de produtos cujo registro pertence à demandante, sob pena de multa diária. Diante da sucumbência recíproca, as custas foram distribuídas e os honorários compensados entre as litigantes, a teor do art. 21 do Código de Processo Civil.

Inconformada, a ré apelou renovando a tese da prescrição defendida em agravo retido. Disse não existir irregularidade na marca empregada em seus produtos e acrescentou, sucessivamente, que os honorários devem ser arbitrados sobre o valor atua-

lizado da demanda, sendo inadmitida a compensação.

Também insatisfeita, a autora recorreu sustentando a necessidade da mudança do nome comercial da outra parte e de indenização em decorrência da concorrência parasitária sofrida.

Após as contra-razões, alçaram os autos a este Tribunal.

2. Provê-se parcialmente a apelação da autora e desprovê-se a apelação e o agravo retido interpostos pelo réu.

2.1. Como se extrai da douta sentença da lavra do Dr. Juiz de Direito, José Agenor de Aragão, “a autora foi criada em 10/9/1953, e constituída em 18/2/1954 pelos sócios fundadores Heinrich Benecke, Kurt Benecke e Fritz Benecke, tendo por objetivo a exploração do ramo da mecânica industrial e o fabrico de máquinas industriais destinadas à área madeireira e consertos. Em 17/4/1974 acrescentou ao ramo de atividades os equipamentos de secagem de madeiras.

“Em 24/5/1976, o ora requerido Henrique Benecke passou a integrar a sociedade, com cotas cedidas pelos sócios fundadores Heinrich Benecke e Kurt Benecke, quando foi alterada a atividade da empresa, passando para mecânica industrial – fabricação de máquinas industriais, equipamentos para secagem de madeiras e agropecuária, deixando manifesto o ramo de atividade em máquinas industriais direcionadas à área madeireira.

“No decorrer do ano de 1985, a gerência passou a ser exercida por Henrique Benecke, ao herdar cotas decorrentes do falecimento do seu genitor. Naquela oportunidade, por força

do contrato social, comprometeu-se a respeitar a totalidade das cláusulas da sociedade, entre elas a de fazer (...) *uso da firma somente em negócios do exclusivo interesse da sociedade, ficando-lhe expressamente proibida empregá-la em atos estranhos à firma, sob pena de nulidade em relação à sociedade, substituindo a responsabilidade individual do que a houver indevidamente empregado*, função essa que exerceu até o ano de 1991, quando foi realizada uma cisão, retirando-se da empresa os sócios Henrique e a esposa Isabel, celebrando acordo, através do qual transferiam as quotas da sociedade para os sócios Kurt Benecke e Kurt Emil Benecke, comprometendo-se por 50 anos a não fabricar ou participar de sociedade cujo objetivo fosse a fabricação de estufas, secadores para madeira, papelão, pasta, estampa e caldeiras a vapor”.

Diante desse quadro, Benecke Irmãos & Cia. Ltda. argüi que a participação de Henrique Benecke e Isabel Benecke na empresa H. Benecke e Filhos Ltda. infringiria o acordo de sócios que lhes facultou a retirada da sociedade.

Ao contrário do que entende a autora, Henrique Benecke e Isabel Benecke passaram a concentrar suas atividades na empresa H. Benecke e Filhos Ltda., atuante no ramo da indústria de máquinas e implementos para uso industrial e agrícola, comércio em geral de derivados de ferro e prestadora de serviços industriais (fl. 237), sem violar o compromisso assumido, eis que não estão concentrando esforços na fabricação de estufas, secadores para madeira, papelão, pasta, estampa e caldeiras a vapor.

A empresa que atualmente integram é responsável pela produção de aviamentos, beneficiamento de forros, lambris, assoalhos, vistas, rodapés, rodaforros, batentes, multilaminados, *madeirits* e compensados navais (fl. 141). Ainda, pela fabricação de guilhotinas pneumáticas (fl. 142), serra fitas para ossos, picadores de carne, tornos e desfolhadores de madeira (fls. 228/230).

A mera menção de H. Benecke e Filhos Ltda. entre fabricantes de estufa em seção publicada na lista telefônica local, por certo, é insuficiente para atestar que esta efetivamente produza referido implemento.

O anúncio publicitário, contudo, deverá ser alterado, para que as edições seguintes da lista telefônica não façam menção à empresa entre os fabricantes de estufas, em observância ao princípio da veracidade, já que a demandada, ao que consta, não atua no fabrico desse gênero de produto.

Assim, não há falar em violação ao acordo, eis que a reserva incidente sobre a produção de estufas, secadores para madeira, papelão, pasta, estampa e caldeiras a vapor não foi ultrapassada.

2.2. A demandada, de seu turno, sustenta a prescrição da ação no pertinente à abstenção da utilização do nome comercial e da marca, em vista do transcurso do prazo quinquenário a que estaria sujeita (art. 178, § 10, IX, do CC).

Há que se observar que o lapso prescricional suscitado aplica-se à demanda destinada à indenização pelo uso do nome comercial e da marca, não à pretensão voltada à cessação

do uso indevido destes, já que esta se submete a prazo mais dilgado.

Nessa esteira, aliás, é a expressão da maioria dos julgados do Superior Tribunal de Justiça, que culminaram na edição da Súmula 142, conferindo à ação mencionada pelo apelante a proteção ordinária atribuída aos direitos pessoais, *in verbis*:

“Prescreve em vinte anos a ação para exigir a abstenção do uso de marca comercial”.

Após recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu posicionamento anterior, deliberando pela revisão da súmula então vigente sobre o assunto, para que a demanda se amoldasse à prescrição ordinária conferida aos direitos reais, como se extrai do corpo do julgado:

“Tratando-se de ação proposta para exigir a abstenção do uso de marca comercial, o prazo de prescrição, a rigor, não é vintenário, como consta na súmula em foco, mas, sim, nos termos do disposto no art. 177 do Código Civil, o de dez anos entre presentes e quinze entre ausentes, visto que o prazo prescricional será aí o das ações reais” (Ação Rescisória n. 512, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 12/5/1999).

No mesmo sentido, segue julgado:

“O lapso quinquenal de prescrição previsto no art. 178, § 10, inc. IX, do Código Civil, somente se aplica, no âmbito do direito comercial, às ações por meio das quais se busca reparação pelo uso indevido de marca ou nome comercial. Aquelas em que se pretende a mera abstenção, a cessação do uso, porque em essência ações reais se sujeitam à disciplina do art. 177 do

mesmo diploma legal” (STJ, REsp n. 26.752-7, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, RSTJ 80/273).

Assim, a preliminar argüida não encontra amparo, porquanto não transcorrido o interstício previsto no art. 177 do Código Civil, impondo-se a rejeição do agravo retido.

2.3. Quanto ao nome comercial, Benecke Irmãos & Cia. Ltda. diz estar sendo prejudicada pela denominação escolhida pela parte adversa, H. Benecke & Filhos Ltda., que também atua no segmento de equipamentos industriais para o setor madeireiro.

O nome comercial, por assim dizer, é destinado à efetiva identificação do comerciante com as pessoas para as quais quotidianamente exerce as atividades mercantis.

Com o advento da Constituição Federal de 1988, conferiu-se ao empresário o direito de proteger o nome empresarial, facultando-se por meio de legislação infraconstitucional que postule o direito à exclusividade do uso, impedindo que outros comerciantes se utilizem de nomes iguais ou assemelhados (arts. 34 e 35 da Lei n. 8.934/94).

Bem a ver, atualmente, referido direito também é tutelado pela Convenção Internacional de Paris, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto n. 75.572/75, que viabiliza a defesa dos interesses que envolvem o nome comercial, independentemente de depósito ou de registro anterior (art. 8º).

O nome comercial, na ensinança de Assis Gonçalves Neto, ao contrário do nome da pessoa civil, não admite homonímia nem semelhança que possa gerar confusão com outros, devendo atender ao princípio da novi-

dade ou da originalidade, sendo sempre novo em relação aos já existentes (Direito comercial. Curitiba : Juruá, 1998, págs. 165 e 172).

Como adverte Marcelo M. Bertoldi, “o nome comercial é de tamanha importância que merece proteção não apenas na atividade desenvolvida pela empresa, mas em todos os demais ramos, mesmo que não guardem nenhuma similitude com o em que desempenha suas atividades” (Curso avançado de direito comercial. São Paulo : Revista dos Tribunais, 2001, vol. I, pág. 145).

Referida tutela, como alude Fábio Ulhoa Coelho, fundamenta-se em dois direitos básicos do empresário: o interesse na manutenção da clientela e na preservação do crédito que necessita para desenvolver suas atividades (Manual de direito comercial. 9ª ed., São Paulo : Saraiva, 1997, pág. 71).

E prossegue o renomado jurista:

“Quanto à clientela, pode acontecer de alguns mais desavisados entrarem em transações comerciais com o usurpador do nome empresarial, imaginando que o fazem com aquele comerciante conceituado, importando o uso indevido do nome idêntico ou assemelhado em inequívoco desvio de clientela. Quanto ao crédito daquele comerciante conceituado, poderá ser, parcial e temporariamente, abalado com o protesto de títulos, pedido de falência ou de concordata em nome do usurpador. Tanto em um quanto em outro nível, o comerciante que teve o seu nome imitado poderá sofrer conseqüências patrimoniais danosas” (op. cit., pág. 71).

A igualdade ou semelhança deve ser analisada em relação ao núcleo do nome comercial, devendo ser descartados outros elementos de formação como Ltda., S.A., & Cia., Filhos, Irmãos, Sucessor de, etc. (*op. cit.*, pág. 71).

À vista desse método de exame, não há negar que os nomes das empresas Benecke Irmãos & Cia. Ltda. e H. Benecke & Filhos Ltda. são, senão iguais, muito semelhantes, pois basicamente resumem-se à expressão “Benecke”.

Sobre o tema, haure-se da jurisprudência:

“Propriedade industrial. Nome comercial. Proteção. Denominações semelhantes ou idênticas. Direito da firma já existente de pedir a modificação e demandar perdas e danos, ainda que diverso o gênero de comércio ou de indústria — Recurso provido em parte para a exclusão de perdas e danos, porque não especificada nem comprovada a sua existência” (RJTJ/SP 58/134).

“Nome comercial. Proteção ao uso exclusivo. ‘Vulcabrás S.A. — Indústria e Comércio’ e ‘Vulcabrás — Vulcanização Brasileira de Pneus Ltda.’ Empresas com atividades distintas. Possibilidade mesmo assim de confusão. Semelhanças observáveis tanto no aspecto gráfico, quanto no fonético. Determinada a modificação da denominação social da segunda” (TJSP, Ap. Cív. n. 57.415-1, rel. Des. Márcio Bonilha, j. 23/5/1985).

Referida semelhança tem gerado inúmeros transtornos à demandante, como se extrai do conjunto probatório dos autos, em que se observa a frequência com que recebe corres-

pondências de clientes e fornecedores que em verdade deveriam ter sido encaminhadas à demandada.

A identidade de nomes também tem induzido devedores a equívocos consideráveis, como o pagamento de quantias elevadas à empresa com quem não mantiveram transação comercial (fl. 612).

Tais fatos são suficientes para recomendar a alteração do nome comercial, evitando que as empresas venham a ser confundidas diante dos credores, sofrendo indevidamente os efeitos danosos advindos de inscrições em cadastros de restrição ao crédito, protesto de títulos, pedidos de falência, execuções judiciais etc.

O núcleo do nome, resumido ao vocábulo “Benecke”, é patronímico dos sócios que integram as duas sociedades limitadas, o que faz com que a questão deva ser melhor detalhada.

No magistério de Karin Grau-Kuntz “a análise do conflito entre duas firmas deverá ser feita, por um lado, partindo-se da premissa de que a adoção do nome civil na sua formação não é apenas um dever, haja visto o princípio da veracidade, mas também expressão do direito do empresário de empregar o seu nome civil no comércio e, por outro lado, considerando-se o princípio da boa-fé. No caso de uma sociedade em nome coletivo, por exemplo, cuja firma pode ser formada pelo nome de todos, de alguns, ou de apenas um dos sócios, não obriga a lei que um determinado sócio, cujo nome civil é homônimo ou muito semelhante àquele que componha a firma de uma sociedade anterior, empregue exatamente o seu nome na composição da firma da sociedade que inte-

gra. Por outro lado não se lhe nega o direito de valer-se de seu nome civil para designar-se e designar o exercício da atividade empresarial que exerce” (Do nome das pessoas jurídicas. São Paulo : Malheiros, 1998, pág. 73).

E segue:

“(…) qualquer legítimo portador de um patronímico tem o direito, direito de personalidade, de valer-se dele para identificar-se como empresário, o que abrange o direito de autorizar o seu uso para formar denominação. Assim, quem opta por distinguir-se como empresário pelo seu patronímico assume o risco de que o mesmo patronímico venha a ser utilizado na denominação de outra pessoa jurídica, pois o uso de um patronímico comum a duas ou mais pessoas não pode ser restringido, a exemplo do que se admite no caso de denominações formadas por elementos de fantasia, a nenhum deles” (*op. cit.*, pág. 76).

E finaliza:

“A hipótese de proibição total da adoção do patronímico é uma rara exceção que só poderá ser aplicada após análise cuidadosa de cada caso específico” (*op. cit.*, pág. 75).

O caso em estudo insere-se na exceção mencionada, em que o uso do patronímico encontra restrições, eis que H. Benecke & Filhos Ltda. foi formada por sócios dissidentes de Benecke Irmãos & Cia. Ltda., empresas que atuam sobretudo no setor madeireiro.

Não há negar, diante dessas peculiaridades, que a demandada está utilizando-se da confiança adquirida pela demandante para alavancar seu nome com consumidores e fornecedores, gerando concorrência desleal.

Em caso idêntico, decidiu-se:

“Nome comercial. Patronímico usado em nome comercial antigo, que veio a ser utilizado em nova firma, fundada por sócio dissidente. Não afasta a proteção ao nome comercial, o fato de o sócio dissidente ter o mesmo apelido de família, pois a proteção àquele decorre do ordenamento jurídico da concorrência. O nome comercial como um todo não minimiza a concorrência desleal, quando nele a parte nuclear, identificadora da firma nova, é semelhante a de nome já registrado, dando margem à confusão. A observância da regra da lei de sociedades por quotas de responsabilidade limitada, no tocante ao nome comercial da nova firma, não pode resultar em vulneração ao direito concorrencial” (STF, RE n. 109.478-8, rel. Min. Carlos Madeira, j. 30/9/1986).

Desse modo, cumpre à ré abster-se do uso da expressão “Benecke” ou acrescer ao núcleo do seu nome comercial designação que efetivamente o diferencie do pertencente à autora, p. ex., a inserção do primeiro nome de um dos sócios, para tornar-se efetiva a individualização da empresa.

Mantido o patronímico de família, deverá a acionada vincular seu nome completo em quaisquer meio de publicidade, evitando identificar-se apenas por “Benecke” ou “H. Benecke”, pelas razões já apontadas.

2.4. De outro vértice, as partes também divergem quanto ao direito de uso exclusivo da expressão “Benecke” como marca de seus produtos.

A demandante alude empregar referida expressão em seus produtos desde 1953, possuindo seu registro

no Instituto Nacional de Propriedade Industrial nas classes 7.10 (máquinas, equipamentos e dispositivos industriais em geral) e 7.20 (máquinas e implementos utilizados em atividades agropecuária).

Aduz, igualmente, estar registrando a marca supracitada nas classes 19 (madeiras em bruto ou parcialmente preparadas), 37 (assistência técnica em máquinas) e 40.15 (serviços auxiliares ao comércio de mercadorias, inclusive à importação e à exploração).

A demandada, por outro lado, diz estar apta a utilizar a marca “Benecke”, pois obteve a concessão de seu registro nas classes 6.10 (minérios em geral), 6.20 (metais brutos, semi-elaborados e suas ligas) e 6.30 (produtos metalúrgicos planos e não planos).

Em seu entender os registros alcançados contemplariam os produtos que comercializa com a marca em discussão, quais sejam, aviamentos, beneficiamento de forros, lambris, assoalhos, vistas, rodapés, rodafornos, batentes, multilaminados, *madeiras* e compensados navais (fl. 141). Ainda, a fabricação de guilhotinas pneumáticas (fl. 142), serrafitas para ossos, picadores de carne, tornos e desfolhadores de madeira (fls. 228/230).

Para melhor compreensão da abrangência das classes de produtos em que as marcas foram registradas, seguiu-se a classificação utilizada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, cujas informações constam no *site* <http://www.inpi.gov.br/marcas/conteudo/classimr.htm>, acessado em 9/10/2002.

Como se compulsa das notas explicativas editadas pela autarquia federal supramencionada, a classe 6.10 engloba “minérios dos quais se possa extrair metais em escala econômica, como por exemplo, a magnetita usada para a produção de ferro e de aço, a bauxita, galena, cromita, casseiterita, magnesita, molibdenita, argentita, uranita, blenda etc.” A classe 6.20 abarca “os metais e suas ligas em barras ou vigotes”. Por fim, a classe 6.30 encerra “metais em placas, lâminas, hastes, folhas, fios, fitas, perfis, chapas, vergalhões, corrugados, forjados, laminados, galvanizados, polidos, torneados, estrudados e trilhos ferroviários”.

Constata-se, assim, que os produtos industrializados por H. Benecke e Cia. Ltda. não se enquadram em nenhuma das classes em que está apta a empregar a marca Benecke ou outra semelhante.

As máquinas que fabrica, em especial as guilhotinas pneumáticas, serrafitas para ossos, picadores de carne, tornos e desfolhadores de madeira, estão contempladas na classe 7.10, pertencente à parte adversa. Os aviamentos, beneficiamento de forros, lambris, assoalhos, vistas, rodapés, rodafornos, batentes, multilaminados, *madeiras* e compensados navais, por seu turno, integram a classe 19, sobre a qual tramita processo de concessão de registro em favor da demandante.

Dessa feita, é patente a violação ao direito de exclusividade da propriedade da marca alcançado pela autora.

Dylson Doria, citando Ascarelli, lembra que as marcas “indicam uma subespécie de produtos. Entre os pro-

ditos similares, conhecidos por um nome do vocabulário, encontram-se alguns com características próprias, que foram designados por um nome ou símbolo pelo titular da marca. Isso torna possível aos consumidores reconhecerem, de imediato, os produtos que pretendem adquirir (ou os serviços que desejam utilizar) e ao empresário referi-los em sua publicidade” (Curso de direito comercial. 12ª ed., São Paulo : Saraiva, 1997, vol. I, pág. 147).

Sobre o direito marcário, Alfredo de Assis Gonçalves Neto assinala que “as marcas, como os demais bens imateriais, sujeitam-se a um regime jurídico peculiar que visa assegurar ao proprietário ou titular o exercício dos poderes inerentes ao domínio dessa espécie de propriedade. A obrigação genérica de abstenção é assegurada pelas normas que estabelecem a garantia de utilização exclusiva da marca pelo empresário que detém o correspondente direito, segundo os critérios legais” (Direito comercial. Curitiba : Juruá, 1998, pág. 205).

José Carlos Tinoco Soares completa dizendo “que para a efetiva proteção da marca deverá ser levado em consideração o gênero do negócio e/ou atividade da empresa e as aproximações, semelhanças e afinidades com outros gêneros que embora até distinto podem ser considerados como conflitantes. Exatamente por ser assim é que, sempre que possível, terá que ser relevada também a utilização da marca em razão dos produtos ou dos serviços que assinala e a sua irradiação para com aqueles outros que poderão provocar confusão. Confusão essa que poderá efetivamente

ocorrer, muito embora os gêneros de negócios e/ou atividades sejam diversos” (Marcas vs. nome comercial, São Paulo : Editora Jurídica Brasileira, 2000, págs. 107/8).

E conclui:

“O enquadramento das marcas em uma das quarenta e duas classes existentes tem apenas e tão-somente o condão de facilitar os trabalhos da Administração, posto que os eventuais conflitos entre as marcas postas no mercado serão resolvidos em face do gênero de negócio e/ou atividade da empresa e dos produtos e/ou dos serviços assinalados pela marca” (*op. cit.*, pág. 108).

Newton Silveira é ainda mais enfático:

“A exclusividade conferida pela marca registrada é absoluta em relação aos produtos ou serviços indicados no registro ou atividade similares” (Licença de uso de marca e outros sinais distintivos. São Paulo : Saraiva, 1984, pág. 48).

Em casos análogos, averbou-se:

“A proteção da marca tem por objetivo a repressão à concorrência desleal, buscando evitar a possibilidade de confusão do consumidor que adquire determinado produto ou serviço pensando ser outro, bem como o locupletamento com esforço alheio” (STJ, REsp n. 40190, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 29/9/1997).

“No estágio atual da evolução social, a proteção da marca não se limita apenas a assegurar direitos e interesses meramente individuais, mas a própria comunidade, por proteger o grande público, o consumidor, o toma-

dor de serviços, o usuário, o povo em geral, que melhores elementos terá na aferição da origem do produto e do serviço prestado” (STJ, REsp n. 3.230, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 1º/10/1990).

Nesse diapasão, restou configurada a violação ao privilégio do uso exclusivo da marca, pois os produtos distribuídos pela ré vêm sendo apresentados aos consumidores por meio de expressão pertencente à autora, nas classes 7 e 19, gerando confusão entre o público e dúvidas quanto à sua real procedência.

Por fim, assevera-se que eventuais discussões em torno da validade do registro do patronímico “Benecke” como marca não podem ser dirimidas na Justiça Comum.

Como têm firmado os tribunais pátrios, a anulação ou modificação de registros efetuados no Instituto Nacional de Propriedade Industrial deve ser debatida diante da Justiça Federal, por tratar-se de ato administrativo atribuído à autarquia pertencente à União.

“Em termos de marcas e patentes industriais, a competência da Justiça Federal restringe-se ao procedimento da autarquia federal (INPI), para tanto competente para lavrar o seu registro outorgativo da exclusividade de uso. Por isso que a ação tendente à anulação dos atos de registro da marca, necessariamente, não promovidos contra a autarquia federal, o que justifica a competência daquele órgão judicante (CF, art. 109, I)” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.010559-5, de Laguna, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 4/2/1999).

2.5. A autora postula, ainda, ver-se indenizada em virtude de danos advindos de concorrência desleal e parasitária praticadas pela parte adversa, provenientes do uso indevido do nome e marca comerciais, sem atentar que referido pleito foi rejeitado pelo Magistrado quando do saneamento do processo (fl. 299), decisão esta alcançada pela preclusão ante a ausência de insurgência oportuna.

Não bastassem os efeitos da preclusão, o acolhimento do pedido de ressarcimento dos danos sofridos nos últimos cinco anos depende da efetiva demonstração de prejuízo, ainda que pleiteada sua apuração em liquidação de sentença. A simples alegação de sua existência, sem a especificação dos males suportados, não é hábil a ensejar condenação.

Nesse sentido, colhe-se de julgados:

“As perdas e danos decorrentes do uso indevido de marcas de indústria não de ser habilmente comprovadas pelo titular da exclusividade de uso, sendo inadmissíveis as fixações aleatórias decorrentes de presunções e conjecturas a respeito” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.010559-5, de Laguna, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 4/2/1999).

“O acolhimento do pedido de indenização por danos materiais depende da efetiva demonstração da ocorrência do prejuízo. Simples alegação de sua existência não é hábil a gerar condenação” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.018099-6, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 25/5/2000).

2.6. Cumpre ainda sujeitar a demandada à multa cominatória na hipótese de descumprimento do *decisum*.

Como é sabido, o Código de Processo Civil faculta ao magistrado conceder tutela específica em ações que objetivam o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer ou determinar as providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento (art. 461).

O § 4º do artigo supracitado confere ainda ao julgador, para dar maior efetividade à decisão, impor multa diária ao réu, independentemente de pedido do autor, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito.

Acerca do instituto jurídico em apreço, leciona Kazuo Watanabe:

“A multa é medida de coerção indireta imposta com o objetivo de convencer o demandado a cumprir espontaneamente a obrigação. Não tem finalidade compensatória, de sorte que, ao descumprimento da obrigação, é ela devida independentemente da existência, ou não, de algum dano. E o valor deste não é compensado com o valor da multa, que é devido pelo só fato do descumprimento da medida coercitiva. Nesse sentido deve ser interpretado o § 2º do art. 461 (pág. 47)” (Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer, *in* Reforma do Código de Processo Civil, São Paulo : Saraiva, 1998, pág. 43).

Este Tribunal também tem dado mostras da aplicabilidade de ofício da tutela inibitória do art. 461 do Código Buzaid, *in verbis*:

“O juiz pode, seguindo a exegese do art. 461, § 4º, do CPC, na ação que tenha por objeto o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, impor multa diária ao réu, indepen-

dentemente de pedido do autor, se for suficiente ou compatível com a obrigação, fixando-lhe prazo razoável para o cumprimento do preceito” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.012007-1, de São José, rel. Des. Orli Rodrigues, j. 10/11/1998).

Desse modo, tendo a *actio* como objeto principal o cumprimento de obrigação de não fazer, deve a sucumbente providenciar as alterações devidas em seu nome comercial e fazer cessar o emprego do vocábulo “Benecke” em produtos pertencentes às classes registradas em favor da parte adversa, em 60 dias. Após esse período, sujeitar-se-á à multa diária de R\$ 1.000,00.

2.7. Em virtude do provimento parcial de um dos recursos, houve alteração dos fundamentos que conduziram à distribuição e compensação dos ônus sucumbenciais.

Assim, tendo a demandante alcançado parte considerável de sua pretensão, decaindo apenas dos pedidos secundários, deve a demandada arcar integralmente com as custas judiciais e honorários advocatícios, estes fixados em 20% do valor atualizado da causa.

3. Por todo o exposto, provê-se parcialmente a apelação da autora e desprovê-se a apelação e o agravo retido do réu.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Trindade dos Santos e Luiz Carlos Cercato Padilha.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2002.

*Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.009147-0, DE LAGES**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

Sociedade anônima. Retirada com apuração de haveres. Quebra da affectio societatis. Ausência de pressupostos para a dissolução parcial. Medida cautelar. Sustação em definitivo de assembleia. Impropriedade da via processual. Sócio interveniente. Ilegitimidade ad causam. Valor da causa. Majoração. Valor do proveito econômico visado.

A legitimação de terceiro para intervir no processo é dependente da demonstração de vínculo jurídico com a causa, não bastando interesse econômico ou moral.

Embora se possa conceber, excepcionalmente, a dissolução parcial de sociedade anônima em razão da quebra da affectio societatis, ela não deverá ocorrer em detrimento do princípio da preservação da empresa, mas em seu favor.

O fim da tutela cautelar não é o de proteger ou de satisfazer por antecipação direitos subjetivos, primários, pertinentes à propriedade, ao crédito, à imagem, à intimidade e tantos outros. O seu fim é instrumentalizar e satisfazer suficientemente um direito de cautela subsidiário, que mira a atuação emergencial do fumus, em face do periculum (Alcides Munhoz da Cunha).

Valor da causa “não é o valor do objeto mediato da demanda, nem da causa petendi isoladamente considerados, mas da combinação dos dois elementos, ou seja, é o valor daquilo que se pede, considerado em atenção à causa petendi, isto é, a relação jurídica baseada na qual se pede; é o valor da relação jurídica, nos limites, porém, do petitum” (Giuseppe Chiovenda).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.009147-0, da comarca de Lages, em que são apelantes Leda Beatriz Broering Pereira, Lages S. A. – Automóveis e Paulo Wolni Broering e apelado Paulo Wolni Broering Filho:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso de Leda Beatriz Broering

Pereira e, de ofício, excluir os demais sócios incluídos como litisconsortes passivos. Em relação ao recurso de Lages S. A. – Automóveis e Paulo Wolni Broering, por votação unânime, dar provimento à apelação, rejeitadas as preliminares, para cassar a decisão cautelar e modificar o valor da causa; por maioria, dar provimento ao apelo para acolher o pedido de dissolução parcial.

Custas legais.

1. Trata-se de apelações interpostas por Leda Beatriz Broering Pereira e Lages S. A. Automóveis da sentença que julgou a ação ordinária proposta por Paulo Wolni Broering Filho, tendo por objeto dissolução parcial de sociedade anônima.

O MM. Juiz de Direito, em julgamento antecipado da lide, decidiu pela procedência do pedido, decretando a retirada do sócio Paulo Wolni Broering Filho com apuração de haveres. Considerou que, no caso, o conflito entre os sócios e familiares tornou impraticável a continuidade da vida societária, autorizando a saída do autor. Julgou procedente, de igual sorte, a medida cautelar para suspender em definitivo a realização de assembléia-geral e rejeitou o incidente de impugnação do valor da causa.

Leda Beatriz Broering Pereira, apelando, argüiu a nulidade da sentença por ausência de fundamentação. Subsidiariamente pugnou pela reforma, por inadmissível a argüição de deterioração da *affectio societatis* para ensejar dissolução de sociedade anônima.

Por sua vez, Lages S. A. Automóveis e Paulo Wolni Broering, em sua peça recursal, afirmaram que a decisão foi emitida *contra legem*. Contestaram o deferimento da medida cautelar que sustou definitivamente a realização de assembléia que se realizaria em 30 de dezembro de 1997, por ser a decisão *extra petita* e inadequada à via cautelar, pois impertinente com a ação principal.

Afirmaram a impropriedade de se avaliar a afeição entre os sócios, uma vez que se trata de sociedade anônima. Consideraram ainda que a

sociedade foi composta por membros de diversas famílias e que a família Broering, quando da constituição, detinha menos da metade das ações.

Aduziram que a retirada do sócio/autor promoveria a ruína da empresa, uma vez que é proprietário de 47,76% das ações. Pugnaram pela revisão deste percentual, para que seja avaliado o *quantum* devido, levando em conta todos os aumentos do capital ocorridos durante o período em que usufruiu da condição de acionista. Consideraram que mesmo mantida a retirada do autor, a apuração de haveres deve ser feita na forma da Lei n. 6.404/76, em seu art. 45, consoante o patrimônio líquido do último balanço aprovado em assembléia-geral.

Insurgiram-se, finalmente, contra a decisão no que pertine à legitimidade dos sócios para intervirem do processo. Argüiram estar em franco desacordo com a importância da lide o valor atribuído à causa, pois deve ser fixado não com base no todo do capital social, mas na participação do autor que pretende se retirar.

O apelado apresentou contra-razões manifestando-se pela manutenção da sentença. Rejeitou a alegação de nulidade do *decisum*. Declarou tratar-se de empresa familiar e a ausência da *affectio societatis* tornou impossível a continuidade da vida societária. Defendeu a medida cautelar deferida em conformidade com o pedido formulado.

2. Não se conhece do recurso interposto por Leda Beatriz Broering Pereira.

É correntio que possui legitimidade para atuar como parte no pro-

cesso a pessoa que integra a relação jurídica sobre a qual se controverte.

A relação jurídica *sub judice* é entre Lages S. A. Automóveis e Paulo Broering Filho. A pessoa contra quem se exerce a pretensão, *in casu*, é Lages S. A. Automóveis, que responde no processo por seu representante legal. Embora tenha interesse econômico na demanda, a apelante não é parte legítima a intervir no processo. Isso porque, como ensina Pontes de Miranda, “não importa saber-se qual a natureza econômica, ou moral, do seu interesse, se o assunto é de pretensão à tutela jurídica. O que importa é que a sentença a firmar-se a favor de uma das partes possa influir na sua esfera jurídica” (Miranda, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 69).

No magistério de Manoel Caetano Ferreira Filho:

“Parece já superada a polêmica que se estabeleceu sobre a natureza do prejuízo que qualifica o terceiro como prejudicado: *prejuízo de fato* ou *prejuízo de direito*? O mero prejuízo de fato não confere legitimação recursal ao terceiro, sendo imprescindível que o prejuízo possa ser qualificado como jurídico. Ora, para evitar um prejuízo *jurídico* o terceiro há de ter um *interesse jurídico*” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, pág. 35).

Dispõe o art. 6º do Código de Processo Civil que “ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei”. Os casos de legitimação do sócio

para propor ou responder ação em nome da sociedade anônima são expressamente previstos na Lei das Sociedades Anônimas, daí se deduzindo que a regra é que o acionista não se legitime na demanda proposta contra a sociedade.

Nesse norte, é posicionamento de Wilson de Souza Campos Batalha, quando acentua: “preenchidos determinados requisitos, o acionista tem legitimidade ativa para o exercício de ação social (*scilicet*, ação que compete primacialmente à sociedade). Assim é que o acionista tem legitimidade ativa para promover a ação social de responsabilidade civil contra o administrador, pelos prejuízos causados ao patrimônio social, se não for ela proposta no prazo de três meses contados da deliberação da assembleia-geral no sentido da propositura da ação. Se, entretanto, a assembleia-geral deliberar não promover a ação, poderá ela ser proposta por acionistas representando, no mínimo, 5% do capital social (Lei n. 6.404/76, art. 159, §§ 3º e 4º)” (Direito processual societário. Rio de Janeiro: Forense, 1989, pág. 134).

Em decisão da relatoria do Min. Eduardo Ribeiro, o STJ averbou:

“Sociedade anônima. Ação para anular contrato em que for parte.

“Tratando-se de direito próprio da sociedade, e não dos sócios individualmente, ela é a parte legítima para pleitear a anulação. As hipóteses de substituição processual encontram-se previstas na Lei n. 6.404/76, não podendo ser ampliadas” (STJ, REsp n. 87919/PE, j. 26/5/1998).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Quando a Lei n. 6.404/76 pretendeu atribuir legitimação extraordinária ao sócio, fê-lo de modo expresso. É o que se verifica dos parágrafos 3º e 4º de seu art. 159. E vale notar que, mesmo aí, se condicionou a possibilidade do ajuizamento da ação à deliberação não atendida da assembléia-geral ou à negativa dessa, exigindo-se, nesse caso, se reúnam acionistas que representem, pelo menos, cinco por cento do capital. Não seria razoável admitir-se que, para responsabilizar o administrador, por danos causados ao patrimônio social, fosse mister atender a tais exigências e, ao mesmo tempo, se reconhecesse que o sócio poderia sempre movimentar ações para anular contratos em que parte a sociedade. Também o art. 246 estabelece hipótese de substituição processual. Ainda aí coloca condições e, de qualquer sorte, trata-se de previsão expressa.

“Não me parece, pois, se possa admitir que da lei resulte legitimação ampla, reconhecida pelo acórdão, para demandar a nulidade ou anulação de atos praticados pela sociedade. Nem se recomendaria que assim fosse, considerando o imenso número de sócios que hoje pode ter uma companhia. Isso sem falar nos problemas pertinentes à extensão subjetiva da coisa julgada, sempre presentes quando existem co-legitimados”.

A diminuta quantidade de sócios no caso concreto não ofusca a personalidade jurídica da sociedade. Ausentes os pressupostos de admissibilidade da intervenção do sócio em nome de interesse societário, a solução é não se conhecer do recurso, em vista da flagrante ilegitimidade de parte.

No mesmo esteio, os demais sócios, chamados ao processo como litisconsortes, são excluídos, de ofício, da relação processual, que prossegue somente entre a empresa Lages S. A. Automóveis e Paulo Broering Filho.

3. Dá-se provimento parcial ao recurso de Lages S. A., como se demonstrará.

Inicialmente, cumpre rejeitar as arguições de julgamento *contra legem* e impossibilidade jurídica do pedido. Embora atípica, a dissolução parcial de uma sociedade anônima de capital fechado, mesmo que por quebra da *affectio societatis*, esta solução é admissível em determinadas circunstâncias.

No caso presente, porém, tais circunstâncias especiais não se verificam, como se passa a expor.

3.1. Estão ausentes os pressupostos para a dissolução parcial da sociedade.

As sociedades anônimas são constituídas pela reunião do capital de diversas pessoas numa determinada atividade econômica, tendo por fim o lucro. A expressão “anônima” vem representar a indiferença com relação às pessoas dos sócios, sendo as ações livremente negociáveis.

Daí afirmar-se que “na sociedade anônima o que ganha relevância é a aglutinação de capitais, não importando a pessoa dos sócios. A cada sócio é indiferente a pessoa dos demais sócios, não havendo entre estes o chamado *intuitu personae*.”

No dizer de José Edwaldo Tavares Borba, “a associação é, na verdade, de capitais, pois estes é que são fundamentais para a existência e

continuidade da sociedade. Esses capitais têm, evidentemente, titulares, mas esses titulares poderão variar constantemente, até diariamente, sem que a sociedade seja em nada alterada" (Direito societário. 3ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, pág. 102).

Em regra, pois, não se observa a existência ou não da *affectio societatis* entre os sócios, por não serem relevantes neste tipo de sociedade as pessoas dos sócios, limitando-se a possibilidade de retirada aos casos expressamente previstos pela Lei n. 6.404/76.

Extrai-se da doutrina:

"O instituto da dissolução parcial não se aplica às sociedades anônimas. A análise se faz importante porque alguma jurisprudência a considera possível.

"A intenção da dissolução parcial foi a de propiciar ao sócio a possibilidade de afastar-se da sociedade sem a extinção da empresa. Não é o caso das sociedades anônimas, em que o sócio tem a possibilidade de se desfazer das ações, desvinculando-se da sociedade sem ocasionar o seu final" (Albuquerque, Luciano Campos de. Dissolução de sociedades. Curitiba: JM, 1999, pág. 179).

Da jurisprudência destaca-se:

"Sociedade anônima. *Affectio societatis*. Dissolução parcial. Direito de recesso. Impossibilidade jurídica. Lei n. 6.404/76.

"Na sociedade anônima, entidade em que predomina o capital sobre a vontade das pessoas, a *affectio societatis* é irrelevante para a continuidade ou ruptura deste tipo de empreen-

dimento, não havendo que se falar em dissolução parcial da companhia pelo dissenso do sócio, o que seria juridicamente possível apenas na empresa organizada por cota de responsabilidade limitada. Em se tratando de sociedade anônima, o sócio dissidente somente poderá exercer o direito de recesso nas hipóteses expressamente cogitadas pela Lei n. 6.404/76, não se admitindo interpretação extensiva ou analógica dos casos descritos na citada norma" (TAMG, Ap. Cív. n. 0180870-8, rel. Juíza Jurema Brasil Marins, j. 3/2/1995).

Em decisões mais recentes, porém, tem-se admitido a *affectio societatis* como um fator a ensejar a dissolução de sociedades anônimas, quando comprovada a ruptura dos laços de origem entre os sócios e a quebra destes laços tenha comprometido o funcionamento e a continuidade das atividades da empresa que a sociedade representa.

O instituto da dissolução parcial da sociedade foi concebido no duplo propósito de assegurar ao sócio a liberdade de desvincular-se da sociedade quando não lhe for mais proveitosa a permanência, além de proteger o interesse social, quando a continuidade represente obstáculo ao bom funcionamento da vida societária.

Para Modesto Carvalhosa, a dissolução parcial "tem como fundamento a preservação da empresa, considerada como propriedade operacional, de relevante função social. Atentos à tendência universal da preservação da empresa, nossos tribunais têm evitado a dissolução da sociedade quando ocorre quebra da *affectio*. Neste caso, não se dissolve a socie-

dade, o que se dissolve é o vínculo do sócio com a sociedade” (Comentários à lei das sociedades anônimas. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, vol. 4, n.1, pág. 25).

A afinidade e o interesse dos sócios em prosseguir em sociedade não é característica que se deu à sociedade anônima em sua criação. Demonstrando os requerentes, porém, ser inviável a manutenção do *status quo* societário, ainda que seja pela quebra da *affectio societatis*, seria de todo modo concebível, em tese, a dissolução parcial da sociedade, em observância ao princípio da preservação da empresa.

O Superior Tribunal de Justiça, a esse propósito, registra precedentes na jurisprudência:

“Não há impossibilidade jurídica no pedido de dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado, que pode ser analisado sob a ótica do art. 335, item 5, do Código Comercial, desde que diante de peculiaridades do caso concreto.

“A *affectio societatis* decorre do sentimento de empreendimento comum que reúne os sócios em torno do objeto social, e não como consequência lógica do restrito quadro social, característica peculiar da maioria das sociedades anônimas de capital fechado.

“Não é plausível a dissolução parcial de sociedade anônima de capital fechado sem antes aferir cada uma e todas as razões que militam em prol da preservação da empresa e da cessação de sua função social, tendo em vista que os interesses sociais não prevalecer sobre os de natureza pessoal de alguns dos acionistas”

(REsp n. 247002/RJ, j. 4/12/2001, rel. Min. Nancy Andrighi).

“Pelos peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio societatis* conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode se constituir em elemento ensejador da dissolução parcial da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião.

“O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial” (REsp n. 111294/PR, rel. Min. Barros Monteiro, j. 19/9/2000).

Todavia, essa possibilidade de dissolução parcial por quebra da *affectio societatis* verifica-se em circunstâncias especiais, incompatíveis com o caso sob apreço.

É somente no momento em que prevalece o interesse público sobre a formalidade legal que se deve ponderar sobre a possibilidade da abertura de uma exceção à regra, seguindo a orientação da Constituição Federal de estabelecer uma ordem econômica “fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (art. 170).

Nessa senda a lição de Fábio Ulhoa Corrêa:

“A tendência atual do direito comercial, no que diz respeito às questões envolvendo os sócios, é a de procurar preservar a empresa. Em razão dos múltiplos interesses que gravitam em torno da produção e circulação de riquezas e comodidades, reservadas à empresa pela ordem constituída, inclusive a constitucional, a sua existência e desenvolvimento deixa de ser assunto da exclusiva alçada de seus sócios” (Manual de direito comercial. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, pág. 155).

E da doutrina de Fábio Konder Comparato extrata-se:

“Hoje reconhece-se que o mercado de bens, de serviços e de força-trabalho é formado pelas decisões do conjunto de empresas dotadas de poder econômico, ao qual se submetem todas as demais unidades, pequenas ou médias. As relações que se estabelecem entre esses setores, o nuclear e o periférico, são em tudo análogas ao relacionamento entre países desenvolvidos e subdesenvolvidos. O poder econômico, portanto, é a regra e não a exceção. Ora, a finalidade última desse poder, do qual todos nós dependemos, não pode ser apenas, nem principalmente, a produção e partilha de lucros entre proprietários ou capitalistas; não deve ser, tampouco, assegurar ao empresário um nível de elevada retribuição econômica e social. O poder econômico é uma função social, de serviço à coletividade” (O poder de controle na sociedade anônima. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 395).

E arremata o eminente jurista:

“Tudo leva, pois, à transformação histórica do anonimato societário

no exercício responsável de um poder econômico, com a eliminação das abstrações persistentes, tanto do *homo oeconomicus* manchesteriano, quanto o do coletivismo estatal. Ao mandamento do nosso decálogo, corresponde o *omnis potestas hominis causa*; o homem concreto, situado na História, ou seja, a pessoa, fonte universal de valores” (*op. cit.*, pág. 399).

Assim, embora se possa admitir, em tese, a pretensão, no caso em apreço as circunstâncias não justificam a excepcionalidade.

O capital social da empresa Lares S. A. Automóveis foi formado por ampla diversidade de sócios, posteriormente vindo a se concentrar em uma só família. Não obstante, carece de prova – e aliás sequer foi alegado – que a desafeição entre os sócios esteja gerando prejuízos de molde a comprometer o objeto social.

Somando-se a isso, o capital do sócio retirante é de significativos 47,76% do capital social. Ora, não se pode esperar, no atual quadro econômico brasileiro, que uma empresa possa prosseguir com suas atividades subtraída de praticamente a metade de seu patrimônio. Ao contrário, pois, de proteger a preservação da empresa, a retirada do sócio com apuração de haveres colocaria em risco a sua sobrevivência.

Nesse passo, ao preterir o princípio da preservação da empresa a douda decisão abriu um precedente que, na prática, coloca em risco a própria sociedade, razão que impõe o inacolhimento da pretensão deduzida, com o provimento do apelo.

3.2. De outro vértice, é inadmissível o deferimento de medida caute-

lar para suspender em definitivo a realização da assembléia.

O processo cautelar presta-se à assegurar de direito, na iminência de dano irreparável ou de difícil reparação. Nesse propósito exige celeridade; é tutela de urgência, fundada em juízo de verossimilhança.

Na lição de Ovídio Araújo Baptista da Silva:

“Na verdade a tutela cautelar legitima-se porque o direito, carente de proteção imediata, poderia sofrer um dano irreparável, se tivesse de submeter-se às exigências do procedimento ordinário. O que a tutela cautelar pretende é, efetivamente, se não suprimir, ao menos reduzir, até o limite do possível, os inconvenientes que o tempo exigido para que a jurisdição cumpra sua função poderia causar ao direito necessitado de proteção urgente” (Curso de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 3, pág. 55).

Em decisão desta Câmara, da lavra do Des. Trindade dos Santos, registrou-se:

“A destinação específica do processo cautelar não é, de modo algum, a imediata satisfatividade do direito subjetivo apregoado pelo seu autor. A sua serventia jurídica é a de, meramente, garantir o resultado útil que se espera obter através da ação principal, com o resguardo de pessoas ou coisas para a viabilização da etapa executória” (Ap. Cív. n. 2001.004041-7, de Lages, j. 24/5/2001).

Difícilmente poder-se-á conceber um direito que esteja absolutamente afastado de risco, porque é a mutabilidade uma característica da vida, e a possibilidade da agressão a di-

reito é algo que não se pode afastar por completo. O processo cautelar não tem por propósito eliminar o risco de dano a direito, mas sim protegê-lo da situação de risco de dano iminente, o que justifica a cognição sumária. Daí afirmar-se que “o *periculum in mora*, que é a base das medidas cautelares, não é, portanto, o genérico perigo de dano jurídico, ao qual se pode em certos casos remediar com a tutela ordinária; mas é especificamente o perigo daquele ulterior dano marginal, que poderia derivar do atraso, tido como inevitável em razão da lentidão do procedimento ordinário, do procedimento definitivo” (Calamandrei, Piero. Introdução ao estudo sistemático dos procedimentos cautelares. Campinas: Servanda, 2000, pág. 37).

No mesmo esteio sublinha Alcides Munhoz da Cunha:

“É pois o *periculum in mora*, genericamente considerado, que motiva a adoção das chamadas tutelas sumárias ou dos processos sumários do direito de que se falou, pelos quais se reduz a amplitude da cognição, reduzindo as oportunidades de contraditório, que normalmente é remetido para uma fase ulterior ou para outro processo, tudo para favorecer a antecipação do provimento final, a certificação e execução do direito em lide” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, vol. 11, pág. 273).

Conceber uma situação periculante a permanecer *ad infinitum* para deferir uma medida cautelar, suspendendo em definitivo a realização de assembléia-geral, exigiria uma reconstrução nada ortodoxa do conceito *periculum in mora*, revestindo a medi-

da cautelar de alcance que não lhe conferiu o legislador.

Observe-se, ademais, que é exigência legal que se pautem as decisões da assembleia-geral no interesse societário e dentro dos princípios da boa-fé, dispondo a Lei n. 9.457 de 1997 que “o acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o objeto e cumprir sua função social, tendo deveres e responsabilidades para com os demais acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (parágrafo único do art. 116).

Isso porque “os acionistas, independentemente do importe de sua participação no capital da sociedade, são titulares de direitos mínimos, ou essenciais, que não podem ser postergados pelo estatuto ou pelas assembleias gerais” (Batalha, Wilson de Souza Campos. Comentários à lei das sociedades anônimas. Rio de Janeiro: Forense, 1977, vol. 2, pág. 539).

Extrapolando os diretores, ou os acionistas, em assembleia de suas atribuições, ou faltando com lisura na sua decisão, é direito da minoria obter a anulação do ato, além do ressarcimento por quaisquer danos causados, na forma da lei.

Como adverte Barcellos de Magalhães:

“O princípio majoritário estabelecido não tem, pois, um alcance absoluto. É justíssimo que assim seja; a sociedade por ações, como qualquer outra, deve afeiçoar um contrato de *bona fidei*, no qual, o interesse comum dos associados deve prevalecer sobre os interesses particulares, ain-

da que estes representem a maioria. Se esta, portanto, desproposita das prerrogativas amplas que tem nas assembleias-gerais, cumpre amparar a legítima revolta do associado dissidente; e a isso proveu a lei, concedendo-lhe, durante três anos, ação ‘para anular as deliberações tomadas em assembleia-geral ou especial, violadoras da lei, ou eivadas de erros, dolo, fraude ou simulação’” (Lei das S. A.: comentários por artigo. 2ª ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1997, vol. 1, pág. 511).

Ainda assim, a tese de se conceder medida cautelar para suspender assembleia-geral por receio de deliberação injusta encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal. Em todos os casos versados, porém, está-se a suspender a assembleia até o deslinde de ação judicial versando sobre a mesma matéria que se pretende discutir nela.

Nessa perspectiva colhe-se:

“Havendo sério dissenso entre os sócios a respeito da quantidade de ações de cada um, justifica-se a suspensão da assembleia-geral extraordinária que deveria homologar o eventual equívoco, até a decisão final da ação questionando a matéria” (AI n. 98.000266-4, de Lages, rel. Des. Eder Graf, j. 18/5/1998).

Destaca-se ainda:

“No caso, trata-se, como se referiu, da suspensão da assembleia-geral extraordinária da Companhia agravante, concedida liminarmente, tendo em vista o objetivo de atingir matéria já sustada por decisão judicial anterior onde o agravado/requerente elenca inúmeras irregularidades que teria cometido a agravante, preterindo-o, em

afronta à Lei das Sociedades Anônimas, pelo que se vislumbra a fumaça do bom direito, razão pela qual a decisão deve ser mantida, pois buscou salvaguardar o direito do sócio minoritário, tendo em vista a existência da aparência de um direito e o receio de que esse direito viesse a sofrer grave lesão e de difícil reparação” (AI n. 9.073, de Brusque, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 12/9/1995).

“Tutela cautelar inonimada. Suspensão de assembléia-geral de sociedade anônima. Liminar confirmada. Reclamo improvido.

“Revelando o direito em risco interesse que justifica processo para exame de mérito, há o *fumus boni iuris*.

“Demonstrada a possibilidade de lesão grave e de reparação incerta, além de prejuízo com a demora de ação cognitiva, inafastável é a existência do *periculum in mora*.

“Satisfeitos esses requisitos, a suspensão da realização da assembléia-geral extraordinária era de ser deferida” (AI n. 6.355, de Blumenau, rel. Des. Francisco de Oliveira Filho, j. 31/3/1992).

No caso sob enfoque, vê-se que o conteúdo da decisão nada diz sobre a quantidade de ações de cada acionista, ou da conduta do requerente como diretor-geral, mas sim sobre a possibilidade de retirada de sócio com apuração de haveres. Ademais, não há admitir que medida cautelar suspenda em definitivo a realização de assembléia, pela aparente incongruência de tal decisão com a natureza do processo cautelar.

3.3. Por fim, assinala-se assis-

tir razão ao apelante no que tange à modificação da fixação do valor da causa.

Sucedo que foi apreciado o incidente de impugnação do valor da causa somente na sentença, o que legitima a apreciação da matéria em sede de apelação.

Diga-se que o valor da ação não é livremente apontado pelas partes, devendo sempre ater-se ao valor econômico do bem posto em causa, quando puder este ser apurado. Como ensina Egas Moniz de Aragão, nas causas que tiverem valor certo “nenhuma liberdade de estimá-lo terá o autor, pois essa faculdade somente lhe é outorgada nas causas em que seja ele incerto, ou que não tenham conteúdo econômico” (Comentários ao Código de Processo Civil. 9ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1998, vol. 2, pág. 314).

Nesse norte afirmou-se:

“O valor da causa, como é cediço, deve corresponder ao conteúdo econômico da pretensão do autor” (STJ, REsp n. 194540/DF, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 28/11/2000).

Assiste razão ao apelante ao afirmar que o valor da causa deve ter por base o valor da pretendida apuração de haveres por parte do sócio. É de retirada com apuração de haveres o pedido, e não de dissolução total da sociedade. O valor econômico posto em causa é o da participação acionária do autor.

Como averbou o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul:

“Com efeito, a dissolução total da sociedade mercantil se distingue da dissolução parcial, porque enquanto naquela resolvem-se todos os vín-

culos contratuais que a compõem, deixando ela de existir, e daí decorrendo sua liquidação, nesta ocorre a dissolução de parte desses vínculos, permanecendo a sociedade por força dos demais não-dissolvidos, devendo-se proceder à apuração de haveres em prol do sócio excluído” (TJMS, Ap. Cív. n. 56.128-2, rel. Rêmolto Letterello, j. 24/11/1998, in RT 762/360).

O valor da causa deve, pois, corresponder ao proveito econômico buscado pelo autor por meio da prestação jurisdicional. Discute-se todo o negócio jurídico, o valor da ação é o valor do negócio. Entretanto, quando o litígio versar apenas sobre parte do negócio, tal fração revelará o valor da causa.

No dizer de Pontes de Miranda, “se a ação é sobre a existência de algum direito, pretensão ou ação, ou a inexistência, qualquer que seja o negócio jurídico de que se irradie, ou sobre a validade, ou sobre o cumprimento dele, a sua modificação, ou resolução, ou resilição, ou rescisão, o que importa para se saber qual o valor da causa é o valor do negócio jurídico. Cumpre, porém, advertir-se em que o objeto do pedido pode não ser referente a todo o negócio jurídico, como se apenas se alega ser inválida alguma cláusula, ou só ser relativo à falta de algum dos adimplementos. Então, tem-se de mencionar o valor do pedido” (Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 11).

Em situação análoga esta Câmara já decidiu em aresto da relatoria do Signatário:

“O valor da causa deve corresponder ao proveito econômico busca-

do pelo autor através da prestação jurisdicional. Se discute todo o negócio jurídico, o valor da ação é o valor do negócio. Entretanto, quando o litígio versar apenas sobre parte do negócio, tal fração revelará o valor da causa” (Ap. Cív. n. 1999.015733-4, de São José, j. 7/12/2000).

A declaração da improcedência do pedido não desvincula o valor da causa da pretendida condenação, porquanto “o valor da causa é o que ela possui tal como ajuizada e independe do teor do julgamento; do contrário, na hipótese de improcedência total, reduzir-se-ia a zero” (Moreira, José Carlos Barbosa. O novo processo civil brasileiro. 18ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1996, pág. 23).

Da cópia da ata da assembleia-geral realizada pela sociedade em 24 de abril de 1997, insere nos Autos de n. 039.98.000237, vê-se, à fl. 46, que “o capital social, totalmente subscrito e integralizado, é de R\$ 868.000,00 (oitocentos e sessenta e oito mil reais)”. A disparidade entre este valor e os R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) estipulados como valor da ação, explicitam a necessidade de revisão da decisão nesse ponto, conforme precedente desta Corte:

“Processual. Impugnação ao valor da causa julgada improcedente. Sociedade anônima. Cisão. Demanda objetivando o reembolso dos valores das ações. Valor utilizado para o pedido exordial previsto na demonstração contábil. Auditoria. Alegação de que para o valor da causa a demonstração não pode ser considerada. Desacolhimento.

“O valor da causa deve corresponder ao valor da vantagem econô-

mica pleiteada pelo autor. Se, através de cálculo simples, resta demonstrada grande disparidade entre o valor atribuído à causa e o perseguido, imperativo que se determine a complementação” (Al n. 1999.003939-0, de Gaspar, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 4/5/1999).

Determina-se, pois, o valor da causa o montante equivalente a 46,76% do capital social apontado no último balanço aprovado em assembléia-geral, ou seja, R\$ 405.876,80 (quatrocentos e cinco mil, oitocentos e setenta e seis reais e oitenta centavos).

Nesse contexto, não se conhece do recurso de Leda Beatriz Broering Pereira e, de ofício, excluem-se os demais sócios havidos como litisconsortes passivos. Por outro lado, rejeitadas as preliminares, dá-se provimento à apelação de Lages S. A. — Automóveis para cassar a decisão cautelar e modificar o valor da causa, julgando-se improcedente o pedido de dissolução parcial, invertidos os ônus sucumbenciais. Os honorários advocatícios são arbitrados em 10% sobre o valor corrigido da causa, com base no art. 20, § 4º, do CPC.

4. Ante o exposto, por unanimidade de votos, não se conhece do recurso interposto por Leda Beatriz Broering Pereira e, de ofício, excluem-se os demais sócios havidos como litisconsortes passivos. Em relação ao recurso de Lages S. A. — Automóveis, por unanimidade de votos, o apelo é provido para cassar a decisão cautelar e modificar o valor da causa; por maioria, dá-se provimento ao recurso para acolher o pedido de dissolução parcial.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cercato Padilha, e, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos que reconhecia o direito de retirada com apuração de haveres.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente e Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Trindade dos Santos:

Restei parcialmente vencido quando do julgamento da Apelação Cível n. 2001.009147-0, da comarca de Lages (1ª Vara Cível), porquanto, no meu entender, era de ser mantida, no mérito, a bem-lançada sentença da lavra do culto magistrado Dr. Flávio André Paz de Brum, reconhecendo-se, em favor do apelado Paulo Wolni Broering Filho, o direito de dissolução parcial da empresa Lages S. A. — Automóveis, para efeitos de sua retirada da sociedade, com a apuração dos haveres que lhe cabem.

Ocorre que, conforme retratado nos autos, a sócia Leda Beatriz Broering Pereira adquiriu as ações da quase totalidade dos demais acionistas, à exceção daquelas pertencentes ao recorrido e que equivalem a 47,76% do capital social.

Nesse contexto, a empresa passou a ser basicamente familiar.

E, desaparecida a *affectio societatis*, justificava-se, no caso, a dissolução parcial da sociedade para propiciar a retirada do apelado Paulo Wolni, com a conseqüente apuração de seus haveres.

Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira observam que “A orientação da legislação fiscal conduziu à multiplicação, entre nós, de sociedades anônimas apenas formais” (A Lei das Sociedades Anônimas. 1º vol., 2ª ed., pág. 152).

Assim, segundo os citados juristas, tais sociedades, conquanto constituam-se como sociedades anônimas, comportam-se como aquelas em que o elemento característico é a *affectio societatis*, pressuposto esse que, desaparecido, faz exsurgir o direito do sócio de afastar-se da sociedade, recebendo seus haveres.

Disse, a propósito, o eg. Tribunal de Justiça do Paraná:

“Sociedade anônima. Natureza familiar e fechada. Dissolução parcial, com retirada dos sócios dissidentes. Desaparecimento da *affectio societatis*, descumprindo a sociedade seus fins sociais, ante a ausência de distribuições de lucros em reiterados exercícios” (Ap. Cív. n. 88.842/95, 1ª Câmara Cível, rel. Des. Luiz Carlos Guimarães).

Em situação que guarda inteira sintonia com a hipótese vertente, assinalou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Direito comercial. Sociedade anônima. Grupo familiar. Inexistência de lucros e de distribuição de dividendos há vários anos. Dissolução parcial. Sócios minoritários. Possibilidade.

Pelas peculiaridades da espécie, em que o elemento preponderante, quando do recrutamento dos sócios, para a constituição da sociedade anônima envolvendo pequeno grupo familiar, foi a afeição pessoal que reinava entre eles, a quebra da *affectio*

societatis conjugada à inexistência de lucros e de distribuição de dividendos, por longos anos, pode-se constituir em elemento ensejador da dissolução da sociedade, pois seria injusto manter o acionista prisioneiro da sociedade, com seu investimento improdutivo, na expressão de Rubens Requião.

“O princípio da preservação da sociedade e de sua utilidade social afasta a dissolução integral da sociedade anônima, conduzindo à dissolução parcial.

“Recurso parcialmente conhecido, mas improvido” (REsp n. 111294/PR, rel. para o acórdão Min. César Asfor Rocha, RSTJ 146/323).

Nem se pretenda que a retirada do apelado da sociedade importaria a extinção da empresa, uma vez que, correspondendo a sua participação no capital social ao percentual de 47,76%, inviabilizada estaria a preservação da empresa Lages S. A. – Automóveis, por ser praticamente impossível que, no atual quadro econômico do País, uma sociedade subsista quando lhe é retirada praticamente a metade de seu patrimônio.

Entretanto, pondere-se, a retirada do recorrido da empresa não geraria, necessariamente, na redução do seu patrimônio, posto que seus haveres, após devidamente apurados, poderiam perfeitamente ser pagos em espécie e não, necessariamente, mediante a entrega da parte correspondente do patrimônio social. Aliás, é o que normalmente ocorre!

São essas as razões pelas quais dissenti da douta maioria.

Trindade dos Santos

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.009029-6, DE ABELARDO LUZ**Relator: Des. Trindade dos Santos**

Alienação fiduciária em garantia. Busca e apreensão. Decreto-Lei n. 911/69. Conversão em depósito. Acolhimento integral. Credora. Sociedade comercial privada. Ilegitimidade ativa ad causam. Reconhecimento. Extinção de ofício. Apelo prejudicado.

Empresa comercial privada não tem legitimação para instituir, em seus contratos, pacto adjeto de alienação fiduciária em garantia, uma vez que restrita essa possibilidade, no ordenamento jurídico pátrio, às instituições financeiras e administradoras consorciais. Ajustado pacto nesse sentido, por sociedade comercial privada, é ele despido de qualquer eficácia jurídica, não legitimando-a a fazer uso, contra o devedor, de qualquer dos instrumentos processuais previstos no Decreto-Lei n. 911/69, entre os quais a ação de busca e apreensão e a de depósito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.009029-6, da comarca de Abelardo Luz, em que é apelante Geraldo Gonçalves de Meira, sendo apelada Comasa Comercial de Máquinas Ltda.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, julgar, de ofício, extinto o processo, prejudicado o apelo interposto.

Custas de lei.

I — Relatório

Via apelação, Geraldo Gonçalves de Meira combate a sentença prolatada nos autos da ação de busca e apreensão convertida em depósito, contra ele deflagrada por Comasa – Comercial de Máquinas Ltda., sentença essa que, com fundamento nos arts. 4º do Decreto-Lei n. 911/69 e 902 do Código de Processo Civil, acolheu o pedido, condenando o recorrente a

restituir o bem descrito na exordial, em 24h, ou o seu equivalente em dinheiro, sob pena de prisão civil.

Requeru o recorrente a reforma do *decisum* censurado, invocando, em síntese, a inconstitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69, a limitação da multa contratual no percentual de 2%, vedada a sua cobrança cumulativa com juros de mora, a auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal e a ilegalidade da prisão civil.

O apelo foi rebatido pela recorrida.

II — Voto

O feito merece extinção *ex officio* por ilegitimidade ativa *ad causam*, por ausência de pactuação expressa acerca da taxa de juros, e, ainda, por ausência de interesse processual buscado na conversão da ação de busca e apreensão frustrada em ação de depósito.

Primeiramente, cumpre salientar que a autora da ação de busca e

apreensão fulcrada no Decreto-Lei n. 911/69 – Comasa – Comercial de Máquinas Ltda. – é entidade jurídica de direito privado e, portanto, parte ilegítima para propor busca e apreensão embasada em alienação fiduciária, ação essa reservada apenas às instituições financeiras.

Sobre o assunto, ensina Paulo Restiffe Neto:

“Depois destas considerações gerais, importa dizer, quanto à legitimação ativa do exercício da ação de busca e apreensão, que cabe ela ao proprietário fiduciário ou credor.

“Já ficou dito em outro lugar deste trabalho quem possui tal legitimação: a pessoa que figurar originariamente no contrato de alienação fiduciária como financiador, posição reservada às instituições financeiras legalmente autorizadas a operar no mercado de capitais e registradas no Banco Central; ou o avalista, fiador ou terceiro interessado, que tenha pago a dívida perante o credor, tomando o lugar deste, por sub-rogação no crédito e na *garantia* constituída pela alienação fiduciária (art. 6º)” (Garantia Fiduciária. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975, pág. 340).

A respeito, já foi decidido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Sociedade comercial privada. Ilegitimidade ativa.

“Sociedade comercial privada não tem legitimidade para propor ação de busca e apreensão fundada em contrato de alienação fiduciária. O instituto, previsto pelo Decreto-Lei n. 911/69, é utilizável somente pelas instituições financeiras, além de entida-

des estatais e paraestatais. Apelo improvido” (Ap. Cív. n. 197000763, de Novo Hamburgo, rel. Des. Roberto Laux).

“Alienação fiduciária. Ação de busca e apreensão. Ilegitimidade ativa.

“A sociedade comercial privada não está legitimada para propor ação de busca e apreensão, fundada em contrato com garantia de alienação fiduciária. O instituto previsto pelo Decreto-Lei n. 911/69 e Lei n. 4.728/65, somente é utilizável pelas instituições financeiras e empresas de consórcio. Apelação improvida” (Ap. Cív. n. 59940370, de Torres, rel. Des. José Antônio Cidade Pitrez).

Além da parte demandante ser ilegítima, outros fundamentos encontram-se presentes a embasar o decreto extintivo do presente feito: ausência de pactuação expressa acerca da taxa de juros e de interesse processual buscado na conversão da ação de busca e apreensão frustrada em ação de depósito.

Vejamos:

O contrato ajustado não discrimina a taxa de juros remuneratórios a ser cobrada pela credora, inviabilizando por completo, em decorrência, o conhecimento do valor líquido e certo do débito quando de seu vencimento.

Isso em total descumprimento das exigências formais essenciais à caracterização do ajuste de alienação fiduciária em garantia.

E, com efeito, examinando-se a cláusula 4ª do contrato, em razão do qual foi instituída a garantia de alienação fiduciária, tem-se estarmos diante de cláusula abusiva e ilegal:

Expressa aludida cláusula:

“Cláusula Quarta: Vencido o prazo assinado para o pagamento total do débito resultante da presente transação, e, ocorrendo a inadimplência, está o cliente declarado em mora, obrigando-se a pagar além da quantia do cereal ora ajustado, a multa correspondente a 10%, em cereal, após os primeiros 30 dias da data estipulada para a efetiva entrega do cereal.

“Parágrafo único: Findo tal prazo 30 dias, e, continuando o cliente inadimplente, fica obrigado ao pagamento de juros sobre o principal, sobre a multa contratual e demais acessórios, este nos mesmos índices de valores que o mercado financeiro estiver operando”.

A transcrita cláusula, observa-se, fere os mais elementares princípios da justiça contratual, sendo, pois, de incontestável abusividade e impregnada de potestatividade, na medida em que deixa ao exclusivo talante da empresa credora a fixação das taxas de juros remuneratórios, incidindo, pois, na nulidade referida no art. 115 do Código Civil.

Não houve, portanto, o convencimento, entre as partes, da incidência de qualquer taxa de juros, posto não se poder confundir com estabelecimento contratual de percentual a título de juros moratórios a potestativa, abusiva e inoperante cláusula a respeito inserida na convenção contratual!

E nos contratos de alienação fiduciária, resta ver, devem constar elementos essenciais, sob pena de restarem eles ineficazes juridicamente.

Assim:

“(…) ao lado de elementos facultativos que as partes podem ou não incluir no contrato em conformidade

com as suas conveniências, de acordo com o princípio da economia contratual, existem elementos ditos essenciais, uma vez que devem, obrigatoriamente, figurar no contrato por imposição legal.

“Os elementos essenciais ou obrigatórios estão previstos nas letras *a, b, c e d* do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 911 e correspondem aos seguintes:

“a – total da dívida ou sua estimativa;

“b – o local e a data do pagamento;

“c – a taxa de juros, as comissões cuja cobrança for permitida e, eventualmente, a cláusula penal e a estipulação de correção monetária, com a indicação dos índices aplicáveis;

“d – a descrição do bem objeto da alienação fiduciária e os elementos indispensáveis à sua identificação” (Prática, Processo e Jurisprudência, vol. 10, págs. 53/54).

A propósito, registra o escólio de Paulo Restiffe Neto:

“Deve constar do instrumento de contrato a taxa de juros, que não pode ultrapassar o teto autorizado pelo Banco Central e vigente por ocasião do financiamento. Igualmente, o contrato não pode omitir a correção monetária estipulada, quando for o caso, com a indicação dos índices aplicáveis.

(…)

“As financeiras atuam mediante aplicação de tabelas aprovadas pelo Banco Central, com a determinação de uma certa faixa de fatores multiplicativos que já encerram o cálculo de juros e correção monetária incidentes na operação de financiamento, em

função do tempo de resgate, para determinação da prestação ou prestações, sempre fixas, que comporão a dívida a ser garantida pela alienação fiduciária.

“Justifica-se esta exigência não só para controle das atividades das financeiras pelos órgãos fiscalizadores, como para os fins do art. 763 do Código Civil, aplicável por remissão expressa do § 7º do art. 66 da Lei de Mercado de Capitais, ou seja, para cálculo da dedução dos juros e correção monetária pelas prestações por decorrer, na eventualidade de ocorrência de alguma hipótese de vencimento antecipado da dívida (art. 762 do Código Civil)” (Garantia Fiduciária. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1976, pág. 164).

E não há regular constituição do contrato de alienação fiduciária se algum de seus elementos obrigatórios ausenta-se da estipulação, com essa ausência implicando na não constituição da propriedade fiduciária.

Para alcançar-se a relevância da previsão contratual da taxa de juros nos contratos de alienação fiduciária em garantia, vale dizer que o Decreto-Lei n. 911/69, introduzindo modificações nas alíneas *b* e *c*, passou a exigir, pela alínea *b*, não apenas a declinação do prazo ou da época do pagamento, mas também a identificação do lugar de cumprimento da obrigação garantida.

E, como acentua José Carlos Moreira Alves:

“Na letra *c*, onde a Lei n. 4.728, à semelhança do que ocorria no Código Civil (art. 761, III) com relação aos contratos de penhor, anticrese e hipoteca, impunha a declaração da ‘taxa

de juros se houver’, o Decreto-Lei n. 911, que indubitavelmente visou às operações financeiras não mais contém a oração condicional – ‘se houver’ –, que admite contrato de alienação fiduciária em garantia sem a estipulação de juros, o que não ocorre nos negócios celebrados por essas entidades.

“Se algum dos elementos exigidos pelas alíneas do § 1º do citado art. 66 não constar do instrumento do contrato de alienação fiduciária em garantia, é este – como se verifica, em virtude do art. 761 do Código Civil, quanto aos contratos de penhor, anticrese e hipoteca – ineficaz perante terceiros, o que vale dizer que não é apto a servir de título de constituição da propriedade fiduciária. Assim, ainda que, por inadvertência do Oficial de Registro, venha a ser registrado, não nasce daí a garantia real representada pela propriedade fiduciária” (Da Alienação Fiduciária em Garantia. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense. 1979, págs. 103/105).

Na mesma linha de entendimento, já decidiu este Pretório:

“Comercial e processual – Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Contrato subscrito sem preenchimento dos requisitos formais faltando os relativos ao total da dívida, local e data do pagamento, taxa de juros.

“Promissória de garantia também em branco – Imprestabilidade – Processo extinto sem exame do mérito – Recurso desprovido – Decreto-Lei n. 911/69, § 1º, do art. 1º.

“Faltando ao instrumento do contrato de alienação fiduciária alguns dos elementos essenciais do § 1º do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, principalmente o total da dívida, as taxas

etc., o título se apresenta inapto à ação de busca e apreensão, cuja defesa é restrita ao pagamento do débito ou ao cumprimento das obrigações contratuais” (Ap. Cív. n. 49.567, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, j. 15/8/95).

Por conseguinte, impõe-se a aplicação do art. 267, VI, da Codificação Processual Civil, com a extinção da ação de busca e apreensão ajuizada.

Ainda como motivo ensejador da extinção da busca e apreensão deflagrada, ao inverso do posicionamento adotado pela MMA. Togada singular, despropositada, em situações como a revelada nos autos, a decretação da prisão civil do devedor fiduciante.

Ora, a prisão civil, medida essencialmente coercitiva, é restrita, nos moldes da nossa Magna Carta, às hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de infidelidade depositária.

Como implicação lógica, descabida afigura-se a prisão civil do devedor que descumpre contrato gravado com alienação fiduciária em garantia, ao argumento de que, em tais contratos e por força do disposto no Decreto-Lei n. 911/69, o devedor e alienante assume a condição de depositário fiel do bem, assumindo, em decorrência, todos os percalços desse encargo.

Entendimento oposto, ou seja, a admissibilidade da prisão do devedor, em hipóteses tais, nada mais estaria a expressar do que uma mera e ilegal prisão civil por dívida.

E o nosso Texto Magno é incíscivo ao dispor, em seu art. 5º, inciso LXVII:

“Não haverá prisão civil por dívida (...).”

Depositário infiel, para os efeitos de sujeição à pena de prisão civil, é, apenas, aquele enquadrado nos parâmetros do art. 1.287 do Código Civil, em face das condições características do contrato de depósito, às quais não podem ser igualadas, sequer por ficção legal, aquele decorrente de contrato de alienação fiduciária em garantia, de forma a autorizar a decretação da prisão civil do alienante inadimplente, com o desiderato exclusivo de compeli-lo a cumprir os termos da avença firmada.

Os pactos de financiamento com garantia de alienação fiduciária representam, inegavelmente, dívida no sentido estrito, não uma entrega, em depósito, de bem alheio, pelo que a prisão civil, em função desses ajustes, resulta em inequívoca ilegalidade, antagonizando-se com todos os princípios que informam as normas gerais de direito acerca do contrato de depósito.

Observa, a respeito, o douto Eduardo Fabrício:

“Os sistemas jurídicos modernos baniram, por odioso, o instituto da prisão por dívidas, fazendo aplicação do princípio segundo o qual responde por estas o patrimônio, não a pessoa do devedor” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo : Forense, vol. III. Tomo III, pág. 197).

Em acórdão da lavra do eminente Des. Cristiano Graef, enfatizou, acerca do assunto, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A liberdade é o maior bem da vida, que por isso mesmo sobrepõe ao interesse pecuniário de qualquer

credor. Só em último caso deve-se prender o cidadão comum, que confia sua própria liberdade ao credor, fortalecido pela lei para explorar atividade econômica considerada útil para o desenvolvimento do País” (RJTJRGs 77/143).

É, também, o entendimento que predomina neste Tribunal, como bem exemplificam os acórdãos a seguir transcritos:

“A alienação fiduciária, à guisa de proteger o mercado de capitais, sacrifica o princípio segundo o qual apenas o patrimônio do devedor deve responder por suas dívidas, elevando o interesse econômico acima do da liberdade” (HC n. 12.755, de Tubarão, rel. Des. Amaral e Silva).

“A prisão civil, por dívida do depositário infiel, tal como recepcionado pela carta magna, deve se restringir apenas ao modelo clássico de contrato em que o depositário recebeu a coisa para guardar, conservar e restituir” (Ap. Cív. n. 51.159, de Araranguá, rel. Des. Alcides Aguiar).

Da mesma forma, já assinalamos:

“(…) em se tratando de alienação fiduciária, atípica é a equiparação do devedor ao depositário, posto que tais contratos têm por finalidade precípua o financiamento do bem e não a sua guarda. Nos contratos de alienação fiduciária, o fiduciante não é investido na posse de bem alheio e sim de bem que, ou já integrava o seu patrimônio, ou cuja aquisição lhe foi financiada. Nessa conjuntura, ressalta evidenciado que a prisão do denominado depositário por equiparação não pode ser traduzida, de modo algum, por prisão decorrente de infidelidade

do depositário, senão por prisão em razão do desfalque de uma garantia de pagamento do débito. Em síntese: uma mera prisão por dívida. E as prisões por dívida incidem em frontal vulneração ao art. 5º, inciso LXVII, do vigente Texto Constitucional, que apenas as admite nas hipóteses de inadimplemento voluntário de débito alimentar” (HC n. 1997.004242-6, de Balneário Camboriú).

“Finalidade precípua do negócio jurídico garantido com alienação fiduciária é, indiscutivelmente, o financiamento de determinado bem móvel e não, propriamente, a guarda desse bem. Atípica é a equiparação, nesses casos, do devedor a depositário, posto que, em verdade, depósito não existe, vez que o financiado não é investido na guarda de bens alheios, e sim de bem cuja aquisição lhe foi financiada. A prisão do depositário por equiparação, em assim sendo, não pode ser considerada, de forma alguma, prisão por infidelidade depositária, tratando-se, isso sim, de uma mera prisão por dívida, com afronta evidente ao art. 5º, inciso LXVII, da Lei Maior, que rechaça inequivocamente a privação da liberdade de alguém por dívidas, à exceção daquelas decorrentes de alimentos” (Ap. Cív. n. 1997.007774-2, de Urubici).

Com referência aos contratos de alienação fiduciária, ainda que existente previsão legal expressa autorizando a prisão civil, o egrégio Primeiro Tribunal de Alçada Civil de São Paulo averbou:

“Não tendo por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depositário, nem depositário infiel a justificar a prisão civil, que resulta em fla-

grante ilegalidade — A equiparação do fiduciante ao depositário deve ser banida do direito — *Habeas corpus* concedido” (HC n. 546.443-1/SP, rel. Juiz Aloísio de Toledo César).

No mesmo diapasão, assinalou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Ilegal é o decreto de prisão civil expedido contra o devedor fiduciante, porque este não pode ser considerado depositário infiel” (HC n. 3.227-6/DF, DJU de 11/9/95, rel. Min. Anselmo Santiago).

“Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por ‘equiparação’ para reforço às garantias em favor dos credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar de direito maior à liberdade, e imune a leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel” (REsp n. 3.413/RS, DJU de 9/9/91, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

“Não há como se admitir a ameaça de prisão decorrente do texto legal pela eventual inexistência do bem depositado, sabido que a privação da liberdade por causa tal se contrapõe ao princípio constitucional de impossibilidade de prisão por dívida” (REsp n. 3.909/RS, DJU de 29/10/90, pág. 12.145, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“A Constituição da República enseja a prisão civil, por dívida, em dois casos: inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e do depositário infiel (art. 5º, LXVII). No depósito, a coisa é entregue a terceiro para restituí-la, quando solicitada, a quem de direito. A hipótese não se confunde com o depósito (alienação fiduciária); aqui, constitui cláusula de reforço para honrar obri-

gação civil. A restituição não é o fim em si mesma. Ao contrário, roteiro para compelir o devedor a efetuar o pagamento. Está superada a quadra histórica que enseja a prisão por dívida civil” (RSTJ, a. 8, 83, julho 1996, pág. 316, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

“Constitucional. Civil. Processual penal. Contrato de alienação fiduciária. Devedor-fiduciante. Inadimplemento de obrigação. Prisão civil como depositário infiel. Impossibilidade. CF, art. 5º, LXVII. CC, art. 1.265/87, Decreto-Lei n. 911/69.

— Segundo a ordem jurídica estabelecida pela Carta Magna de 1988, somente é admissível prisão civil por dívida nas hipóteses de inadimplemento voluntário e inescusável de obrigação alimentícia e de depositário infiel (CF art. 5º, LXVII).

— O devedor-fiduciante que descumpre a obrigação pactuada e não entrega a coisa ao credor-fiduciário não se equipara ao depositário infiel, possível de prisão civil, pois o contrato de depósito, disciplinado nos arts. 1.265 a 1.287, do Código Civil, não se equipara, em absoluto, ao contrato de alienação fiduciária.

— A regra do art. 1º do Decreto-Lei n. 911/69, que equipara a alienação fiduciária em garantia ao contrato de depósito, perdeu a sua vitalidade jurídica em face da nova ordem constitucional” (HC n. 3.552-6/SP, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 6/11/95).

Colacione-se, a propósito, ainda os seguintes julgados:

“Prisão civil – Dívidas – Subsistência legal. O fato de o Brasil haver subscreto o Pacto de São José da Costa Rica, situado no mesmo patamar da

legislação ordinária, resultou na derrogação desta no que extrapolava a hipótese de prisão civil por inadimplemento de prestação alimentícia” (STF, HC n. 74-383/MG, j. 22/10/96, rel. Min. Marco Aurélio).

“Embora se comungasse, anteriormente, do entendimento de que possível seria a prisão do depositário no âmbito da alienação fiduciária, hoje já não se acolhe tal orientação, apesar de se reconhecer que a matéria não está pacificada na jurisprudência. Na realidade, se está à face de prisão por dívida vedada constitucionalmente (art. 5º, LXVII). Dito contrato não tem por finalidade a guarda, mas a garantia, não há depósito nem depositário infiel a justificar a prisão. O fiduciante não está guardando coisa alheia, os bens são do próprio devedor, dados em garantia” (RT 719/146).

“A prisão civil, na visão constitucional, tem por objeto um contrato real, o de depósito, não avença pessoal que decorre do contrato de alienação fiduciária, como instituto destinado a oferecer maior segurança às operações de crédito no mercado de títulos e valores.

“Pode-se entregar legitimação ao credor fiduciário para a ação de depósito, para o alcance da garantia (art. 902, I, do CPC) e para o procedimento executório (art. 906 do CPC), em face do poder legiferante ordinário. Não tem, contudo, o credor de dívida civil, decorrente de empréstimo fiduciário, legitimação para pedir a prisão do devedor insolvente (art. 902, § 1º, do CPC), em face da limitação constitucional da coerção física (art. 5º, LXVII, da CF)” (RT 721/139).

“Não cabe prisão, no caso de ação de depósito fundada em alienação fiduciária. Inexiste o depósito, em tal caso. Não se configura aqui a hipótese excepcional em que a Constituição admite a prisão do devedor civil inadimplente. O comprador de um bem, que não teve a intenção de fazer um contrato de custódia, mas sim de adquirir o domínio e de consumir a coisa não é um verdadeiro depositário. Ademais, a expressão ‘na forma da lei’, constante da Constituição anterior, o que ensejava a interpretação, aliás errônea, de que ela permitisse a prisão dos inadimplentes de compras a crédito, foi excluída pela CF de 1988, art. 5º, LXVII, certamente para restringir ao máximo a prisão excepcional” (ADV Jurisprudência, Civil e Comercial, ano 1994, pág. 396, verbete n. 65.894).

“O instituto da alienação fiduciária em garantia traduz-se em uma verdadeira *aberratio legis*: o credor fiduciário não é proprietário; o devedor fiduciante não é depositário. A ‘prisão civil por dívida do depositário infiel’ do art. 5º, inciso LXVII, da Constituição Federal, só pode ser aquela tradicional (CC — art. 1.265)” (ADV Jurisprudência, 1995, pág. 588, verbete 70.836).

Pronunciando-se a respeito, *Couto e Silva* acentua:

“(…) é claro que para caracterizar o depósito é preciso que o negócio jurídico tenha por finalidade a guarda. Se a finalidade for de garantia, não se tratará de depósito” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo : Forense, vol. IX, tomo I, pág. 58).

Sobre o assunto, transcreve-se o ensinamento do insigne Des. Décio

Antônio Erpen, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, quando expôs:

“Os bancos adotaram como praxe isso, quer dizer, eles descobriram esse artifício, essa artimanha de compelir o devedor a pagar a conta mediante ameaça de prisão. Parece-me até que está tipificada aquela figura, que o art. 160 do CP chama de extorsão indireta. Tudo indica que é isso que está acontecendo, porque têm vindo muitos processos e isso é sintomático. Todos com o mesmo artifício. Então, acho que devemos coibir isso, porque não é um fato isolado, é uma gama de fatores.

“Eles continuam como um contrato de mútuo, mas eu tiraria essa garantia acessória que priva a liberdade do cidadão, ferindo um princípio constitucional, princípio até humano” (RJRGS n. 121/316).

Do mesmo teor é a manifestação do colendo Tribunal de Alçada do Estado de São Paulo, ao pronunciar-se em 18/5/93 sobre a prisão civil na alienação fiduciária, em acórdão publicado na Revista de Jurisprudência Escolhida, vol. 2, pág. 274.

Colhe-se do corpo do referido acórdão a seguinte lição:

“Realmente, a prisão civil na alienação fiduciária decorre de evidente artifício odioso, oriundo de prepotência do poder econômico imperante no capitalismo selvagem.

“A figura do depositário, no caso, não se faz presente, em essência, de modo a se poder conceituá-lo como infiel. Daí, aliás, não tendo o texto constitucional — desta e da anterior *Magna Lex* — caracterizado o que seja o depositário infiel, deixar o exame para o caso concreto a ser tratado pe-

la lei ordinária, albergando, desde logo, o existente no Código Civil (arts. 1.282 e ss.).

“Por conseguinte, em princípio, constitucionalmente admissível a prisão do depositário infiel. Nos casos de alienação fiduciária, porém, quando o devedor passa a ser equiparado, pelo art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69, àquele depositário infiel do art. 1.287 do Código Civil, submetendo o devedor, impropriamente, à ação de depósito dos arts. 901 a 904 do CPC, tem-se como inconcebível essa prisão. O fiduciante, na espécie, não está guardando coisa alheia. Os bens são do próprio devedor, somente dados em garantia. O artifício adotado pelo legislador, portanto, torna a norma ilegal, porque não se alicerça nos princípios gerais de direito civil e comercial. A alienação do domínio, que se pretende na alienação fiduciária, resulta em pura ficção, o que afasta até mesmo a pertinência da ação de depósito.

“O art. 1.287 do Código Civil observa princípio de tipicidade, restrito aos casos de contrato de depósito (arts. 1.265 e ss. do Código Civil), sendo vedado, venha, até mesmo por outra lei, se estender, por ficção, a hipótese diversa.

“A equiparação do fiduciante ao depositário, por conseguinte, é ilegal e deve ser banida do nosso direito pátrio, principalmente depois da volta ao Estado de Direito, não mais se concebendo a ação de cobrança sob ameaça de prisão, o que, na realidade, emerge da alienação fiduciária prevista no art. 4º do Decreto-Lei n. 911/69.

“Princípio fundamental de hermenêutica, a ser aplicado também na hipótese, encontramos no art. 5º da

Lei de Introdução ao Código Civil: 'Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum'. Não basta, desse modo, o esforço jurisprudencial para que se restrinja o valor do depósito impeditivo da prisão civil, a fim de que esta seja possível somente dentro dos mais estritos limites. É necessário que se fulmine o texto legal — através do pronunciamento dos pretórios, fonte da hermenêutica viva — dada a sua incompatibilidade com a conceituação da figura do depositário infiel (art. 1.287 do Código Civil), que, em face da gravidade dessa medida, não pode ser concebida por mera ficção, porque tal procedimento resulta injurídico”.

Inviabilizada, em ação de depósito embasada nos ditames do Decreto-Lei n. 911/69, a decretação da prisão civil do devedor, resta sem qualquer utilidade a mesma ação, tendo em vista que, nela, a segregação civil do devedor, como forma de compeli-lo a entregar o bem financiado ou depositar o seu equivalente em dinheiro, era o resultado que teria força obrigatória para o cumprimento do desiderato buscado pela credora.

Inexistente juridicamente depósito nos contratos de alienação fiduciária em garantia, a conversão da ação de busca e apreensão em ação de depósito, da mesma forma, é inviável, uma vez que não se pode pretender buscar, pela via especial do art. 901 do Código de Processo Civil, algo que é materialmente incompatível com o veículo processual escolhido.

A ação de depósito, seja na sua compleição originária, seja como decorrência da frustração da ação de

busca e apreensão intentada com fulcro nos permissivos do Decreto-Lei n. 911/69, presta-se, apenas e somente, à obtenção da devolução do bem depositado, sob pena de a essa devolução ou à consignação do equivalente em dinheiro, ser compelido o depositário com a sua segregação civil.

Inexistente, como já acentuado, depósito nos contratos garantidos por alienação fiduciária, não há lugar para a ação específica.

Como observa o douto Sérgio Sahione Fadel:

“A ação de depósito, regulada no presente capítulo, é o instrumento de execução seja do contrato de depósito (depósito voluntário), seja da relação de depósito necessário (arts. 1.282 e seguintes do Código Civil), seja ainda do depósito judicial quando descumprido o mandado de entrega deferido pelo juiz da ação em que aquele ocorreu” (Código de Processo Civil Comentado. Rio de Janeiro : José Konfino Editor. 1974, Tomo V, pág. 22).

Na continuidade, ensina o abalizado doutrinador:

“Como diz o texto, o objeto da ação é a restituição da coisa. Busca-se a coisa *in natura*, admitindo-se, contudo, possa o depositário, que a tenha perdido ou em mãos de quem tenha desaparecido, depositar o equivalente em dinheiro” (pág. 23).

Mesmo porque, conforme registra o lapidar Adroaldo Furtado Fabrício, nas ações de depósito sustentadas em pactos de alienação fiduciária:

“(…), ao contrário do ocorrente nos casos comuns, em que o autor

tem direito à restituição da coisa, ainda quando o depositário prefira prestar o equivalente, no caso em exame, é o inverso que se dá: o objetivo principal do autor é receber dinheiro, não o bem (...).

“Tudo isso, aliás, confirma o artificialismo, a que cedo aludimos, da ‘equiparação’ do fiduciante ao depositário. Tem-se, em verdade, uma ação de cobrança sob ameaça de prisão, e sua consagração legislativa é atestado de veras eloqüente do poderio que entre nós alcançaram as empresas que comerciavam dinheiro. Os males que daí advieram e ainda advirão como conseqüência do abuso do poder econômico, possivelmente forçarão, em futuro próximo, o reexame da constitucionalidade das disposições legais em foco” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Forense. 1980, VIII vol., Tomo III, pág. 224).

Segundo o mestre *José Carlos Moreira Alves*, in *A ação de Depósito e o Pedido de Prisão*, publicado na Revista de Processo n. 36, São Paulo : RT, 1984:

“a *ratio* da ação de depósito como procedimento especial é a de pôr à disposição do depositante instrumento processual mais eficaz que a ação ordinária seguida de execução, graças à prisão ou possibilidade de prisão civil do réu”.

Desse modo, inexistente essa possibilidade de prisão civil, a ação de depósito, nos casos de alienação fiduciária em garantia, está condenada ao desaparecimento, devendo ser tida, mesmo, como abrogada.

Em hipótese análoga à destes autos deixamos registrado:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Conversão em ação de depósito. Inexistência, entretanto, de depósito. Extinção do feito. Sentença confirmada. Reclamo recursal desagasalhado.

“Nos contratos garantidos por alienação fiduciária inexistente, em verdade, depósito. E ação de depósito presta-se, apenas, para a recuperação do bem efetivamente depositado. Inexistindo, propriamente, depósito em tais contratos, não há lugar para a ação específica, que tem como um dos seus pressupostos, exatamente, a possibilidade de prisão civil do depositário para, com força coativa, compeli-lo a devolver a coisa. E descabe a prisão civil, nos termos da jurisprudência majoritariamente predominante, no caso de depósito por equiparação” (Ap. Cív. n. 2000.005656-1, de Criciúma).

E, em julgamento mais recente, enfatizamos:

“Alienação fiduciária — Busca e apreensão — Bem não encontrado — Conversão em ação de depósito — Inviabilidade — Extinção — *Decisum* incensurável — Apelo desacolhido.

“Na forma do art. 5º, LXVII, da Carta Magna de 1988, a prisão civil restringe-se às hipóteses de inadimplemento voluntário de obrigação alimentar ou de depositário infiel, nos casos de depósito voluntário ou necessário. O depósito por mera equiparação, como o ocorrente nos contratos garantidos com alienação fiduciária, está excluído da proteção constitucional.

“Nos ajustes de alienação fiduciária, submetidos à disciplina do Decreto-Lei n. 911, frustrada a ação de busca e apreensão, em face da não localização do bem alienado, não mais

se justifica a sua conversão em ação de depósito, vez que esta tem, como seu pressuposto precípuo, compelir o depositário a entregar o bem em seu poder sob pena de segregação civil. E inadmitida essa sanção, em hipótese como a dos autos, falta ao credor interesse processual em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito, já que esta, no apontado contexto, não tem qualquer eficácia, destituindo, do provimento judicial perseguindo, os requisitos de necessidade e utilidade” (Ap. Cív. n. 2001.003989-3, da Capital).

Da mesma forma, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em precedente totalmente identificado com a hipótese aqui versada, disse:

“Sendo incabível a cominação de prisão na espécie, uma vez que o bem alienado já pertencia ao patrimônio do devedor, quando da celebração do contrato, e possuindo o credor nota promissória exequível referente à mesma dívida, falta-lhe interesse processual em converter a busca e apreensão frustrada em ação de depósito. A ação de depósito, nesse contexto, perde eficácia, não remanescendo interesse processual ao banco recorrente, em face da ausência do binômio necessidade-utilidade do provimento judicial” (REsp n. 218213/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU de 29/11/99).

Ainda, no mesmo sentido:

“Alienação fiduciária – Busca e apreensão – Conversão em depósito – Inadmissibilidade – Medida que só se justifica para obrigar o depositário a entregar a coisa, sob pena de prisão civil – Norma do art. 5º, LXVII, da CF, que veda a segregação por dívida, somente a admitindo nos casos de falta

de pagamento de pensão alimentícia e de depositário infiel *tout court*, hipóteses em que não se enquadra o devedor fiduciário.

“A conversão da ação de busca e apreensão em depósito somente se justifica para obrigar o depositário a entregar a coisa, sob pena de prisão civil, inaplicável nos casos decorrentes de alienação fiduciária, nos termos do Decreto-Lei n. 911/69, uma vez que a Constituição Federal, em seu art. 5º, LXVII, veda a prisão por dívida, somente a admitindo nos casos de falta de pagamento de pensão alimentícia e de depositário infiel *tout court*, hipóteses em que não se enquadra o devedor fiduciário” (TJMT, 3ª Turma, Ag. 2000.001869-4, rel. Des. Hamilton Carli, j. 7/2/2001).

Saliente-se, ademais, que a fiscalização da existência das condições da ação, por ser matéria de ordem pública, pode ser exercida de ofício em qualquer tempo e grau de jurisdição, conforme o art. 267, § 3º, do nosso Diploma Processual Civil, *in verbis*:

“O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não proferida a sentença de mérito, da matéria constante dos ns. IV, V e VI”.

Acerca do assunto Humberto Theodoro Júnior anota:

“A proclamação da ausência de condição da ação e a conseqüente decretação de extinção do processo podem ocorrer por provocação da parte ou por iniciativa oficial do juiz (art. 267, § 3º).

“As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a

qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido” (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 15ª ed. Rio de Janeiro : Forense, 1995, pág. 312).

O lapidar Egas Moniz de Araújo doutrina:

“Tais itens extravasam do poder dispositivo das partes, ficando incluídos entre os que se sujeitam à investigação de ofício pelo Estado, como uma das conseqüências de ser a ação um direito contra ele exercitável que, por isso, lhe dá o poder respectivo, de examinar de ofício os pressupostos do processo e as condições da ação, mesmo que ocorra a revelia do réu” (Comentários ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro : Ed. Forense, vol. II, pág. 536).

E os preclaros Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery comentam:

“Exame de ofício. Como são matérias de ordem pública, as causas de incisos IV (pressupostos processuais), V (coisa julgada, litispendência e preempção) e VI (condições da ação) podem ser alegadas a qualquer tempo e grau de jurisdição, porque não acobertadas pela preclusão, e devem ser examinadas de ofício pelo juiz ou tribunal. Entenda-se por ‘qualquer grau de jurisdição’ os da instância ordinária (primeiro e segundo graus, até os embargos infringentes), não se incluindo nesta locução as instâncias extraordinárias do RE e do REsp (RTJ 105/267)” (Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, pág. 532).

Outro não poderia ser o entendimento defendido por este Tribunal:

“As condições da ação, sendo requisitos de legitimidade da própria atuação do Poder Jurisdicional (arts. 2º e 3º), podem ser examinadas a qualquer tempo, não se sujeitando à preclusão, enquanto não houver sentença de mérito, ainda mesmo que o saneador reste irrecorrido” (Ap. Cív. n. 49.409, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Acerca do interesse processual, ensina o emérito Humberto Theodoro Júnior:

“O interesse processual, a um só tempo, haverá de traduzir-se numa relação de necessidade e também de adequação do provimento postulado, diante do conflito de direito material trazido à solução judicial.

“Mesmo que a parte esteja na iminência de sofrer um dano em seu interesse material, não se pode dizer que exista o interesse processual, se aquilo que se reclama do órgão judicial não será útil juridicamente para evitar a temida lesão. É preciso sempre que o pedido apresentado ao juiz traduza formulação adequada à satisfação do interesse contrariado, não atendido, ou tornado incerto” (Curso de Direito Processual Civil. Rio de Janeiro : Ed. Forense. 22ª ed., 1997).

A respeito, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, registram:

“(…) Existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático. Movendo a ação errada ou utilizando-se do procedimento incorreto, o provimento jurisdicional não lhe será útil, razão pela

qual a inadequação procedimental acarreta a inexistência de interesse processual (...)” (Código de Processo Civil Comentado. 3ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais. 1997, pág. 532).

Destarte, inexistindo, na espécie, a figura do depositário nos ajustes de alienação fiduciária em garantia, a extinção do feito sem julgamento do mérito é medida inquestionavelmente necessária, por ausência de uma das condições da ação, qual seja, o interesse processual.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, é que se extingue o processo de ofício, com fulcro no art. 267, § 3º, do

CPC, em virtude da carência da ação, invertendo-se os encargos da sucumbência, restando, em consequência, prejudicada a insurgência apelatória promovida pelo demandado.

O julgamento foi presidido pelo Relator, dele participando, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010206-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Embargos de terceiro — Imóvel penhorado que não integra o patrimônio da embargante — Ilegitimidade ativa corretamente reconhecida — Honorários advocatícios — Fixação de acordo com os parâmetros estabelecidos no art. 20, § 4º, do CPC — Litigância de má-fé — Condenação — Decisão acertada — Recurso desprovido.

— “*É parte ilegítima para a propositura de embargos o terceiro que não guarda vínculo de titularidade com o bem cuja constrição judicial se quer afastar*” (Ap. Cív. n. 98.012053-5, de São José).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010206-2, da comarca da Capital (6ª Vara), em que é apelante o Auto Posto da Vovó Ltda., sendo apelado Bruno de Oliveira:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Embargos de terceiro opostos pela empresa Auto Posto da Vovó Ltda., objetivando a “anulação” da penhora procedida em imóvel pertencente ao seu patrimônio, constrictado na execução promovida por Bruno de Oliveira contra Terezinha de Jesus

Costa e Sérgio Antônio Costa, já que o “patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o da pessoa física, e vice-versa, não podendo, portanto, aquela responder com o seu patrimônio, em execução demandada contra pessoa física, mesmo que esta seja um de seus sócios quotistas”. Em prol de suas assertivas, colaciona diversos julgados dos Tribunais, requerendo, a final, a concessão de liminar (deferida à fl. 32), e bem assim a procedência dos embargos, juntando, para tanto, os documentos de fls. 7/15.

Citado, o embargado ofereceu contestação. Preliminarmente, argüiu a litigância de má-fé da embargante, ao mencionar “fato não verdadeiro”, posto que o bem, na realidade, pertence à executada acima mencionada. No mérito, alegando os mesmos fatos, pediu a improcedência, que foi acolhida pelo Magistrado após cumpridas as determinações de fls. 17, 45 e 56.

Apelou a vencida, aduzindo que, tendo a penhora “englobado o posto de combustível e suas benfeitorias”, e estas realizadas com recursos próprios, legítima se mostra a pretensão na defesa de tais “investimentos” por meio dos presentes embargos, não havendo, pois, falar em litigância de má-fé, porquanto ausentes as disposições a que aludem os arts. 17 e 18 do Código de Processo Civil. Quanto à verba honorária, pediu a “desconstituição”, e, se assim não fosse entendido, a “adequação na forma manifestada pela jurisprudência”.

Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal.

II — Voto

Compulsando a execução em apenso (Processo n. 023.95.002435-6), observa-se que visa à percepção da importância de Cr\$ 5.900.000,00, representada por uma nota promissória de igual valor, emitida em 13 de julho de 1990 por Terezinha de Jesus Costa e Sérgio Antônio Costa, com vencimento para 14 de novembro daquele ano (fl. 4).

Em 7 de novembro de 2000 (fl. 145 da execução apensa), houve a penhora do imóvel objeto dos embargos, consistente no “posto de abastecimento e lavagem de alvenaria, sob o n. 329, e as benfeitorias existentes e o respectivo terreno, com a área de 945,00m², situado à Rua Lauro Linhares, na Trindade”. Referido bem, de acordo com a carta de adjudicação extraída dos autos n. 307 (fl. 28 verso), foi transferido à executada Terezinha, sócia da embargante, permanecendo em nome desta “até a presente data”, consoante ponderou (fl. 43) a Titular do 2º Ofício de Registro de Imóveis da Capital, ocasião em que deixou consignado, também, que a “expressão adquirente, constante do R-18, refere-se à aquisição de produtos da transmitente, Texaco Brasil S.A.”, pela adquirente aqui embargante, Auto Posto da Vovó Ltda., constando como “interveniente hipotecante, a Sra. Terezinha de Jesus Costa”. Tal fato é corroborado pela cláusula décima, da escritura pública de promessa de compra e venda (fls. 59/64), firmada em 3 de agosto de 2000, posteriormente, portanto, à constituição da embargante, verificada em 26 de abril de 2000 (fls. 9/11), na qual a referida sócia se intitula como proprietária, ao as-

severar possuir o aludido imóvel “livre e desembaraçado de quaisquer ônus, dívidas ou litígios...”.

Por isso asseverou o Magistrado que “é certo e indubitado que, em tendo as pessoas jurídicas existência distinta da de seus membros, *ex vi* do art. 20 do Código Civil, não respondem as mesmas pelas dívidas particulares de seus sócios. Entrementes, no caso vertente, se em princípio, e mediante verdadeiro ardil, quando não embuste, logrou êxito a embargante induzir em erro este Juízo quando, ao acenar com uma fantasiosa e inexistente investida ao seu patrimônio social fazendo com que viesse a ser suspenso o praxeamento do imóvel penhorado no pleito executório que, praticamente já se arrasta há mais de dois lustros insolúvel perante este Juízo, por obra e graça de infundáveis proteções processuais já agora, diante da copiosa documentação carreada aos autos, restou esclarecido, sem reboço, que o imóvel constritado em reforço de penhora, objeto da matrícula 1.742, ao contrário do que procurou em vão fazer crer, por força de adjudicação levada a efeito nos autos do Inventário dos bens deixados por seu marido, desde 29/10/1987, passaram a integrar seu patrimônio pessoal, o que ocorre até os dias atuais, não havendo, *jamais*, sido transmitido a qualquer título em favor de terceiros, inclusive à sociedade por cotas de responsabilidade limitada ora embargante que veio a constituir em companhia de um dos netos em data de 26/4/2000, circunstância esta de pleno conhecimento da devedora Terezinha de Jesus Costa. E tanto assim o é que, na condição de *Titular do Domínio* do imóvel penhorado, veio a deve-

dora, e não a sociedade da qual participa, a instituir sobre o propalado imóvel o gravame da hipoteca em favor de terceiro, ostentando, para tanto, a qualidade de *interveniente hipotecante*, o que deixa aflorar, com clareza meridiana, a flagrante e manifesta ilegitimidade *ad causam* da ora embargante para figurar no pólo ativo da relação jurídica-processual” (fl. 73).

Como se vê, a comprovação de que o bem constritado pertence à embargante não restou demonstrada nos autos, a teor do art. 333, I, do CPC, pelo que a rejeição dos embargos, por ausência de legitimação, era medida que se impunha.

Nesse sentido, as decisões que seguem:

“É parte ilegítima para a propositura de embargos o terceiro que não guarda vínculo de titularidade com o bem cuja constrição judicial se quer afastar” (Ap. Cív. n. 98.012053-5, de São José, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Embargos de terceiro.

— “É do embargante, nos termos do art. 333, I, do CPC, o ônus da prova quanto ao fato constitutivo do seu direito. Indemonstrada, estreme de dúvida, a propriedade do embargante em relação aos bens constritados, são os embargos julgados improcedentes.

— “Desprovemento ao apelo, alterado apenas o dispositivo da sentença de ‘extinção do processo, na forma do art. 267, VI, do CPC para improcedência dos embargos”” (Ap. Cív. n. 46.991, de Joinville, rel. Des. João José Schaefer).

— “Embargos de terceiro. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Esbulho judicial. Não caracterização. Ausência de prova da posse.

— “Ausente a prova da posse ou da propriedade sobre o bem objeto de constrição judicial, inevitável a improcedência dos embargos do terceiro.

— “Recurso desprovido” (Ap. Cív. n. 97.005065-8, de Blumenau, rel. Des. Silveira Lenzi).

No que diz respeito à litigância de má-fé, devem permanecer os percentuais fixados (1% e 10% sobre o valor dado à causa), por ter a recorrente alterado a verdade dos fatos, levando o Juízo, inclusive, à suspensão da hasta pública (fl. 17), postergando, assim, a “efetiva entrega da prestação jurisdicional reclamada pelo embargado, que procura haver os direitos creditórios que lhe são devidos desde o dia 14/novembro/1990, ou seja, quando já passados mais de 11 (onze) anos da data em que deveriam os mesmos ter sido adimplidos”. Outros-

sim, no tocante ao ônus da sucumbência, que deve ser suportado pela recorrente, não se pode pretender redução da verba honorária, posto que o percentual arbitrado (10%) remunera condignamente o abnegado profissional, considerando o julgamento antecipado da lide e o valor atribuído à causa (R\$ 91.347,82), que, aliás, encontra-se em consonância com o cálculo estampado à fl. 134 da execução, pelo que deve ser mantido.

III — Decisão

Isso posto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se incólume a sentença por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.009570-0, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Newton Trisotto

Tributário – ICMS – Crédito decorrente da aquisição de bens destinados ao uso ou consumo ou à integração ao ativo permanente (fixo) – Limites ao creditamento – Leis Complementarres ns. 87/96 e 102/2000 – Compensação – Direito inexistente.

1. Fixada a premissa de que o inc. II do art. 31 do Convênio Confaz 66/88 não viola o princípio da não-cumulatividade do ICMS (CF/88, art. 155, § 2º, I; RE n. 200.168, Min. Ilmar Galvão), é forçoso concluir que o art. 20 da Lei Complementar n. 87/96 – que permite ao contribuinte creditar-se do imposto anteriormente cobrado em opera-

ções de que tenha resultado a entrada de mercadoria “destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente” – constitui um benefício, que pode ser restringido, como o fez o legislador ao editar a LC n. 102/00.

Não sendo inconstitucional o § 5º do art. 20 da LC n. 87/96, não tem o contribuinte direito de creditar-se, de uma só vez e integralmente, do ICMS incidente sobre a aquisição de bens destinados ao ativo permanente, ao uso ou consumo.

2. O Código de Defesa do Consumidor não incide nas relações jurídicas de natureza tributária (REsp n. 261.367, Min. Humberto Gomes de Barros).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.009570-0, da comarca de Criciúma (Vara dos feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é apelante De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar as preliminares e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

De Lucca Revestimentos Cerâmicos Ltda. ajuizou “ação declaratória com pedido de tutela antecipada” contra o Estado de Santa Catarina.

Narra que “foi notificada pelo réu em 28/2/97, sob a infundada alegação de que apropriou-se indevidamente de imposto relativo à entrada de bens ao ativo imobilizado sob a forma de créditos extemporâneos”. Afirma que a “cobrança do débito referente ao Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços — ICMS fere os princípios constitucionais da Capacidade Contributiva e da Não-Cumulatividade” e que o seu di-

reito aos créditos do imposto é absolutamente legal. Também questiona o valor da multa. Requereu, ao final, que “seja julgada *procedente* a presente ação, para declarar nulo o auto de infração em anexo, de n. 52662509, lavrado em 11/11/97, reconhecendo-se o direito da Autora no aproveitamento dos créditos extemporâneos apontados nessa peça, devidamente atualizado com juros e correção monetária, condenando-se a Ré em custas processuais, honorários advocatícios e demais cominações de lei”. Alternativamente, requereu que, “caso V. Exa. assim não entenda, declarando a nulidade do auto de infração, seja declarado o direito da Autora em pagar dito imposto com juros de mora de 1% ao mês, correção monetária, com exclusão da multa, e, se desta forma não se entender, que a multa seja no máximo de 2% sobre o valor do débito, a teor do que dispõe a Lei n. 9.298/86, artigo 52, parágrafo primeiro” (fl. 27).

Apresentada a contestação (fls. 95/108), o Juiz Hélio do Vale Pereira julgou improcedente o pedido (fls. 129/139), registrando na sentença:

“O ICMS é não-cumulativo não por buscar simplesmente reduzir os custos de comercialização, mas para

evitar que uma mesma mercadoria seja ininterruptamente onerada.

“Em conseqüência, os demais insumos empregados no processo econômico, desde que não se incorporem materialmente à mercadoria, não recebem os influxos da não-cumulatividade.

“Este o ponto de vista defendido pelo Fisco e que contava com o beneplácito do Convênio n. 66/88, à época vigente.

(...)

“A superveniência da Lei Complementar n. 87/96, dispondo diferentemente, não infirma este pensamento.

“Razões de política fiscal – do domínio do legislador e de natureza subjacente à atividade normativa — levaram o sujeito ativo da relação fiscal a abdicar da exata conceituação da não-cumulatividade, com isto acatando a possibilidade de creditamento quanto a bens que incrementarão o ativo fixo ou serão expostos ao consumo.

“Não se trata de interpretar, mas de inovar originariamente no panorama legislativo. Aliás, parece desarrazoado que a novel norma seja interpretativa se é exatamente antagônica à anterior. Não se prestam normas inferiores à Constituição a interpretá-la: haveria subversão hierárquica que conduziria à anarquia jurídica.

“Insuficientes fossem estes argumentos, caberia, pelo menos, prestigiar a organicidade do Direito, fazendo eco às determinações jurisprudenciais, não sensíveis à cupidez empresarial. Ali encontra-se a justa configuração do princípio da não-cumulatividade.

(...)

“Os encargos, por igual, merecem ser prestigiados.

“Empolga-se, aqui, indignação com a forma de cálculo da correção monetária, afirmando que houve a utilização de índices exorbitantes. Mas nada demonstra, de plausível, quanto ao vício.

“O mesmo vale para a acentuada capitalização de juros, sem qualquer suporte fático. Com efeito, não se revelou, nem sequer indiciariamente, que tenha havido soma de juros sobre juros, nada podendo extrair-se nessa direção a partir do arazoado da postulante ou dos próprios termos do título executivo e respectivos cálculos.

“Tampouco suficiente a anexação de planilha de cálculo, justo que elaborada em desconformidade com os critérios legais. Basta dizer que na conta foi radicalmente reduzido o percentual da multa.

“Por seu turno, a sanção aplicada conta com explícita aquiescência normativa.

(...)

“Não há, outrossim, vinculação da multa aos limites do Código de Defesa dos Direitos do Consumidor.

(...)

“Os juros moratórios têm plena aplicabilidade, independentemente da existência de multa. É que possuem finalidades distintas. A multa, já se viu, visa à expiação da quebra do dever de pagamento; os juros, diversamente, buscam recompor o patrimônio do credor, lesado pela inadimplência. Lá, há caráter aflitivo, exclusivamente; aqui, ressarcitório. São verbas compatíveis.

(...)

“Ocorre que relativamente à destinação da multa, falece interesse processual à embargante para encetar discussão a respeito da simples utilização dos recursos advindos da multa tributária, pois se cuida de fato que em nada, absolutamente nada, repercute em sua esfera patrimonial” (fls. 131/138).

A vencida interpôs apelação, reeditando nela os argumentos e requerimentos expendidos na petição inicial. Aduziu, ainda, que o processo é nulo, pois lhe foi cerceado o direito à ampla defesa.

O apelado pugna pela manutenção da sentença (fls. 175/189); o Procurador de Justiça Raulino Jacó Brüning, pela “decretação de nulidade do processo a partir do momento em que o representante do Ministério Público deveria intervir” (fl. 200).

II — Voto

1. Sobre a ação declaratória, dispõe o Código de Processo Civil:

“Art. 4º. O interesse do autor pode limitar-se à declaração:

“I – da existência ou da inexistência de relação jurídica;

“II – da autenticidade ou falsidade de documento.

“Parágrafo único. É admissível a ação declaratória, ainda que tenha ocorrido a violação do direito”.

Como qualquer outra ação, também a admissibilidade da declaratória é condicionada à satisfação dos pressupostos processuais. Conforme João Batista Lopes, “os pressupostos processuais e as condições da ação se apresentam, na ação declaratória, de um modo geral, com os mesmos contornos encontrados nas outras espécies de

ação” (Ação declaratória, RT, 5ª ed., 2002, pág. 52).

Entre esses pressupostos, *in casu* tem relevância o *interesse de agir*. Na declaratória, consiste na necessidade e utilidade de se “declarar a certeza da existência ou inexistência de relação jurídica, ou de autenticidade ou falsidade de documento (art. 4º)” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de direito processual civil, Forense, 38ª ed., 2002, vol. I, pág. 56).

Os termos da contestação revelam que há controvérsia acerca da relação jurídica que deu causa à demanda. De acordo com precedentes do Superior Tribunal de Justiça, presta-se a ação declaratória para os fins visados pela autora:

“Não é vedado à parte utilizar a ação declaratória para pleitear o reconhecimento do direito ao creditamento, com correção monetária, de valores que acredita terem sido recolhidos indevidamente a título de correção monetária do ICMS. A ação terá, em verdade, efeito repetitório, uma vez que, para a parte, se reconhecida a inexistência da relação jurídico-tributária, surgirá o direito ao crédito” (REsp n. 188.983, rel. Min. Franciulli Netto).

“ICMS – Créditos – Correção monetária – Ação declaratória. Hoje é pacífico o entendimento de que é a ação declaratória meio próprio para se discutir o cabimento ou não de correção monetária em créditos tributários” (REsp n. 109.471, rel. Min. Garcia Vieira).

“Processual. Ação declaratória. Questão tributária (crédito de ICMS) pressupostos processuais. CPC, arts. 4º, *i*, 128, 460 e 535.

“1. Obviado o conflito de interesses, ante a incerteza objetivada e atual, mostra-se idônea a ação declaratória para o acerto sobre a existência, ou não, da relação jurídica motivadora da pretensão deduzida.

“2. Recurso parcialmente provido” (REsp n. 78.719, Min. Milton Luiz Pereira).

Rejeito, pois, a prejudicial de carência de ação.

2. A autora ajuizou a ação declaratória “visando reconhecer como correto o lançamento à *crédito do ICMS* oriundo da aquisição de bens do *ativo imobilizado*” (fl. 4). Na petição inicial, inscreveu: “Por este motivo, entende a empresa autora, que não deveria ter atendido esse dispositivo Estadual [referindo-se ao inc. II do art. 52 do Decreto n. 3.017/89]. Entende também, que pela Constituição Federal está assegurado o seu direito de creditar-se de *todo o ICMS*, mesmo antes do advento da LC n. 87/96, incidente sobre bens adquiridos para compor seu ativo imobilizado, por configurar uma Circulação de Mercadoria típica como mais adiante se esclarece” (fl. 5).

Dos termos reproduzidos se infere, estreme de dúvida, que o pedido da autora está relacionado com o crédito de ICMS gerado da entrada, anteriormente à LC n. 87/96, de bens destinados a compor o seu ativo imobilizado. Não se poderia extrair outra conclusão, porquanto a lei citada assim prescreve: “Para a compensação a que se refere o artigo anterior, é assegurado ao sujeito passivo o direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbó-

lica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente, ou o recebimento de serviços de transporte interestadual e intermunicipal ou de comunicação” (art. 20). Ressalva a lei, no entanto, que “somente darão direito de crédito as mercadorias destinadas ao uso ou consumo do estabelecimento, nele entradas a partir de 1º de janeiro de 2003)” (art. 33, I, com a redação da LC n. 99/99).

O litígio tem a sua origem no Convênio Confaz ICMS n. 66/88, que assim dispunha:

“Art. 31. Não implicará crédito para compensação com o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes:

“I – a operação ou a prestação beneficiada por isenção ou não incidência, salvo determinação em contrário da legislação;

“II – a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento”.

O Estado subscreveu o convênio (Lei n. 7.547/89, art. 34, II; Decreto n. 3.017/89, art. 52, II).

Sustenta a autora que a edição da LC n. 87/96 tornou ainda mais óbvia a “contrariedade da proibição acima descrita quando a colocamos face à novíssima Lei Complementar n. 87/96, que, embora procure desvirtuar o direito ao crédito de ICMS oriundo da aquisição de bens para o ativo imobilizado, expondo-se como uma ‘autorização legal’, como um ‘benefício fiscal’, generosamente concedido, admite, no frigidar dos ovos, que o direito ao creditamento de ICMS na entrada de bens para o ativo imobilizado existe, sim, e pode ser exercido pelos contribuintes” (fl. 16).

Os defensores da tese da inconstitucionalidade do Convênio e das leis estaduais que o acolheram alegam que a vedação em referência fere o princípio constitucional da não-cumulatividade do ICMS (CF, art.155, § 2º, I).

Oswaldo Bispo de Beija assim sintetiza os argumentos dos que professam a tese contrária:

“24. Temos que, com todo o respeito às pessoas com opiniões em sentido contrário, o então vigente Convênio ICM n. 66/88, ao estabelecer o ‘regime de compensação do imposto’, não foi além do que determina a Carta Magna, dando contornos ao princípio da não-cumulatividade a partir do critério do crédito físico, eleito pelo constituinte originário, critério este que adiante vamos analisar com mais profundidade, sendo defeso, portanto, lançar na escrita fiscal, inclusive extemporaneamente, os valores de ICMS pertinentes a aquisições de bens destinados ao Ativo Permanente e de Materiais para Uso ou Consumo do estabelecimento, situação essa que, pela LC n. 87/96, já é de direito desde 1º/11/96, para o Ativo Permanente, e com as alterações introduzidas pela LC n. 99/99, somente será permitida a partir de 1º de janeiro de 2003, no tocante a Materiais de Uso ou Consumo”.

(...)

“73. Logo, não há como se deduzir que o direito ao crédito de bens destinados ao Ativo Permanente e dos Materiais para Uso e Consumo sempre existiu, sempre esteve no Texto de 1988, porquanto, como demonstramos, tal direito passou a ser legítimo a partir somente da edição da LC n. 87/96 e suas alterações, respei-

tando seu limite temporal em alguns casos. Ao contrário, foi essa lei que foi além do que determina a Constituição Federal e o STF já se expressou no sentido de que o Convênio ICM n. 66/88 é que ditou os critérios corretos ao tangenciar o princípio da não-cumulatividade, vedando os créditos referentes a aquisições de bens para o Ativo Permanente e aos Materiais para Uso ou Consumo, tendo como fundamento de validade a mesma Constituição Federal.

“74. Ora, se sempre foram de direito referidos créditos desde a Carta de 1988, porque então somente de uns tempos para cá (mais precisamente a partir da LC n. 87/96) é que a doutrina veio com mais ênfase abordar a questão desses créditos fiscais pelo critério do crédito financeiro?

“75. Por derradeiro, não obstante tudo isso, enquanto estiver em nosso mundo jurídico-pátrio, a LC n. 87/96, e suas alterações, é válida e eficaz, sendo de todo o direito o contribuinte lançar em sua escrita fiscal os valores a título de crédito de ICMS não limitados pelo tempo pela Lei Complementar em questão” (ICMS – Crédito fiscal sobre material de uso ou consumo e bem do ativo permanente na Constituição Federal e na Lei Complementar n. 87/96, *in* Revista Dialética de Direito Tributário, págs. 75/159 e 168).

Guardo reservas em relação à tese. Porém, é preciso conferir segurança jurídica aos sujeitos da relação tributária, que necessariamente passa pela *harmonização da jurisprudência*, como reiteradamente tenho afirmado (Ap. Cív. n. 2002.014712-0).

A *quaestio juris* é de índole constitucional. Ao Supremo Tribunal Federal compete, em última instância, interpretar a Constituição. Sobre o tema, tem decidido:

“Não implicará crédito para compensação o montante do imposto devido nas operações ou prestações seguintes, a entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento (art. 31, II, do Convênio ICMS n. 66/88). Se não há saída do bem, ainda que na qualidade de componente de produto industrializado, não há falar-se em cumulatividade tributária” (RE n. 200.168, Min. Ilmar Galvão).

Curvo-me à decisão da Corte Constitucional.

3. Fixada a premissa de que não é inconstitucional o inc. II do art. 31 do Convênio ICMS n. 66/88, que nega a geração de crédito desse tributo na “entrada de bens destinados a consumo ou à integração no ativo fixo do estabelecimento”, é forçoso concluir que o art. 20 da Lei Complementar n. 87/96, que permite ao contribuinte *de jure* o “direito de creditar-se do imposto anteriormente cobrado em operações de que tenha resultado a entrada de mercadoria, real ou simbólica, no estabelecimento, inclusive a destinada ao seu uso ou consumo ou ao ativo permanente”, constitui um benefício, que pode ser ampliado ou restringido, como o fez o legislador com a edição da LC n. 102/00. Não sendo inconstitucional o § 5º do art. 20 da LC n. 102/00, não tem o contribuinte direito de creditar-se, de uma só vez e integralmente, do ICMS incidente sobre a aquisição de bens destinados ao ativo permanente, uso ou consumo.

4. Dispõe o Código de Processo Civil que deve o Juiz indeferir as diligências e provas inúteis ou meramente protelatórias (art. 130) e conhecer diretamente do pedido “quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência” (art. 330, I).

No expressivo dizer do Ministro Francisco Rezek, “a necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líqüidos para embasar o convencimento do magistrado” (RE n. 101.171, rel. Min. Francisco Rezek, *in* RTJ 115/789).

E, se “presentes as condições que ensejam o julgamento antecipado da causa, é dever do juiz, e não mera faculdade, assim proceder” (REsp n. 2.832, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No caso *sub judice*, a matéria é unicamente de direito e prescinde, para a sua solução, de prova pericial.

5. O valor do tributo é atualizado monetariamente. Os juros de mora não excedem a 1% a.m.

Na relação tributária, a multa sempre assume caráter punitivo e, por via reflexa, inibitório da sonegação e da inadimplência, como é destacado por Sacha Calmon Navarro Coelho:

“No campo do Direito Privado, existem multas compensatórias ou indenizatórias e multas punitivas. A diferença é a seguinte: a multa punitiva visa sancionar o descumprimento do dever contratual, mas não o substitui,

e a multa compensatória aplica-se para compensar o não cumprimento do dever contratual principal, a obrigação pactuada, substituindo-a. Por isso mesmo, costuma-se dizer que tais multas são “início de perdas e danos”. Ora, se assim é, já que a multa moratória do Direito Tributário não substitui a obrigação principal – pagar tributo –, coexistindo com ela, conclui-se que a sua função não é aquela típica da multa compensatória, indenizatória, do Direito Privado (por isso que seu objetivo é tão-somente punir). Sua natureza é estritamente punitiva, sancionante” (Curso de direito tributário brasileiro, Forense, 1999, 2ª ed., pág. 642).

Em outra obra, produzida em conjunto com Misabel Abreu Machado Derzi, Sacha Calmon reforça o entendimento, anotando:

“As sanções tributárias mais difundidas são as multas (sanções pecuniárias). Sancionam tanto a infração tributária principal quanto a formal. As multas que punem a quem descumpriu obrigação principal são chamadas de moratórias ou de revalidação, e as que sancionam os que desobedecem obrigação acessória respondem pelo apelido de formais ou isoladas.

“Ambas, para citar Carnelutti, possuem a característica de ser um evento danoso imposto a quem não cumpre o preceito e, à semelhança da sanção penal, comportam duplo efeito: o intimidativo (psicológico), que visa a evitar a violação do direito, e o repressivo, que se verifica após perpetrado o desrespeito à norma fiscal, no magistério do festejado autor.

(...)

“As multas ditas moratórias são desnublamente punitivas, nunca ressarcitórias” (Direito tributário aplicado, Del Rey, 1997, págs. 132 e 143).

Na doutrina e na jurisprudência não há controvérsia destacável em torno do tema, sobre o qual também já se pronunciaram Fábio Augusto Junqueira de Carvalho e Maria Inês Caldeira Pereira da Silva (Revista Dialética de Direito Tributário 14/13) e Gilberto Amarante (RT 780/148).

O Código de Defesa do Consumidor não é aplicável às relações jurídicas de natureza tributária (REsp n. 261.367, rel. Min. Humberto Gomes de Barros; Ap. Cív. n. 2001.021653-1).

6. Só o fato de a sentença estar sujeita a reexame necessário é suficiente para evidenciar a existência de interesse público na causa, a impor a intervenção do Ministério Público (Ap. Cív. n. 1998.014994-0; AI n. 2000.020138-3). A Lei n. 10.352, de 26/12/2001, reforça essa convicção. Desde a sua vigência, também se submete a reexame necessário a sentença que “julgar procedentes, no todo ou em parte, os embargos à execução de dívida ativa da Fazenda Pública (art. 585, VI)” (CPC, art. 475, II). Parece-me evidente que para o legislador o interesse público também está presente na ação de execução fiscal.

No entanto, não se decreta a nulidade do processo se não houver prejuízo à parte. A respeito do tema, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“A falta de intervenção do MP nas causas de interesse público enseja a nulidade do processo, alcançando todos os atos praticados a partir de

quando era devida a intervenção. A nulidade só é decretada se a falta de intervenção do MP trouxe prejuízo ao interesse público, o que deve ser avaliado caso a caso” (Código de processo civil comentado, RT, 1997, 3ª ed., pág. 379).

Esse princípio, consagrado na expressão francesa *pas de nullité sans grief*, tem aplicação ao caso *sub judice*. A toda evidência, da não-intervenção do representante do *Parquet* no processo nenhum prejuízo resultou ao réu.

7. Pelas razões expostas, rejeito as preliminares e nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, rejeitaram as preliminares e negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 20 dezembro de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.018471-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Newton Trisotto

Usucapião – Imóvel dominical – CC, art. 66 – Aquisição posterior ao ajuizamento da ação de usucapião – Processual – Extinção do processo sem julgamento do mérito – Motivos da sentença – Coisa julgada.

1. Na ação de usucapião, os efeitos da sentença declaratória/constitutiva “retroagem à data da aquisição do domínio, ou seja, à data em que se consumou o usucapião, quando se perfez o lapso de tempo exigido para a espécie de usucapião declarado” (Nelson Luiz Pinto e Tereza Arruda Alvim Pinto).

O efeito ex tunc da sentença também alcança o imóvel dominical (CC, arts. 66, III, e 67; CF, arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único) integrado ao patrimônio público tão-somente após a consumação da prescrição aquisitiva (REsp n. 209.967, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar; TRF/4ª R., AC n. 1995.04072976, rela. Des. Vânia Hack de Almeida).

2. Extinto o processo sem o exame do mérito do pedido (CPC, art. 267, VI), não poderão ser considerados os motivos da sentença que não tenham estreita relação com o dispositivo, pois o “Código de Processo Civil, na inteligência do art. 469 e incisos, ressalva que o pálio da

coisa julgada abriga somente o dispositivo da sentença que se alvitra executar, ficando, portanto, excluídos dessa proteção os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial porventura existente” (REsp n. 134.166, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.018471-0, da comarca de Joinville (Vara da Fazenda), em que é apelante Hilson Alcino dos Santos e apelado o município de Joinville:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso para anular o processo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Hilson Alcino dos Santos ajuizou “ação de usucapião”, narrando na petição inicial que detém a posse contínua, mansa e pacífica, desde 1969, de “um terreno urbano de formato irregular localizado nesta cidade de Joinville sito na Av. Francisco Alves, esquina com a Av. Paulo Schroeder com as seguintes medidas e confrontações: Fazendo frente ao Sul medindo 74,5 metros confrontando com a Av. Francisco Alves, tendo de fundos pelo lado direito de quem da Av. Francisco Alves olha ao Leste medindo 60 metros confrontando com a Av. Paulo Schroeder, lado esquerdo de quem da citada rua olha ao Oeste medindo 40,5 metros confrontando com terras de Luiz da Luz, fazendo o travessão dos fundos ao Norte medindo 75,10 metros confrontando com a Rua Projetada, contendo uma área total de 3.701,24m²” (fl. 6).

Declarada justificada a posse (fl. 95), o Banco de Desenvolvimento

do Estado de Santa Catarina S.A., em cujo nome se encontrava registrado o imóvel usucapiendo na data do ajuizamento da *actio*, ofereceu contestação (fls. 98/110).

Posteriormente, o município de Joinville desapropriou todo o imóvel (fl. 178). Processada a substituição processual, ofertou ele contestação (fls. 187/188).

Apresentado o laudo pericial e, depois, os esclarecimentos do perito (fls. 234/148 e 257/259), inquiridas três testemunhas (fls. 267/268 e 279) e ouvido o representante do *Parquet* (fls. 295/305), o Juiz Ricardo José Rosler julgou extinto o processo, registrando na sentença:

“Comprovou-se nos autos que o autor ocupa a área em questão por vários anos, porém não provou a posse vintenária. Não resta dúvida quanto à propriedade da terra. Consiste em terras do Município, bem público e, portanto, imprescritível. Torna-se dessa forma impossível o usucapião, mesmo que estivesse caracterizada a posse vintenária, o que não ocorreu.

(...)

“Isto posto, à luz das provas carreadas e por tudo o mais que dos autos consta, julgo extinto, sem o julgamento do mérito, o pedido feito através da presente ação de usucapião aforada por Hilson Alcino dos Santos contra o município de Joinville e Badesc, com fulcro no artigo 267, inciso VI, do Código de Processo Civil” (fls. 308/311).

O vencido interpôs apelação, sustentando, em síntese, que: a) nenhuma impugnação foi apresentada na audiência de justificação de posse; b) o município de Joinville expressamente declarou que “*não resta ao Município nada, diretamente, a contestar*” (fl. 144); c) quando proposta a ação de desapropriação, já havia se consumado a prescrição aquisitiva.

O município de Joinville (fls. 335/339) e o Ministério Público (fls. 341/343 e 353/358) manifestaram-se pela manutenção da sentença.

II — Voto

1. São requisitos essenciais da sentença: a) o relatório; b) “os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”; e c) “o dispositivo, em que o juiz resolverá as questões, que as partes lhe submetem” (CPC, art. 458).

Não fazem coisa julgada “os motivos, ainda que importantes, para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença” (CPC, art. 469, I).

Acerca da *quaestio*, da doutrina e da jurisprudência extraio os ensinamentos que seguem:

“Os motivos apenas se prestam para o esclarecimento do dispositivo, e com essa função esclarecedora podem se inserir a este, sem que, entretanto, se reflitam fora do processo com autoridade de coisa julgada. Prestam-se os motivos tão-só ‘para determinar com exatidão a significação do alcance do dispositivo’ (Liebman). Esse era o pensamento desenvolvido, dentre outros, por Frederico Marques, Lopes da Costa, e que há um século emitira Paula Batista: ‘a coisa julgada restringir-se-á à parte dis-

positiva do julgamento e aos pontos aí decididos e fielmente compreendidos em relação aos seus motivos objetivos” (Moacyr Amaral Santos, Primeiras linhas de direito processual civil, Saraiva, 1993, 3ª ed., vol. 3, pág. 66).

“Os motivos ou, mais precisamente, as razões que dão suporte à decisão, por opção legislativa, não adquirem autoridade de coisa julgada, embora integrem a fundamentação da sentença, na forma do artigo 458, II, CPC, e/secs. que, consoante afirma Ronaldo Cunha Campos, ‘sua função é formar a convicção do julgador e para cumpri-la não necessitam receber a autoridade de coisa julgada’.

“Dessa forma, se, de um lado, os motivos não adquirem autoridade de coisa julgada, cumpre registrar que, de outro, são essenciais para a compreensão da própria decisão, pois através deles é que se define o conteúdo e alcance da própria decisão” (Sérgio Gilberto Porto, Comentários ao código de processo civil, Revista dos Tribunais, 2000, vol. 6, pág. 197).

“A teor do artigo 469 do Código de Processo Civil, os motivos e a verdade dos fatos estabelecidos como fundamento da sentença não fazem coisa julgada, o mesmo ocorrendo quanto ao exame de questão prejudicial decidida incidentalmente no processo, exceção aberta se a hipótese tem enquadramento no artigo 470 do referido Diploma” (AR n. 1.343, Min. Marco Aurélio de Mello).

“Nos termos do art. 469 do atual CPC, não fazem coisa julgada os motivos da decisão, prevalecendo o julgamento independentemente de sua fundamentação” (EDRE n. 83.621, Min. Cunha Peixoto).

“A coisa julgada incide apenas sobre o dispositivo propriamente dito da sentença, não sobre seus motivos ou sobre questão prejudicial, — CPC, art. 469, I e II, salvante, no alusivo a esta segunda hipótese, se proposta ação declaratória incidental” (REsp n. 89.792, Min. Barros Monteiro).

“O Código de Processo Civil, na inteligência do art. 469 e incisos, ressalva que o pálio da coisa julgada abriga somente o dispositivo da sentença que se alvitra executar, ficando, portanto, excluídos dessa proteção os motivos, a verdade dos fatos e a apreciação da questão prejudicial porventura existente” (REsp n. 134.166, Min. Fernando Gonçalves).

Dessas lições e desses julgados concluo que, extinto o processo sem o exame do mérito do pedido (CPC, art. 267, VI), os motivos da sentença não fazem coisa julgada.

No caso *sub examine*, na sentença reconheceu o MM. Juiz de Direito que não havia prova da posse *ad usucapionem*. Nela consignou que:

“Comprovou-se nos autos que o autor ocupa a área em questão por vários anos, porém não provou a posse vintenária. Não resta dúvida quanto à propriedade da terra. Consistem em terras do Município, bem público e, portanto, imprescritível. Torna-se desta forma impossível o usucapião, mesmo que estivesse caracterizada a posse vintenária, o que não ocorreu” (fl. 309).

Porém, no dispositivo da sentença, Sua Excelência considerou apenas o segundo fundamento, ou seja, que os bens públicos são insuscetíveis de apropriação por usuca-

pião. Apenas este poderá ser considerado.

2. Na petição inicial, disse o autor que mantém a posse sobre o imóvel usucapiendo desde 1969.

O imóvel, que se encontrava registrado em nome da Construtora Gosch Ltda. sob o n. 4.953 (fl. 70), foi arrematado pelo Banco de Desenvolvimento do Estado de Santa Catarina S.A. em dezembro de 1985 (fl. 69), sendo a carta de arrematação levada a registro em maio/91. Ou seja, mais de vinte anos depois da data em que teria se iniciado o prazo da prescrição aquisitiva. Apenas em maio de 1993 o domínio do imóvel foi transferido ao município de Joinville (fl. 178).

Consumado o lapso prescricional anteriormente à incorporação do imóvel ao domínio público (CC, art. 66, III), não tem incidência a restrição contida no art. 67 do Código Civil e nos arts. 183, § 3º, e 191, parágrafo único, da Constituição Federal.

Essa matéria foi examinada pela Câmara no julgamento da Ação Rescisória n. 1998.007989-6, de Chapecó. O acórdão, da minha lavra, está assim ementado:

“Em relação à ação de usucapião, ‘os efeitos da sentença que declara o domínio do usucapiente retroagem à data da aquisição do domínio, ou seja, à data em que se consumou o usucapião, quando se perpez o lapso de tempo exigido para a espécie de usucapião declarado’ (Nelson Luiz Pinto e Tereza Arruda Alvim Pinto).

“O efeito *ex tunc* da sentença declaratória do usucapião também alcança o imóvel dominical (CC, art. 66, I), se integrado ao patrimônio público posteriormente à prescrição

aquisitiva (REsp n. 209.967, Min. Ruy Rosado de Aguiar; TRF/4ª Reg., AC n. 1995.04072976, rela. Desa. Vânia Hack de Almeida)".

Do voto, transcrevo o excerto que segue:

"5. Igualmente é incontroverso que a área usucapida está compreendida naquela que corresponde à matrícula n. 20.766. Porém, impõe-se destacar que o Estado se tornou proprietário do imóvel tão-somente em 17/9/82, data em que foi registrado no cartório imobiliário.

"Considerando que a ação de usucapião foi ajuizada anteriormente ao registro do imóvel em nome do Estado, fato que, só então, o tornou dominical (CC, art. 67), não podendo, portanto, ser adquirido por usucapião (STF, Súmula 34), não atinge o direito daqueles em cujo favor já havia se operado a prescrição aquisitiva.

"A respeito da *quaestio*, da doutrina e da jurisprudência colaciono as lições e os julgados que seguem:

'A natureza jurídica da tutela jurisdicional pleiteada na ação de usucapião é declaratória. Isto quer dizer que o usucapiente não pretende com a ação de usucapião tornar-se titular do domínio, mas apenas que o juiz lhe declare formalmente essa condição, com autoridade de coisa julgada.

'Uma vez preenchidos os requisitos legais ligados à posse *ad usucapionem* e transcorrido o lapso de tempo exigido pela lei, o usucapiente já se terá tornado proprietário da coisa, necessitando, apenas, de uma sentença judicial que declare essa condição com força de coisa julgada (o que não ocorre quando o usucapião é acolhido como matéria de defesa), para que

possa ser efetuada a transcrição no Registro Imobiliário.

(...)

'No caso do usucapião, os efeitos da sentença que declara o domínio do usucapiente retroagem à data da aquisição do domínio, ou seja, à data em que se consumou o usucapião, quando se perfez o lapso de tempo exigido para a espécie de usucapião declarado' (Nelson Luiz Pinto e Tereza Arruda Alvim Pinto, Usucapião, RT, 1992, pág. 61).

'A sentença proferida no processo de usucapião tem cunho declaratório.

'Não busca o usucapiente tornar-se proprietário, condição que já detém, sendo seu objetivo a declaração formal dessa qualidade, com a segurança necessária e os efeitos da coisa julgada.

'A norma inserta no art. 941 do Código de Processo Civil aponta essa característica: 'Compete a ação de usucapião ao possuidor para que se lhe declare, nos termos da lei, o domínio do imóvel ou a servidão predial'.

'Não há direito constituído em favor do prescribente, mas sem declaratório preexistente da propriedade, cuja aquisição terá ocorrido com o perfazimento dos requisitos assinalados na lei.

'A sentença de procedência da ação não é atributiva do domínio, e o fato de reconhecê-lo não afasta o seu caráter declaratório, pois o que busca o usucapiente é a declaração de um fato jurídico que se materializa na posse *ad usucapionem*, isto é, rodeada dos característicos indispensáveis a que seja com tal considerada.

‘Os autores, à quase-unanimidade, atribuem fundo declarativo à sentença de usucapião, do que não se afasta Pontes de Miranda, apesar do seu entendimento de que também ostenta efeito mandamental.

‘Sendo, portanto, declaratória a sentença proferida na ação de usucapião, afigura-se evidente que seus efeitos para época passada, operando-se *ex tunc*’ (Benedito Silvério Ribeiro, Tratado de usucapião, Saraiva, 1998, 2ª ed., págs. 1.303/4).

‘— Se a sentença de declaração de vacância foi proferida depois de completado o prazo da prescrição aquisitiva em favor das autoras da ação de usucapião, não procede a alegação de que o bem não poderia ser usucapido porque do domínio público, uma vez que deste somente se poderia cogitar depois da sentença que declarou vagos os bens jacentes (arts. 1.593 e 1.594 do CC).

‘— A arrecadação dos bens (art. 1.591 do CC) não interrompe, só por si, a posse que as autoras exerciam e continuaram exercendo sobre o imóvel’ (REsp n. 209.967, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar).

‘1. A ação de usucapião somente declara uma situação jurídica já previamente constituída mediante a convergência dos elementos formadores desse direito, na hipótese, cabível o usucapião mesmo sobre bem público.

‘2. Comprovou-se que a posse sobre a área usucapienda seria superior a 30 anos, antes mesmo da instituição dos Decretos ns. 2.785/33 e 9.760/46.

‘3. A jurisprudência firmou o entendimento no sentido de que se a

prescrição aquisitiva operou-se antes da vigência do Código Civil, impõe-se o reconhecimento do usucapião, mesmo que sobre bens dominiais’ (TRF/4ª Região, AC n. 1995.04072976, rela. Des. Vânia Hack de Almeida).

‘1. Como a sentença da ação de usucapião tem eficácia declaratória, e não constitutiva de direitos, é sob a égide da Constituição de 1967/69 que deve ser analisada a pretensão da parte autora, face ao período de posse comprovado nos autos. Assim, não se aplica ao caso dos autos o inciso IV do art. 20 da Constituição de 1988 que, pioneiramente, incluiu as ilhas costeiras dentre os bens da União.

‘2. Modificada, então, a sentença que julgou improcedente o pedido de usucapião, pois o lapso temporal para a prescrição aquisitiva foi preenchido antes mesmo da promulgação da Constituição Federal de 5/10/88. Ademais, os confrontantes da área em nada se opuseram ao pedido, exceto a União, que não embargou a posse do autor, limitando-se a sustentar a imprescritibilidade da área. Deve ser reconhecido, então, o direito à propriedade da área descrita na petição inicial’ (TRF/4ª Região, AC n. 000.04010037780, rela. Des. Marga Inge Barth Tessler).

‘Comprovada pelos autores a posse de imóvel, sem oposição, com o lapso temporal de mais de 20 anos para a prescrição aquisitiva aperfeiçoado ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967/69, fazem jus ao domínio do referido bem localizado em Florianópolis/SC’ (TRF/4ª Região, AC n. 1999.04.01.032636-0, rel. Des. Edgard A. Lippmann Júnior)”.’

Fixadas essas duas premissas – de que os motivos da sentença não fazem coisa julgada e que a vedação contida no § 3º do art. 289 da Constituição Federal não se aplica à hipótese de a prescrição aquisitiva ter se consumado anteriormente à integração do imóvel ao domínio do município de Joinville – impõe-se a anulação do processo, devendo o MM. Juiz de Direito decidir sobre as demais questões suscitadas no processo.

3. À vista do exposto, dou provimento ao recurso para anular o processo desde a sentença, para que sejam examinadas as demais questões suscitadas, ressalvando que poderá o MM. Juiz de Direito, se lhe parecer oportuno, determinar a produção de outras provas (CPC, art. 130), assegurado, evidentemente, o princípio

insculpido no inc. I do art. 125 do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento ao recurso para anular o processo, desde a sentença, inclusive.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz César Medeiros. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 11 de novembro de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Newton Trisotto,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.001048-1, DE TURVO

Relator: Des. Volnei Carlin

Acidente de trânsito – Atropelamento de menor na contramão de direção – Participação de chauffer da administração pública municipal – Responsabilidade civil objetiva – Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição da República Federativa do Brasil – Nexo causal demonstrado – Indenização devida.

É indubitável a responsabilidade de indenizar por parte do município quando, na contramão de direção, restar evidenciado o envolvimento de seu preposto no atropelamento de menor.

Pensão alimentícia – Incapacidade laborativa – Inocorrência.

Indevida a pensão vitalícia quando não comprovada a diminuição da capacidade de trabalho da vítima em razão das lesões sofridas.

Dano moral – Indenização – Fixação do quantum indenizatório em 100 salários mínimos – Vedação constitucional (art. 7º, IV, CF) – Precedente do STF – Estipulação em verba pecuniária fixa – Indenização arbitrada em R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em face das circunstâncias do caso.

A quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigida a partir do acórdão, a título de danos morais, mostra-se proporcional à lesão, tendo em vista a gravidade e a extensão dos males sofridos pelo demandante.

Reparação de danos causados em acidente automobilístico – Dano material – Ausência de prova constitutiva da totalidade do direito pretendido.

A teor do inciso I do artigo 333 do Código de Processo Civil, o autor deve fazer prova constitutiva do seu direito sob pena de ver sua pretensão deduzida na inicial fadada ao infortúnio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.001048-1, da comarca de Turvo, em que são apelantes e apelados, simultaneamente, E.P.R., representado por seu pai Líbero da Rocha, e o município de Jacinto Machado e José Antônio da Silva:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos e da remessa, desprover o recurso do autor e prover, em parte, o recurso do Município e a remessa. Vencido, em parte, o Exmo. Sr. Relator que fixava o dano moral em dez mil reais, e os Exmos. Srs. Des. João Martins e Cesar Abreu o excluía.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Turvo, E.P.R., representado por seu pai, Líbero da Rocha, ajuizou ação reparatória de danos causados por acidente de trân-

sito contra o município de Jacinto Machado e José Antônio da Silva, objetivando o pagamento das despesas emergentes, pensão vitalícia, além do reconhecimento do dano moral, pagamento de seguro obrigatório, despesas de medicamentos, consultas, bicicleta, táxi etc.

Explica o demandante que no dia 14/9/96, por volta das 18 horas, na localidade de Ana Paula, Rodovia SC 483, em Jacinto Machado, o veículo Kadett Ipanema, de propriedade do Município, conduzido por José Antônio da Silva, atropelou o menor E.P.R. pelas costas que, de bicicleta, já havia concluído a travessia da pista de rolamento na contramão de direção.

Processado e instruído o feito, o Magistrado julgou procedente, em parte, o pedido para condenar a Municipalidade e, solidariamente, José Antônio Machado ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos a título de dano moral e às “despesas com medicamentos, consultas, bicicleta, táxi etc.,

que ocorreram devido ao atropelamento, a ser apuradas em liquidação de sentença”, bem como ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (fls. 65/70).

Irresignado com a tutela jurisdicional prestada em primeiro grau, o autor recorreu, buscando a reforma do *decisum* em relação à pensão, que entende ser devida, pela redução da sua capacidade laborativa (fls. 72/78).

O Município também apelou (fls. 82/86), postulando pela reforma da sentença, para declarar a culpa concorrente do apelado/autor, bem como declarar a improcedência no que se refere aos danos materiais e morais.

Contra-razões do Município às fls. 89/91. Os autos alçaram a esta Corte, tendo o representante do *Parquet* opinado pelo conhecimento e improvimento de ambos os apelos.

Neste Sodalício a procuradora do Município informou a sua exoneração do cargo (fl. 111), do qual foi intimado o atual alcaide (fls. 114/115), deixando fluir o prazo sem indicar novo procurador.

II — Voto

Agasalham os presentes autos ação reparatória de danos, na qual o autor objetiva receber indenização por danos materiais e morais, além de pensão alimentícia, em razão do atropelamento, ocasionado por *conducteur* preposto do Município.

Acertado o *decisum* que afastou a tese de culpa concorrente, *verbis*: “Assim, dúvidas não existem de que a vítima foi atingida na contramão de direção do réu. Portanto, a versão

do réu é isolada nos autos (...)” (fl. 67).

O convencimento do Magistrado baseou-se na prova testemunhal, com versões colidentes, optando ele pela versão mais provável.

As testemunhas Paulo César da Mota, Rubens de Brito e Joacir Paulino, respectivamente, afirmaram em seus depoimentos:

“(…) que o ponto de impacto deu-se na contramão de direção em que trafegava o carro do réu (...) que no momento do impacto a vítima estava de costas ao veículo do réu (...)” (fl. 40).

“(…) que o ponto de impacto deu-se na contramão de direção onde trafegava o réu (...)” (fl. 41).

“(…) que a vítima foi atropelada na contramão de direção do veículo do réu (...) que a vítima já havia atravessado a mão de direção que trafegava o réu e foi atingida quando já estava terminando de atravessar a pista contrária (...) que o veículo atingiu a vítima quando esta estava de costas” (...) (fl. 42).

Logo, vê-se que o Magistrado formulou com acerto o seu convencimento, ao determinar a responsabilidade dos réus e ao afastar a culpa da vítima, uma vez que o acidente deu-se na contramão de direção do veículo do Município.

Nos termos cogentes do § 6º do art. 37 da Constituição da República Federativa do Brasil, “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável no caso

de dolo ou culpa”. E *l'État c'est la loi*, uma vez que não concede nada, apenas protege o que existe (Sieyès).

Ao exame exegético da questão, traz-se a síntese de Celso Ribeiro Bastos:

“São pois pressupostos fundamentais para a deflagração da responsabilidade do Estado: a causação de um dano e a imputação deste a um comportamento comissivo ou omissivo seu. É o chamado nexo de causalidade” (Curso de Direito Constitucional. 11ª ed., São Paulo: Saraiva, 1989, pág. 292).

Ainda, eis a lição de Rui Stoco:

“Para configurá-la basta, pois, a mera relação causal entre o comportamento e o dano.

“Diz Cretella Júnior que havendo dano e nexo causal, o Estado será responsabilizado patrimonialmente, desde que provada a relação entre o prejuízo e a pessoa jurídica pública, fonte da descompensação ocorrida” (Responsabilidade Civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, pág. 318).

O jurista Yussef Said Cahali, a respeito da responsabilidade civil do ente de direito público, anota:

“Se demonstrada a culpa do agente estatal na condução do veículo oficial, não há o que se discutir quanto à responsabilidade civil da administração pelos danos conseqüentes da colisão ou abaloamento, e isto mesmo pelo direito comum” (Cahali, Yussef Said, Responsabilidade Civil do Estado, 2ª ed. ampl. rev. atual, Malheiros : São Paulo, 1995, pág. 293).

No que se refere à pensão vitalícia, não houve comprovação da per-

da total ou parcial da capacidade laborativa da vítima.

A única prova a atestar a capacidade do autor traduz-se no exame de corpo de delito (fl. 19), que comprova não ter havido “debilidade permanente ou perda ou inutilização de membro, sentido ou função” ou “incapacidade permanente para o trabalho, enfermidade incurável ou deformidade permanente”.

A respeito da matéria já se decidiu que: “A pensão vitalícia decorrente de ato ilícito só é deferida quando constatada perda total ou parcial da capacidade laborativa” (Ap. Cív. n. 1999.011120-2, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 15/3/01).

Ainda:

“(…) Responsabilidade civil — Pensão vitalícia — Diminuição da capacidade de trabalho — Cabimento.

“Havendo diminuição da capacidade de trabalho do ofendido em razão das lesões sofridas, exsurge devida a pensão mensal vitalícia” (Ap. Cív. n. 1999.004298-7, de Ibirama, rel. Des. Eder Graf, julgada em 8/6/99).

Portanto, indevida a pensão vitalícia, uma vez que não houve comprovação da diminuição da capacidade de trabalho da vítima em razão das lesões sofridas.

Quanto ao pedido genérico das demais despesas, *in casu*, inexistente prova real do efetivo gasto, tornando impossível a condenação pretendida.

Nesse sentido, ensinamento do citado mestre Moacir Amaral Santos:

“Conquanto determinado quanto ao gênero, o pedido pode ser indeterminado na sua quantidade, desde

que suscetível de determinar-se pela sentença ou em liquidação de sentença. O pedido é certo e determinado no tocante ao *an debeatur* (que nos é devido), indeterminado no tocante ao *quantum debeatur* (quanto nos é devido). Tal é o pedido genérico. As hipóteses em que é permitido formular pedido genérico estão previstas no citado art. 286 (...). Assim, por exemplo, quando o autor tenha direito a uma indenização, mas ao propor a ação não possa estimá-la quantitativamente. Pedida então a condenação do réu em uma indenização, a ser fixada na sentença ou em liquidação” (Primeiras Linhas do Direito Processual Civil, vol. 2, 17ª ed., São Paulo: Saraiva, pág. 152).

A indenização, *ex vi* do art. 1.537, I, do Código Civil, deve ser a mais completa possível, incluindo todas as despesas com o tratamento da vítima.

Ocorre, no entanto, que o autor não trouxe aos autos elementos que comprovassem as despesas de tratamento e medicamentos. Com efeito, é cediço que ao autor cabe provar os fatos constitutivos de seu direito, nos moldes do inciso I do artigo 333 da Legislação Processual Civil em vigor.

Para a doutrina, “provar é estabelecer a verdade histórica, objetiva. (...) em Direito a prova nunca fica no plano metafísico (...) nada se prova por meio apenas de argumentos” (Magalhães, Humberto Piragibe. Prova em processo civil. Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, pág. 7).

Incisiva é a orientação de Moacyr Amaral Santos, quando ensina que:

“o autor, na inicial, alega o fato, ou fatos, em que se fundamenta o pe-

dido (...). Tais fatos, se possíveis e juridicamente relevantes, serão levados em conta pelo juiz ao proferir a sentença, uma vez convencido quanto à veracidade dos mesmos. Mas como a simples alegação não é suficiente para formar a convicção do juiz (*allegatio et non probatio quasi non allegatio*), surge a imprescindibilidade da prova da existência do fato” (Comentários ao Código de Processo Civil IV, Rio de Janeiro: Forense, 1977, pág. 29).

Nesse diapasão, extrai-se da jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça o seguinte julgado:

“Responsabilidade civil — Ação regressiva de reparação de danos — Falta de prova dos fatos alegados pela autora — Improcedência do pleito — Inteligência do art. 333, I, do CPC — Sentença confirmada — Apelo desprovido.

“Deixando a autora de comprovar o fato constitutivo de seu direito, impõe-se o inacolhimento da pretensão manifestada na inicial” (Ap. Cív. n. 1999.012902-0, de Chapecó, rel. Des. Orli Rodrigues, j. em 4/11/99).

Ainda:

“Responsabilidade civil objetiva – Acidente de veículo de via terrestre – Lesões físicas – Redução da capacidade laboral – Diminuição dos rendimentos – Art. 1.539 do Código Civil – Pensão vitalícia devida – Pleito de indenização das despesas médicas e hospitalares – Necessidade de comprovação – Sucumbência recíproca reconhecida – Compensação de honorários – Possibilidade – Exegese do art. 21 do Cãnone Processual.

(...)

'A indenização há de ser a mais completa possível; contudo, quando se trata de despesas desembolsadas, estas hão de ser comprovadas' (Ap. Cív. n. 36.171, rel. Des. Cláudio Marques)" (Ap. Cív. n. 2002.002151-2, de Porto União, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, julgada em 19/8/02).

Há também precedentes de outros tribunais a respeito:

"Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Indenização — Despesas médicas — Ausência de comprovação na fase de conhecimento — Necessidade da propositura de nova ação para pleitear o ressarcimento — Recurso provido para afastar a condenação" (1º TACP, 1ª C., Guimarães e Souza).

Além do mais, há que se estabelecer os danos efetivamente comprovados, não podendo a condenação basear-se no *et coetera*, uma vez que se abre uma gama de possibilidades para o ressarcimento de quaisquer despesas a ser comprovadas *a posteriori*.

O único dano material efetivamente demonstrado e não impugnado pelos requeridos foi o da bicicleta envolvida no acidente. Portanto, devido o seu ressarcimento.

Quanto às demais despesas "*de táxi etc., que ocorreram devido ao atropelamento*" (fl. 70 – sem grifo no original), por não ter sido efetivamente demonstradas e/ou comprovadas, não há falar em ressarcimento.

No que concerne ao dano moral, é bom frisar, nessas alturas, que somente os julgamentos farão atingir aquilo que vem idealizado pelas leis ordinárias, pelas constituições e pela democracia. O problema é mostrar

uma justiça que não esteja de costas para o povo e que valorize a cidadania. A tranquilidade psíquica do indivíduo constitui regra geral para todos e dever do Estado.

Nesse sentido, também é a orientação do direito francês:

"La fonction du juge n'est cependant pas de juger un homme. Le juge a des devoirs à l'égard de la société (...) Il doit contribuer à la protection de la société contre les actes antisociaux. C'est là un des objectifs des responsabilités pénale et civile. En matière civile, il doit également se soucier de l'indemnisation de la victime. Le juge doit considérer tous ces facteurs lorsqu'il rend son jugement. Il fonde sa décision sur des considérations de politique sociale" (Tunc, André. *La Responsabilité Civile*. 2ª ed., Paris: Economica, 1989, pág. 108).

A questão da indenizabilidade do dano moral, na sua versão contemporânea, tem função preventiva, compensatória e punitiva. No entanto, em que pesem os grandes esforços analíticos e retóricos dos especialistas, inexistente sobre o fenômeno ressarcimento do dano moral explicação inteiramente clara e satisfatória.

Indenizar equivale, segundo concepção técnica dominante, a repor no patrimônio do ofendido, a parte de que foi desfalcado, porque restabelece a integralidade. Podendo, no dano moral, ser estimada por aproximação (art. 1.533 do CC), embora o dinheiro pago não possa recompor, totalmente, a integridade física, psíquica ou moral lesada. Não há correspondência de valores, pois os morais situam-se em outra dimensão.

Assim, correta é a lição de A. Hudelot e E. Metman no sentido de que:

“Tout préjudice moral se résout en un sentiment de souffrance intime, personnel de la personne lésée” (in: *Des Obligations*, 4ª ed. Paris: Cujas, 1908, pág. 328, *apud* RF 337/137).

À aferição dos fatores determinantes da elaboração do prejuízo moral, exige-se apreciação valorativa dos diversos fatores que concorreram para a efetivação do *damnum*, sendo ela entregue ao *arbitrium boni viri*, ou seja, ao poder do juiz de fixar o montante indenizatório.

O Julgador deverá, segundo orientação jurisprudencial, considerar todas as circunstâncias que foram causa eficiente na produção do evento lesivo (TJPR, Ap. Cív. n. 61843700, de Curitiba, rel. Juiz Ivan Bortoleto, j. em 15/9/98). Deve ser a indenização proporcional ao agravo sofrido (art. 5º, V, CRFB), lembrando que os tribunais adotam a teoria compensatória e a do desestímulo no processo de avaliação dos danos morais.

Diferente não é, por exemplo, no Direito Comparado, no qual o art. 1.902 do Código Civil Espanhol prescreve:

“Ni el art. 1.902 CC, ni ninguna otra norma legal contiene criterios objetivos que permitan cuantificar la indemnización de los perjuicios causados”.

Em verdade, na doutrina contemporânea, todos parecem admitir que é mil vezes preferível uma solução imperfeita à permanência da injustiça não reparada.

O que se constata sobre a matéria em exame é que a doutrina da responsabilidade civil, especificamente no que concerne à fixação do valor indenizatório, vem sofrendo enormes transformações nas últimas décadas. Novos paradigmas estão sendo instituídos e concentram-se geralmente na defesa dos valores que propicia, na relevante função social que desempenha e na força lógica e moral de seus princípios, tudo fazendo resultar em uma construção de pressupostos axiológicos da época hodierna.

Repita-se que a reparação deve abranger todos os prejuízos, seus reflexos e incidências no plano patrimonial e extrapatrimonial do ofendido, ora acionante:

“A prova do dano causado pelo agente público e o nexo causal entre a ação do agente e os danos caracterizam a responsabilidade das pessoas jurídicas de direito público” (RSTJ 58/396).

“Assim, a vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (art. 5º, V e X, da CRFB) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitradas segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva” (TJSP, 7ª CC, rel. Des. Campos Mello, j. em 30/10/91, RJTJSP 137/186).

Aplica-se, ainda, a teoria do valor do desestímulo:

“O valor da indenização por dano moral deve ser razoavelmente expressivo, não meramente simbólico. Deve pesar sobre o bolso do ofensor, como um fator de desestímulo, a fim de que não reincida na ofensa” (destacou-se) (TJSP, 4ª Câmara de Direito

Privado, Ap. n. 15.530-4, rel. Des. Cunha Cintra, j. em 19/3/98).

Os tribunais brasileiros seguem, pelo que se conhece, relativamente ao arbitramento do *quantum* indenizatório o modelo constante nos países da *Common Law*. É importante traçar uma unicidade no processo indenizatório, até mesmo com função indutora ou inibidora de comportamentos anti-sociais, regra pética da responsabilidade civil.

Estas circunstâncias todas é que devem levar o julgador à elaboração de um juízo de valor, pois é do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil que se extraem os poderes para interpretar a lei em conformidade com o fato social, bem comum e os princípios gerais do Direito.

Em relação ao *quantum* fixado (100 salários mínimos), pretende o Município a sua minoração.

Da leitura das páginas 68/69 da sentença, conclui-se que o juiz levou em consideração a dor moral e o abalo psicológico da vítima, sofridos em decorrência do evento danoso. No entanto, merece redução a indenização arbitrada em R\$10.000,00 (dez mil reais).

O arbitramento em moeda corrente baseia-se no que vem decidindo o Supremo Tribunal Federal, ante a impossibilidade da fixação da indenização em salários mínimos, dada a vedação constitucional da vinculação do salário mínimo para qualquer fim (art. 7º, IV).

Veja-se:

“— Dano moral. Fixação de indenização com vinculação a salário mínimo. Vedação Constitucional. Art. 7º, IV, da Carta Magna.

“— O Plenário desta Corte, ao julgar, em 1º/10/97, a ADIn n. 1425, firmou o entendimento de que, ao estabelecer o artigo 7º, IV, da Constituição, que é vedada a vinculação ao salário mínimo para qualquer fim, ‘quis evitar que interesses estranhos aos versados na norma constitucional venham a ter influência na fixação do valor mínimo a ser observado’.

“— No caso, a indenização por dano moral foi fixada em 500 salários mínimos para que, inequivocamente, o valor do salário mínimo a que essa indenização está vinculada atue como fator de atualização desta, o que é vedado pelo citado dispositivo constitucional (...)” (RE n. 225488-1/PR, rel. Min. Moreira Alves, julgado em 11/4/00, DJU 16/6/00, pág. 39).

Nosso Tribunal também já se posicionou a respeito:

“(…) Dano moral – Indenização – Fixação do *quantum* indenizatório em 500 salários mínimos – Vedação constitucional (art. 7º, IV, CF) – Precedente do STF – Estipulação em verba pecuniária fixa – Indenização arbitrada em R\$ 65.000,00 (sessenta e cinco mil reais), em face das circunstâncias do caso – Recurso provido em parte neste ponto (...) (Ap. Cív. n. 2000.020297-5, de Chapecó, rel. Des. João Martins, julgada em 30/11/00).

Ainda:

“(…) Dano moral – Indenização – Fixação do *quantum* indenizatório em 200 salários mínimos – Vedação constitucional (art. 7º, IV, CF) – Precedente do STF – Estipulação em verba pecuniária fixa – Indenização arbitrada em R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), em face das circunstâncias do caso.

“A quantia de R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais), corrigida a partir do acórdão, a título de danos morais, mostra-se proporcional à lesão, tendo em vista a gravidade e a extensão dos males sofridos pelo demandante (...)” (Apelação Cível n. 1999.002364-8, de Balneário Camboriú, rel. Des. Volnei Carlin, julgada em 23/5/02).

Impende, portanto, estipular a verba indenizatória em quantia fixa, atendidas as especificidades do caso em tela.

Portanto, o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), corrigido a partir do acórdão, a título de danos morais, mostra-se proporcional à lesão, tendo em vista que nenhuma debilidade física resultou para a vítima, não obstante a extensão do mal sofrido por esta (fls. 16 e 19), mas de efeitos psicológicos, de fácil compreensão e que independem de provas.

Por derradeiro, cumpre girar-se acerca da impossibilidade da condenação do Município ao pagamento das custas processuais, tendo em vista a determinação do art. 35, *h*, da Lei Complementar Estadual n. 156/97.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso do autor e dá-se provimento, em parte, ao recurso do

Município e à remessa, para diminuir a condenação dos danos materiais e adequar a condenação a título de danos morais de 100 (cem) salários mínimos para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) e isentar o Município do pagamento das custas processuais.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, desprover o recurso do autor, prover em parte o recurso do Município e a remessa, para diminuir e adequar o valor da indenização por dano moral, bem como o material, consistente da bicicleta, cujo valor deverá ser apurado em liquidação de sentença, por arbitramento, e isentar o Município das custas processuais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 17 de outubro de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.012138-5, DE JOINVILLE

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Tributário – ICMS – Correção monetária – TR – Inaplicabilidade reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal – Índice de correção estabelecido por lei estadual – Previsão constitucional – Retroatividade – Inocorrência.

1. Nos débitos fiscais é vedada a utilização da TR como fator de correção monetária (STF, ADIn n. 493).

2. A competência conferida pela Constituição Federal aos Estados para legislar sobre o ICMS os autoriza a dispor acerca do critério de atualização do débito fiscal (arts. 24 e 155, I, b).

3. A atualização monetária do débito é fato ligado sempre ao presente. A norma que a regula, além de não se relacionar com a constituição originária do montante da dívida, apenas diz respeito à correção do valor nominal da moeda que, num período inflacionário, desvaloriza-se dia a dia. Assim, sem que implique a retroatividade, é curial e lógico que seja aplicado o índice mais atualizado e eficaz para corrigir essa desvalorização.

4. A cominação de correção monetária sobre o débito adimplido com atraso ou que seja objeto de ação judicial é um imperativo de cunho ético ditado pela realidade econômica e jurídica, sendo imprescindível ao pleno cumprimento das obrigações ou à justa composição das lides. Visa tão-somente a atualizar no tempo o valor real da dívida mediante a alteração de sua expressão nominal, corrigindo a defasagem decorrente da desvalorização da moeda.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.012138-5, da comarca de Joinville, em que é apelante Caribor — Tecnologia da Borracha Ltda. e apelado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Caribor – Tecnologia da Borracha Ltda. aforou ação ordinária contra o Estado de Santa Catarina, objetivando ser reconhecida a inexistência de dívida perante a Fazenda Estadual, isto porque entende que a importância já recolhida aos cofres públicos é sufi-

ciente para a quitação do débito que parcelou.

A autora afirma que é contribuinte do ICMS incidente sobre os produtos que comercializa e os valores apurados são devidos na forma da legislação aplicável a esse tipo de tributo. Estando em débito com a Fazenda, procedeu a vários parcelamentos administrativos.

Informa que antes de fevereiro de 1991 os parcelamentos referentes às Notificações ns. 12257661 e 12257662 foram corrigidos monetariamente pela Unidade Fiscal fixada em OTN, BTN e BTNF; no entanto, posteriormente a essa data, os débitos foram atualizados com base na TRD. O parcelamento da Notificação Fiscal n. 13876855 foi atualizado pelo índice do Governo Federal BTNF e taxa de juros

TRD. Por último, quanto ao parcelamento referente à Notificação n. 13843412, a atualização deu-se pela taxa de juros TRD e pelo IGP-FGV.

Alega ser ilegal e inconstitucional a cobrança dos valores devidos com acréscimo de indexação na TRD, pois caracteriza atualização monetária. Também tem por incorreta a indexação do IGP-FGV no período 1991/1992, já que a economia encontrava-se desindexada, não se podendo admitir qualquer índice nesse sentido.

Devidamente citado, o Estado de Santa Catarina apresentou contestação, arguindo em preliminar a exceção de incompetência. No mérito, alega que “a legislação tributária é expressa no sentido de que a dívida ativa da Fazenda Pública abrange atualização monetária, juros e multa de mora e demais encargos previstos em lei. Portanto a atualização monetária é parte integrante do tributo, e, caso não seja pago tal valor, realmente estará havendo apropriação indébita de valores que pertencem ao Estado”.

Afirma ainda que a lei que criou a TRD não lhe fixou a natureza jurídica, tratando-a ora como taxa remuneratória, ora como índice atualizador, podendo ser utilizada tanto para remunerar como para atualizar obrigações.

Entende que somente “a demonstração de que a variação da TR/TRD foi maior do que a inflação, em determinado período, pode invalidar a atualização monetária com base na TR/TRD na parcela calculada a maior”.

Contestação impugnada, o douto Promotor de Justiça opinou pela improcedência do pedido.

O ilustre Magistrado *a quo* julgou improcedentes o pleito exordial e a medida cautelar preparatória, condenando a autora ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 15% sobre o valor da causa.

Irresignada, a autora interpôs o presente recurso, no qual reforça a tese sobre a inconstitucionalidade da aplicação da TRD e a indexação dos valores pelo IGP-FGV. Ao final, requereu a reforma da decisão.

O apelado defendeu a decisão objurgada e requereu fosse ela mantida em todos os seus termos.

O Ministério Público em primeiro e segundo graus manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

II — Voto

1. A autora objetiva com a presente ação o reconhecimento da inexistência de dívida perante a Fazenda Estadual, isto porque entende que a importância já recolhida aos cofres públicos é suficiente para a quitação do débito parcelado. Considera ilegal e inconstitucional a cobrança dos valores devidos com acréscimo resultante da indexação na TRD. Também tem por incorreta a aplicação do IGP-FGV no período 1991/1992, já que a economia nessa época encontrava-se desindexada, não se podendo admitir qualquer índice como fator de cálculo automático de correção monetária.

Pelo que se colhe dos argumentos expendidos pela recorrente, pretende ela, pura e simplesmente, a exclusão da correção monetária dos débitos em atraso com a Fazenda Pú-

blica e que foram objeto de parcelamento.

2. No que diz respeito à aplicação da TRD – Taxa Referencial Diária, prevista no art. 9º da Lei n. 8.177/91, entendo assistir razão à apelante. Como se sabe, a TR incidiu sobre o ICMS no Estado de Santa Catarina apenas no período de 4 de fevereiro a 31 de julho de 1991. Não obstante, quando do julgamento da ADIn n. 493, o STF decidiu não ser a TR “índice de correção monetária, pois, refletindo as variações de custo primário de captação dos depósitos a prazo fixo, não constitui índice que reflita a variação do poder aquisitivo da moeda”. Por isso, declarou inconstitucionais vários dispositivos da Lei n. 8.177, de 10/3/1991, que visaram à substituição de índices de correção monetária pela TR.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é remansosa em acolher esse entendimento:

“Em face da posição do Supremo Tribunal Federal inadmitindo a TR como fator de atualização monetária substitutivo do BTN, a correção dos valores, cuja forma de reajuste estava, por lei ou contrato, atrelada à variação do valor de referido título da dívida pública, cumpre seja procedida, a partir da Lei n. 8.177/91, com base no INPC” (REsp n. 70.234/RS, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, RSTJ 82/258; REsp n. 57.591-5, Min. Garcia Vieira).

“É entendimento pacífico na jurisprudência do STJ que, sobre o montante dos tributos pagos com atraso, incide a correção monetária. Havendo o STF declarado inconstitucional a TR como índice de correção

monetária, os débitos tributários devem ser atualizados pelo IPC até a promulgação da Lei n. 8.177/91 e, a partir daí, corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC (artigo 4º da Lei n. 8.177)” (REsp n. 57.591/RJ, Min. Demócrito Reinaldo).

Esse julgado, além de sacramentar a inaplicabilidade da TR como fator de correção monetária, indica quais os índices a serem utilizados, o que coloca por terra toda a argumentação da apelante sobre o fato de a Lei n. 8.177/91 ter desindexado a economia e vedado, por conseqüência, a aplicação de qualquer tipo de referencial de atualização monetária.

Este Tribunal também já enfrentou a questão:

“Tributário — Execução fiscal — Certidão de dívida ativa — Liquidez e certeza — Presunção — TR — Correção monetária — Inconstitucionalidade — Pagamento do débito após o ajuizamento da execucional — Honorários advocatícios.

“1. A Certidão de Dívida Ativa goza de presunção de liquidez e certeza, somente sendo ilidida por prova em contrário.

“2. Nas execuções fiscais, não pode a TR ser utilizada como fator de correção monetária (STF, ADIn n. 493).

“3. Se paga a obrigação constante de Certidão de Dívida Ativa após o ajuizamento da execução fiscal, descabe a condenação do Estado em honorários advocatícios” (Ap. Cív. n. 1998.001746-7, de Joinville, Des. Newton Trisotto).

Desse modo, deve ser afastada a TR ou a TRD como índice de correção monetária dos débitos fiscais da recorrente. Em consequência, até a entrada em vigor da Lei n. 8.177/91, os débitos tributários devem ser atualizados pelo IPC ou pelo índice oficial previsto na legislação estadual. No período de 4 de fevereiro a 31 de julho de 1991, deve ser utilizado o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC (artigo 4º da Lei n. 8.177). A partir de 31 de julho de 1991, data em que entrou em vigor a Medida Provisória Estadual n. 8, depois transformada na Lei Estadual n. 8.309, de 30 de agosto de 1991, que excluiu a incidência da TRD sobre os tributos estaduais, o fator de atualização monetária dos débitos fiscais passou a ser o Índice Geral de Preços – IGP, calculado pela Fundação Getúlio Vargas.

3. Como já referido anteriormente, padece de insustentabilidade a alegativa da insurgente sobre a impossibilidade da aplicação de qualquer tipo de índice após a edição da Lei n. 8.177/91. Ao contrário do que alega, a própria norma, ao extinguir os antigos índices de correção monetária, encarregou-se de prever novas formas de apuração e correção da defasagem do valor nominal da moeda. O direito não poderia ignorar a realidade e deixar que as dívidas resultantes da inadimplência de contratos ou de obrigação de natureza tributária tivessem seus valores corroídos pela inflação.

Do mesmo modo, infundado o argumento de que a previsão de novo fator de correção pela Lei Estadual n. 8.309/91 não poderia ser aplicado aos débitos consolidados anteriormente à sua vigência. Não se trata de retroati-

vidade da lei justamente porque a norma não visa ao débito em si, mas sim a sua desatualização monetária. A constituição substancial do débito realmente não pode ser afetada por lei posterior – *v. g.* norma que aumentasse a alíquota do imposto. A sua atualização, porém, é fato sempre ligado ao presente, pois num período inflacionário o valor nominal da moeda desvaloriza-se dia a dia. Assim, curial e lógico seja aplicado o índice que reflita e tenha a eficácia de corrigir essa desvalorização. Não se constitui ela num *plus*, num aumento original da dívida, mas simples atualização do valor nominal desta.

O entendimento exposto tem expressivo conforto na remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “Não constituindo um *plus* mas mera atualização da moeda aviltada pela inflação, a correção monetária se impõe como imperativo econômico, jurídico e ético, para coibir o enriquecimento sem causa” (RSTJ 23/307 e RT 673/178).

A Constituição Federal prevê a incidência de correção monetária sobre os débitos liquidados em atraso, não só os de natureza tributária (art. 46, IV, ADCT) como àqueles de natureza obrigacional civil. Aos Estados é lícito instituir critérios próprios de correção monetária dos seus créditos fiscais.

Versando sobre o tema, merecem ser destacados os seguintes julgados:

“Não há nenhuma inconstitucionalidade em o Estado estatuir por lei a corrigibilidade dos tributos estaduais e a forma de correção, porque nos limi-

tes da competência legislativa estadual.

“A matéria de correção monetária de tributos estaduais é de natureza tributária e financeira, matéria essa entregue pela Constituição Federal, art. 24, I, à competência legislativa concorrente entre União e os Estados, cabendo à primeira dispor sobre normas gerais e, aos Estados, a adequação local, podendo, ainda, os Estados exercer a competência legislativa plena em caso de ausência de norma estabelecida pela União” (TJSP, RT 723/344).

“A correção monetária não traz acréscimo, mas mera atualização do valor da moeda corrigida pela violenta inflação que assola nossa economia. O recolhimento do tributo, corrigido monetariamente, não significa majoração mas simples preservação do poder aquisitivo da moeda, garantindo que o fisco perceba a integralidade do débito, inexistindo vulneração do princípio da não cumulatividade do imposto” (REsp n. 30.558, Min. Francisco César Asfor Rocha).

“ICMS. Correção monetária. Pela TR. Impossibilidade. Lei n. 8.177/91, art. 4º. INPC. É entendimento pacífico na jurisprudência do STJ que sobre o montante dos tributos pagos com atraso incide a correção monetária. Havendo o STF declarado inconstitucional a TR como índice de correção monetária, os débitos tributários devem ser atualizados pelo IPC até a promulgação da Lei n. 8.177/91 e, a partir daí, deverão ser corrigidos pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor — INPC (art. 4º da Lei n. 8.177/91). Recurso provi-

do por maioria” (REsp n. 46.617-2/MG, Min. Garcia Vieira).

“Os Estados criam imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e podem dispor sobre a sua atualização. Extinta a OTN, a Unidade Fiscal do Estado de São Paulo — Ufesc, passou a ser atualizada pelo índice do IPC. A simples atualização monetária do débito não representa aumento de imposto” (EDREsp n. 995/SP, Min. Jaci Garcia Vieira).

“Os Estados não dependem da Lei Federal n. 7.799/89 para aplicar BTN ou qualquer outro índice na atualização monetária de seus créditos tributários, porque detêm autonomia legislativa para adotá-los ou instituí-los. Compete aos Estados criar impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e podem dispor sobre a sua atualização (CF, arts. 24 e 155, I, b)” (REsp n. 7.484/SP, Min. Garcia Vieira). E também do mesmo Relator REsp n. 18.484/SP.

“ICM — Correção monetária. A simples atualização do crédito tributário para a preservação do seu valor não é matéria reservada à lei complementar e se insere na competência dos Estados, referente a ICMS” (REsp n. 15.187/SP, Min. Garcia Vieira, RSTJ 29/541).

E deste Tribunal:

“A correção monetária do ICMS encontra apoio no artigo 97 do Código Tributário Nacional, que estatui não constituir majoração de tributo a atualização do valor monetário da respectiva base de cálculo, o que é corroborada pelo artigo 125, parágrafo 5º, da Carta catarinense; art. 39, parágrafo 4º, da Lei Estadual n. 7.547/89; art. 74 da Lei Estadual n. 5.983/81, com a re-

dação da Lei n. 7.547/89. A atualização do débito fiscal, na data do efetivo pagamento, é pacificamente aceita” (Ap. Cív. n. 1996.009349-4, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“Competindo aos Estados criar impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias, na conformidade dos arts. 24 e 155, II, da Constituição Federal, podem igualmente dispor sobre critério de atualização do débito fiscal, podendo a notificação fiscal e a certidão de dívida ativa serem expressas em UFR” (Ap. Cív. n. 1997.010710-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

“A correção monetária visa a manter atualizado no tempo o valor real da dívida, mediante a alteração de sua expressão nominal; não gera acréscimo ao valor nem traduz sanção punitiva, decorrendo de simples transcurso temporal, sob regime de desvalorização da moeda” (Ap. Cív. n. 48.992, de Palmitos, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Depreende-se com clareza dos arestos citados que o fato de ser vedada a aplicação da TRD não exonera o contribuinte de quitar suas dívidas corrigidas monetariamente. Sustentar o contrário seria dar azo ao enriquecimento sem causa.

4. Ante o exposto, dou provimento parcial ao recurso tão-somente para afastar a aplicação da TRD como índice de correção monetária dos débitos fiscais da recorrente. Em consequência, até a entrada em vigor da Lei n. 8.177/91, os débitos tributários devem ser atualizados pelo IPC ou pelo índice oficial previsto na legislação es-

tadual. No período de 4 de fevereiro a 31 de julho de 1991, deve ser utilizado o Índice Nacional de Preços ao Consumidor – INPC (artigo 4º da Lei n. 8.177). A partir de 31 de julho de 1991, data em que entrou em vigor a Medida Provisória Estadual n. 8, depois transformada na Lei Estadual n. 8.309, de 30 de agosto de 1991, que excluiu a incidência da TRD sobre os tributos estaduais, o fator de atualização monetária dos débitos fiscais passou a ser o Índice Geral de Preços – IGP, calculado pela Fundação Getúlio Vargas.

Tendo em vista que o Estado ficou vencido em parte mínima, deixo de condená-lo em honorários, nos termos do parágrafo único do art. 21 do Código de Processo Civil. Não obstante, pelo mesmo motivo, reduz a verba honorária a cargo da empresa autora para 10% sobre o valor da causa corrigido.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento parcial ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.

Florianópolis, 18 de março de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.019716-2, DE CAPINZAL**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

Responsabilidade civil – Indenização por danos causados em acidente de veículo – Município – Falta de intervenção do Ministério Público – Danos morais e estéticos – Cumulação – Redução da verba honorária – Sentença parcialmente reformada.

1. Nos termos do art. 249, § 2º, do CPC não se declara a nulidade se não houver prejuízo para as partes.

2. O Município tem o dever de ressarcir os danos que seus servidores causarem a terceiros. A responsabilidade é objetiva (CF, art. 37, § 6º) e dela somente se exonera o ente público se provar que o evento lesivo foi provocado pela própria vítima, por terceiro, caso fortuito ou força maior.

3. Na fixação do valor dos danos morais deve o julgador, na falta de critérios objetivos, estabelecer o quantum indenizatório com prudência, de modo que sejam atendidas as peculiaridades e a repercussão econômica da reparação, devendo esta guardar proporcionalidade com o grau de culpa e o gravame sofrido.

4. É possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético originários do mesmo fato, porém, a título diverso, ou seja, quando os bens jurídicos protegidos são distintos.

5. A indenização a título de danos morais e estéticos quando fixada em salários mínimos deverá, na conversão para a moeda corrente, ter como parâmetro o valor vigente na data da sentença.

6. Na ausência de circunstâncias especiais, sedimentou-se a jurisprudência da Corte no sentido de que a fixação dos honorários advocatícios, quando se tratar de pessoa jurídica de direito público, deve situar-se no patamar de 10% sobre o valor da condenação.

ACORDAM, em Sexta Câmara

Civil, por votação unânime, em sede de reexame, reformar parcialmente a sentença.

Custas legais

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.019716-2, da comarca de Capinzal, em que são autores Sérgio Moura Guimarães e Adriane de Oliveira Sauer e réu o município de Piratuba:

I — Relatório

Trata-se de reexame necessário a teor do art. 475, inc. I, do Código de Processo Civil, de sentença prolatada nos autos de Ação Sumária de Reparação de Danos Materiais e Morais decorrentes de acidente de veículo de via terrestre n. 016.97.000002-8, ajuizada por Sérgio Moura Guimarães e Adriane de Oliveira Sauer contra o município de Piratuba.

Alegam que no dia 8 de fevereiro de 1996, por volta das treze horas, trafegavam pela Rua das Flores, sentido Balneário – Centro, no veículo de propriedade do autor, por ele conduzido, quando foi surpreendido por um forte desnível causado por obras realizadas poucas horas antes. Ocorre que nenhuma sinalização havia no local.

Assim, informaram que do evento resultaram prejuízos materiais, atingindo o custo de R\$ 1.639,50 (um mil, seiscentos e trinta e nove reais e cinquenta centavos), e prejuízos de ordem moral, pois os ferimentos mais graves foram sofridos principalmente pela autora, que estava grávida de três meses à época do ocorrido. Pleiteia o ressarcimento de todos os danos materiais comprovados com a inicial e mais os danos morais e estéticos sofridos pela autora.

O município de Piratuba apresentou contestação pugnando pela culpa exclusiva do condutor do veículo.

O digníssimo Juiz *a quo* julgou procedente o pedido deduzido na inicial nos seguintes termos:

“Com estas considerações, este Juízo *julga procedente* o pedido ini-

cial para *condenar* o réu ao pagamento aos autores de R\$ 1.639,50 (um mil, seiscentos e trinta e nove reais, cinquenta centavos), devidamente corrigidos e acrescidos de juros legais, estes contados da citação, relativos aos danos materiais comprovados na inicial (fls. 27/28, 32/36).

“*Condená-lo* a pagar à autora Adriane de Oliveira Sauer 30 (trinta) salários mínimos a título de indenização por danos estéticos e 60 (sessenta) salários mínimos, por danos morais, conforme acima especificado.

“*Condená-lo*, ainda, em face da sucumbência, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do CPC, ao pagamento de honorários advocatícios, os quais, considerando que aos autores assistiu o reconhecimento da responsabilidade objetiva do réu, o que abrandou a complexidade da lide, por outro lado, levando-se em conta o tempo decorrido para a solução do litígio e serem os procuradores dos autores de outra Comarca, tendo estes suportado despesas de deslocamento até esta Comarca, este Juízo fixa em 15% (quinze por cento) sobre o valor total da condenação a ser paga – apesar deste Juízo ter conhecimento de jurisprudência que entende ser cabível apenas o percentual de 10% de honorários contra a Fazenda Pública —, isentando o réu do pagamento das custas processuais, conforme Lei Complementar n. 156/97(...)” (fls. 152/153).

Decorrido o prazo para a interposição de recurso voluntário, os autos subiram a esta egrégia Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer de lavra do Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes, para que fosse declarada a nulidade

do feito, pois não houve a intimação do *Parquet* de primeiro grau.

II — Voto

1. Preliminarmente, é preciso destacar que a ausência de intimação do Ministério Público pode conduzir à nulidade absoluta do processo; entretanto, só deve ser declarada se houver prejuízo, pois o art. 259, § 2º, do Código de Processo Civil estabelece que “quando puder decidir o mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração da nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta”.

A respeito desse tema, Antônio Cláudio da Costa Machado ensina que “também em relação à intervenção fundada no inc. II do art. 82, ou em dispositivos constantes da legislação especial, é compreensível e, mais que isso, perfeitamente aceitável, do ponto de vista sistemático, que se admita a relativização da nulidade por falta de intimação do *Parquet*. Segundo o nosso entendimento, a atribuição de relevância ao elemento prejuízo e, por conseguinte, a aplicação do princípio da instrumentalidade das formas consagrado pelos arts. 244 e 249, § 1º, ao *Parquet*, correspondem a única forma de se ajustar a disciplina das nulidades à realidade tão particular da intervenção do Ministério Público no processo civil nesses casos” (A intervenção do Ministério Público no Processo Civil Brasileiro, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, pág. 594).

No caso dos autos não há nenhum prejuízo causado pela falta de intervenção do representante do Ministério Público de primeiro grau.

Da Apelação Cível n. 1999.005110-2, em que foi relator o eminente Des. Nelson Schaefer Martins, extrai-se:

“A ausência de intimação do Ministério Público pode conduzir à nulidade absoluta do processo a teor do disposto 84 do CPC, se na lide há interesse de incapazes. Contudo, não se decreta a nulidade, se configurada a hipótese do art. 249, § 2º, do estatuto processual”.

E mais adiante continua:

“Este dispositivo afirma o princípio da instrumentalidade das formas, de modo que somente serão anulados os atos imperfeitos se o objetivo não tiver sido atingido”.

Também desta Casa de Justiça:

“Ausência de manifestação do representante do Ministério Público – Intervenção deste nas principais fases do processo – Inteligência do art. 82, III, CPC – Aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief* – preliminar afastada” (Ap. Cív. n. 2000.014575-0, Des. Volnei Carlin).

E do corpo do venerando voto destaca-se:

“*Ab initio*, em respeito à ordem processual posta, cabe ser equacionada a questão da preliminar argüida pelo representante do Ministério Público.

“Conforme disposto no art. 82, III, do Código de Processo Civil, cabe ao Ministério Público intervir nas ações que envolvam litígios de interesse público.

“Veja-se a lição doutrinária a respeito da intervenção do Órgão Ministerial:

‘Qual o interesse público que exige a intervenção do Ministério Público? Não podem ser os da organização, os de zelo pelos incapazes, ausentes e testadores já falecidos, porque quanto a eles há norma expressa nos itens I e II. Não podem ser os interesses patrimoniais da Fazenda e suas autarquias, porque elas têm seus procuradores judiciais habilitados a bem defendê-las em juízo. Em resumo, além dos casos previstos nos itens I e II do artigo e dos que são objeto de disposições expressas do Código e das leis especiais, como a de falências, a de ação popular e outras, não se conseguem ver casos em que se justificasse a participação obrigatória do Ministério Público, com assento no item em exame’ (Barbi. Celso Agrícola. Comentários ao Código de Processo. Rio de Janeiro: Forense, 1975, vol. 1, t. II, pág. 380).

“Eis a jurisprudência:

‘Na verdade, intervindo o ilustre Promotor de Justiça de Primeiro Grau nas principais fases do processo, acompanhando regularmente o feito, está suprida a exigência do art. 82, III, do CPC, mesmo desprezando a corrente jurisprudencial segundo a qual o interesse da Fazenda Pública nem sempre se confunde com o interesse público.

‘Com efeito, no caso dos autos, há apenas interesse da Fazenda Pública, devidamente defendido por seu advogado habilitado, inexistindo qualquer prejuízo a reconhecer, se fosse o caso, pela não intervenção do representante do Ministério Público’ (Ap. Cív. n. 42.905, de Curitiba, rel. Des. Paulo Gallotti).

‘Apelação cível. Desapropriação indireta. Intervenção do Ministério Público. Art. 82, III, do Código de Processo Civil. Indenização. Acessórios. Sentença confirmada.

‘I — O simples fato de a pessoa jurídica de direito público — Município — ser parte na lide não constitui razão suficiente para a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público no feito. Código de Processo Civil, art. 82, III. Precedentes do STF’ (JC, 42/153).

“No caso em tela, o representante do Ministério Público interviu efetivamente nas principais fases do processo (fls. 44, 49/54 e 62/66).

“Mesmo se considerando indispensável a manifestação do membro do *Parquet*, isto não poderia servir, por si só, para afastar a higidez processual, uma vez que o que a lei exige é sua intervenção e não a sua presença em todos os atos processuais.

“Consigne-se que o processo não é um fim em si mesmo e que nenhuma nulidade deve ser declarada sem que exista prejuízo. Cuida-se de aplicação do princípio processual da instrumentalidade.

“Assim já se decidiu:

‘Nulidade. Falta de prejuízo. Por regra geral do CPC não se dá valor à nulidade, se dela não resultou prejuízo para as partes, pois aceito, sem restrições, o velho princípio: *pas de nullité sans grief*. Por isso, para que se declare a nulidade, é necessário que a parte demonstre o prejuízo que ela lhe causa. Recurso parcialmente conhecido e nessa parte improvido’ (STJ, REsp n. 14.473/RJ, julgado em 26/11/1996, rel. Min. Cesar Asfor Rocha; DJ de 3/3/1997, pág. 4.654)”.’

2. Quanto ao mérito, restou claramente demonstrado nos autos que o fator decisivo para o triste desenlace foram as obras na pista e a ausência de sinalização alertando o perigo. As obras foram iniciadas pelo período da manhã, poucas horas antes do acidente, em trajeto feito diariamente pelos autores.

É razoável a conclusão de que a obra não estava sinalizada, pois tanto o boletim de ocorrência como a prova testemunhal colhida nos autos, somadas às fotografias juntadas, corroboram a afirmação de que não havia sinalização no local.

Do depoimento de Flávio Brasil, à fl. 111, retira-se que “(...) não havia qualquer sinalização indicando que estaria sendo realizadas obras, próximo ao local do acidente. Que as obras foram realizadas naquela manhã. (...) que fazia bastante tempo que a prefeitura não realizava obras no local. (...) que no dia dos fatos a testemunha andou até o topo do morro que se visualiza na segunda foto de folhas 20, podendo afirmar que não havia qualquer sinalização”.

A testemunha João Moresco, que presenciou o ocorrido, afirma, em seu depoimento (fl. 112), que “o autor trafegava há cerca de 30/40 km/h na hora do acidente”.

O próprio autor afirma que “já vinha fazendo há cerca de oito meses” o trajeto percorrido no dia do acidente, e que “a junção do calçamento com esta rua se dava em um mesmo nível, não havendo qualquer desnivelamento entre os dois tipos de pisos. Que fez este trajeto na parte da manhã do dia dos fatos” (fl. 114).

Ora, se o autor vinha trafegando por esse trecho há cerca de oito meses, tendo inclusive passado pelo local do acidente poucas horas antes do sinistro, como presumir que houvessem obras no local?

Não há imputar a culpa ao condutor do veículo, pois as testemunhas foram unânimes em afirmar que não havia sinalização no local. A velocidade em que era conduzido o veículo também se mostrava perfeitamente compatível com as condições da pista e de visibilidade, conforme o depoimento de fl. 112, ao contrário do que alega o réu.

É o que basta para firmar a responsabilidade do Município ante o disposto no art. 37, § 6º, da Constituição da República.

Indiscutível que existiam obras na pista e que no local não havia sinalização. Sendo assim, observa-se que o autor demonstrou suficientemente o nexó causal entre a negligência do Poder Público Municipal e o evento danoso, e, por outro lado, diante da ausência de comprovação por parte do Município da existência de uma das causas de exclusão de sua responsabilidade, impõe-se o dever de indenizar o prejudicado ante aos precisos termos do § 6º do art. 37 da Constituição da República, pois inquestionavelmente trata-se de responsabilidade objetiva da Administração:

“Art. 37 (...)

“§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso con-

tra o responsável nos casos de dolo ou culpa”.

A responsabilidade objetiva advinda da teoria do risco Administrativo não obriga o Poder Público a indenizar todo e qualquer caso, mas, sim, dispensa a vítima da prova de culpa do agente da Administração, cabendo a esta a demonstração da culpa, total ou parcial, do lesado no evento danoso, para que aí sim fique total ou parcialmente livre do dever de indenizar.

Sobre o assunto é elucidativa a lição de Rui Stoco:

“Não se pode deslembrar que a responsabilidade do Estado se assenta no risco administrativo e independe de prova da culpa, bastando que se demonstre o nexo causal entre o acidente e o dano.

“Aliás, sequer se exige a prova de culpa do servidor causador do dano.

“Em casos que tais o ônus da prova é invertido: ao Estado é que compete provar a existência de uma das causas de exclusão da responsabilidade, como a culpa exclusiva da vítima, o caso fortuito ou a força maior.

“Fora daí, por força da teoria do risco administrativo, ao Estado cabe responder pelos danos decorrentes de acidentes de veículos de sua propriedade. Sua responsabilidade é objetiva” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais).

O mestre Hely Lopes Meirelles, abordando a mesma teoria, pondera:

“Por esta teoria o município, suas autarquias, entidades paraestatais e demais delegados de sua Administração respondem objetivamente pelos

danos que causarem a terceiros. Essa responsabilidade independe da culpa do município ou de seus agentes ou prepostos. Para obter a indenização basta que a vítima demonstre o nexo causal entre o ato e a injusta lesão ao seu patrimônio” (Direito Municipal Brasileiro. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, pág. 128).

De outro norte, Maria Helena Diniz, tecendo comentários acerca da aplicação do artigo 159 do Código Civil, assim preleciona:

“O ato ilícito é praticado em desacordo com a ordem jurídica, violando o direito subjetivo individual. Causa dano a outrem, criando o dever de repará-lo. Logo, produz efeito jurídico, só que este não é desejado pelo agente, mas imposto pela lei. Para que se configure o ato ilícito, será imprescindível que haja: a) fato lesivo voluntário, causado pelo agente, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência; b) ocorrência de um dano patrimonial ou moral, sendo que pela Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça serão cumuláveis as indenizações por dano moral e material decorrentes do mesmo fato; e c) nexo de causalidade entre o dano e o comportamento do agente” (Código Civil Anotado, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 169).

E, nesse âmbito, oportuna a lição de Carlos Roberto Gonçalves:

“Nos casos de responsabilidade objetiva, não se exige prova de culpa do agente para que seja obrigado a reparar o dano. Em alguns, ela é presumida pela lei. Em outros, é de todo prescindível (...).

“Há casos em que se prescinde totalmente da prova da culpa. São as

hipóteses de responsabilidade independente de culpa. Basta que haja relação de causalidade entre a ação e o dano.

“Uma das teorias que procuram justificar a responsabilidade objetiva é a teoria do risco. Para esta teoria, toda pessoa que exerce alguma atividade cria um risco de dano para terceiro. E deve ser obrigada repará-lo, ainda que sua conduta seja isenta de culpa” (Responsabilidade Civil, 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 1995, pág. 18).

Nesse mesmo sentido, José Da Silva Pacheco, em parecer publicado na RT 635/103, teceu considerações sobre o tema:

“Houve, pelo art. 37, § 6º, da CF de 1988, alteração no concernente à responsabilidade civil, inspirada no princípio basilar do novo Direito Constitucional de sujeição de todas as pessoas, públicas ou privadas, aos ditames da ordem jurídica, de modo que a lesão aos bens jurídicos de terceiros traz como consequência para o causador do dano a obrigação de repará-la”.

Por derradeiro, entendo oportuno trazer a lume o entendimento do abalizado Tupinambá Castro do Nascimento acerca do risco administrativo:

“No risco administrativo, há duas nuances fundamentais. Sua própria compreensão e a deslocalização do ônus probatório. Nele, basta o A. provar o dano sofrido e seu nexos causal com a atividade estatal prestada. O respeito à esfera jurídica alheia, patrimonial ou moral é que gera a obrigação de indenizar. A responsabilidade nasce de uma presunção: houve falta anônima da administração pública, o

que, na doutrina francesa, se chama *faute de service*. O A. da ação não necessita comprovar qualquer culpa ou dolo, visto ser a responsabilidade objetiva, nem comprovar que existiu a falta anônima. Tanto a culpa quanto a falta do serviço são presumidas. A nosso sentir, trata-se, quanto à primeira, de presunção absoluta, não se admitindo prova em contrário; quanto à segunda, só se admitem específicas excludentes.

“No entanto, a carga probatória, para se eximir da responsabilidade, passa a ser do Estado, e assim mesmo limitadamente. Não basta comprovar a inocorrência de culpa de seu agente, ou do próprio Estado, ou se pretender provar que não houve, concretamente, falta anônima da administração. Prova neste sentido é irrelevante e desimporta ao julgamento da causa ou à definição do ressarcimento. O que passa a ser ônus do Estado e, em compreensão, útil à isenção da responsabilidade é provar uma das excludentes admitidas: culpa exclusiva da vítima, ou de terceiro que não agente público em atividade, e caso fortuito ou força maior (...)” (Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Aide, 1993, pág. 19).

Ante o quadro fático delineado nos autos não há isentar o município de Piratuba da responsabilidade pelo acontecimento lesivo. Era ele quem tinha e tem a incumbência de conservar a rodovia, zelando pelas boas condições de tráfego, o que importa, por consequência, na necessária sinalização dos locais que ofereçam riscos aos usuários.

Repita-se: comprovado o nexos causal e não se demonstrando a cul-

pabilidade do prejudicado, exsurge, de forma automática, a obrigação da reparação civil por parte da Administração.

É da ensinança, novamente do saudoso administrativista Hely Lopes Meirelles que, “para obter a indenização, basta que o lesado acione a Fazenda Pública e demonstre o nexo causal entre o fato lesivo (comissivo ou omissivo) e o dano, bem como o seu montante. Comprovados esses dois elementos, surge naturalmente a obrigação de indenizar. Para eximir-se dessa obrigação incumbirá à Fazenda Pública comprovar que a vítima concorreu com culpa ou dolo para o evento danoso. Enquanto não evidenciar a culpabilidade da vítima, subsiste a responsabilidade objetiva da Administração. Se total a culpa da vítima, fica excluída a responsabilidade da Fazenda Pública; se parcial, reparte-se o *quantum* da indenização” (Direito Administrativo Brasileiro, 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, pág. 611).

No mesmo norte são os excertos jurisprudenciais deste Sodalício:

“Responsabilidade civil. Via pública obstruída por obras no calçamento. Falta de sinalização. Veículo acidentado. Omissão culposa. Obrigação de indenizar.

“A Municipalidade responde pelos danos do veículo que colide com pedras de calçamento amontoadas no leito da via pública, quando o local não se encontra devidamente sinalizado” (Ap. Cív. n. 10.658, rel. Des. Nelson Konrad).

Ou ainda:

“Administrativo — Responsabilidade civil do Estado — Buraco na via

pública — Acidente — Teoria do risco administrativo — Recurso desprovido — Precedentes jurisprudenciais.

“Em vias públicas, havendo falta do serviço, decorrente da inexistência de sinalização, o Estado responde pelos prejuízos, só se eximindo nas hipóteses de culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito.

“Para a indenização no risco administrativo, basta prova do dano e do nexo causal entre ele e a falta do serviço” (Ap. Cív. n. 49.184, rel. Des. Amaral e Silva).

“Ação de reparação de dano causado em acidente de veículo — Buraco na via pública — Obra da Municipalidade — Falta de sinalização — Dano material — Responsabilidade do Município — Procedência — Duplo grau necessário de jurisdição — Sentença mantida” (Ap. Cív. n. 32.482, rel. Des. João Martins).

“Acidente de trânsito. Responsabilidade civil do município. Dano material e pessoal. Choque de motocicleta com monte de pedras britadas colocadas em rodovia. Ausência de iluminação e, tampouco, de placas de sinalização de advertência no local. Responsabilidade objetiva. Risco administrativo. Culpa da vítima, por excesso de velocidade, falta de capacidade de segurança e embriaguez, indemonstrada. Remessa e recurso desprovidos.

“A Administração Pública é responsável civilmente pelos danos decorrentes de acidentes provocados por montes de pedras deixadas no leito de rodovia, em virtude de obra que ali realiza, bastando à vítima comprovar o nexo de causalidade entre o

evento danoso e a ação ou omissão daquela.

“A responsabilidade, nesses casos, deve-se à teoria do risco administrativo, segundo a qual o ente público responderá pelo ilícito que tenha causado independentemente de ter agido com culpa, só se eximindo, total ou parcialmente deste encargo, quando comprovar a culpa exclusiva ou concorrente da vítima ou de terceiro, caso fortuito ou força maior” (Ap. Cív. n. 1996.012646-5, rel. Des. Gaspar Rubik).

3. No que pertine ao valor correspondente à indenização pelos danos morais e estéticos, cumpre salientar que a decisão merece ser mantida, haja vista que o *quantum* fixado na sentença, ou seja, 30 (trinta) salários mínimos pelos danos estéticos e 60 (sessenta) salários mínimos pelos danos morais, está adequado ao caso em tela.

O incômodo advindo do acidente que o jovem casal sofreu foi ainda majorado pelo fato de a autora, vítima dos ferimentos mais graves, estar grávida de três meses à época do ocorrido.

É sabido que a noção de dano envolve a idéia de prejuízo, deterioração, perda de algum bem no sentido etimológico, não se confundindo com o dano patrimonial. Este se liga diretamente à idéia de que ocorreu uma conduta que provocou uma diminuição no patrimônio da vítima, tendo o sentido de restaurar, de restabelecer o equilíbrio atingido. Aquele, por não poder ser resolvido por meio de uma equivalência, já que impossível indenizar os sofrimentos que são insuscetíveis de avaliação, merece receber

uma satisfação a ser paga de uma só vez pelo causador.

Segundo Matos Antunes Varela, discorrendo sobre o tema:

“(...) dano é a perda *in natura* que o lesado sofreu, em consequência de certos fatos, nos interesses (materiais, espirituais ou morais) que o direito violado ou a norma infringida visam tutelar. É a lesão causada no interesse juridicamente tutelado, que reveste as mais das vezes a forma de destruição, subtração ou deterioração de certa coisa, material ou incorpórea. É a morte ou são os ferimentos causados à vítima; é a perda ou afetação do seu bom nome ou reputação, são os estragos causados no veículo, as fendas abertas no edifício pela explosão; a destruição ou apropriação de coisas alheias, etc.(...)” (Das Obrigações em Geral. vol. I, pág. 592).

Ainda que não seja possível fixar com exatidão o valor que corresponda ao ressarcimento dos danos morais, a reparação deverá corresponder a uma justa compensação pelos danos sofridos. O *quantum* indenizatório deverá ser alcançado de tal forma que desestimule a prática de ilícitos, recomendando-se ainda ao juiz que observe os princípios da razoabilidade e proporcionalidade, não se descurando da apreciação de todos os elementos que concorreram para a causa da lesão, bem como das consequências advindas do dano.

Por isso, entende-se que, acompanhando a função compensatória, o *quantum* indenizatório possui também um sentido punitivo que contém uma concepção de função preventiva e resulta na idéia de ressarcimento-prevenção. Isso faz com que

os bens jurídicos ligados à personalidade da pessoa e tutelados pelo Estado não se constituam em simples valores abstratos dissociados da realidade hodierna.

Oportuna a lição de Carlos Alberto Bittar:

“A indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que não se aceita o comportamento assumido, ou o evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expresso, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Reparação civil por danos morais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, págs. 205/206).

A respeito do tema, Humberto Theodoro Júnior destaca:

“(…) resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários”. Acrescenta que “o problema haverá de ser solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão” (Alguns aspectos da nova ordem constitucional

sobre o direito civil. Revista dos Tribunais. Vol. 662, págs. 7/17, dez. 1990).

A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda de prejuízo estético, decorrentes do mesmo fato, não, porém, sob o mesmo título, o que ocorre *in casu*. Em outras palavras, é perfeitamente possível a cumulação da indenização por dano moral com o dano estético originários do mesmo fato, porém, a título diverso, ou seja, quando os bens jurídicos protegidos são distintos.

Os danos estéticos são devidos, pois os ferimentos causados pelo acidente trouxeram à ofendida marcas perceptíveis em seu rosto, sendo visíveis as cicatrizes, conforme demonstram as fotografias de fls. 37/39, a declaração médica juntada à fl. 40 e o laudo pericial (fl. 81).

Wilson Melo da Silva ensina:

“Dano estético, no cível, não é apenas o aleijão. É, também, qualquer deformidade ou deformação outra, ainda que mínima e que implique, sob qualquer aspecto, num ‘afetamento’ da vítima ou que possa vir a se constituir para ela numa simples lesão ‘desgostante’, como diria Lopes Vieira ou em permanente motivo de exposição ao ridículo ou de inferiorizantes complexos” (O Dano Moral e sua Reparação. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1983, pág. 499).

Ainda sobre a matéria, Teresa A. Lopes de Magalhães pondera:

“Aqui não se trata apenas das horripilantes feridas, dos impressionantes olhos vazados, da falta de uma orelha, da amputação de um membro, das cicatrizes monstruosas ou mesmo do aleijão propriamente dito. Para a

responsabilidade civil basta a pessoa ter sofrido uma 'transformação', não tendo mais aquela aparência que tinha. Há, agora, um desequilíbrio entre o passado e o presente, uma modificação para pior" (O dano estético. Responsabilidade Civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, págs. 18/19).

Não diverge a jurisprudência deste Sodalício:

"Responsabilidade civil — Indenização — Dano estético — Cabimento. Dano estético não é apenas o aleijão, mas toda e qualquer deformidade que implique, ainda que minimamente, um afetamento da vítima" (Ap. Cív. n. 47.094, rel. Des. Eder Graf).

"Passando-se à análise da condenação da Administração ao pagamento de verba a título de dano moral e dano estético, em verbas distintas e cumuladas, afirma-se, antecipadamente, que se tratam de ofensas que não se confundem, não se podendo falar, por conseguinte, em dupla condenação.

"Ademais, ressalte-se que a verba destinada ao ressarcimento dos danos estéticos, na verdade, referem-se às despesas médicas a serem efetuadas com futuras cirurgias reparadoras na vítima, o que se configura, em última análise, indenização por danos materiais" (Ap. Cív. n. 2001.021501-2, rel. Des. Volnei Carlin).

"A indenização pela incapacidade laborativa não engloba a indenização pelo dano estético. Há possibilidade de cumulação dos danos físicos com os danos morais, estes abrangendo o dano estético" (Ap. Cív. n. 50.318, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Diante disso, conclui-se que o montante arbitrado a título de danos morais e estéticos está perfeitamente adequado para a presente ação. Ressalte-se que, ainda que a autora submetesse a uma cirurgia plástica, as cicatrizes do acidente não poderão ser completamente reparadas, como se pode constatar na perícia realizada (fl. 81).

Ressalva-se, contudo, que o valor da condenação pelos danos estéticos (trinta salários mínimos) e morais (sessenta salários mínimos) deverá ser convertido em reais, considerado o salário mínimo vigente na data da r. sentença. Em outras palavras: a indenização pelos danos morais e estéticos deve corresponder ao equivalente a 90 (noventa) vezes o salário mínimo vigente à época da sentença, mais correção monetária e os juros legais.

4. Também improcede a irresignação do réu no que diz respeito ao valor fixado para a indenização dos danos materiais advindos do acidente.

Os autores comprovaram a existência dos danos materiais e trouxeram aos autos documentos que permitem seja aferido o respectivo valor (R\$ 1.639,50), quais sejam o boletim de ocorrência (fl. 18), o orçamento do conserto do veículo sinistrado (fls. 27/29) e as notas fiscais das passagens (fls. 32/36).

5. Merece reparos, no entanto, a r. sentença no que pertine ao percentual fixado a título de verba honorária.

Pela dicção do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, quando se tratar de sentença condenatória contra a Fazenda Pública, os honorá-

rios advocatícios devem ser fixados mediante apreciação equitativa do juiz, atendidos também o grau do zelo profissional, o local da prestação do serviço e a natureza e importância da causa.

A Câmara, seguindo a orientação pacífica adotada pelos demais Órgãos Fracionários, tem entendido que na ausência de circunstâncias especiais, vencida a Fazenda Pública, os honorários devem situar-se no patamar de 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação.

“Honorários de advogado. Orientação pretoriana predominante. Remessa parcialmente provida.

“Pacificou-se o entendimento pretoriano no sentido de que não deve entidade estatal, na hipótese de sucumbir, suportar honorários de advogado acima do percentual de 10%” (Ap. Cív. n. 19999.012709-5, rel. Des. Sérgio Paladino).

6. Ante ao exposto, reformo parcialmente a sentença a fim deter-

minar a conversão do valor da condenação de salários mínimos para o equivalente em reais à data da prolação do *decisum* e para reduzir a verba honorária para 10% sobre o valor da condenação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, em sede de reexame, reformaram parcialmente a sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 4 de outubro de 2002.

Francisco de Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.005871-9, DE TROMBUDO CENTRAL

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Revisão de contrato. Pedido formulado de forma genérica. Ausência de especificação de quais cláusulas ou encargos carecem de revisão. Decisão mantida. Apelo desprovido.

Inexistindo indicação específica de quais cláusulas ou encargos merecem ser revistos, inviável torna-se a pretensão invalidatória da avença.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.005871-9, da comarca de Trombudo Central (Vara Única), em

que é apelante Faller Industrial de Fécula Ltda. e apelada Companhia Real de Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Trombudo Central, Faller Industrial de Fécula Ltda. ajuizou ação de revisão de contrato contra Companhia Real de Arrendamento Mercantil, impugnando, genericamente, os valores e taxas de juros cobrados pela ré no contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, requerendo a restituição dos valores pagos a mais.

Devidamente intimada, a ré apresentou resposta, aduzindo, em síntese, que as taxas de juros e correção cobradas no contrato são legais (fls. 17/23).

À réplica (fls. 30/33), sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou improcedente o pedido (fls. 46/51).

Irresignada com o teor do decisório adverso, apelou a vencida, alegando, em suma, que: a) cobrança indevida de comissão de permanência e juros em percentual superior a 12% ao ano, além de multa contratual; e, b) por ser um contrato de adesão, o apelante não teve como discutir tais cláusulas e as cláusulas abusivas são nulas de pleno direito.

Por fim, postulou o provimento do recurso.

Devidamente contra-arrazoados (fls. 67/75), os autos ascenderam a esta Corte.

É o relatório.

II — Voto

O recurso, todavia, não comporta provimento.

Pretende o apelante a revisão do contrato de arrendamento mercantil avençado entre as partes.

Entretanto, o pedido restou formulado de forma genérica, de tal modo que não foram indicados quais os encargos ou cláusulas contratuais reputados ilegais ou abusivos, somente argumentando o recorrente, para tanto, de forma ilógica, que a instituição arrendadora deveria apenas dividir o valor do bem arrendado pelo número de parcelas pactuadas.

Despiciente, pois, referido argumento, sendo oportuno trazer à baila lição de Arnaldo Rizzardo:

“O valor da prestação não exprime somente a remuneração do dinheiro, mas também a depreciação do equipamento. Daí expressar cifra econômica bem superior a uma simples locação.

“Espelha, ainda, o lucro da empresa arrendadora. Para constatar tal fato, basta multiplicar o valor da primeira contraprestação pelo prazo do arrendamento, isto é, pelo número de contraprestações.

“Calcula-se a depreciação do bem durante a vigência do contrato” (*in Leasing*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1997, págs. 72/73).

Todavia, o Judiciário não se presta a analisar os contratos de forma genérica, incumbindo à parte demonstrar o que efetivamente quer impugnar e revisar, indicando, assim, especificamente, os referidos encargos e cláusulas passíveis de revisão,

apresentando dados e cálculos concretos.

Compulsando os autos, consta a inexistência de qualquer cálculo passível de retratar eventual cobrança ilegal de encargos mesmo que não especificados considerados excessivos.

Ademais, a apelante não trouxe aos autos sequer os comprovantes de pagamento, a fim de embasar a alegada cobrança excessiva de valores e encargos a título de mora e inadimplemento.

Portanto, inviável se torna a pretensão invalidatória do contrato por este conter cláusulas abusivas, diante da inexistência de especificação de quais cláusulas merecem ser revistas.

Assim, diante de tais argumentações, voto, pois, no sentido de negar provimento ao recurso, a fim de manter incólume o decisório objurgado.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 15 de outubro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.012677-3, DE SÃO JOSÉ

Relator: Des. Eládio Torret Rocha

Ação declaratória de inexistência de débito e nulidade de protesto c/c perdas e danos. Emissão de duplicatas sem causa. Aquisição de produtos com documentação furtada. Títulos não pagos. Encaminhamento a protesto e inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. Dano moral demonstrado. Culpa da vendedora. Responsabilidade civil. Inteligência do artigo 159 do Código Civil. Sentença mantida. Apelo desprovido.

Demonstrada a emissão sem causa de duplicatas e, da mesma forma, caracterizado o dano sofrido por outrem em virtude desse procedimento, revelam-se suficientemente demonstrados os pressupostos da responsabilidade civil (artigo 159, CC), devendo, portanto, ser mantida a sentença que reconheceu o dever de indenizar do causador do prejuízo.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.

1999.012677-3, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante 100%

Nacional Distribuidora de Fitas Ltda., sendo apelada Clarice Stahl:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de São José, Clarice Stahl ajuizou ação declaratória de inexistência de débito c/c perdas e danos contra 100% Nacional Distribuidora de Fitas Ltda. e Banco do Brasil S.A.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi parcialmente deferido a fim de que se averbasse à margem do protesto dos títulos a existência da demanda enfocada e, da mesma maneira, para determinar ao titular da serventia de protestos que desse ciência do teor da decisão ao Serasa (fls. 28/30).

Citados, os réus ofertaram contestação (fls. 38/44 e 55/57), havendo a autora lançado manifestação sobre as respostas (fls. 72/73).

Logo após, a requerente e o réu Banco do Brasil S.A. protocolizaram petição informando a respeito da transação que realizaram e postulando a exclusão do Banco requerido do pólo passivo da ação (fl. 74).

Homologada a transação (fl. 75), deu-se vistas dos autos ao representante do Ministério Público — considerando que um dos objetos da lide é a anulação de registro público (fl. 81).

Ofertado o parecer ministerial, o Magistrado de primeiro grau sentenciou o feito, julgando procedentes em parte os pedidos formulados na exor-

dial para declarar a inexistência das duas duplicatas mercantis emitidas por 100% Nacional Distribuidora de Fitas Ltda. e para declarar a nulidade do protesto tirado em função do não-pagamento das referidas cópias (fls. 87/93). Da mesma forma, o Togado condenou a ré ao pagamento de R\$ 2.700,00 a título de danos morais em favor da autora. Ante a ocorrência de sucumbência recíproca, aplicou o artigo 21 do CPC, e condenou a autora ao pagamento de 66% da verba advocatícia arbitrada em R\$ 2.000,00, cabendo à ré, por conseguinte, o pagamento de 34% do mencionado estípite.

Opostos embargos de declaração pela autora, estes foram rejeitados (fls. 104/108).

Irresignada com o teor do decisório que lhe foi em parte adverso, a ré interpôs recurso de apelação, sustentando, em síntese, que emitiu as duplicatas mercantis no exercício regular de um direito — haja vista que foi realizada compra com a documentação da recorrida.

Outrossim, salienta que não restou configurado o nexo causal entre seu ato e o dano sofrido pela apelada, pelo que a sentença deveria rejeitar os pedidos de indenização (fls. 97/101).

Aduz, também, que deve ser igualmente excluída a verba da sucumbência tendo em vista que não deu causa à demanda.

Postula, ao final, o provimento do recurso.

Intimada para contra-arrazoar, assim o fez a apelada, que requereu o desprovimento do reclamo (fls. 111/114).

O Ministério Público, em ambos os graus de jurisdição, opinou pelo desprovemento do apelo (fls. 117/120 e 126/129).

É o relatório.

II — Voto

O recurso não comporta provimento.

A obrigação de indenizar, contemplada em nosso direito, faz referências aos atos ilícitos praticados por ação ou omissão voluntária, resultando em prejuízo a outrem.

Assim, o art. 159 do Código Civil, ao definir o ato ilícito, conceitua-o apenas como “...toda ação ou omissão, que viole direito ou cause prejuízo”.

Ao referir-se à existência de prejuízo, o mencionado dispositivo não limita, de forma alguma, a reparação a danos de ordem econômica. A legislação vigente abre espaço para a reparação, igualmente, dos danos extrapatrimoniais, conforme vem admitindo pacificamente a doutrina e jurisprudência pátrias.

Versando a respeito da matéria, assim leciona Yussef Said Cahali:

“...a jurisprudência está se consolidando no sentido de que o abalo de crédito na sua versão atual, independentemente de eventuais prejuízos econômicos que resultariam do protesto indevido de título, comporta igualmente ser reparado como ofensa aos valores extrapatrimoniais que integram a personalidade das pessoas ao seu patrimônio moral” (*Dano Moral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, pág. 357).

Para que haja o dever de indenizar, necessária é a caracterização

da ação do agente — assim como da respectiva culpa —, do dano experimentado pela vítima, e da relação de causalidade entre o fato e o dano.

Apesar de não questionar os prejuízos sofridos pela recorrida, a apelante sustenta que não existe nexo causal a amparar sua responsabilização civil.

Esse é, pois, o ponto central do reclamo.

No caso em tela, deparo-me com o protesto indevido de duas duplicatas que — consoante reconhecido pela própria recorrente — foram emitidas sem causa, ou seja, sem que tivesse, de fato, ocorrido relação negocial entre as partes. Os títulos foram encaminhados para protesto e o nome da apelada inscrito nos cadastros de restrição ao crédito. Eis, portanto, a ação praticada pela recorrente.

Sabendo que a mercadoria (quatro fitas pornográficas) foi adquirida da apelante por terceiro que se fez passar pela recorrida, inevitável é a responsabilização da vendedora pela emissão dos títulos.

Nesse sentido, as evidências demonstram que, mesmo inexistente a intenção da recorrente em prejudicar a apelada, houve a relação de causalidade entre a emissão das duplicatas/encaminhamento para protesto/inscrição no Serasa e a dor refletida no espírito da recorrida, circunstância que justifica a responsabilização na esfera civil.

Em situação análoga, decidiu o Tribunal de Alçada Cível de São Paulo:

“Os protestos de títulos sem causa (...) sujeitam à composição de per-

das e danos, à medida que, tirados abusivamente, geram abalo de crédito. Esse abalo de crédito, por sua vez, é espécie de dano, inclusive moral, porquanto encerra os prejuízos que alguém sofre na alma, no corpo ou nos bens” (RT 124/139).

Com efeito, cabia à recorrente — ou a seu preposto neste Estado catarinense — certificar-se a respeito da identidade do comprador, checando a documentação e demais dados apresentados quando da efetivação da compra realizada a crédito.

Em assim não tendo feito a apelante, agiu culposamente.

Ademais, não se pode dizer que o evento causador do dano à recorrida foi o furto de seus documentos, mais de um ano antes da emissão dos títulos (fls. 18/19).

O evento causador do dano foi, sim, a atitude negligente da apelante que emitiu títulos de crédito sem tomar as cautelas necessárias a fim de verificar e confirmar a identidade do terceiro com quem celebrara negócio.

Da mesma forma, não prospera o argumento da recorrente de que teria agido no exercício regular de um direito, circunstância que excluiria a responsabilidade civil nos termos do artigo 160 da lei substantiva.

Ora, “não havendo prova do exercício regular, será o agente condenado não por presunção da irregularidade, mas porque o dano existe, está provado e, conseqüentemente, está a culpa.

“Requisito básico é lesar com culpa, não competindo indagar o propósito de lesar” (Aparecida Amarante. Excludentes de ilicitude civil. Del Rey: Belo Horizonte, 1999, pág. 73).

Suficientemente demonstrados, portanto, a culpa da apelante e o nexo de causalidade entre os fatos por ela praticados e os prejuízos experimentados pela apelada, entendo que não está a merecer qualquer reparo a sentença que, com acerto, decidiu a lide posta a julgamento.

Confirmado o dever da recorrente de reparar o dano causado à recorrida, deve ser mantida a sentença, igualmente, no que tange ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, repartidos proporcionalmente entre as partes.

Isso posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 8 de outubro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.006230-3, DE BLUMENAU**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

Apelação cível — Indenização — Danos materiais e morais — Abuso de direito — Exercício regular do direito de ação — Propositura de ação de nunciação de obra nova — Embargo deferido liminarmente — Deterioração dos materiais e da construção — Má-fé do nunciante não configurada — Sentença mantida — Recurso desprovido.

A par da teoria do abuso de direito, a simples propositura da ação de nunciação de obra nova, cujo pedido fora julgado improcedente, não gera obrigação de indenizar os prejuízos materiais e morais decorrentes do embargo da obra e da deterioração dos materiais que seriam empregados na edificação, sendo indispensável a prova da má-fé dos nunciantes, do erro crasso, ou injustificável teimosia.

“A orientação pretoriana sobre o tema é antiga e pacífica, podendo assim ser resumida: ‘Desde que se use dos poderes atribuídos por lei e dentro dos limites por ela fixados, para realizar um interesse legítimo, o fato praticado não pode ser considerado ilícito, não há abuso de direito e, conseqüentemente, não se pode imputar, ao seu autor, a responsabilidade por quaisquer prejuízos que desse fato resultem’ (Jurisprudência Catarinense — 1/153 — 44/294)” (Marmitt, Arnaldo. Perdas e danos. 3ª ed., Aide, 1997, pag. 31).

Relatório

Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.006230-3, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que são apelantes Vandele José Soares e Silvia Violanda Bayersdorfer Soares, sendo apelados José Lindolfo Deschamps e Claudete Martins Deschamps:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Vandele José Soares e Silvia Violanda Bayersdorfer Soares interpu- seram recurso de apelação cível, pois inconformados com a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, promovida contra José Lindolfo Deschamps e Claudete Martins Deschamps, que julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial (fls. 109/117).

Afirmaram ter sofrido prejuízos em razão do embargo da obra, pois paralisada na fase da colocação da laje superior, a qual protegeria a construção das intempéries da natureza e

evitaria a deterioração do material ainda não utilizado.

Aduziram haver requerido autorização para edificar laje de proteção, cujo pedido foi indeferido. Disse-ram estar comprovada a culpa dos apelados pelos danos materiais e morais, e insurgiram-se contra a condenação aos ônus da sucumbência. Pugnaram, ao final, pela reforma integral do *decisum* (fls. 120/127).

Contra-razões aplaudindo a sentença objurgada (fls. 133/139).

Ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o objetivo de ver reformada a sentença proferida nos autos da ação de indenização por danos materiais e morais, que julgou improcedentes os pedidos formulados pelos apelantes/autores.

Alegando terem sofrido prejuízos por força da ação de nunciação de obra nova, promovida pelos apelados, os apelantes objetivam ser indenizados pelos danos morais, bem como materiais, decorrentes do embargo da obra, deferido liminarmente, cujo pedido foi julgado improcedente.

Dispõe o art. 159 do Código Civil: “aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência, ou imprudência, violar direito, ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano”.

Dentre as ações ilícitas abrangidas pela norma supracitada desta-

ca-se o abuso do direito no exercício de ação, consistente num dos aspectos da responsabilidade civil por ato próprio.

Destaca-se dentre suas peculiaridades aquela referente ao limite no exercício do direito de ação pelo seu titular, a partir do qual pode ser considerado passível de repressão ou ressarcimento.

Sobre a matéria leciona Rui Stoco:

“(…) o abuso de direito ocorre quando o agente, atuando dentro das prerrogativas que o ordenamento jurídico lhe concede, deixa de considerar a finalidade social do direito subjetivo e, ao utilizá-lo desconsideradamente, causa dano a outrem. Aquele que exorbita no exercício de seu direito, causando prejuízo a outrem, pratica ato ilícito, ficando obrigado a reparar. Ele não viola os limites objetivos da lei, mas, embora os desobedeça, desvia-se dos fins sociais a que esta se destina, do espírito que a norteia” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial. 2ª ed., São Paulo: RT, 1995, pág. 247).

In casu, da análise do conjunto probatório, conclui-se pela ocorrência efetiva de prejuízos aos apelantes, pois comprovada a perda dos materiais adquiridos, além da deterioração de parte da obra edificada ao tempo do embargo por meio da realização da prova pericial.

Todavia, não se vislumbra prova da má-fé dos apelados na propositura da ação de nunciação de obra nova, indispensável ao reconhecimento da sua responsabilidade pela reparação dos danos.

Verifica-se terem os apelados exercido regularmente seu direito de ação ao vislumbrarem a possibilidade de os apelantes estarem edificando sobre terreno de sua propriedade.

Registre-se, a obra foi embargada por força de decisão judicial e não por atuação direta dos apelados, razão pela qual não podem ser responsabilizados pela deterioração do material e da construção até então edificada.

Por outro lado, os apelantes não lograram comprovar o questionamento judicial do embargo logo após o deferimento, sequer quando constataram a deterioração dos materiais. Dispunham das vias judiciais cabíveis para evitar o agravamento da situação, mas delas não fizeram uso, optando por aguardar o trânsito em julgado da sentença proferida na ação de nunciação de obra nova para, somente após, pleitear a reparação dos danos sofridos.

Cumpra ressaltar ser dos apelantes a responsabilidade pela guarda e conservação dos materiais destinados à construção da obra, e não dos apelados.

Por haver o nobre Prolator do *decisum* de fls. 109/112 — Dr. Sérgio Agenor Aragão —, com acurado senso jurídico, muito bem analisado as questões postas nos autos, em sua homenagem transcreve-se, como razão de decidir, os fundamentos de sua bem-lançada sentença:

“Segundo os dados disponíveis — e incontroversos —, em fevereiro de 1996 aconteceu a propositura, pelos aqui Réus, de uma ação de nunciação de obra nova, contra os ora requerentes, no âmbito da qual houve a

concessão de liminar, pelo magistrado da Unidade Jurisdicional respectiva, cujo decisório acabou impedindo o prosseguimento de uma edificação que se estava levando a efeito no lugar do litígio. Mais tarde, o pedido daquela demanda foi julgado improcedente, culminando a Quarta Câmara Civil de nosso egrégio Tribunal de Justiça por confirmar o *decisum* monocrático, sendo este o teor da ementa: ‘Nunciação de obra nova — Invasão do terreno vizinho indemonstrada — Improcedência da ação — Recurso inacolhido’ (fl. 46).

“Querem os Autores, agora, indenização pelos danos materiais, relacionados com os eventuais prejuízos que experimentaram com a perda e deterioração dos materiais empregados na obra, mais a reparação dos alegados danos morais, decorrentes do comportamento dos Réus, tachado de ‘injusto’ e ‘vingativo’.

“Ambos os pedidos, contudo, não trazem em si a higidez necessária, devendo ser rechaçados.

“É que, conforme veremos, se de um lado não há dúvida alguma de que houve a deterioração e até mesmo a perda de materiais da obra embargada, de outro não menos verdade é o fato de que os Autores não lograram fazer prova escorreita de que os danos referidos nas duas perícias, sejam eles materiais ou morais, foram mesmo provocados pelos Réus, culposa ou dolosamente. Logo, inexistindo essa comprovação, impossível o reconhecimento da comum pretensão deduzida na inicial.

“A ausência de ilicitude constitui, aliás, a tese defensiva dos Réus, os quais invocam a sua irresponsabili-

dade nos fatos, dizendo que é dos Autores a culpa única e exclusiva pela emergência dos danos, já que estes não se interessaram no cuidado de seus próprios bens.

“E têm realmente razão, pelo menos no que pertine, repiso, à não comprovação do abuso de direito por exercício anormal do direito de ação.

“Afinal, ao entenderem — como bem afirmaram — que estava acontecendo lesão aos seus direitos de vizinhança, limitaram-se os Réus a propor ação judicial contra aqueles que reputavam serem os autores de um ilícito comportamento, não podendo, pois, responder pelos prejuízos daí advindos, máxime porque estavam amparados por uma liminar. Esta circunstância, por si só, faz emergir a idéia de que, se o magistrado decidiu pelo deferimento da liminar é porque estavam presentes no caso concreto os pressupostos do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*.

“Os Autores, nunca é demais dizer, não fizeram a prova da má-fé dos Réus na ação de nunciação de obra nova. Aqui, nem mesmo juntaram cópias da petição inicial e da contestação lá ofertadas, muito menos da decisão concessiva da liminar, não se podendo formar qualquer juízo de convicção a respeito de eventual culpabilidade, *lato sensu*, dos ora Réus. Anexaram, sim, cópias da sentença de mérito e do acórdão (fls. 36/48), de cujas peças pode-se tão-somente observar que a improcedência do pleito emergiu do fato de que não restou ‘evidenciada de forma inconcussa a invasão denunciada pelos autores, a ensejar a aplicação do art. 934 do CPC, e art. 573 do CC’ (fl. 48). *Lá não*

foi dito, em momento algum, que houve litigância de má-fé de quem quer que seja.

“A temática posta em debate nestes autos traz a lume, como já se disse, questão que envolve *abuso de direito em demanda judicial*, como causa motivadora da reparação na órbita da responsabilidade civil. A respeito do assunto colaciono o seguinte escólio de Arnaldo Marmitt:

‘O art. 159 do Código Civil define o abuso de direito: ‘Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar o dano’. Caracteriza-se, de conseguinte, o abuso de direito através do exercício anormal do direito, sem motivação legítima e sem justa causa, para fins de prejudicar. *Mas o exercício de ação só implicará em abuso de direito com dever de indenização, se o agente tiver obrado com má-fé, com erro crasso, ou injustificável teimosia*’ (Perdas e danos, Aide Editora, 3ª ed., 1997, pág. 30) (não há grifo no original).

“Como se vê, não é o caso dos autos.

O Código Civil fala, no art. 75, que ‘A todo direito corresponde uma ação, que o assegura’.

“Logo, todo aquele que, legitimado para tal, usando dos preceitos fixados na legislação pertinente, entender que está havendo violação de seus direitos, pode demandar em Juízo, desde que o faça dentro dos devidos limites, observando, sempre, que sua ação, se ilícita for, gerará para seu contendor a faculdade de pedir a devida reparação.

“Ainda sobre o tema abuso de direito, prossegue o autor antes mencionado:

‘É bem de ver, entretanto, que o interesse legítimo sempre excluirá a responsabilidade. Não se tipificará o abuso de direito sem que a demanda proposta seja temerária, maliciosa e injusta. ‘Quem usa dos poderes atribuídos pela lei, e dentro dos limites por ela fixados, não comete um ato ilícito, nem abuso de direito. Os Tribunais têm feito larga aplicação desse princípio, julgando que não constitui abuso de direito’ (Código Civil Brasileiro Interpretado — 3/363 — Carvalho Santos)’.

‘A orientação pretoriana sobre o tema é antiga e pacífica, podendo assim ser resumida: ‘Desde que se use dos poderes atribuídos por lei e dentro dos limites por ela fixados, para realizar um interesse legítimo, o fato praticado não pode ser considerado ilícito, não há abuso de direito e, conseqüentemente, não se pode imputar, ao seu autor, a responsabilidade por quaisquer prejuízos que desse fato resultem’ (Jurisprudência Catarinense — 1/153 — 44/294)’ (*in ob. cit.*, pág. 31)

“Já da obra *Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial*, de Rui Stoco, RT, 4ª ed., não se extrai outra conclusão, senão vejamos:

‘Aguiar Dias, com a autoria que ninguém lhe recusa, doutrina que ‘Propor ou prosseguir em ação judicial não constitui, em si, abuso de direito ou ato ilícito.

‘É evidência que a simples impropriedade da ação não acarreta responsabilidade civil para o vencido’

(*Da Responsabilidade Civil*, vol. II, 4ª ed., pág. 551).

‘É possível pleitear através de ação independente perdas e danos por atos processuais não consignados nos respectivos processos. Porém, para que seja cabível a indenização é necessária a caracterização de atos abusivos, praticados com má-fé ou dolo processual. *A simples perda de demandas onde se exercitou legitimamente o direito de defesa não acarreta responsabilidade civil para o vencido*’ (TJSP — 3ª C. — Ap. — Rel. Toledo César — j. 16/12/86 — RT 618/784)’ (pág. 549) (sem grifos no original).

“E nem poderia ser diferente. Se o fosse, ninguém mais iria postular em juízo.

‘É cediço que todo aquele que vem em busca da tutela jurisdicional deve, a teor do disposto no art. 333, inciso I, do Código de Processo Civil, provar o fato constitutivo do seu direito.

“Ensina Ovídio A. Batista da Silva (Curso de Processo Civil, vol. I, 2ª ed., 1991, pág. 281) que ‘Como todo o direito sustenta-se em fatos, aquele que alega possuir um direito deve, antes de mais nada, demonstrar a existência dos fatos em que tal direito se alicerça. Pode-se, portanto, estabelecer, como regra geral dominante de nosso sistema probatório, o princípio segundo o qual à parte que alega a existência de determinado fato, para dele derivar a existência de algum direito, incumbe o ônus de demonstrar sua existência. Em resumo, cabe-lhe o ônus de produzir a prova dos fatos por si mesmo alegados como existentes’.

“Nesse sentido, aliás, é o dominante entendimento da jurisprudência. Vejamos:

‘Insuficientes meras alegações para formar o convencimento do julgador, torna-se imprescindível a prova dos fatos invocados pelo postulante como ensejadores do direito proclamado para que autorizada resulte a procedência do pleito deduzido. Não produzida a contento essa prova, que é de exclusiva incumbência do autor, o litígio instaurado não ostenta condições de acolhimento’ (Ap. Cív. n. 88.083724-1 (49.392), da Capital, el. Des. Trindade dos Santos).

“Do corpo do acórdão referido colhe-se este ensinamento:

‘Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo a máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente’ (*apud* Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, Forense, 1994, 12ª ed., vol. I, pág. 41).

“Efetivamente, o princípio do dispositivo antes transcrito (art. 333, I, CPC) impõe a sorte da demanda à diligência da parte. Não há um dever de provar, nem mesmo compete à parte contrária exigir que a outra apresente documento indispensável ao deslinde do feito, porque é aquela que assume as conseqüências negativas de sua negligência, e, resultando insubsistentes as evidências do direito preten-

dido, outra alternativa não restará senão impor à parte recalcitrante o insucesso da causa. No dizer de Kisch, *apud* Humberto Theodoro Júnior, o ônus da prova vem a ser a necessidade de provar para vencer (Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Forense, 1995, pág. 421).

“Não vislumbro, por fim, no procedimento dos Autores, a alegada litigância de má-fé, pelo que afastado qualquer pretensão nesse sentido.

“Cumpro dizer, no tocante à cautelar, que nela foram observados todos os pressupostos processuais, com o esgotamento do direito lá perseguido, merecendo, portanto, a devida homologação. Afinal, a prova foi produzida sob o manto do contraditório, não se vislumbrando qualquer irregularidade.

“*Ex positis*, julgo improcedentes os pedidos formulados na Ação de Indenização por Danos Materiais e Morais, proposta por Vandele José Soares e Sílvia V. B. Soares contra José Lindolfo Deschamps e Claudete Martins Deschamps, e, por conseguinte, condeno os vencidos no pagamento das despesas do processo e verba honorária, esta que fixo em R\$ 1.000,00 (um mil reais), isentando-os, contudo, da referida obrigação, eis que gozam dos benefícios da Assistência Judiciária gratuita. Ficam, porém, alertados de que, sobrevindo condições para tanto, deverão fazê-lo, no prazo de 5 (cinco) anos (art. 12 da Lei n. 1.060 de 5/2/1950). Neste sentido: ‘Sucumbência — Parte beneficiária da assistência judiciária gratuita — Aplicação do art. 12 da Lei n. 1.060/50 — Jurisprudência majoritária do STJ. Prevalece no STJ o entendimento ma-

oritário acerca da não revogação do art. 12 da Lei n. 1.060/50, pelo art. 5º, LXXIV, da atual Carta Magna, podendo ser imposta ao beneficiário da assistência judiciária gratuita a condenação nos ônus da sucumbência, suspenso o pagamento da verba enquanto perdurar o estado de pobreza, pelo prazo máximo de cinco anos, findo o qual estará prescrita a obrigação' (Ap. Cív. n. 97.004913-7, da Capital, rel. Des. Eder Graf).

"Homologo, outrossim, por sentença, a prova produzida na Ação Cautelar Inominada Incidental n. 008.99.006380-9, para que produza os seus jurídicos e legais efeitos, julgando extinto referido processo.

"P.R.I.

"Blumenau, 13 de novembro de 2001

"Sérgio Agenor de Aragão

"Juiz de Direito Substituto" (fls. 111/116).

Destarte, não comprovaram os apelantes a culpa ou dolo dos apelados pela ocorrência dos prejuízos sofridos, razão pela qual deve ser negado provimento ao apelo, mantendo-se, na íntegra, a sentença objurgada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato.

Florianópolis, 5 de novembro de 2002.

Orli Rodrigues,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.016778-4, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento

Apelação cível — Ação de perda do pátrio poder — Descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder — Art. 22 da Lei n. 8.069/90 — Mãe ausente — Pai negligente — Atos contrários à moral — Avaliação psiquiátrica — Necessidade de tratamento — Art. 395, incisos II e III, do Código Civil — Desapego à prole demonstrado — Art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Requisitos legais comprovados — Medida correta — Sentença mantida — Recurso não provido.

A criança abandonada pela mãe, que sofre maus-tratos em razão da flagrante negligência do pai, o qual necessita de tratamento psiquiátrico, merece proteção do Estado, ante a violação de seus direitos.

Se os pais biológicos descumprem os deveres inerentes ao pátrio poder, enumerados no art. 22 da Lei n. 8.069/90, bem como, voluntariamente, praticam atos nocivos ao bom desenvolvimento da filha, devem ser destituídos do pátrio poder, por ato judicial, a teor dos incisos II e III do art. 395 do Código Civil c/c art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.016778-4, da comarca de Concórdia (Vara Criminal e da Infância e Juventude), em que é apelante E. de O., sendo apelado o representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

E. de O. interpôs apelação cível, inconformado com a sentença que decretou a perda do pátrio poder sobre sua filha M. D. de O., nascida em 8/7/96.

A sentença atacada destituiu, com amparo legal no art. 395 do Código Civil, o apelante e I. T. do pátrio poder em relação a sua filha, julgando procedente o pedido inicial formulado pelo representante do Ministério Público, com base no art. 155 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Nas razões de apelação, o genitor pretende a reforma da sentença, alegando querer ficar com sua filha e, ainda, que lhe dará condições dignas de vida, morando com ele ou com a família de Ari Pereira, na localidade de Santo Antônio, onde trabalha. Acrescentou estar a criança sentindo sua falta e, diante da possibilidade de

sua filha ficar com a família referida ou mesmo com alguém que ele venha a contratar, para cuidá-la durante o dia, clama pela manutenção dela sob o seu pátrio poder, afirmando estar em condições ao exercício (fls. 75/77).

O representante do Ministério Público em primeiro grau opinou pela manutenção da sentença atacada (fls. 79/80).

A genitora, apesar de intimada da sentença (certidão de fl. 83 verso), não interpôs recurso (fl. 84).

A MMA. Juíza de Direito, em cumprimento ao disposto no art. 198, inciso VII, da Lei n. 8.069/90, proferiu decisão, mantendo a sentença em todos os seus fundamentos (fl. 84).

Os autos alçaram a esta Corte de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, emitiu parecer pelo não provimento do recurso interposto (fls. 88/92).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o intuito de ver alterada a sentença prolatada pela ilustre Magistrada da Vara da Infância e Juventude da comarca de Concórdia que, nos autos da ação de perda do pátrio poder, julgou procedente o pedido formulado pelo representante do

Parquet estadual, destituindo os genitores E. de O. e I. T. do pátrio poder sobre sua filha M. D. de O., com base no art. 395 do Código Civil.

Correta a decisão judicial ora vergastada, eis que perfeitamente caracterizada a situação de abandono da criança, sendo flagrante a negligência dos pais, o que, sem dúvida alguma, estava atrapalhando o bom desenvolvimento físico e mental da infante.

O art. 22 da Lei n. 8.069/90 estabelece os deveres inerentes ao pátrio poder. Referido dispositivo legal dita incumbir aos pais o dever de sustentar sua prole, bem como o de guarda e educação.

No caso em tela, comprovado está o descumprimento voluntário dos deveres impostos pelo art. 22 da Lei n. 8.069/90, pois a criança fora abandonada pela genitora. Ademais, tanto a mãe quanto o pai biológico não mais prestaram assistência material e/ou moral a ela.

O estudo social (fls. 4 e seguintes) relata que a genitora deixou sua filha sob os cuidados de uma família, passando a prostituir-se, abstendo-se de prestar-lhe assistência material e moral, ou seja, de cumprir com os deveres inerentes ao pátrio poder.

Citada por edital, a mãe biológica não contestou o feito e, intimada da sentença, não recorreu da decisão, o que demonstra, mais uma vez, o total desapareço à prole.

O genitor, por sua vez, em que pese a afetividade demonstrada em relação à criança, não apresenta condições de mantê-la consigo, pois negligenciou com relação à higiene pessoal dela.

Pela leitura da avaliação psiquiátrica acostada à fl. 34 dos autos em apenso — verificação de situação de risco — colhe-se não ter o apelante condições de ser responsável pela filha.

Como anotou a digna Magistrada, não se trata, apenas, de situação isolada de miserabilidade da família, o que, a teor do art. 23 do ECA, não daria ensejo à perda ou suspensão do pátrio poder, e sim de completo des-caso com as condições mínimas necessárias ao desenvolvimento adequado da criança, seja afetiva, psicológica, moral, educacional ou material (fls. 68/69).

Compulsando-se os autos, verifica-se ser o apelante pessoa com comportamento desvirtuado, sem condições de continuar exercendo o pátrio poder sobre sua filha.

Colhe-se de depoimento da testemunha T. de F. T. que a mãe biológica passou a prostituir-se, deixando sua filha M. D. de O. sob os cuidados do casal D., o qual pediu ajuda para manter a criança, sem obter resposta por parte dos pais. A depoente acrescentou ter a criança ficado um tempo sob seu teto, época em que o genitor, ao visitar a filha, causava perturbação, pois tinha atitudes desrespeitosas. Afirmou, ainda, em Juízo:

“(…) que o requerido passava a mão nos peitinhos de suas filhas menores de idade, inclusive tendo estuproado uma filha da depoente que é deficiente visual; Que o requerido também tinha comportamento agressivo, dando socos e chutes na menor M. (*sic*), batendo a cabeça desta contra a parede; Que o requerido agrediu da mesma forma uma filha da depoen-

te, dando socos e batendo a cabeça contra a parede; Que o requerido também, de forma desrespeitosa, tentou em certa ocasião, beijar a depoente” (fl. 45).

Elizete Borges Machado da Silva, Conselheira Tutelar, prestou depoimento nos seguintes termos:

“(…) Que a menor M. (*sic*), quando na presença do requerido, mostrava-se nervosa, querendo sempre entrar no veículo Kombi, pertencente ao Conselho Tutelar; Que a menor M. (*sic*) foi encaminhada para acompanhamento psicológico, inclusive o próprio requerido foi orientado para que se submetesse a tratamento similar; (…)” (fl. 46).

Ainda:

“(…) constataram que o mesmo reside em uma casa isolada, com total falta de higiene, a criança dormia em local sujo, com roupas molhadas, aparentemente mal agasalhada e, ao ser acordada com a nossa presença, ficou contente e demonstrou interesse em nos acompanhar; Que ‘ela nos viu e foi direto para a Kombi, não queria ficar lá’” (fl. 47).

A depoente acrescentou que o requerido não prestava auxílio material à criança, além de causar perturbações no ambiente familiar (fl. 46), confirmando integralmente os termos constantes do relatório situacional de fl. 7 dos autos de verificação de situação de risco, em apenso ao presente. Concluiu pela falta de condições do requerido em permanecer com o pátrio poder sobre a criança, ante a necessidade de realizar tratamento psicológico e psiquiátrico, para melhorar suas atitudes e comportamento.

Pela leitura do Estudo Social realizado, corroborado pela prova testemunhal coligida na instrução processual, verifica-se não ter o apelante mínimas condições de continuar exercendo o pátrio poder sobre sua filha.

Assim, incidiram os pais nos incisos II e III do art. 395 do Código Civil, o qual dita: “Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe: (...) II — que o deixar em abandono; (...) III — que praticar atos contrários à moral e aos bons costumes”.

Sílvio Rodrigues leciona que: “abandono não é apenas o ato de deixar o filho sem assistência material, fora do lar. Mas o descaso intencional por sua criação, educação e moralidade” (Direito Civil, direito de família, vol. IV, pág. 328).

Determina o art. 24 do ECA:

“A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”.

Sobre o cabimento da medida drástica em tela comenta Maria Josefina Becker: “Percebe-se, dos dispositivos citados, que a perda ou a suspensão do pátrio poder serão motivadas por atos praticados intencionalmente pelos pais, ou por negligência ou omissão” (*in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado — Comentários jurídicos e sociais, coordenado por Munir Cury, Antônio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendez. São Paulo: Malheiros, pág. 99).

A criança abandonada pela mãe, que sofre maus-tratos em razão

da flagrante negligência do pai, o qual necessita de tratamento psiquiátrico, merece proteção do Estado, ante a violação de seus direitos.

Nesse sentido já se decidiu neste *sodalitui*:

“(...) Justifica-se a suspensão ou perda do pátrio poder quando fique demonstrado que os pais não proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrá-los assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízo para a boa formação” (Ap. Cív. n. 96.011234-0, de Taió. Rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

Mutatis mutandis, colhe-se da lavra do ilustrado Des. Pedro Manoel Abreu, na Apelação Cível n. 98.013664-4, da Capital:

“Destituição do pátrio poder. Genetrix portadora de doença psíquica que alterna estados de lucidez e incapacidade temporária. Castigos imoderados e abandono. Desídia. Estudos sociais pela perda do poder parental. Sentença de procedência do pedido. Recurso desprovido.

“Perde o pátrio poder a mãe que realiza atos incompatíveis com os deveres arrolados no Estatuto da Criança e do Adolescente (arts. 22 a 24), manifestando desídia e falta de capacidade para exercê-lo”.

Finalmente, é de se anotar a certidão acostada à fl. 51 dos autos, a qual lista inúmeros Termos Circunstanciados, envolvendo o apelante como autor dos fatos, o que, mais uma

vez, demonstra a conduta anti-social e despreparo para educar sua filha M. D. de O.

Em suma, se os pais biológicos descumprem os deveres inerentes ao pátrio poder, enumerados no art. 22 da Lei n. 8.069/90, bem como, voluntariamente, praticam atos nocivos ao bom desenvolvimento da filha, devem ser destituídos do pátrio poder, por ato judicial, a teor dos incisos II e III do art. 395 do Código Civil c/c art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Assim, deve ser mantida a sentença que decretou a perda do pátrio poder, eis que caracterizada a violação aos direitos da criança e comprovada a total situação de abandono por parte dos genitores, bem como ausência de condições morais e psíquicas para educarem-na.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao apelo, mantendo-se, na íntegra, a sentença hostilizada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 19 de novembro de 2002.

Orli Rodrigues,

Presidente com voto;

Wilson Augusto do Nascimento,

Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.019135-9, DA CAPITAL**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

Apelação cível — Ação de destituição de pátrio poder — Descumprimento dos deveres inerentes ao pátrio poder — Art. 22 da Lei n. 8.069/90 — Crianças em tenra idade abandonadas em praça pública pela genitora — Situação de abandono caracterizada — Art. 395, inciso II, do Código Civil — Pais citados por edital — Mãe arrependida — Irrelevância — Desapego à prole demonstrado — Prática reiterada — Art. 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente — Requisitos legais comprovados — Medida correta — Sentença mantida — Recurso não provido.

Impõe-se a decretação da perda do pátrio poder dos pais em relação aos filhos em tenra idade, deixados ao léu, em praça pública, em situação de total abandono.

Tendo os pais descumprido os deveres inerentes ao pátrio poder, mencionados no artigo 22 da Lei n. 8.069/90, bem como, voluntariamente, abandonado sua prole, devem ser destituídos do pátrio poder, por ato judicial, a teor do inciso II do artigo 395 do Código Civil c/c artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.019135-9, da comarca da Capital (Vara da Infância e da Juventude), em que é apelante J. G. G., sendo apelado o Representante do Ministério Público:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

J. G. G., inconformada com a sentença que a destituiu do pátrio poder sobre seus filhos J. G. dos S., nascido em 7/3/1995, J. G. dos S. e J. G. dos S., gêmeos, nascidos em 30/10/1996, interpôs apelação cível,

objetivando a reforma do referido *decisum*.

A sentença atacada destituiu a apelante do pátrio poder sobre seus filhos por terem sido abandonados por ela na Praça Celso Ramos, Agrônômica, nesta Cidade.

Alegou a apelante, por duas vezes, que deixou seus filhos em abrigo, mas sem a intenção de abandoná-los, e sim de deixá-los em local seguro, enquanto reorganizava sua vida. Aduziu, ainda, que, ao largar as crianças na praça, apenas teria simulado o abandono, pois ficou esperando o SOS chegar.

Acrescentou, em suas razões, não imaginar a presente repercussão, por achar que a medida tomada seria provisória, motivada por querer o bem-estar de seus filhos. Afirma estar

agora empregada, tendo adquirido imóvel em Biguaçu, pretendendo reverter a situação a seu favor, com o restabelecimento do pátrio poder sobre seus filhos, bem como seja incluída em programa oficial de auxílio (fls. 70/74).

Contra-razões do representante do Ministério Público pela manutenção da sentença obliterada (fls. 76/80).

Decisão do MM. Juiz de Direito da Infância e Juventude, em cumprimento ao disposto no art. 198, inciso VII, do ECA, mantendo a sentença recorrida, por seus fundamentos. Anotou o Togado ter a apelante um quarto filho, que não mora consigo, demonstrando total desapego à prole (fls. 82/83).

Alçaram os autos a esta Corte de Justiça.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu representante, emitiu parecer pelo não provimento ao apelo (fls. 88/90).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta com o desiderato de ver reformada a sentença prolatada pelo ilustre Magistrado da Vara da Infância e Juventude da comarca da Capital que, nos autos da ação de destituição de pátrio poder, julgou procedente o pedido formulado pelo representante do *Parquet* estadual, destituindo os genitores J. A. dos S. e J. G. G. do pátrio poder sobre seus filhos menores J. G. dos S. (nascido em 7/3/1995), J. G. dos S. e J. G. dos S. (gêmeos, nascidos em 30/10/1996), com base no

artigo 24 da Lei n. 8.069/90 e no art. 395, inciso II, do Código Civil, por terem descumprido os deveres aludidos no art. 22 do ECA.

Correta a decisão judicial ora vergastada, pois o fato de terem sido as crianças abandonadas em praça pública, precisamente à Praça Celso Ramos, no bairro Agrônômica, nesta Cidade, já é suficiente para caracterizar a total situação de abandono em que ficaram.

Os genitores abandonaram a prole, contrariando todas as normas legais que dispõem acerca de deveres inerentes ao pátrio poder, sem falar, é claro, em ética e moral.

O Estatuto da Criança e do Adolescente é baseado na doutrina da proteção integral às crianças e adolescentes, os quais merecem total e irrestrita proteção do Estado e da família contra qualquer tipo de abandono, seja material, afetivo ou moral.

Devem as crianças ficar salvas guardadas contra violência ou ameaça de violência, de todos os tipos, tendo os pais o dever de protegê-las.

O art. 22 da Lei n. 8.069/90 estabelece os deveres inerentes ao pátrio poder. Referido dispositivo legal preceitua incumbir aos pais o dever de sustentar sua prole, bem como o de guardá-la e educá-la. Devem os genitores proteger os interesses de seus filhos, cumprindo e fazendo com que se cumpram as determinações judiciais.

Somente em hipótese de não cumprimento injustificado dos deveres inerentes ao pátrio poder, aludidos no art. 22 do ECA, pode o magistrado decretar destituição, caso contrário, quando não houver omissão voluntária

ria da família, tal medida, além de draconiana, é inadmissível.

No caso em tela, comprovado está o descumprimento voluntário dos deveres impostos pelo art. 22 da Lei n. 8.069/90, pois as crianças foram abandonadas, pelo que aplica-se o disposto no inciso II do art. 395 do Código Civil, o qual dita:

“Perderá por ato judicial o pátrio poder o pai, ou a mãe:

(...)

“II — que o deixar em abandono (...)”

No momento em que as crianças foram colocadas em total situação de abandono em praça pública, deixadas à própria sorte pela genitora, esta violou gravemente os direitos de seus filhos, o que, em razão do art. 24 da referida lei protetiva das crianças, ocasiona a perda do pátrio poder, ante a total irresponsabilidade e falta de apego para com a prole.

Determina o art. 24 do ECA: “A perda e a suspensão do pátrio poder serão decretadas judicialmente, em procedimento contraditório, nos casos previstos na legislação civil, bem como na hipótese de descumprimento injustificado dos deveres e obrigações a que alude o art. 22”.

Assim, deve ser mantida a sentença que decretou a perda do pátrio poder, eis que caracterizada a violação aos direitos das crianças e comprovada a total situação de abandono.

Sobre o cabimento da medida drástica em tela, comenta Maria Josefina Becker: “Percebe-se, dos dispositivos citados, que a perda ou a suspensão do pátrio poder serão motivadas por atos praticados intencionalmente

pelos pais, ou por negligência ou omissão” (*in* Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado — Comentários Jurídicos e Sociais, coordenado por Munir Cury, Antonio Fernando do Amaral e Silva e Emílio Garcia Mendes. São Paulo: Malheiros, pág. 99).

Nesse timbre já se decidiu nesta Corte de Justiça, *mutatis mutandis*:

“Pátrio poder. Destituição. Abandono de recém-nascido, pela mãe, em área residencial, como último ato de uma gravidez que manteve escondida de seus pais, com artifícios diversos, temendo represálias. Sentença que acolhe o pedido. Recurso desprovido.

“Se a prova colhida demonstra que a mãe, premeditadamente, abandonou o filho recém-nascido, temendo represália dos pais, de quem sempre ocultou a gravidez, sobrepondo seus interesses aos do filho, deixando-o uma noite inteira ao sabor da intempérie, com risco da própria vida, repele ao bom senso que mantenha o pátrio poder, impondo-se o acolhimento do pedido de destituição, com fundamento no art. 395, II, do Código Civil, arts. 24 e 129, X, do Estatuto da Criança e do Adolescente” (Ap. Cív. n. 1998.001028-4, rel. Des. Sérgio Paladino).

Sobre a intervenção do Poder Judiciário na preservação dos interesses das crianças, é entendimento desta Corte de Justiça:

“(…) É necessária a intervenção do Poder Judiciário para assegurar o bem-estar de menores, vítimas da incúria de seus pais, com o fito único de salvaguardar direitos indisponíveis garantidos pela Carta Política de 1988 e pelo Estatuto da Criança e do

Adolescente (...)” (*in Ap. Cív. n. 1999.008250-4, de Santo Amaro da Imperatriz. Relator Des. Carlos Prudêncio*).

Desde o dia 8/9/00, quando levadas pelo SOS Criança — Florianópolis, as crianças estão na Serte. Após terem sido abandonadas, estão elas sob a proteção do Estado desde aquela data e, quem sabe, algum dia, possam ter uma vida normal, em família substituta.

Citados por edital os genitores, os quais não foram encontrados em local algum, posteriormente, vem a genitora aos autos pretendendo a recuperação do pátrio poder sobre seus filhos.

O conjunto probatório é suficiente a comprovar o abandono, o qual não é sequer negado pela apelante.

Acostou a genitora documentos, os quais não comprovam estar empregada, ao contrário de suas alegações. Ademais disso, em nenhum momento conseguiu fragilizar a prova produzida, especialmente o relatório situacional (fls. 36/39) e declarações prestadas em Juízo (fls. 44/45), pelas quais vislumbra-se o descaso com a prole, situação que não vem de hoje.

A alegação da genitora de ter apenas simulado um abandono, eis que em nenhum momento teria saído de perto das crianças, até o SOS Criança chegar na Praça Celso Ramos, não pode ser aceita como fator capaz de reverter a medida decretada.

Não se está, de forma alguma, avaliando os motivos que levaram a mãe a tomar tal atitude. Talvez desespero? Provavelmente! Triste situação!!! Mas muito mais triste é a das crianças, as quais não podem correr o

risco de ser, mais uma vez, abandonadas toda a vez que os genitores desesperarem-se, a ponto de abandonarem a prole.

Sabe-se, crianças necessitam de estabilidade para crescerem de forma sadia, a fim de se tornarem adultos considerados normais, o que se consegue por meio de uma boa educação, com direitos fundamentais respeitados, principalmente pelos pais, por ser a família o seu esteio.

Em suma, impõe-se a decretação da perda do pátrio poder dos pais em relação aos filhos em tenra idade, deixados ao léu, em praça pública, em situação de total abandono.

Diante da prova colacionada nos autos, aliada ao fato de que as crianças devam ter seus interesses postos em posição superior a qualquer outro, inclusive aos dos pais, conclui-se: a melhor medida foi a tomada pelo Magistrado, pois, dessa forma, as crianças estarão protegidas até que a sorte bata à porta do local em que se encontram, sendo integradas, quiçá, a uma nova família.

Assim, nega-se provimento ao apelo, ante a correta sentença prolatada pelo ilustre Togado do Juízo da Infância e Juventude da comarca da Capital, a qual deve ser mantida, em razão da prevalência do bem-estar das crianças e, dado o total descumprimento por parte dos genitores dos deveres inerentes ao pátrio poder.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, negar provimento ao apelo, mantendo-se incólume a sentença objurgada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Orli Rodrigues,
Presidente com voto;
Wilson Augusto do Nascimento,
Relator.

Florianópolis, 19 de novembro de 2002.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.011570-4, DA CAPITAL

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível – Cobrança de despesas condominiais – Prazo recursal – Litisconsortes com diferentes procuradores – Aplicação do art. 191 do Código de Processo Civil – Ilegitimidade passiva ad causam – Representante legal dos menores co-proprietários do imóvel – Art. 389 do Código Civil – Nulidade processual – Ausência de intervenção do Ministério Público – Falta suprida pelo parecer da Procuradoria-Geral de Justiça – Inexistência de prejuízo aos menores – Preliminares afastadas – Ônus da prova – Fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor – Não demonstração – Insurgência recursal desprovida.

O art. 191 do CPC estabelece que “quando os litisconsortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

“O pai e, na sua falta, a mãe têm usufruto sobre os bens dos filhos menores que se achem sob o seu poder. O usufruto é inerente ao pátrio poder; cabe ao genitor, investido no seu exercício, e apenas cessa com a maioridade, emancipação, morte do filho ou inibição do pátrio poder” (Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, vol. 2, pág. 280).

Não havendo demonstração do prejuízo ao interesse tutelado, a intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça evita a anulação do processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau.

Conforme expressa disposição legal, o ônus da prova incumbe ao réu quanto à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II). Assim, não sendo cumprido tal encargo, a parte estará assumindo a consequência le-

gal, qual seja, perder a causa.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.011570-4, da comarca da Capital (3ª Vara), em que são apelantes Fernando Damian Prêve e Filipe Damian Prêve, representados por Alcino Damian Prêve, e apelado Condomínio Residencial Ilha do Sol:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Condomínio Residencial Ilha do Sol deflagrou contra Fernando Damian Prêve e Filipe Damian Prêve, representados por seu pai, Alcino Damian Prêve, e contra Alciana da Silva Lopes ação de cobrança, pretendendo receber as contribuições condominiais relativas à unidade n. 102, bloco “B”, do edifício localizado na Rua Capitão Romualdo de Barros, n. 345, na cidade de Florianópolis/SC.

Para amparar o pedido formulado, alegou que os réus são co-proprietários do imóvel supracitado e que eles não adimpliram as taxas condominiais referentes aos meses listados na exordial, bem como juntou os documentos de fls. 7/18.

Citados (fls. 37v. e 44v.), os requeridos contestaram a ação (fls. 38/40 e 50/53).

A ré Alciana da Silva Lopes rechaçou o pedido do autor, afirmando que os valores pleiteados na inicial estão compreendidos no período em que o imóvel estava alugado e, por-

tanto, as taxas ora cobradas são de responsabilidade do inquilino. Argumentou também que não houve a discriminação exata dos valores que estão sendo cobrados.

Os requeridos representados por Alcino Damian Prêve, em sua peça contestatória, aduziram em preliminar a ilegitimidade passiva *ad causam*, eis que a citação foi realizada na pessoa do representante legal dos menores, mas não sob o argumento de representação dos filhos e sim como se fosse parte no processo. No mérito, asseveraram que a ré Alciana é quem detém a posse da referida unidade, tendo por responsabilidade o pagamento das contribuições condominiais. Por fim, alegaram que há excesso de cobrança e que a multa de 20% (vinte por cento) pretendida pelo autor é abusiva.

Realizada a audiência de conciliação, instrução e julgamento e apresentadas as alegações finais (fls. 68/70), o pedido foi julgado procedente, contudo a multa de 20% (vinte por cento) foi reduzida para 10% (dez por cento), diante dos princípios estatuídos pelo Código de Defesa do Consumidor. Os requeridos foram condenados, ainda, ao pagamento das custas e honorários advocatícios fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Irresignados, os réus representados por Alcino Damian Prêve apelaram, reiterando seus anteriores argumentos.

O autor/apelado apresentou contra-razões (fls. 106/112).

O representante do Ministério Público que atuou no primeiro grau de jurisdição opinou pelo acolhimento da preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. Manifestou-se, ainda, pela nulidade do processo diante da ausência da intervenção do *Parquet*, por tratar-se de interesse de menor. Por derradeiro, pelo não conhecimento do apelo, ante a sua intempestividade (fls. 127/130).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento do recurso, por intempestividade.

II — Voto

Inicialmente, no que tange à intempestividade do recurso suscitada no parecer ministerial, não está a parecer acolhida.

Extrai-se dos autos que houve no pólo passivo da demanda uma pluralidade de partes e que constituíram procuradores diversos. Decorre daí que a contagem do prazo para a interposição do recurso deve observar o disposto no art. 191 do Código de Processo Civil, que estabelece:

“Art. 191 – Quando os litisconfortes tiverem diferentes procuradores, ser-lhes-ão contados em dobro os prazos para contestar, para recorrer e, de modo geral, para falar nos autos”.

A decisão ora debatida foi publicada no Diário da Justiça do dia 16/4/99 (sexta-feira), tendo o prazo recursal iniciado em 19/4/99 e expirado em 18/5/99, e não em 3/5/99, conforme abordado pela Procuradoria-Geral de Justiça. O recurso foi protocolizado em 10/5/99, ou seja, dentro do prazo instituído pelas regras processuais vigentes.

Quanto à ilegitimidade passiva, tem-se que, estando o imóvel registrado no nome dos filhos menores, por força do art. 389 do Código Civil o pai detém o usufruto legal do bem. “*O pai e, na sua falta, a mãe, têm usufruto sobre os bens dos filhos menores, que se achem sob o seu poder. O usufruto é inerente ao pátrio poder; cabe ao genitor, investido no seu exercício e apenas cessa com a maioridade, emancipação, morte do filho ou inibição do pátrio poder*” (Washington de Barros Monteiro. Curso de Direito Civil, São Paulo: Saraiva, vol. 2, pág. 280). Assim, o detentor do pátrio poder deve administrar os bens de seus filhos menores, sendo inerente a este poder os atos para a boa conservação desses bens. É da jurisprudência:

“Condomínio — Cobrança de despesas ordinárias e extraordinárias — Ilegitimidade ativa e passiva — Agravo retido inacolhido — Crédito constituído — Satisfação inarredável — Reclamo — Desprovemento.

“Registrado o imóvel objeto de usufruto em nome dos filhos, em face do pátrio poder, cabe, na espécie, à genitora administrá-lo, representando atipicidade o seu nome figurar no pólo em que deveriam se encontrar os menores. Inexiste, em tal contexto, ilegitimidade passiva *ad causam*” (Apelação Cível n. 96.005908-3, de Lages, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Ademais, o autor/apelante fez constar na peça inicial que Alcino Damian Prêve funcionaria como representante legal dos menores co-proprietários do imóvel.

Melhor sorte não assiste à preliminar de nulidade suscitada pelo Ministério Público, ante a ausência de

sua intervenção no curso do processo, em face desta envolver interesses de menores incapazes. No caso em apreço, a interferência tornou-se desnecessária, porquanto o Ministério Público apreciou a matéria (fls. 127/130 e 134/138), e também não se observa prejuízo aos interesses dos menores, posto que estão representados por seu pai. Nesse sentido:

“A intervenção da Procuradoria da Justiça em segundo grau evita a anulação do processo no qual o Ministério Público não tenha sido intimado em primeiro grau, *desde que não demonstrado o prejuízo ao interesse tutelado*’ (VI esta 42)” Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery *in* Código de Processo Civil Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5ª ed., notas do art. 84, pág. 512) (grifei).

Afasto, conseqüentemente, as preliminares tangenciadas.

Também no mérito a sentença não merece retoques.

O autor/apelado trouxe aos autos provas da existência do débito, da notificação dos devedores, bem como da propriedade do imóvel.

Por sua vez, os requeridos/apelantes não apresentaram nenhuma prova quanto a fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (CPC, art. 333, II); fizeram apenas alegações genéricas sem, no entanto, produzir provas que os isentem da obrigação de adimplir as taxas condominiais. A propósito, Moacyr Amaral dos Santos leciona, calcado na doutrina de Chiovenda:

“1º) Compete, em regra, a cada uma das partes fornecer os elementos de prova das alegações que fizer. Ao

autor cabe a prova dos fatos dos quais deduz o seu direito; ao réu a prova dos fatos que, de modo direto ou indireto, atestam a inexistência daqueles (prova contrária, contraprova). O ônus da prova incumbe *ei qui dicit* (Primeiras linhas de direito processual civil. 13ª ed., São Paulo : Saraiva, 1990, vol. II, págs. 347/348).

No mesmo sentido:

“Não há um dever de provar, nem à parte assiste o direito de exigir a prova do adversário. Há um simples ônus, de modo que o litigante assume o risco de perder a causa se não provar os fatos alegados e do qual depende a existência do direito subjetivo que pretende resguardar através da tutela jurisdicional. Isto porque, segundo máxima antiga, fato alegado e não provado é o mesmo que fato inexistente. ‘No dizer de Kisch, o ônus da prova vem a ser, portanto, a necessidade de provar para vencer a causa, de sorte que nela se pode ver uma imposição e uma sanção de ordem processual’ (Humberto Theodoro Júnior *in* Curso de Processo Civil, vol. II, 9ª ed., Rio, Forense, 1994, pág. 257).

A alegação feita pelos requeridos/apelantes de que as despesas com o condomínio referem-se a um período em que o imóvel estava alugado não pode ser aceita e não autoriza a improcedência da ação. É certo que o condomínio pode acionar os locatários e também os proprietários do imóvel, no caso os apelantes.

Dessa forma, não sendo cumprido o encargo da prova, a parte estará sujeita às conseqüências da lei, no caso, o desprovimento do recurso de apelação.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso para negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de

Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 10 de setembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.020078-6, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. José Volpato de Souza

Apelação cível – Ação de indenização por dano moral – Art. 5º, inc. X, da CF/88 – Imputação de furto sem a existência de elementos mínimos de veracidade da acusação – Prática de ato ilícito presenciado por várias pessoas – Condução da acusada ao destacamento da polícia local – Indenização devida – Arbitramento moderado – Recurso desprovido.

A imputação infundada de conduta criminosa a outrem autoriza a condenação da ré ao pagamento da indenização por dano moral. O valor deve ser fixado com base no conjunto probatório arremado nos autos, pois, como não existe parâmetro objetivo para a sua fixação, deve ser estabelecido moderadamente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.020078-6, da comarca de Araranguá (2ª Vara), em que é apelante Rosimere R. Campos e apelada Gisela Lacombi Lemos:

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, pelo conhecimento e desprovemento do recurso de apelação.

Custas na forma da lei.

Gisela Lacombi Lemos ajuizou contra Rosimere R. Campos ação de indenização por danos morais, pretendendo a reparação por abalo moral sofrido em razão de imputação injustificada de crime.

Para tanto, alegou que é professora de reputação ilibada na localidade onde reside, Arroio do Silva; que foi muito humilhada na Delegacia Municipal de Balneário Arroio do Silva, quando foi caluniada e difamada pela requerida; que, em 15/2/99, estava assistindo ao desfile das escolas car-

navalescas locais quando foi abordada pela requerida, acompanhada de seu marido e de Richard Campos, que começou a acusá-la de ter entrado na sua residência e ter furtado R\$ 800,00 (oitocentos reais); que a requerida e seus companheiros tentaram, aos gritos e escândalos, fazê-la confessar aquele fato; que foram chamados no local policiais militares que a conduziram de forma bruta à delegacia de polícia; que não lhe foi permitido entrar em contato com seus familiares e, ainda, foi aconselhada a não comentar o evento com sua família; que pediu para ser revistada, mas nada foi encontrado com ela; que um dos policiais argumentou que não poderia registrar a ocorrência, ante a ausência de flagrante e de prova da materialidade do crime; que a requerida ficava repetindo que havia visto a autora no pátio de sua residência já saindo do local; que tentou esclarecer que não era ela a autora do furto; que outro policial disse que tinha visto a autora passando em frente à delegacia; que minutos antes de ser abordada pela requerida ligou de um orelhão para a sua mãe; que estes fatos demonstram que ela não poderia estar presente na casa da requerida para cometer o delito; que foi forçada a assinar a ocorrência que narrava que estava no pátio da residência da requerida; que estava grávida, com 45 (quarenta e cinco) dias de gestação; que em decorrência dos fatos, tamanho o abalo emocional, abortou naturalmente; que a perda do filho agravou o seu abalo moral.

Fez outras considerações, pugnando pela condenação da requerida no valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, mais custas processuais e honorários advocatícios.

Citada, a requerida contestou a ação e afirmou que a autora não demonstrou os fatos alegados na inicial; que as alegações de ser a autora pessoa honesta e de reputação ilibada podem ser facilmente rechaçadas, posto que mantém uma relação amorosa com homem casado; que a autora não exerce a profissão de professora, embora diplomada para tal função; que a requerente jamais foi agredida moral ou fisicamente, seja por policiais seja por ela e seus companheiros; que tinha fortes indícios de que a autora tinha adentrado na sua residência na noite em que ocorreu o furto; que não é verdade a afirmação de que muitas pessoas na comunidade presenciaram o fato, já que no horário em que se deu a ocorrência não tinha movimento na rua; que não é verdade que foi obrigada a assinar qualquer documento na delegacia; que não há nexo de causalidade entre os fatos e o aborto ocorrido; que não possui condições financeiras de arcar com o pleito inicial.

A autora impugnou a contestação (fls. 38/45).

Realizadas audiências (fls. 84 e 100) e colhidos depoimentos testemunhais (fls. 75, 94, 101/106), as partes apresentaram suas alegações finais por meio de memoriais (fls. 108/113 e 133/135).

O pedido foi julgado procedente, e a requerida condenada ao pagamento de uma indenização no importe de 200 (duzentos) salários mínimos, mais custas processuais e honorários advocatícios fixados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 137/142).

Irresignada, a ré apelou e reiterou seus anteriores argumentos, bem

como rebateu os pontos abordados na sentença objurgada (fls. 145/150).

Houve contra-razões (fls. 155/158).

II — Voto

A autora pretende ser indenizada em virtude da falsa imputação de furto que lhe fez a requerida.

A decisão do Juízo *a quo* concluiu, corretamente, que independente de qualquer outro aspecto, a ré/apelante tem o dever de indenizar, pois, ao imputar conduta criminosa à autora sem a existência de indícios mínimos de veracidade, violou direito subjetivo dela e ensejou o direito de ser indenizada.

Convém ressaltar que a ré/apelante não nega os fatos descritos na inicial, apenas declara que não teve a intenção de prejudicar a autora e que não pode ser devido dano moral a uma pessoa que não mantém uma conduta ilibada.

Contudo, não tem razão a apelante.

A autora foi, a toda evidência, vítima de uma séria acusação de furto, crime este que lhe foi imputado sem o mínimo de provas. Aliás, o enredo apresentado pela apelante por ocasião da sua contestação não foi corroborado por nenhum dos depoimentos colhidos durante a instrução do processo.

A única testemunha que relata ter avistado uma mulher no pátio da casa da apelante descreve-a como tendo cabelos compridos e trajando calça e blusa pretas (fl. 94), quando, na verdade, no dia dos fatos, a apelada vestia saia e blusa (fl. 103). Demais disso, esta testemunha sequer reco-

nheceu a autora como sendo aquela mulher que estava no pátio da casa da requerida na hora da confusão.

Por outro lado, o policial Edson confirmou ter visto a apelada minutos antes dos fatos circulando em frente ao destacamento e, segundo afirma, não haveria tempo de a apelada ter arrombado e furtado a casa da apelante (fl. 106).

Outro fator de extrema relevância é que não foi encontrado o produto do furto (R\$ 800,00), podendo-se concluir como temerária a acusação feita pela apelante.

Consoante o acima aludido, a apelante aceita os fatos, tanto que alega que tinha fortes indícios para concluir que a apelada tinha cometido o ilícito penal de furto (fl. 39). Não trouxe aos autos, entretanto, nenhuma prova que tornasse legítimo o seu ato, evento causador do mal à integridade psíquica da apelada. Ao inverso, todas as provas trazidas aos autos demonstram que a apelante agiu de maneira impetuosa e de tal sorte que muitas pessoas da comunidade tomaram conhecimento dos fatos.

Embora seja consabido que “o pedido de abertura de inquérito criminal, em crime de ação pública, não constitui ato ilícito” (RF 97/124), é indispensável considerar que para esse exercício regular do direito deve haver um mínimo de requisitos que autorizem a imputação de crime a outra pessoa, sob pena de consistir em atitude imprudente e temerária.

Da mesma forma, é de senso comum que ser compelida, mesmo que em termos gentis, a adentrar em camburão da polícia, acompanhada por três policiais, mais outros três ci-

vis, causa, no mínimo, um dissabor a qualquer pessoa. Ainda mais quando muitas pessoas ficam sabendo do caso, já que no momento do ocorrido havia movimento intenso no local (conforme o depoimento de fl. 94).

A assertiva de que a apelada não merece o dano moral pleiteado, visto que tinha relacionamento amoroso com homem casado, não afasta o seu dever de indenizar, porque tal atitude da apelada em nada tem ligação com os fatos ora debatidos.

O cerne do embate está na imputação de crime a uma pessoa sem quaisquer indícios de veracidade da acusação. Os danos advindos desse acontecimento também são patentes. Conquanto os danos morais não precisem ser provados, pois há presunção *juris tantum* da sua existência, no caso em apreço fica evidente a sua ocorrência. Primeiro: inúmeras pessoas tiveram conhecimento do fato e, além do que, um acontecimento desse porte gera abalo anímico e moral no lesado. Depois, pelo aborto espontâneo decorrente do sofrimento da mãe, conforme fartamente demonstrado pelos documentos acostados à exordial, principalmente o de fl. 22.

Destarte, comprovado o dano moral experimentado pela autora/apelada, por força das conseqüências advindas da exposição pública, evidente é o direito à indenização pelo dano moral. Assim já se decidiu:

“Ação de indenização por dano moral – Loja de departamentos – Imputação de furto a outrem perante várias pessoas – Consumidor atingido publicamente em sua dignidade – Acusação de prática de ato ilícito fundado em suspeita – Sentença dando acolhimento ao

pleito ressarcitório posto em juízo – Indenização fixada em valor adequado — Sucumbência recíproca — Inexistência — Reclamo desprovido.

“1. ‘Na reparação do dano moral, que tem feição preventiva e punitiva, não se busca atribuir preço à honra, ao afeto, à imagem, à vida, mas oferecer uma compensação, um lenitivo à vítima ou a seus familiares, pela dor injustamente infligida. Visa-se mitigar o sofrimento, minimizar os efeitos da lesão e não eliminar o dano, porque uma vez perpetrado não é possível a sua reversão’ (Ap. Cív. n. 50.461 de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu)” (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.023365-0, da Capital, rel. Des. Orli Rodrigues).

No que diz respeito ao *quantum* indenizatório, é consabido que o valor a ser arbitrado deve representar para o lesado uma satisfação capaz de neutralizar, ou ao menos anestesiar em parte, os efeitos dos transtornos causados, mas não deve equivaler a um enriquecimento sem causa. A estimação da indenização é de ser feita moderada e prudentemente, levando-se em consideração fatores importantes, dentre os quais se enumeram: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante.

É inegável o sofrimento suportado pela autora, não havendo como se olvidar da gravidade do abalo produzido por acontecimentos dessa natureza.

Da análise dos elementos trazidos aos autos, considero prudente e criteriosa a fixação da indenização no valor equivalente a 200 (duzentos) sa-

lários mínimos, atendendo-se perfeitamente os desígnios da tutela discutida. Não serve, desse modo, para o enriquecimento sem causa de quem recebe, nem é irrisório a quem paga e, embora a apelante afirme que não tem condições de suportar tal encargo, não faz prova da sua incapacidade financeira.

Assim, diante de todo o exposto, a sentença deve ser mantida intacta, em vista de ter dado correto deslinde à contenda.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram do recurso, para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 29 de outubro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente com voto;
José Volpato de Souza,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.017761-7, DA CAPITAL

Relator: Des. Monteiro Rocha

Ação de alimentos – Desistência da verba alimentar na separação judicial consensual – Superveniência do divórcio – Pedido objetivando a modificação da cláusula – Cessação do dever de mútua assistência – Impossibilidade jurídica do pleito – Extinção do processo – Sentença mantida – Reclamo desprovido.

Ainda que a desistência alimentar por ocasião da separação judicial consensual possibilite reversão, a superveniência do divórcio fulmina o vínculo matrimonial e o dever de mútua assistência entre os cônjuges.

Extinto pelo divórcio o vínculo matrimonial que unia os cônjuges, resta configurada a impossibilidade jurídica do pedido de modificação de cláusula alimentar em acordo consensual, acarretando a extinção do feito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.017761-7, da comarca da Capital (1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante E. B. J., sendo apelado N. F. M.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Sem despesas processuais.

I — Relatório

E. B. J., por seu advogado, propôs ação de alimentos com pedido de modificação de cláusula estabelecida na separação consensual em face de N. F. M., ao argumento de que se separou judicialmente do réu em 24/5/92, ocasião em que ficou acordado que o demandado pagaria a seus dois filhos, em partes iguais, 30% de seus rendimentos líquidos, o que ficou ratificado na conversão em divórcio.

Sustentou que por ocasião da separação exercia, além do cargo efetivo de professora da rede pública estadual, outro de provimento comissionado no Instituto Estadual de Educação (IEE), motivo pelo qual desistiu de sua pensão.

Prosseguiu alegando que, com a perda da função comissionada, sua renda resultou reduzida para R\$ 669,32, tendo que suportar os gastos ordinários para o seu sustento, além do pagamento da universidade do filho.

Adicionou que, com o casamento da filha, o réu ceifou-lhe metade da pensão, contribuindo, desde então, com 15% de seus rendimentos líquidos para o filho estudante.

Preconizou que suas dificuldades financeiras lhe rendem ensejo à modificação do acordo de separação, com a conversão a seu favor da pensão devida à filha.

Aduziu, enfim, que o direito à percepção de alimentos é irrenunciável.

Ao final, pleiteou-se a fixação de alimentos provisórios, mantendo-se o benefício outorgado ao filho e concedendo-se-lhe os 15% da filha,

com a confirmação da medida e a consequente procedência da ação, com as cominações de estilo.

Foi realizada audiência de conciliação, na qual não houve possibilidade de composição amigável entre as partes.

Citado, o réu ofertou contestação e agitou as seguintes preliminares: impossibilidade jurídica do pedido, eis que a autora renunciou à pensão ora pleiteada na separação, sendo que o divórcio extingue o dever de ajuda mútua e ilegitimidade ativa *ad causam*, posto que a demandante pleiteia em nome próprio direito da filha.

No mérito, reeditou os argumentos da primeira preliminar.

Houve réplica.

O Dr. Promotor de Justiça opinou pelo prosseguimento do feito.

O digno Togado singular, entregando antecipadamente a prestação jurisdicional, julgou extinto o feito, nos moldes do art. 267, VI, por entender que o pedido formulado é juridicamente impossível.

Inconformada, a autora E. B. J. interpôs apelação e sustentou que a desistência dos alimentos por ocasião da separação judicial e o seu silêncio no momento da respectiva conversão em divórcio não são óbices para a percepção da verba, que é irrenunciável e reclama apenas alteração em sua fortuna.

Respondidos, os autos aportaram nesta eg. Corte.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É, em suma, o relatório.

II — Voto

Não colhe êxito o reclamo de-sencadeado.

Na hipótese focalizada, o debate travado nos autos cinge-se à possibilidade de renúncia ou desistência dos alimentos devidos ao cônjuge e aos efeitos do divórcio sobre o casamento havido entre as partes e a conseqüente separação judicial consensual.

No caso *sub judice*, a obrigação alimentar – caso existente — decorre do matrimônio havido entre as partes até a concretização da separação judicial consensual firmada entre elas.

Se é verdade que a relação matrimonial acarreta o dever de mútua assistência entre os contraentes (art. 231, III, do Código Civil), incluindo neste o dever alimentar ao cônjuge que deles necessita, também é veraz a afirmação de que no caso *in specie* a requerente desistiu da verba alimentícia por ocasião em que foi firmado o acordo de separação judicial consensual (fls. 16/19).

Doutrina e jurisprudência, com argumentos respeitáveis, têm preconizado que a irrenunciabilidade proclamada na Súmula 379 do STF apenas resguarda os alimentos decorrentes das relações de parentesco (*iure sanguinis*), eis que afeta-os pelo interesse público.

Quanto aos alimentos devidos entre os cônjuges, plenamente admissíveis as cláusulas de desistência ou renúncia.

Assim, leciona Washington de Barros Monteiro, *in* Yussef Said Cahali, *Divórcio e Separação*, 7ª ed., RT, t. I, 1994, pág. 248, que “cônjuge não é

parente e sim um companheiro, um sócio, e enquanto perdure a sociedade conjugal”.

O caso *in specie* trata exclusivamente de alimentos que decorrem de vínculo matrimonial, os quais, para a corrente majoritária do STJ, são renunciáveis, mormente após acordo de separação judicial consensual ou divórcio consensual.

Se os alimentos são renunciáveis, a desistência à verba alimentar é possível como decorrência lógica da renunciabilidade.

In casu, o manuseio do feito revela que a apelante, no item 9 do acordo de separação judicial (fl. 18), expressamente desistiu da verba alimentícia.

Subsiste, por outro lado, na constância do casamento, o dever de mútua assistência, na forma do art. 231, III, do Código Civil, o que justifica a disposição contida no art. 19 da Lei do Divórcio, para a qual “o cônjuge responsável pela separação judicial prestará ao outro, se dela necessitar, a pensão que o juiz fixar” ou mesmo o ajuste de alimentos, também em caso de necessidade, em separação consensual (art. 1.121 do CPC).

Daí sucede que mesmo dissolvida a sociedade conjugal pela separação judicial, enquanto subsistente o casamento, conserva-se o dever de colaboração alimentícia entre os cônjuges.

Apenas com o divórcio cessam os efeitos do matrimônio, resultando fulminado o dever de mútua assistência do art. 231, III, do CC, na forma preconizada pelo art. 24 da Lei do Divórcio:

“Com efeito, uma vez dissolvido o vínculo matrimonial pelo divórcio (art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 6.515/77), rompidos ficam, pois, todos os liames entre os cônjuges, marido e mulher – que não são parentes – passam a ser pessoas estranhas para as quais não subsiste o dever de mútua assistência própria do casamento. *Dá que, independentemente de possibilidade ou não de dispensa ou renúncia aos alimentos*, não tem a ex-mulher legitimidade para reclamar do ex-marido o pagamento de pensão alimentícia” (Yussef Said Cahali, Dos Alimentos, RT, 2ª ed., pág. 348 — grifei).

No mesmo vértice tem proclamado o Superior Tribunal de Justiça:

“O casamento válido se dissolve pelo divórcio. Dissolvido o casamento, desaparecem as obrigações entre os então cônjuges. A mútua assistência é própria do casamento” (REsp n. 85.683/SP, rel. Min. Nilson Naves, DJU 19/9/96).

Do exposto, ocorrido o divórcio, resulta evidente a impossibilidade jurídica da postulação manejada em Juízo (art. 267, VI, do CPC).

Não bastasse isso, o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, quando chamado a resolver problema judicial semelhante ao do caso *sub examine*, decidiu o seguinte:

“Com efeito, não é justo nem razoável a instituição ou a continuidade da pensão alimentícia do ex-cônjuge, tendo como fonte o casamento de há muito rompido, sem deixar muitas

vezes qualquer laço ou resquício afetivo, quando os cônjuges ou ex-cônjuges já refizeram suas vidas e tomaram novos destinos unindo-se a outro companheiro e tornando-se até mesmo inimigos. Onde já não remanesce qualquer espécie de dever de fidelidade e nenhuma comunhão de interesses entre o ex-casal, ou vinculação de qualquer ordem, não é juridicamente sustentável a manutenção do dever alimentar entre os mesmos’ (Yussef Said Cahali)” (rel. Des. Eder Graf, Ap. Cív. n. 1998.010859-4, de Criciúma).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do apelo, mantendo-se a sentença apelada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara Civil decide conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente;
Monteiro Rocha,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007348-8, DE IÇARA**Relator: Des. Fernando Carioni**

Apelação cível – Embargos à execução – Aplicabilidade do princípio do pacta sunt servanda – Relativização – Tese afastada – Pactuação – Liberdade de contratação e negociação pelo consumidor – Contrato de adesão – Rejeição – Comissão de permanência cumulada com correção monetária – Vedação – Súmula 30 do STJ e arts. 115, do CC, e 51, incs. IV e X, do CDC. Encargos cobrados pela instituição financeira – Alegativa de que estão amparados pela Medida Provisória n. 1.410/96 – Inadmissibilidade – Exegese do art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal – Norma constitucional vigente à época dos fatos – Medida Provisória n. 1.457/96 – Convalidação dos atos praticados com base no art. 7º da Medida Provisória n. 1.410/96 – Impossibilidade de o Poder Executivo, por meio de outra medida provisória, regular situação jurídica decorrente de medida provisória pretérita – Honorários advocatícios – Sucumbência mínima – Não ocorrência – Art. 21, parágrafo único, do CPC. Verba de sucumbência – Compensação – Impossibilidade – Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.906/94.

O princípio do pacta sunt servanda não pode obstar as revisões contratuais, uma vez que embasado na retrógrada concepção patrimonialista/civilista acerca dos contratos, a qual se opõe à Constituição Federal e ao Código de Defesa do Consumidor.

É consabido que os mútuos ajustados com as instituições financeiras caracterizam verdadeiros contratos de adesão, uma vez que não é propiciado ao contratante qualquer discussão sobre as cláusulas e condições contratuais, sendo-lhe simplesmente imposta a aderência ao pacto.

“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis” (Súmula 30 do STJ). Em adendo, impõe-se considerar que a dita comissão afronta o art. 115 do CC, quando aplicada à taxa de mercado, posto que, por ser um percentual oscilante, sujeita o devedor ao arbítrio do estabelecimento bancário, que fixa valores com base em informações de mercado, de difícil acesso ao consumidor, além de o Código Consumerista, em seu art. 51, incs. IV e X, taxar como nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade” e que

“permitem ao fornecedor, direta ou indiretamente, impor variações do preço de maneira unilateral”.

Não convertida em lei a Medida Provisória n. 1.410/96, no prazo de trinta dias, a contar da sua edição, aquela esvazia-se de qualquer efeito, o que resulta na sua ineficácia jurídica, com efeitos ex tunc, de acordo com o já revogado art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal, que vigia à época dos fatos. Ademais, cumpre destacar que a convalidação perpetrada pelo art. 7º da Medida Provisória n. 1.457/96 deve ser afastada, “pois ao Executivo Federal não é dado, em franca usurpação da competência exclusiva do Congresso Nacional, e em ostensiva afronta e desrespeito ao conteúdo do art. 62, parágrafo único, da Magna Carta, disciplinar as relações jurídicas decorrentes da perda de eficácia das Medidas Provisórias” (Ap. Cív. n. 1996.010387-2, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Trindade dos Santos).

Consoante o parágrafo único do art. 21 do CPC, tão-somente quando “um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá por inteiro, pelas despesas e honorários”.

Em decorrência do disposto no art. 23 da Lei n. 8.906/94, não é mais cabível a compensação dos honorários advocatícios, quando houver sucumbência recíproca, eis que aqueles pertencem exclusivamente aos advogados e não às partes.

Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.007348-8, da comarca de Içara, em que é apelante Banco Bradesco S.A., sendo apelados Joceli Ribeiro e outro:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Banco Bradesco S.A., porquanto inconformado com a sen-

tença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Içara que, nos autos de Embargos à Execução n. 28950020026, julgou o pleito parcialmente procedente (fls. 49/51).

Sustenta o apelante, em síntese: a) que o contrato firmado é lei entre as partes, não se podendo falar em vício ou em revisão contratual; b) que o mútuo avençado não se caracteriza como contrato de adesão; c) que não ocorreu a cumulação da comissão de permanência com a correção monetária, eis que aquela incidiu a título de juros remuneratórios; d) que os encargos cobrados estão amparados em lei, trazendo como fundamento a Me-

dida Provisória n. 1.410/96. Quanto aos honorários advocatícios, argúi que, tendo os apelados vencido em pequena parte da demanda, não poderia haver condenação em honorários advocatícios em seu favor, consoante o art. 21 do CPC. Arremata que, caso não seja este o entendimento, os honorários devem ser reciprocamente compensados, ante a sucumbência parcial (fls. 55/76).

Em contra-razões, os apelados pugnam pelo desprovemento do recurso (fls. 79/85).

Após, os autos alçaram a esta Corte.

II — Voto

Porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, o conteúdo da postulação há de ser apreciado.

Argúi o apelante, inicialmente, que não se pode falar em vício constante do contrato, tampouco em revisão deste, eis que o ajustado é lei entre as partes, arrematando que o mútuo não se trata de contrato de adesão.

As alegações levantadas pelo recorrente não são dignas de reconhecimento.

Isso porquanto a questão não pode ser resolvida com base na antiga e ultrapassada concepção civilista/patrimonialista das obrigações, alicerce da doutrina do *pacta sunt servanda*, devendo-se adotar como norte a Constituição Federal e o Código de Defesa do Consumidor, os quais se baseiam na função social do contrato.

Clovis Couto e Silva já ensina-va que “sustentar sempre a prevalên-

cia da vontade, ainda que só a sua manifestação, ou puramente o preceito que decorre do contrato, seria uma solução que não atenderia, as mais das vezes, às situações da vida” (*in* A Obrigação como Processo, São Paulo: José Bushatsky Editor, 1976, pág. 43, *apud*: Magalhães, Martins Guilherme. Revista do Ministério Público do Rio de Janeiro, n. 9, pág. 77).

Cabe registrar que a suposta liberdade cultivada pelo *pacta sunt servanda*, na maioria das vezes, não se faz presente, visto que em muitos casos os cidadãos se vêem impelidos a contratar, para não serem excluídos da vida social, como ocorre nos contratos bancários, indispensáveis para qualquer indivíduo do nosso tempo.

Outrossim, é consabido que, ao pactuar com as instituições financeiras, não é propiciado ao contratante qualquer discussão sobre as cláusulas e condições contratuais, sendo-lhe simplesmente imposta a adesão ao pacto, cabendo somente aceitar as condições apresentadas.

Além disso, não se pode exigir dos consumidores que compreendam a legalidade ou não das cláusulas; ou a complexidade dos cálculos estabelecidos.

Nesse sentido, extrai-se da ensinância de Arnaldo Rizzardo:

“Acontece que normalmente os mútuos vêm formalizados em contratos de adesão, com cláusulas já prevendo as taxas de juros. Ao adimplir as dívidas, não aceita o credor o recebimento de quantia inferior à decorrente do contrato. Ao devedor resta unicamente o pagamento nos excessos contidos nas cláusulas da mora e não lhe sobra outra alternativa senão

pagar. Perde esta de pagar o caráter de liberdade ou voluntariedade” (*in* Contratos de Crédito Bancário, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, pág. 67).

Dessa feita, a adesividade do mútuo também resta caracterizada.

Noutro norte, articula o apelante que não ocorrera no caso *sub judice* a cumulação de comissão de permanência com correção monetária, tendo incidido tão-somente aquela a título de juros remuneratórios.

No que concerne à comissão de permanência, o entendimento uníssono dos pretórios é no sentido de que esta possui o caráter de atualização monetária, vedando-se, assim, a sua cumulação com os índices oficiais de correção da moeda.

É o que dispõe a Súmula 30 do STJ:

“A comissão de permanência e a correção monetária são inacumuláveis”.

Nesse diapasão, já se posicionou o TJSC:

“Comissão de permanência e correção monetária. Cumulação. Inadmissibilidade. Súmula 30 do STJ.

“Por terem a finalidade de atualizar o valor da dívida, a partir do respectivo vencimento, a aplicação de um critério repele o outro” (Ap. Cív. n. 1999.019584-8, de Barra Velha, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 3/8/2000).

Ademais, ainda que incidente apenas a comissão de permanência, esta é considerada uma afronta ao disposto no art. 115 do Código Civil, quando aplicada à taxa de mercado, posto que, por ser oscilante este percentual, sujeita o devedor ao arbítrio

do estabelecimento bancário, que fixa valores com base em informações de mercado, as quais são de difícil acesso ao consumidor.

É da jurisprudência:

“É entendimento dominante nesta Corte de Justiça ser potestativa a cláusula que vincula a comissão de permanência à taxa de mercado do dia do pagamento, por representar evento incerto e desconhecido pelo devedor, o que é vedado pelo art. 115 do Código Civil” (TJSC, Agravo no Al n. 99.022221-7, de Joinville, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 29/2/2000).

De outro vértice, dita comissão afronta o Código de Defesa do Consumidor, o qual acoima de nulidade, em seu art. 51, inc. X, as cláusulas que “permitem ao fornecedor, direta ou indiretamente, impor variações do preço de maneira unilateral”.

Da mesma forma, são nulas as cláusulas que “estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé ou a equidade”, em consonância com o inciso IV do referido preceito.

Dessarte, tendo em vista a ilegalidade da aplicação da comissão de permanência e, seguindo a premissa da intervenção dos contratos que ferem os preceitos vigentes na defesa do consumidor, dada a índole pública da matéria, esta deve ser expurgada do contrato em apreço.

Articula o postulante, ainda, que os encargos cobrados estão amparados em lei, fundamentando-se nos artigos 5º, 6º, e incisos, da Medida Provisória n. 1.410/96.

Tal alegativa não merece guarida.

Disponha o já revogado art. 62, parágrafo único, da Constituição Federal:

“As medidas provisórias perderão eficácia desde a edição, se não forem convertidas em lei no prazo de trinta dias a partir de sua publicação, devendo o Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas delas decorrentes”.

In casu, a Medida Provisória n. 1.410/96 não foi convertida em lei, decorrido o trintídio legal, ocorrendo, sim, a sua reedição pela Medida Provisória n. 1.457, de 16/5/96, a qual não fez constar em seu texto a mesma redação daquela, tendo convalidado, todavia, os “atos praticados com base na Medida Provisória n. 1.410, de 18 de abril de 1996”, conforme inserido em seu art. 7º.

Entretanto, como bem consignou o Des. Trindade dos Santos, na Ap. Cív. n. 1996.010387-2, de São Miguel do Oeste, “admitir-se a prevalência desse abusivo art. 7º (...), implicaria em negar-se que a função legislativa pertence ordinariamente ao Congresso Nacional, que a exercita por direito inquestionavelmente próprio, mercê de atribuição constitucional”.

A seguir acrescenta:

“Não poder-se-á esquecer, nesse contexto, que a utilização, pelo Poder Executivo, das medidas provisórias, constituindo-se em exceção que derroga o postulado previsor da divisão funcional do poder, está destituída de autonomia, eis que subordinada, na sua eficácia legal e na sua definitiva incorporação ao direito posi-

tivo interno, à vontade do Congresso Nacional, via processo de conversão em lei” (DJ de 19/5/97).

Dessa forma, compete tão-somente ao Congresso Nacional disciplinar as relações jurídicas advindas da perda de eficácia das medidas provisórias, nos moldes previstos na Carta Magna.

Colhe-se, ainda, de precedente desta Corte:

“(...) as Medidas Provisórias ns. 1.367 e 1.410 não espargiram qualquer reflexo jurídico no firmamento legal pátrio. Sob o prisma jurídico, aludidas medidas provisórias não existiram. Mesmo o esdrúxulo art. 7º, da MP n. 1.457, onde acentuada está a convalidação dos atos praticados com fulcro na MP n. 1.410/96, mostra-se inoperante, pois ao Executivo Federal não é dado, em franca usurpação da competência exclusiva do Congresso Nacional, e em ostensiva afronta e desrespeito ao conteúdo do art. 62, parágrafo único, da Magna Carta, disciplinar as relações jurídicas decorrentes da perda de eficácia das medidas provisórias” (Ap. Cív. n. 96.010387-2, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ademais, faz-se mister mencionar, consoante a ensinança do Ministro Moreira Alves, que a medida provisória é ato normativo com força de lei, a partir de sua edição, “e produz, com relação aos destinatários, todos os efeitos obrigatórios desta, apenas sob a condição resolutiva de, se não convertida pelo Congresso Nacional em trinta dias, perder sua eficácia desde o início” (Leon Frejda Szklarowsky, *Medidas Provisórias*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1991, pág. 59).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“A decadência da MP, pelo decurso, *in albis*, do prazo constitucional, opera a desconstituição, com efeitos *ex tunc*, dos atos produzidos durante sua vigência — Não apreciação em tempo hábil pelo Congresso Nacional. Rejeição tácita ou presumida — Convalidação, pelo Chefe do Executivo, de atos praticados com fundamento em MP não convertida, afronta o art. 62, parágrafo único, da CF (...)” (ADIn n. 365-8/600/DF, j. em 1º/10/90, rel. Min. Celso de Mello).

Dessarte, tendo a Medida Provisória n. 1.457/96 suprimido os artigos aludidos pelo recorrente, constantes da MP n. 1.410/96, e considerando a ausência de conversão desta em lei, no prazo de trinta dias, a contar da respectiva edição, como dispunha o revogado art. 62, parágrafo único, da Carta Magna, esta restou destituída de qualquer efeito, o que resulta na sua ineficácia jurídica, com efeitos *ex tunc*.

Dessa feita, afasta-se a tese ventilada pelo suscitante, no sentido de que sua pretensão está amparada pelo ordenamento jurídico.

Por fim, quanto aos honorários advocatícios, sustenta que, tendo os apelados vencido em pequena parte da demanda, não poderia haver condenação em honorários advocatícios em seu favor, consoante o parágrafo único do art. 21 do CPC. Arremata que, caso não seja este o entendimento, os honorários devem ser reciprocamente compensados, ante a sucumbência parcial.

Não assiste razão ao recorrente.

Dispõe o parágrafo único do art. 21 do CPC:

“Se um litigante decair de parte mínima do pedido, o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e honorários”.

Denota-se da exordial que os autores, ora apelados, aduziram o caráter de adesividade do contrato, pleiteando, para tanto, o afastamento da taxa Anbid (Associação Nacional dos Bancos de Investimento e de Desenvolvimento), da cumulação de comissão de permanência com correção monetária, dos juros capitalizados, bem como a substituição da TR pelo INPC, tendo a sentença *a quo* acolhido parcialmente o seu pedido, ou seja, afastado a taxa Anbid, excluindo a incidência da comissão de permanência e, por fim, rechaçada a capitalização de juros. Não se verifica, portanto, a tese suscitada, no sentido de que os apelados foram vencedores em parte mínima da demanda, posto que, como fora dito, aqueles obtiveram sucesso em três dos seis pleitos formulados.

Da mesma forma, carece de reconhecimento o pleito de compensação dos honorários advocatícios, uma vez que, em decorrência do disposto no art. 23 da Lei n. 8.906/94, não é mais cabível a compensação, quando houver sucumbência recíproca, eis que os honorários pertencem exclusivamente aos advogados e não às partes.

Nesse sentido, colhe-se de julgado deste Sodalício:

“Por expressa disposição legal – art. 23 do Estatuto da OAB – os honorários advocatícios representam direito autônomo do próprio procurador judicial. Em sendo assim, mesmo nas

hipóteses de reciprocidade sucumbencial, os honorários destinados aos advogados das partes litigantes não se submetem ao regime de compensação, por traduzirem-se em direito, não dos litigantes, mas de terceiro – o procurador da parte. E a compensação apenas é passível de ocorrência entre créditos líquidos e certos das próprias partes” (Ap. Cív. n. 1999.012735-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 5/4/01).

Dessa feita, não há ser admitida a compensação dos honorários advocatícios.

Ante o exposto, mantém-se incólume a sentença objurgada.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Newton Janke.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.013676-8, DE CUNHA PORÃ

Relator: Des. Fernando Carioni

Apelação cível – Execução – Extinção – Contrato de abertura de crédito fixo – Caracterização – Art. 585, inc. II, do CPC – Demonstrativo de débito – Presença dos requisitos do art. 614, inc. II, do Código Instrumental. Decisão sobre argumento que leva à conclusão de prejudicialidade das demais teses – Sentença reformada – Recurso provido.

Para a caracterização do contrato de abertura de crédito fixo, impõe-se que este seja depositado em parcela única e integral na conta corrente do beneficiário, seja o título assinado pelo devedor e por duas testemunhas, bem como que se apresente o cálculo discriminado do montante devido, desde a data de liberação da importância até a da proposição da execução, observados os arts. 585, II, e 614, II, ambos do CPC.

“(…) A sentença deve ser interpretada como discurso lógico; decidido expressamente um item, implicitamente, restam prejudicados os que são alcançados pela conclusão” (STJ, EDcl no REsp n.

77405/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 5/5/1997, pág. 17.132).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.013676-8, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Cooperativa de Crédito Rural Auriverde Ltda., sendo apelados Celso Galvan e José Antônio Kunz:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Cooperativa de Crédito Rural Auriverde Ltda., contra a sentença do Juiz de Direito da Vara Única da comarca de Cunha Porã que declarou inepta a inicial, por impossibilidade jurídica do pedido, com base no art. 295, inc. III, parágrafo único, do CPC, e, por conseqüência, que julgou extinta, nos termos do art. 267, inc. VI, do referido Códex Instrumental, a Execução Por Quantia Certa n. 021.95.000024-9, proposta pela ora apelante em face de Celso Galvan e José Antônio Kunz, ao fundamento de que o contrato objeto da ação não é título executivo. Sem condenação em honorários (fls. 60/67).

Sustenta, em síntese, que o contrato em litígio é título executivo extrajudicial, conforme o art. 585, inc. II, do CPC, por tratar-se de mútuo de dinheiro em parcela única, a qual se encontra vencida e não paga. Dessa forma, afirma que o título em questão é líquido, certo e exigível, tendo em vista o demonstrativo de débito atuali-

zado, em atenção ao disposto no art. 614, inc. II, do CPC.

Alega que não cabe ao juiz adentrar em questões de mérito na execução, uma vez que somente nos seus eventuais embargos é que se pode descaracterizar a liquidez, certeza e exigibilidade do título executivo.

Requer, por fim, a cassação ou anulação da decisão profligada, com o conseqüente prosseguimento da execução.

Sem contra-razões (fl. 119).

Após, os autos ascenderam a esta Corte.

II — Voto

O conteúdo da postulação há de ser apreciado ante a presença dos requisitos de admissibilidade recursal.

A presente irresignação tem por objeto a decisão que extinguiu a execução, sob o fundamento de que o título objeto da ação não é título executivo, por tratar-se de um contrato de abertura de crédito em conta corrente (fls. 60/67).

A apelante, em síntese, afirma que o título em apreço é exequível, nos termos do art. 585, inc. II, do CPC, uma vez que se trata de empréstimo de dinheiro em parcela única, vencida e não paga. Ademais, o pacto em questão é líquido, certo e exigível, observado o demonstrativo de débito atualizado, conforme o preceituado no art. 614, inc. II, do CPC.

A pretensão recursal merece ser acolhida.

Inicialmente, cumpre destacar que o contrato em comento é de

abertura de crédito fixo (fls. 13/14), consoante se colhe da leitura da sua cláusula primeira, na qual se afere que fora depositado um valor certo e determinado, ao contrário do entendimento do magistrado de primeiro grau:

“Cláusula primeira: a cooperativa abre ao(s) creditado(a)(s) e este(s)(as) aceita(m) um crédito fixo de CR\$ 1.100,00 (um mil e cem reais) cuja liberação dar-se-á mediante crédito na conta corrente de depósitos do(a)(s) creditado(a)(s) mantido na Cooperativa, no ato de sua assinatura, destinado para capital de giro” (fl. 13).

À fl. 16, pelo extrato da conta corrente do beneficiário/apelado Celso Galvan, observa-se que o crédito foi liberado integralmente e em parcela única, o que deixa claro, como já exposto, tratar-se de contrato de abertura de crédito fixo.

Colhe-se da jurisprudência:

“Execução. Contrato de abertura de crédito. Crédito fixo.

“É executável o título de abertura de crédito fixo, cujo valor é creditado desde logo e integralmente na conta do financiado. Recurso não conhecido” (STJ, REsp n. 298416/SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJ 20/8/2001, pág. 476).

De outro norte, o contrato em tela foi devidamente assinado pelo devedor e seu avalista, bem como por duas testemunhas.

Preceitua o art. 585, inc. II, do CPC:

“São títulos executivos extrajudiciais:

(...)

“II — a escritura pública ou outro documento público assinado pelo devedor; o documento particular assinado pelo devedor e por duas testemunhas; o instrumento de transação referendado pelo Ministério Público, pela Defensoria Pública ou pelos advogados dos transatores” (grifei).

Denota-se, ainda, da análise do documento de fl. 12, que o demonstrativo do débito atualizado cumpriu com o disposto no art. 614, inc. II, do CPC, uma vez que apresentou os índices e os valores de correção que incidem sobre o *quantum* devido, desde a liberação do crédito até a data de proposição da ação.

Estatui o citado artigo:

“Cumpre ao credor, ao requerer a execução, pedir a citação do devedor e instruir a petição inicial:

(...)

“II — com o demonstrativo do débito atualizado até a data da proposição da ação, quando se tratar de execução por quantia certa”.

Obedecendo às determinações do art. 585, inc. II, e art. 614, inc. II, do CPC, o documento configura-se como título extrajudicial, passível de execução.

Em caso análogo já decidiu esta Corte:

“Execução — Contrato de abertura de crédito fixo — Demonstrativo do débito que preenche os requisitos do artigo 614, II, do CPC. — Nulidade de execução afastada — Sentença reformada — Recurso provido.

“— ‘Tendo o credor instruído a inicial da execução com demonstrativo da dívida, constando a taxa de juros, e indexador aplicado em sua cor-

reção, possibilitando a exata compreensão das verbas incidentes sobre o débito, rejeita-se a alegação de nulidade, sob o fundamento de ausência de apresentação da memória discriminada e atualizada do cálculo' (Ap. Cív. n. 59.118-8, de Amambai, rel. Des. Elpídio Helvécio Chaves Martins)" (Ap. Cív. n. 2001.024851-4, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

Portanto, conclui-se pela higidez executiva do título em destaque.

Afirma a recorrente, enfim, que as matérias de mérito não podem ser apreciadas na execução, uma vez que somente em sede de embargos é que se pode descaracterizar a liquidez, a certeza e a exigibilidade do título executivo.

Desnecessária se faz a apreciação de tal articulação, uma vez que reformada a sentença objurgada, o que torna prejudicado o pedido.

Colhe-se do STJ:

"Emb. Decl. (REsp) — Processual civil — Sentença.

— A sentença deve ser interpretada como discurso lógico; *decidido expressamente um item, implicitamente, restam prejudicados os que são alcançados pela conclusão*" (EDcl no REsp n. 77405/SP, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, DJ 5/5/1997, pág.17.132) (grifei).

Ante o exposto, cassa-se a decisão profligada, para que prossiga a execução em seus ulteriores termos.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se e dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Newton Janke.

Florianópolis, 5 de dezembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.017953-9, DE CORONEL FREITAS

Relator: Des. Fernando Carioni

Apelação cível – Embargos à monitoria – Falta de pressupostos processual – Pessoa jurídica – Ausência do contrato social – Asserção impertinente – Representação legal não impugnada – Rejeição – Inexistência de nota fiscal comprovando a entrega de mercadoria – Irrelevância – Entrega efetuada, ante o conjunto probatório existente nos autos – Prova testemunhal não aceita, em face do contido no art. 401 do CPC – Descabimento – Excesso de juro – Não comprovação – Inteligência do art. 333, II, do CPC – Tese afastada. Litigância de má-fé – Requisitos configurados (art. 17, II, do CPC) – Decisão mantida – Recurso desprovido.

Em se tratando de pessoa jurídica, a falta de juntada do contrato social é mera irregularidade, que não influencia no julgamento da lide nem prejudica a parte adversa, mormente quando esta nada dispõe sobre eventual irregularidade acerca do representante legal daquela.

A inexistência de nota fiscal não é bastante para descaracterizar a entrega da mercadoria adquirida, quando há nos autos provas suficientes demonstrando o contrário.

O disposto no art. 401 do CPC aplica-se, somente, nos casos em que a dívida cobrada em juízo vem aparelhada unicamente por prova testemunhal.

Cabe ao embargante/apelante comprovar fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor/apelado, nos termos do art. 333, II, do CPC.

A presunção juris tantum de boa-fé dos litigantes sucumbe, se comprovada a intenção da parte de desvirtuar a verdade fática, objetivando livrar-se da obrigação assumida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.017953-9, da comarca de Coronel Freitas, em que é apelante Roberto Luiz Ferrari, sendo apelada Guarnieri Comércio de Máquinas Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de apelação cível interposta por Roberto Luiz Ferrari contra a sentença da Dra. Juíza de Direito da comarca de Coronel Freitas, que rejeitou os Embargos à Monitória n. 085.00.000671-2, opostos pelo recorrente, transformando o mandado inicial em título executivo, condenando o ora apelante na litigância de má-fé, cor-

respondente a 1% (um por cento) do valor da causa atualizado. Arbitrou os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) do valor do débito, para a execução.

Inconformado com a prestação jurisdicional que lhe foi entregue, apela o recorrente, alegando falta de pressuposto processual, porquanto a ora apelada, por ser pessoa jurídica, deveria juntar aos autos cópia de seu contrato social ou da sua última alteração.

Sustenta, também, a falta de nota fiscal, dizendo não entregues as mercadorias.

Diz que a apelada trouxe aos autos testemunhas para comprovar a entrega das mercadorias, diante da falta de emissão de nota fiscal e da falta de aceite. Todavia, é de ressaltar-se que a prova testemunhal não pode ser aceita, em razão do contido no art.

401 do CPC. Quanto ao depoimento das testemunhas, assevera irrelevantes, porquanto uma nada sabe, outra ficou sabendo por terceiro e a última era funcionária da autora à época dos fatos.

Sustenta excesso na aplicação dos juros, porquanto nos embargos foi exposto que, incidindo juros de 6,0% (seis por cento) ao ano, o mesmo importaria em R\$ 780,00 (setecentos e oitenta reais), e não em R\$ 2.098,00 (dois mil e noventa e oito reais), dizendo que o cálculo, em caso de procedência, seria apresentado na execução.

Pugna, ao final, pela não condenação na litigância de má-fé, ao argumento de que não pediu para nenhuma testemunha alterar a verdade dos fatos, bem como porque jamais disse que não possuía implementos agrícolas, do porte dos bens em litígio, em sua propriedade.

Requer o provimento do recurso.

A recorrida, em contra-razões, clama pela manutenção da sentença recorrida.

II — Voto

O recurso reúne os pressupostos de admissibilidade, pelo que merece ser conhecido.

Insurge-se o apelante contra a sentença de primeiro grau, alegando falta de pressuposto processual, porquanto a requerida, por ser pessoa jurídica, deveria ter juntado aos autos cópia de seu contrato social ou da sua última alteração.

Razão não lhe assiste.

A ausência de juntada aos autos de referido documento não impor-

ta em falta de pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo. Trata-se tal falha, na verdade, de mera irregularidade, e não de nulidade, sendo incapaz de causar qualquer prejuízo ao apelante, pelo que não merece guarida.

O Des. Trindade dos Santos, na Ap. Cív. n. 1998.008663-9, de Blumenau, assentou:

“... este Pretório tem entendido, de forma reiterada, que a juntada de cópia dos Estatutos Sociais nos autos não é requisito para a postulação em juízo, pelo que seria ônus da empresa apelante produzir prova de que a representação da parte adversa é irregular”.

Colhe-se, ainda, do corpo do acórdão citado:

“As pessoas jurídicas serão representadas em juízo pelas pessoas designadas nos respectivos estatutos. Não há necessidade de juntada de cópias dos estatutos aos autos. Compete à parte que impugnar a qualidade de representante a prova da inidoneidade’ (Ap. Cív. n. 29.888, rel. Des. Protásio Leal, JC 62/110)”.

Alega o apelante, simplesmente, que a recorrida não juntou aos autos cópia do seu contrato social, nada dispondo, entretanto, sobre eventual irregularidade acerca de seu representante, pelo que não há falar em extinção da ação, por falta de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo.

Ademais, a juntada ou não do contrato social da empresa apelada não influencia na presente lide, que visa, apenas, à transformação de um contrato de compra e venda, sem os

pressupostos do art. 584 do CPC, em título executivo.

Alega o postulante, também, a falta de nota fiscal, não havendo a efetiva comprovação da entrega da mercadoria.

Sobre o assunto decidiu corretamente a doutra Sentenciante, nos seguintes termos:

“A nota fiscal não é o único documento que comprova a existência de uma operação de compra e venda, ou a entrega da mercadoria negociada. No máximo, pode representar irregularidade na operação para fins fiscais. No entanto, por evidente que não pode se valer de tal argumento a parte que, embora tenha efetuado contrato escrito de compra e venda e recebido o bem adquirido, queira se furtar do pagamento. Ainda que nenhum documento existisse, demonstrada a efetiva existência da transação, a obrigação de pagar subsistiria.

“E é esse o caso dos autos. O requerido não negou tenha firmado o contrato juntado às fls. 5 a 7 dos autos. As testemunhas ouvidas em juízo, por sua vez, foram unânimes em afirmar que o requerido não só recebeu a mercadoria adquirida da autora, como a vendeu para um terceiro” (fl. 58).

Acrescenta, mais adiante, a nobre Julgadora *a quo*:

“Verifica-se, pois, que há prova suficiente da realização do negócio entre as partes, assim como da efetiva entrega das mercadorias adquiridas. O teor do contrato firmado entre ambos restou devidamente ratificado pela prova oral produzida em audiência. Logo, os embargos apresentados

não merecem qualquer guarida” (fl. 59).

Desnecessária, portanto, a juntada aos autos de nota fiscal, pois existem nos autos provas suficientes atestando a transação entre as partes e a entrega da mercadoria.

A afirmação de que a prova testemunhal não deva ser aceita, em face do disposto no art. 401 do CPC, não merece acolhimento.

Segundo o dispositivo acima citado, “a prova exclusivamente testemunhal só se admite nos contratos cujo valor não exceda o décuplo do maior salário mínimo vigente no país, ao tempo em que foram celebrados” (grifei).

Não é, pois, o caso dos autos, já que a monitória foi instruída com o contrato de compra e venda firmado entre as partes (fls. 5/7), não se falando, portanto, em aplicação do disposto no art. 401 do CPC, que incide somente nas hipóteses de débitos reclamados sem início de prova escrita, o que, por sua vez, obsta a ação monitória.

O recorrente diz, ainda, que houve excesso na aplicação dos juros, porquanto nos embargos foi exposto que, incidindo juros de 6,0% (seis por cento) ao ano, o mesmo importaria em R\$ 780,00 (setecentos e oitenta reais), e não em R\$ 2.098,00 (dois mil e noventa e oito reais).

Primeiramente, do montante de R\$ 2.098,00 (dois mil e noventa e oito reais) apresentado pela apelada na inicial da monitória (fl. 3), não estão incluídos somente os juros, mas também a correção monetária.

De resto, cabia ao embargante/apelante comprovar o excesso de juros articulado. Simples alegação, desprovida de provas, não serve para desconstituir o cálculo da dívida apresentado pela apelada (R\$ 4.738,80).

É do STJ:

“Incumbe ao réu o ônus da prova quanto à alegação de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor (art. 333, II, do CPC)” (REsp n. 208018/ES, rel. Min. Barros Monteiro, DJU 20/5/02, pág.144).

O Des. Orli Rodrigues, na Ap. Cív. n. 1999.017920-6, de Itajaí, traz, apropriadamente, o ensinamento de Humberto Theodoro Júnior (*in* Títulos de Crédito e outros títulos executivos, Saraiva, 1986, pág. 137), para o qual “o ônus da prova, em sede de ação monitória, não se distingue das regras previstas no art. 333 do CPC, qual seja, ao autor cabe provar o fato constitutivo do seu direito e ao réu os fatos modificativos, extintivos e impeditivos do direito do autor”.

Não tendo o embargante/apelante comprovado a cobrança de juros excessivos, prevalece o cálculo apresentado pela autora/apelada.

O pleito de afastamento da pena de litigância de má-fé não deve ser atendido.

O apelante, de fato, agiu de má-fé no presente feito, porquanto, apesar de cabalmente comprovado nos autos que recebeu o bem objeto do contrato de compra e venda firmado entre as partes, assevera, nos embargos à monitória, por diversas vezes, que não recebeu referida mercadoria (fls. 13/15), demonstrando, com isso, que pretende eximir-se do pagamento da dívida.

Além disso, o recorrente tentou mudar a verdade dos fatos, ao contar o Sr. Érico Sgarbossa — testemunha —, antes da realização da audiência, para que “declarasse que não havia adquirido o pulverizador de si” (fl. 51), a fim de comprovar que não recebeu a referida mercadoria da apelada, objeto do contrato de compra e venda que instrui a inicial.

Conforme assentou a MMA. Juíza “o requerido não se comportou de forma leal durante a tramitação da ação. Alterou substancialmente a verdade dos fatos, além de ter procedido de modo temerário, contatando testemunhas antes da audiência para que viessem em juízo depor de acordo com as suas conveniências” (fl. 59).

Comprovada a alteração dos fatos pelo recorrente, não há como livrá-lo da pena de litigância de má-fé imposta, no importe de 1% (um por cento) do valor da condenação, conforme o art. 17, II, do CPC.

É do STJ:

“Processual civil. Litigância de má-fé. Reconhecimento. Pressupostos.

“Entende o Superior Tribunal de Justiça que o artigo 17 do Código de Processo Civil, ao definir os contornos dos atos que justificam a aplicação de pena pecuniária por litigância de má-fé, pressupõe o dolo da parte no entravamento do trâmite processual, manifestado por conduta intencionalmente maliciosa e temerária, inobservado o dever de proceder com lealdade” (REsp n. 418.342/PB, rel. Min. Castro Filho).

Ante o exposto, mantém-se a decisão recorrida pelos seus próprios fundamentos.

Suspende-se, por ora, a condenação do recorrente nas custas processuais e honorários advocatícios, por ter-lhe sido deferida a assistência judiciária gratuita (fl. 63), nos termos da Lei n. 1.060/50, observado o art. 12 da mencionada lei.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conhece-se do recurso para negar-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Torres Marques e Newton Janke.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Fernando Carioni,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.021766-8, DE ARARANGUÁ

Relator: Des. Torres Marques

Busca e apreensão — Alienação fiduciária — Mora — Notificação — Ausência do valor do débito e discriminação dos encargos — Irrelevância — Súmula 245 do STJ — Decreto-Lei n. 911/69 — Norma recepcionada pela Constituição Federal — Precedentes — Discussão de cláusulas contratuais — Impossibilidade — Via sumária — Comissão de permanência — Incidência após o inadimplemento — Circunstância que não afasta a mora — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Cível n. 2002.021766-8, da comarca de Araranguá (1ª Vara Cível), em que é apelante Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento, sendo apelado Paulo Cesar Nicheli dos Santos:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Araranguá, Fináustria Companhia de Crédito, Financiamento e Investimento aforou

ação de busca e apreensão em desfavor de Paulo Cesar Nicheli dos Santos, pretendendo, liminarmente, a apreensão do bem descrito na inicial e a procedência do pedido deduzido na exordial.

Recebida a petição inicial, a Magistrada *a quo* entendeu não caracterizada a mora do devedor/fiduciário e indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo com fulcro no art. 267, I e IV, do CPC.

Irresignado, o credor/fiduciário interpôs recurso de apelação, sustentando a constitucionalidade do Decreto-Lei n. 911/69 e a desnecessidade de descrição da quantia efetivamente

devida ou que a sua ausência culmine em carência de ação.

De outro norte, sustenta a legalidade da cláusula que estabelece a incidência da comissão de permanência e a inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor no caso em apreço, pois a apelante não é fornecedora, sendo pessoa jurídica diversa da montadora.

Preparado o recurso e oferecidas as contra-razões, subiram os autos a esta superior instância.

II — Voto

O reclamo tem origem na sentença proferida pela MMA. Juíza de Direito da comarca de Araranguá, que julgou extinta a ação de busca e apreensão, com fulcro no art. 267, I e IV, do CPC.

É indiscutível que a comprovação da mora do devedor é condição de procedibilidade da ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente. No entanto, a jurisprudência vem-se dividindo na forma de proceder à comprovação desse inadimplemento: se precisa ser recebida pessoalmente pelo réu, se há necessidade de detalhamento do valor devido, se é válido o protesto desacompanhado da prova de envio da correspondência, entre outros pontos.

Dispõe o art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69: “O proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor”.

Como se verifica, a notificação não se presta como meio constitutivo

da mora. Esta decorre pela falta de cumprimento da obrigação no seu termo, ou seja, a mora é *ex re*, servindo a notificação prevista no dispositivo citado apenas para comprová-la. Ademais, não se extrai do texto legal qualquer formalidade especial para a validade de tal ato.

Assim, para ser válida a notificação prevista no Decreto-Lei n. 911/69, basta constar a referência ao contrato de alienação fiduciária inadimplido. Nesse sentido, a 2ª Seção do Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 245, que estabelece:

“A notificação destinada a comprovar a mora nas dívidas garantidas por alienação fiduciária dispensa a indicação do valor do débito”.

No caso em apreço, esta foi a providência adotada pela autora, vislumbrando-se, mesmo que do documento de fl. 11, que tal notificação foi encaminhada ao endereço do devedor, fazendo referência ao contrato entabulado pelas partes com a indicação das parcelas vencidas e suas respectivas datas de vencimento, de tal sorte que se apresente perfeitamente válida a comprovação do inadimplemento da forma como efetivada pelo credor/fiduciário.

O enfrentamento de discussão de cláusulas contratuais e os encargos atinentes ao pacto de alienação estão alheios ao restrito campo de defesa, e por conseguinte de eventual acolhimento pelo Magistrado, devendo ser observada nas ações dessa natureza a técnica processual característica de procedimento sumário.

A doutrina de Paulo Restiffe Neto elucida que a busca e apreensão “é ação predominantemente manda-

mental, de natureza real. Encerra eficácia imediata de declaratividade e constitutividade por proporcionar a consolidação da propriedade e posse plena (a indireta, preconstituída em nome do credor adquirente, reunida à direta, preexistente em mãos do alienante) na pessoa do credor fiduciário” (Garantia Fiduciária — Direito e Ações — Manual Teórico e Prático com Jurisprudência, pág. 357, 1976).

Ademais, ainda que se admita excluir a comissão de permanência do cálculo do débito, a mora por tal motivo não deixou de existir, pois sua constituição decorreu do simples atraso das prestações, que até a data do ajuizamento importavam em 4 parcelas inadimplidas, ou seja, das 24 pactuadas, o devedor somente cumpriu 8 prestações.

Diga-se, também, que para a formação do valor de cada parcela, até o momento do vencimento, não houve incidência de comissão de permanência, uma vez que constitui cláusula de inadimplemento, e sua ocorrência inicia-se a partir do descumprimento da obrigação, por conseguinte, não há onerosidade durante a normalidade do contrato, sob esse enfoque.

Ainda sobre a admissão de reconhecimento de cláusula potestativa, que remete à liquidez da dívida, extrai-se do REsp n. 142755, rel. Min. Barros Monteiro, cujo voto acentuou “a inoportunidade do debate acerca da liquidez da dívida ao considerar-se que nem ao menos a emenda da mora foi pleiteada pelo devedor. Bastava, portanto, ao requerente fazer alusão ao contrato não adimplido. No caso em exame, o credor foi além do que

lhe seria exigível, pois apresentou o quadro demonstrativo de fl. 10. Se o *quantum* apresentado se acha escorreito ou não, trata-se aí de matéria a ser dirimida em outra oportunidade que não o limiar do pedido de busca e apreensão. Considero, nesses termos, que o v. acórdão realmente contrariou o art. 3º do Dec.-Lei n. 911, de 1969, tal como propugna o ora recorrente”.

A preservação dos institutos não significa violar o direito à ampla defesa e ao contraditório, que aliás são assegurados pelo Decreto-Lei n. 911/69, este recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

A respeito decidiu o Supremo Tribunal Federal:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão. Recurso extraordinário de que não se conhece, por não se configurar a alegada incompatibilidade entre o disposto nos itens XXXVII e LV do art. 5º da Constituição e o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n. 911/69” (RE n. 141.320/RS, Min. Octávio Gallotti).

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso para cassar a r. sentença, determinando-se o prosseguimento da ação de busca e apreensão, com a análise da liminar.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra, e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 7 de novembro de 2002.

Torres Marques,
Presidente para o acórdão e Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.002065-7, DE JOAÇABA

Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben

Civil e processual civil – Ação de rescisão contratual – Cumulação com pedido de depósito incidente em segurança – Possibilidade – Análise dos requerimentos em sentença – Preliminares rejeitadas – Contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel – Superveniência de evidente dificuldade ou impossibilidade de cumprimento da avença por parte do compromitente-vendedor – Causa justificadora da recusa do compromissário-comprador em fazer prestação em primeiro lugar – Direito à rescisão do contrato com perdas e danos – Exegese do art. 1.092 do Código Civil – Devolução das parcelas pagas – Correção monetária a partir dos desembolsos – Indexador oficial da Corregedoria-Geral da Justiça – Inexistência de litigância de má-fé – Ausência dos pressupostos legais – Honorários advocatícios – Critério de fixação – Sucumbência recíproca caracterizada – Aplicação dos arts. 20, § 3º, e 21, caput, do CPC.

“O pedido de depósito incidente tem caráter acessório e secundário. Será pelo julgamento do pedido principal, cumulado ao de depósito, que se definirá a sorte e a eficácia da consignação” (Des. Pedro Manoel Abreu).

Concluído o contrato particular de compromisso de compra e venda de imóvel, e sobrevindo evidente dificuldade ou impossibilidade de o compromitente-vendedor cumprir a sua parte na obrigação avençada, outorgando a escritura pública definitiva, pode o compromissário-comprador requerer a rescisão do contrato com perdas e danos, buscando o reembolso das parcelas já pagas, com fundamento no art. 1.092 do Código Civil, dele não se podendo exigir que faça integralmente a sua prestação em primeiro lugar, pois é justa a sua recusa.

A correção monetária – que não é um plus que se acresce, mas um minus que se evita – incide a partir da data do desembolso das parcelas pelo compromissário-comprador. O indexador oficial a incidir sobre qualquer débito resultante de decisão judicial, inclusive

sobre custas processuais e honorários advocatícios, é fixado pela Corregedoria-Geral da Justiça.

Para a configuração da lide temerária do art. 17 do CPC é necessária a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles está no dano processual, demonstrado pelo prejuízo efetivo causado à parte contrária com a conduta injurídica desfechada pelo litigante de má-fé; já o elemento subjetivo é verificado no dolo e na culpa grave da parte cavilosa, cuja prova deve ser produzida nos autos e não restar presumida por meio de adminículos.

Os honorários advocatícios, nas ações de rescisão contratual cumulada com perdas e danos, dada sua natureza preponderantemente condenatória, devem ser arbitrados segundo os limites e critérios prescritos no art. 20, § 3º, do CPC, de modo a remunerar condignamente o trabalho do advogado, tendo presente o grau de zelo do profissional, o lugar de prestação do serviço, a natureza e importância da causa, o trabalho realizado pelo causídico e o tempo exigido para o seu serviço.

Em se tratando de sucumbência recíproca, porque rejeitada parcela significativa dos pedidos do autor, os honorários advocatícios devem ser repartidos entre os litigantes, cada qual suportando o ônus na proporção de sua derrota e recebendo na medida de sua vitória, na forma do art. 21, caput, do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.002065-7, da comarca de Joaçaba (1ª Vara/Infância e Juventude/Registros Públicos), em que são apelantes e apelados Diomar Domingos Serpa Frares, Uilson Cesar Marchetti e Scherer S.A. — Comércio de Autopeças:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso dos réus e negar provimento ao apelo adesivo da autora.

Custas de lei.

I — Relatório

Scherer S.A. — Comércio de Autopeças, pessoa jurídica de direito privado, aforou, na comarca de Joaçaba, ação de rescisão contratual cumulada com medida de depósito em segurança e perdas e danos contra Diomar Domingos Serpa Frares e Uilson César Marchetti, porque, no dia 19 de dezembro de 1994, celebrou com os requeridos contrato particular de compra e venda, por meio do qual os réus declararam-se senhores e possuidores de um imóvel e benfeitorias, localizado no centro urbano da cidade de Joaçaba, com a área de 4.442 metros quadrados e as confron-

tações indicadas na peça póstica, pelo preço de U\$ 40.000,00, pago no ato da assinatura do pacto, e mais R\$ 80.000,00, divididos em quatro parcelas mensais de R\$ 20.000,00.

Proclamou haver quitado as três primeiras parcelas, no importe total de R\$ 60.000,00; mas cientificada de que os réus estavam encontrando dificuldades para a efetivação do registro da escritura pública de compra e venda do imóvel objeto da transação comercial, em face da pendência, sobre aquele bem, de dívidas fiscais e previdenciárias de relevo, em nome da anterior proprietária do terreno, a empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda., viu-se na contingência de questionar os réus sobre o que estava ocorrendo, alertando-os de que somente faria o pagamento da última parcela de R\$ 20.000,00 em concomitância com o ato dos vendedores de outorgar-lhe a escritura pública de compra e venda definitiva. Entretanto, não logrou êxito em tal investida. Aumentada a desconfiança, dirigiu-se ao Cartório do Registro de Imóveis, lá obtendo a informação de que os réus não haviam podido registrar a escritura pública de compra e venda do imóvel, à míngua da apresentação das competentes certidões fiscais negativas.

Diante de tal situação e prevenido a perda do bem em face da evicção, não teve dúvida em ingressar contra os réus com a devida interpelação judicial cumulada com protesto contra alienação de bens, em que ensanchou prazo aos requeridos para que providenciassem a regularização do registro imobiliário do bem em questão.

Aduziu que os acionados contra-interpelaram-no, alegando inexigibilidade da apresentação do registro da escritura, porque o interpelante sequer havia honrado o contrato, posto não houvera pago a última parcela de dívida. Assim – alegou o autor –, interpelados na forma da lei, os réus não deram conta da facção do registro que lhes permitiria transmitir, validamente, à compradora o bem por esta adquirido.

Deixou claro que a empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda., anterior proprietária do terreno e em nome de quem o imóvel ainda encontra-se registrado, é o grande entrave ao desenvolvimento da avença contratual entre eles (litigantes), porquanto devedora da previdência oficial e do Fisco federal. Por essas razões, asseverou a autora que o negócio jurídico entabulado com os requeridos não tem como evoluir, em face do evidente e intransponível obstáculo constituído pela impossibilidade de os aqui acionados registrarem a escritura que têm em mãos. Assim, havendo flagrante obstáculo à consecução da avença particular contratada, disse haver perdido o interesse na compra do imóvel, restando-lhe o caminho judicial da rescisão contratual.

A esses argumentos acrescentou o de que a área do imóvel negociado, para completar o imbróglio, não tem as dimensões declinadas no contrato particular de compra e venda, apresentando uma área física menor.

Ao encerrar tal narrativa, requereu a citação dos réus e a procedência da demanda, com a consequente rescisão do contrato e a condenação dos requeridos na devolução das parcelas recebidas e no pa-

gamento dos gastos realizados no imóvel, tudo sob o conforto da imprescindível correção monetária.

Requeru mais: a condenação dos acionados em perdas e danos a serem apurados em liquidação de sentença, mais os encargos próprios da sucumbência, assim como a concessão de liminar para depósito urgente, em segurança, da parcela corrigida de R\$ 27.725,26, em conta de poupança vinculada ao Juízo, no escopo de comprovar e consolidar o compromisso contratual, com vistas à prevenção contra os eventuais riscos da mora.

Valorou a causa em R\$ 162.000,00; juntou procuração e documentos (fls. 13/57).

Citados (fls. 21/23), os réus contestaram, suscitando, preliminarmente, a inépcia da petição inicial, ao argumento de que ação rescisória de contrato e medida cautelar de depósito em segurança são impossíveis, e que da narração dos fatos contidos na inicial não decorre logicamente o pedido.

Alegaram, ainda, que, se não bastassem tais defeitos, o depósito realizado, de qualquer modo, não contou com ordem promanada do Juízo. Por isso, ao final, requereram a denunciação da lide à empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda., na pessoa de seu representante legal, em nome de quem o imóvel litigioso ainda encontra-se registrado.

No mérito, disseram não estar obrigados a transferir o domínio do imóvel à autora, por não ter ela cumprido sua parte na avença, que se resume na obrigação de quitar inteiramente a dívida para, só então, exigir a

escritura definitiva do terreno. Para além de tais asserções, declararam que a autora, quando realizou o negócio, tinha inteira ciência de que a empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda. atravessava dificuldades econômico-financeiras, tanto que estava em estado de concordata. Assim, não pode alegar falta de anterior conhecimento de que a transferência definitiva do imóvel para o nome dos compradores, ora acionados, esbarcaria em alguns obstáculos, porquanto dependente da apresentação de certidões fiscais negativas, em nome da Rodosul. Entretanto, esses percalços estão longe de representar negativa da outorga da escritura pública almejada pela autora. Ademais, não estarão obrigados à outorga reclamada enquanto a empresa Scherer não quitar a última parcela do preço da venda, conforme exigência contratual. Por essas razões, requereram a im procedência dos pedidos e a condenação da requerente nos encargos sucumbenciais, requerendo, ainda, a produção de provas, juntando os documentos de fl. 74 *usque* 79.

Houve réplica (fls. 81/93).

Frustrada a audiência conciliatória (fl. 98), citou-se a empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda., com a aquiescência da autora, suspendendo-se o curso do processo.

A denunciada permitiu o escoamento do prazo para a resposta, sem manifestar-se, nos termos da certidão de fl. 111.

A demandante informou, por petição, haver sido cientificada de que o imóvel, objeto do contrato, foi penhorado nos autos da Execução Fiscal n. 95.7000329-4, em curso na Vara

da Justiça Federal, em Joaçaba. Para comprovação disso juntou a certidão de fl. 116 e o despacho judicial de fl. 117, requerendo que, à vista das circunstâncias, a lide fosse julgada antecipadamente.

O MM. Juiz de Direito diligenciou no Juízo da Justiça Federal, pedindo as informações que lhe foram prestadas por meio do ofício n. 089/97-DFJOA (fl. 125), dando-lhe conta da penhora do imóvel objeto desta ação, em vários processos de execução movidos pelo INSS e pela Fazenda Nacional, com leilão já aprazado, visto que a empresa Rodosul não opusera embargos nas referenciadas execuções fiscais. Entretanto, informou também o Juiz Federal que Diomar Domingos Serpa Frares e Uilson César Marchetti haviam oposto embargos de terceiros.

Dessas informações o Dr. Juiz de Direito deu ciência às partes.

Pouco adiante a autora retornou aos autos, juntando cópia da decisão do Juiz Federal da Vara Única da Circunscrição Judiciária de Joaçaba (fls. 128/132) que anulava o ato jurídico de compra e venda realizado entre a Rodosul, Diomar Frares e Uilson Marchetti, nos autos dos Embargos de Terceiros n. 97.7000466-9 de que são autores os ora réus. Estes falaram acerca daqueles documentos (fls. 140/141), adunando outros documentos, os de fls. 142 a 144, a respeito dos quais a autora manifestou-se às fls. 145/146.

O Togado antecipou o julgamento da lide, arredando as preliminares suscitadas e julgando procedente, em parte, o pedido, declarando rescindido o contrato de fl. 15 e con-

denando os réus à devolução das parcelas recebidas, corrigidas monetariamente a partir do efetivo desembolso, e ao ressarcimento das importâncias gastas, de qualquer modo, com a preparação do imóvel, mais juros de mora, a contar da citação (25/10/95) e ao pagamento das despesas processuais, sem esquecer da verba honorária advocatícia, que fixou em 15% do valor da condenação.

Julgou precedente, ainda, a denunciação da lide à empresa Rodosul – Transportes de Cargas Ltda., reconhecendo o direito dos evictos ao resgate do preço pago pela coisa evicta e responsabilizando o evictor por eventual pedido de indenização que lhe pedirem os ora réus.

Inconformados, com o desfecho da ação, Diomar D. S. Frares e Uilson C. Marchetti apelam, suscitando, desde logo, a inépcia da inicial, por conta da impossibilidade de cumulação de medida cautelar atípica de consignação em segurança com ação de indenização de perdas e danos, dada a visível incompatibilidade dos rituais próprios de uma e de outra ação, pois, se a cautelar é de procedimento especial, nos termos do art. 890 e seguintes do CPC, a ação de rescisão de contrato de compra e venda segue o rito ordinário, inconciliáveis, portanto, nos termos do art. 292, § 1º, inciso III, do CPC. Destarte, concluem que o autor jamais poderia ajuizar ação condutora de pedidos que reclamam procedimentos específicos e diversos. Por isso, insistem na declaração de inépcia da inicial, com a extinção do processo sem julgamento do mérito, devendo a apelada responder pelas custas do processo e pelos honorários advocatícios. Mas não fica

nisso a insurgência, pois pretendem os apelantes ver reformada a sentença porque o Dr. Juiz validou depósito realizado sem precedente ordem judicial.

Realçam que a apelada fez depósito no valor de R\$ 27.725,26, alegando tratar-se de conta vinculada ao Juízo de Direito da 1ª Vara da comarca de Joaçaba, porém dos autos não consta qualquer despacho autorizando o depósito. Assim, a apelada continua inadimplente, não havendo razão para considerar quitada a última parcela, vencida em 19/4/95. Em face disso, o fundamento da sentença só poderia vir a ser aceito, se o depósito tivesse sido feito por meio de ação de consignação em pagamento, em atenção ao art. 890 e seguintes do CPC.

Destacam que a única forma de elisão da mora do recorrido, pelo atraso no pagamento da parcela vencida em 19/4/95, é pagar diretamente ao credor ou por consignatória. Por isso, uma vez não observada a formalidade legal, a apelada não tem por que exigir dos apelantes o implemento da obrigação. Destarte, também em razão disso pretendem a reforma da sentença para decretação da nulidade do depósito realizado pelo autor da ação.

Seguindo em suas considerações, os apelantes atacam a sentença pelo seu mérito, entendendo deva ela ser inteiramente reformada para julgar-se improcedente a ação.

Anotam que o contrato particular de compra e venda do imóvel prevê que a escritura definitiva do imóvel somente será passada à apelada, quando esta honrar os termos das cláusula 5ª (fl. 15). Entretanto, ainda que não houvesse dado cabo à sua obrigação, a

apelada, em 1º de setembro de 1998, promoveu interpelação e protesto judiciais contra os apelantes (fls. 23/26), ao que responderam com contra-interpelação e contraprotesto judiciais (fls. 48/51), por meio do que provaram, satisfatoriamente, o inadimplemento da apelada.

Entendem que a sentença equivoca-se ao dar razão à autora, já que nada comprova que os apelantes não tenham como obter o registro imobiliário do terreno e, a seguir, transferi-lo aos recorridos. E dizem isso ao tempo em que noticiam a pendência, na Justiça Federal, de embargos de terceiros que aforaram naquela unidade judiciária. Daí afirmarem que, tão logo vençam a contenda na Justiça Federal, liberarão o imóvel em favor da apelada. Além do mais, acrescentam que a recorrida não pode alegar surpresa com a situação relatada, pois, ao entabular o contrato com os apelantes, sabiam da má situação da empresa Rodosul. Assim, o risco assumido por uma das partes era o risco assumido pela outra.

Dizem grandemente equivocada a sentença ao considerar evicta a coisa, pois a apelada sempre teve e ainda tem a posse do imóvel, sem a menor moléstia.

Insurgem-se, ainda, contra a sentença, na parte em que se olvida de condenar a autora, recíproca e proporcionalmente, nos ônus da sucumbência, sustentando que a causa foi valorada em R\$ 162.000,00, mas a sentença deixou de acatar o terceiro item da postulação, relativo a perdas e danos, no importe de R\$ 30.809,65; importância essa que não pode ser vista como sucumbência mínima.

Em razão do exposto, requerem o provimento do apelo para reforma da sentença e a decretação da improcedência dos pedidos, com a inversão dos ônus da sucumbência, ou o reconhecimento da sucumbência parcial.

Scherer S.A. – Comércio de Autopeças contra-arrazoou o apelo, refutando a preliminar de inépcia da inicial. De outro lado, rejeitou a alegação da inexistência de depósito, dada a falta de despacho judicial no sentido.

No mérito, destacou que a intenção dos réus é apenas procrastinar o feito, em face do que pede seja-lhes aplicada a pena de litigância de má-fé, desprovendo-se o apelo, ao argumento central de que está comprovada a evicção que autoriza a rescisão contratual e consectários.

Rejeitou a pretensão dos apelantes, na parte em que afirmam que a autora é também responsável pelas custas e pelos honorários advocatícios, porque teria decaído de parte substancial do pedido.

Ao discrepar de tal entendimento a autora destaca que, em face do valor do pedido, evidenciou-se sua queda mínima. Daí insistir em que se puna os apelantes com as penas da litigância de má-fé. De outra parte, proclama que o percentual dos honorários deveria ser de 20% do valor da ação e não de 15% do valor da condenação.

Scherer S.A. – Comércio de Autopeças apelou adesivamente, pretendendo a aplicação aos réus das penas da litigância de má-fé, correção monetária pelos índices da caderneta de poupança, a partir do efetivo pagamento até o desembolso, nos termos

do item I da letra c do requerimento de fl. 10, conforme cláusula 2ª do contrato.

Os honorários, quer que sejam alterados para 20%.

Diomar Frares e Uilson Marchetti contra-arrazoaram o recurso adesivo, repelindo o pedido da autora para aplicação das penas da litigância de má-fé e reiterando os precedentes termos das contestações.

É o relatório.

II — Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto por Diomar Domingos Serpa Frares e por Uilson César Marchetti contra sentença que julgou procedente, em parte, os pedidos formulados na ação ordinária de rescisão contratual e seus cumulos, proposta por Scherer S.A. contra os apelantes, rescindindo contrato particular de compra e venda de bem imóvel e condenando os recorrentes à devolução das parcelas pagas, corrigidas a partir do desembolso, e ao ressarcimento dos valores despendidos ou relacionados com o imóvel transacionado, mais juros, desde a citação, e despesas processuais, além dos honorários advocatícios.

É também recurso adesivo interposto, a tempo e modo, por Scherer S.A. – Comércio de Autopeças.

1. Do recurso de apelação dos réus

O apelo dos réus é adequado, tempestivo e conta com o indispensável preparo, apto, portanto, ao conhecimento desta Câmara.

a) Da inépcia da inicial

Os apelantes insistem em que a petição inicial, deflagrada desta

ação, padece de inépcia que a torna inadequada ao fim a que foi aforada, consubstanciando o defeito na pretensão da autora de conquistar a rescisão de contrato particular de compra e venda de imóvel urbano, em ação ordinária, que cumula, impropriamente, com cautelar atípica de consignação em segurança. Ademais, o depósito da parcela atrasada da dívida teria sido feito sem ordem judicial, não refletindo, pois, na dirimência da questão central deste litígio, de sorte a que o depositante, ante a forma ilegal com que realizou o depósito, continua a ser visto como inadimplente, em face das obrigações assumidas no contrato de compra e venda. Ora, a menos que muito me engane, quero crer que a insurgência dos apelantes não tem sentido. É que me afigura admissível, em sede de ação de rescisão de contrato, como na de revisão, a promoção do depósito, em consignação incidente, desprezando-se o rito especial da ação de consignação em pagamento, desde que verificada a unidade de competência e observado o procedimento ordinário, nos termos do engastado no corpo do artigo 292 do CPC. É que, em nome da celeridade das demandas judiciais, não se pode pretender dar maior saliência processual ao incidente de caráter meramente acessório ou secundário do que ao pedido principal, conduzido pela ação de rito ordinário. Daí a permissão de cumulatividade. Aliás, “o pedido de depósito incidente tem caráter acessório e secundário. Será pelo julgamento do pedido principal, cumulado ao de depósito, que se definirá a sorte e a eficácia da consignação. Rejeitado o primeiro, não tem condições de subsistir o depósito por

si só” (AI n. 1997.010063-9, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 9/10/97).

O doutor Juiz de Direito, ao sentenciar o feito, admitiu a cumulação, ou seja, resolveu o destino e a eficácia do depósito em segurança, antes de ingressar no mérito da questão central, sustentando que “o instituto da cumulação de ações, no sistema processual vigente dispensando a ocorrência de conexão, funda-se no princípio da economia e tem o indifereçável propósito de impedir a proliferação de processos” (sentença, fl. 150). Ora, na hipótese em exame, a única intenção da autora, ao ajuizar a ação ordinária cumulado com o pedido de depósito em segurança, era elidir, provisoriamente, a mora que a poderia impedir de postular a rescisão do contrato por descumprimento da avença a cargo da outra parte contratante. Não tencionava ela exigir o cumprimento do contrato e, pois, não era escopo seu controverter sobre o preço do bem ou valor da prestação restante por ela retida. Sua pretensão, inforsmável, desde o início da contenda, era, apenas e tão-somente, rescindir o contrato particular de compra e venda por haver percebido que o negócio jamais se consumaria, mormente porque o imóvel, objeto da transação, está penhorado nos autos de várias ações de execução fiscal, tendo o Dr. Alcides Vettorazzi, digno Juiz Federal da Seção Judiciária de Santa Catarina, Vara Única de Joaçaba, proferido sentença, em que declara, incidentalmente, a ineficácia, em relação ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), da transação expressa no contrato de compra e venda (fls. 24/28), firmado entre a promiten-

te-vendedora Rodosul Transportes de Cargas Ltda. e os promitentes-compradores Diomar Domingos Serpa e Waldemar de Carli Quioca, tendo por objeto o imóvel matriculado sob n. 14.161, livro 2, do Registro Geral do 1º Ofício do Registro de Imóveis da comarca de Joaçaba/SC, por entender ofendido o art. 185 do Código Tributário Nacional e configurada fraude à execução.

Como bem se pode inferir dos autos, não há nenhuma dúvida de que o bem constritado em processos do INSS é aquele adquirido pela apelada Scherer S.A. – Comércio de Autopeças, estando prestes a consolidar-se a evicção de que fala o Dr. Juiz de Direito na sentença increpada. Assim, é indisfarçável que o ataque realizado, pela apelada, ao contrato entabulado com os apelantes, tem por único objetivo o de pôr cobro ao pacto particular escrito, por considerá-lo temerário e, por assim dizer, impossível. Sendo essa a pretensão da autora apelada, acentua-se mais a importância apenas secundária do depósito em segurança, reiteradamente impugnado pelos réus, mormente porque a autora não quer pagar a última parcela para compelir os promitentes-vendedores a cumprirem a avença; mas garantir a integralização do preço de aquisição do bem, evitando, com isso, que os promitentes-vendedores a acusassem — como efetivamente o fizeram — de inadimplente, porque a ela toca, na avença contratual, a precedência no cumprimento da obrigação, que é pagar, para só então ficar em condições de exigir o cumprimento da obrigação dos réus de escriturar a venda.

Estranham os apelantes a ausência de ordem judicial de depósito,

entendendo que, por essa via, a apelada seguiria sendo inadimplente da última prestação relativa ao preço total do imóvel e se quedaria na condição de impotência quanto a exigir a escrituração do bem. Ora, a mim não estranha que o Juiz possa reservar sua decisão sobre o depósito em segurança, já realizado de fato pela parte, para o momento do julgamento do pedido principal, sem que isso implique irregularidade que possa pôr a perder todo o processo. E foi o que fez o Magistrado, ao sentenciar, aceitando o depósito, mas, ao mesmo tempo, declarando rescindido o contrato, ante a existência de evicção a impedir a evolução contratual. Ademais, em face do contexto processual, sequer se fazia necessário o depósito da última parcela referente ao preço do imóvel, já que tipificada está a impossibilidade da venda, a justificar a retenção da última parcela da dívida, em face da evicção anunciada, a permitir que o promitente-comprador desfaça a avença, tomando de volta o preço pago e eventuais prejuízos, e gastos tidos em razão da malfadada transação imobiliária.

Nesse passo, prestadio é invocar precedente histórico do Supremo Tribunal Federal, no seguinte sentido:

“Ação de rescisão contratual, por inadimplência de obrigação. Inteligência do art. 1.092 do Código Civil. Dissídio jurisprudencial demonstrado. Aplicação da Súmula 456. Não é de se exigir que os autores cumpram integralmente a sua prestação quando se apresenta evidente a dificuldade, ou impossibilidade, em que se acham os réus de satisfazer a sua parte no contrato. No caso não era de se exigir o depósito inicial de quantia a devolver,

como condição da ação de conhecimento para resolução do contrato. Recurso extraordinário provido, para restabelecer a sentença de primeira instância, que julgou procedente a ação” (Recurso Extraordinário n. 88.700/GO, rel. Min. Djaci Falcão, j. em 13/3/1979 – Segunda Turma, *in* DJU, 19/4/1979, pág. 3.066).

Com esses argumentos afastado a preliminar de inépcia da inicial, ao tempo em que também arredo o pretenso defeito processual com fundamento na ausência de depósito sem ordem judicial, porquanto nem mesmo se fazia preciso o aludido depósito, não tendo sentido tomá-lo como condição da ação de conhecimento.

b) Do mérito do recurso de apelação dos réus

No tocante ao mérito da contenda judicial travada, penso que está correta a decisão declaratória da rescisão contratual, mormente porque, bem salientou seu ilustre prolator, entre os requisitos objetivos dos contratos está a licitude do objeto jurídico e a possibilidade, física e jurídica, desse mesmo objeto. Portanto, não pode o objeto da contratação “ser contrário à lei, à moral, aos princípios de ordem pública e aos bons costumes e sua possibilidade física ou jurídica significa a disposição do objeto e sua possibilidade frente ao direito, ratificado por Washington de Barros Monteiro, onde:

“...em primeiro lugar, tem de ser possível, mesmo porque *impossibilium nulla est obligatio*. A possibilidade pode ser física ou legal. É física, também chamada material, quando o contrato objetiva prestação que jamais poderá ser obtida ou realizada, por

contrariar as leis da natureza (por exemplo, trazer o oceano até São Paulo), ultrapassar as forças humanas (por exemplo, o empreendimento de viagem até o centro da terra), ou ser irreal sua existência (exemplo de Belime: prometo-lhe um centauro para a sua coleção de história natural).

“Ocorrerá impossibilidade legal ou jurídica, sempre que a estipulação se refira a objeto proscrito ou condenado pelo direito” (sentença, fl. 153).

Sucede que o imóvel em questão foi adquirido pelos réus apelantes, por escritura pública de compra e venda, da empresa Rodosul Transportes de Cargas Ltda., pessoa jurídica de direito privado em estado de concordata, contra a qual tramitam, na Vara Única da Justiça Federal, na Circunscrição de Joaçaba, cerca de seis execuções fiscais, no seio das quais lavrou-se penhora do bem em comento. Por isso mesmo, a transmissão do imóvel urbano, com área de 4.442 metros quadrados, descrita na peça pórtica, não pode ser feita aos compradores Diomar Frares e Uilson Marchetti, pois a Rodosul, devedora do ente autárquico previdenciário e do Fisco federal, não logrou conquistar as competentes certidões negativas, indispensáveis ao registro da escritura pública e compra e venda do imóvel. Pior do que isso: a Rodosul teve essa venda imobiliária tornada ineficaz por sentença do Juiz Federal já referenciado, em face da constatação de que fora feita em fraude à execução. Ora, se os apelantes Diomar Frares e Uilson Marchetti não sobraçam condições de cumprir a obrigação convencional, porque frustradas as suas pretensões de registro da escritura pública de compra e venda do bem em

seus nomes, ante a pendência de ações fiscais envolvendo o imóvel adquirido da empresa concordatária Rodosul, não podem querer que a apelada Scherer S.A. – Comércio de Autopeças cumpra a sua. É que, uma vez que a prestação de uma das partes se torna duvidosa, não está a outra parte obrigada a cumprir a sua. Por isso mesmo desfaz-se o contrato, repondo-se as coisas na situação anterior, observadas as conseqüências jurídicas de tal solução.

Indispensável é chamar a contento, neste passo, o próprio artigo 1.092 do Código Civil, que trata dos contratos bilaterais e está assim vazado:

“Art. 1.092. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro.

“Se, depois de concluído o contrato sobrevier a uma das partes contratantes diminuição em seu patrimônio, capaz de comprometer ou tornar duvidosa a prestação pela qual se obrigou, pode a parte, a quem incumbe fazer prestação em primeiro lugar, recusar-se a esta, até que a outra satisfaça a que lhe compete ou dê garantia bastante de satisfazê-la”.

No caso sob comentário não se cuida, tão-só, de diminuição do patrimônio dos réus, a ensejar a desconfiança dos autores de que a prestação poderá vir a não se realizar, quando estará, então, autorizada a recusar-se ao pagamento das parcelas em dinheiro previstas no negócio. Trata-se da perda da coisa objeto da transação que, penhorada em execução fiscal e com praça marcada, foi alienada, pela Rodosul, aos réus desta ação, em frau-

de à execução, ensejando isso a declaração, por sentença, da ineficácia da venda, pelo Juiz Federal, nos autos de embargos de terceiros propostos pelos ora apelantes.

Penso que a apelada tem todos os motivos para crer que sua aquisição imobiliária em nada resultará, pois os fatos autorizam-na a concluir pela frustração do negócio, dada a impossibilidade dos promitentes-vendedores de cumprir o avençado. Em face disso, não me afigura razoável exigir que a promitente-compradora deva ser obrigada a aguardar, nos termos do artigo supracitado, a contraprestação dos apelantes, já que, ao que tudo indica, não terão eles como fazê-la. E tanto é assim que o Juiz de Direito, ao proferir a sentença, impressionou-se de forma tal que tratou a questão sob o enfoque da evicção e desfez o contrato.

Assentado em tais argumentos, estou confirmando, no mérito, a sentença investivada.

c) Da sucumbência recíproca

A insurgência dos réus não se circunscreve apenas ao que já se examinou. Querem eles que se considere reciprocamente vencidas as partes engolfadas no litígio, porque tenha a autora pedido a devolução das parcelas pagas, no importe de R\$ 129.426,67, mais despesas com o imóvel, no valor de R\$ 1.763,68, e perdas e danos, no montante de R\$ 30.809,65. Como venceu a contenda, no que pertine aos dois primeiros itens e perdeu-a em relação ao último, não se pode dizer que se trata de sucumbência mínima.

Aqui, parecem-me com razão os réus apelantes, pois “há sucumbência recíproca quando uma das par-

tes não obteve tudo o que o processo poderia lhe proporcionar. Se o autor pediu 100 e obteve 80, sucumbiu em 20, ao mesmo tempo em que o réu sucumbiu em 80. Quando a parte sucumbiu em parte mínima do pedido, não se caracteriza a sucumbência recíproca. A sucumbência recíproca autoriza a interposição de recurso pela via adesiva" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, 5ª edição revista e ampliada, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 419).

Na hipótese dos autos, a autora atribuiu à causa o valor da condenação perseguida, ou seja, R\$ 162.000,00, vindo a ter sucesso na demanda pela importância de R\$ 131.190,35, deixando de abiscoitar importância da ordem de R\$ 30.809,68, o que, efetivamente, não corresponde à sucumbência mínima que autoriza o juiz a atribuir aos réus todo o encargo correspondente à sucumbência.

Destarte, "...sendo recíproca a sucumbência, isto é, se cada uma das partes houver decaído de parte de seus respectivos pedidos, respondem elas na proporção do que ficaram vencidas" (REsp n. 174.360-0/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 13/11/2001).

Ainda:

"Cada parte deve suportar a verba advocatícia na proporção de sua derrota, bem como recebê-la na medida de sua vitória" (REsp n. 13.526/SP, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJU de 18/11/91, pág. 16.520).

Em razão do exposto, dou parcial provimento ao apelo dos réus, para reconhecer a ocorrência da sucumbência recíproca e condenar, em consequência, autora e réus, ao pagamento das verbas honorárias de seus procuradores, que fixo em 15% dos valores das suas respectivas derrotas.

2. Do apelo adesivo da autora

Pretende a autora a aplicação das penas da litigância de má-fé aos réus, bem como almeja que a correção monetária seja aplicada na forma do previsto na cláusula segunda do contrato de compra e venda de fl. 25.

Quer, ainda, que os honorários em que foram condenados os requeridos sejam elevados para 20% do valor corrigido da ação.

a) Da litigância de má-fé

É cediço que, "para a configuração da lide temerária do art. 17 do CPC, é necessária a presença concomitante dos elementos objetivo e subjetivo: o primeiro deles está no dano processual, demonstrado pelo prejuízo efetivo causado à parte contrária com a conduta injurídica desfechada pelo litigante de má-fé; já o elemento subjetivo é verificado no dolo e na culpa grave da parte cavilosa, cuja prova deve ser produzida nos autos e não restar presumida por meio de adinículos" (Ap. Cív. n. 2001.019890-8, de São José, deste Relator, j. 22/8/02).

Não vislumbro a presença de tais elementos na atitude dos réus, de reagirem à intenção da autora de desfazer o contrato de compra e venda, até porque acreditam que podem vencer as situações enfrentadas nos embargos de terceiros que interpuseram na Justiça Federal e dar, futuramente, consequência jurídica ao contrato fir-

mado com a autora. Em face disso, não há falar em litigância de má-fé.

b) Da correção monetária

O doutor Juiz de Direito fixou correção monetária a partir do desembolso e a apelante adesiva pretende seja ela fixada pelos índices oficiais da caderneta de poupança.

Não tem razão a apelante, porquanto se saiba que “o *quantum* da indenização deve ser atualizado de acordo com os índices oficiais da correção monetária – os quais também serviram de parâmetro para formulação da tabela sugerida pela Corregedoria-Geral da Justiça...” (Ap. Cív. n. 1999.012045-7, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto, j. 4/10/01). De sorte que a sentença increpada há de ser mantida nesta parte, porque fixa o *dies a quo* da correção a partir do desembolso, devendo a correção dar-se pelo INPC, intrínseco na sentença recorrida.

c) Dos honorários advocatícios

Entende a autora apelante que a verba remuneratória dos serviços prestados por seu advogado não condiz com o esmero com que se conduziu aquele profissional na causa, em face da natureza da ação proposta e das diligências realizadas na busca da verdade. Entretanto, a mim não parece não tenha o Juiz levado em conta estes aspectos, pois, em verdade, a ação, ainda que acompanhada com o maior zelo pelos advogados das partes, não é daquelas que exijam maiores esforços, senão aqueles próprios

do tipo processual em exame. Ademais, não houve necessidade de perícias e observaram-se os critérios apontados no artigo 20, § 3º, do CPC. Por isso que deve ser mantido o percentual da sentença, relativo a tal verba, ali fixada em 15% do valor da condenação, porque, “demonstrando o advogado da parte zelo e eficiência, com atendimento a prazos e argumentação jurídica escorreita, é impositivo se reconheça o mérito da atuação do profissional e se o remunere condignamente, a fim de evitar a depreciação do *munus*” (Ap. Cív. n. 1998.009586-7, de Brusque, rel. Des. Eder Graf, j. 17/8/99).

Diante do exposto, dou provimento parcial ao recurso de apelação dos réus, tão-somente para reconhecer a sucumbência recíproca, e nego provimento ao recurso adesivo da autora.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, deram provimento parcial ao recurso dos réus e negaram provimento ao apelo adesivo da autora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 17 de outubro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010996-2, DE CRICIÚMA**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

Civil — Família — Separação judicial consensual — Dificuldade extraordinária e inexigível do comparecimento pessoal de um dos cônjuges à audiência de ratificação do pedido, por encontrar-se residindo e trabalhando no exterior — Representação por meio de mandatário constituído especialmente para o fim — Admissibilidade — Orientação principiológica — Petição inicial indeferida — Condições de procedibilidade presentes — Recurso provido para anular a sentença.

A circunstância de um dos cônjuges encontrar-se residindo e trabalhando no exterior caracteriza dificuldade extraordinária e inexigível de seu comparecimento pessoal à audiência de ratificação do pedido de separação judicial consensual. Nesses casos, à luz dos princípios gerais de direito, mormente o de que ninguém está obrigado ao impossível (ad impossibilia nemo tenetur), a petição inicial deve ser subscrita diretamente por ambos os cônjuges, com as firmas reconhecidas por quem de direito, e o separando ausente far-se-á representar por mandatário, com poderes especialíssimos para atuar em todos os atos e termos do procedimento de separação por mútuo consentimento. Daí ser nula a sentença indeferitória da exordial e extintiva do processo, à mingua da possibilidade jurídica do pedido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010996-2, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção, Família, Infância e Juventude), em que são apelantes V. J. Z., representado por M. O. Z. e F. M. Z.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Criciúma, V. J. Z., representado por M. O. Z. e F. M. Z. ajuizaram ação de separação consensual, com fundamento no art. 4º

da Lei n. 6.515/77, dizendo que são casados pelo regime de comunhão parcial de bens desde 15/3/85, de cuja união nasceram duas filhas, com 8 e 14 anos de idade, as quais ficarão sob a guarda da mãe, assumindo o pai, em contrapartida, a obrigação de pagar pensão alimentícia, no valor equivalente a US\$ 350,00 (trezentos e cinquenta dólares norte-americanos), que será depositado até o dia 15 de cada mês na conta corrente da guardiã.

Afirmaram que, durante a constância do casamento, amealharam os seguintes bens: uma casa urbana mista, localizada no município de Urussanga/SC, e um veículo GM/Che-

vette SL, ano 1987, os quais ficarão integralmente para a mulher; e que, além disso, as dívidas contraídas pelo casal, totalizando R\$ 30.000,00 (trinta mil reais), ficarão sob a responsabilidade exclusiva do cônjuge varão.

Asseveram ainda que, embora a vida em comum tenha-se tornado impossível há quase dois anos, quando então se separaram de fato, entraram em acordo sobre todos os aspectos da separação consensual do casal, razão por que requereram a homologação judicial dos termos entabulados, com a expedição dos ofícios aos órgãos públicos competentes.

Juntaram documentos (fls. 6/15).

Com vista dos autos, a representante do Ministério Público de primeiro grau foi pela homologação da separação consensual na forma requerida, entendendo preenchidos os requisitos legais.

Sentenciando, a Dra. Juíza de Direito indeferiu a petição inicial, com base nos arts. 267, I, e 295, I, do CPC, sob o fundamento de que não haveria possibilidade jurídica do pedido, porquanto, em ação de separação consensual, cujo procedimento está disciplinado nos arts. 1.120 a 1.124 do CPC, seria necessário o comparecimento pessoal de ambos os cônjuges perante a autoridade judiciária em audiência de ratificação do pedido inicial, inadmitida qualquer forma de representação ou delegação, de acordo com a jurisprudência majoritária e a doutrina de escol.

Irresignados, os requerentes interpuseram recurso de apelação, reiterando todos os fatos descritos na exordial, sobretudo a impossibilidade

de reconciliação do casal, até mesmo porque o cônjuge varão já está residindo nos Estados Unidos da América, fato que os levou a pretender regularizar judicialmente o estado civil de ambos, a fim de que possam dar continuidade às suas vidas. Ressaltaram que, em razão da impossibilidade material de comparecimento do recorrente à audiência de ratificação, principalmente diante dos elevados custos das viagens internacionais, a irmã do recorrente foi constituída procuradora do varão com o fim específico de levar a termo a separação consensual, com o que assentiu a digna Promotora de Justiça que oficiou no feito.

Por fim, trazendo à colação decisão do Tribunal de Justiça de Minas Gerais, argumentaram que o não-comparecimento do cônjuge varão, por impossibilidade material, à audiência preliminar de conciliação, na ação de separação consensual, não pode acarretar a extinção do processo sem julgamento do mérito, uma vez que não haveria previsão legal que o permitisse, pelo que deveria o juiz dar continuidade ao feito, possibilitando a produção de provas e designando audiência de ratificação do pedido, facultado à parte comparecer por intermédio de procurador munido de poderes específicos, consoante a melhor interpretação do art. 201 do Código Civil.

O órgão do *Parquet a quo* deixou de se manifestar, com fulcro no Ato n. 178/2001 da PGJ/CGMP, e os autos ascenderam a esta instância, tendo sido deferido aos apelantes o benefício da assistência judiciária gratuita pelo eminente Desembargador Alberto Costa, 1º Vice-Presidente, em virtude da não-apreciação do pedido

de fl. 5 no Juízo de primeiro grau (fls. 32/33).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso.

À fl. 41 determinou-se o retorno dos autos à Comarca de origem, a fim de que fosse cumprida a disposição legal peremptória a que se refere o art. 296 do CPC. Em juízo de retratação, a autoridade judiciária de primeiro grau manteve, na íntegra, a sentença increpada.

É o relatório.

II — Voto

O apelo é adequado, tempestivo e dispensa preparo, merecendo ser conhecido e provido.

Entendem os apelantes que a sentença que extinguiu o processo, com fulcro no art. 267, I, do CPC, não tem por que subsistir, visto que o casal encontra-se separado de fato há cerca de dois anos, não havendo a menor possibilidade de arrependimento, no sentido da preservação da sociedade conjugal, mesmo porque o varão sequer reside no Brasil, havendo-se mudado para os Estados Unidos da América do Norte, onde trabalha e tenta refazer sua vida, enquanto a virago trata de refazer, aqui, a sua.

Realçam que o que mais almejam é ver regularizadas suas vidas, convertendo em separação judicial o que hoje é mera separação de fato. Essa regularização, ao que entendem, poderá ser feita sem a presença física do varão na audiência de conciliação, ante a inquestionável existência de motivo de força maior a justificá-la, desde que, evidentemente, esteja — como efetivamente está —

representado por procurador com poderes especiais para estar em juízo e nele praticar todos os atos indispensáveis à solução do desate conjugal consensual pretendido.

Destacam que a procuradora judicial do varão é irmã deste (procuração de fl. 19) e a ela o separando outorgou poderes para comparecer a toda e qualquer audiência que diga respeito ao processo de separação, e, em seu nome, ratificar a intenção, já manifestada na petição inicial, de ver dissolvida a sociedade conjugal com F. M. Z., iniciada em 15 de março de 1985.

Assinalam que a petição inicial foi assinada por ambos os cônjuges e estas assinaturas estão devidamente reconhecidas por quem de direito.

Proclamam que no texto de referenciada petição cuidam da separação, em si, da partilha dos bens do casal, da guarda dos filhos menores, da pensão alimentícia mensal devida a estes, bem como do direito de visitas do varão, nada mais restando a ser tratado. Entretanto, em vez de obterem a pronta homologação do Juízo, foram surpreendidos por sentença indeferitória da petição inicial e extintiva do processo, à mingua de possibilidade jurídica do pedido. Todavia, entendem que a ação tinha condições de procedibilidade, a teor do artigo 201 do Código Civil, permissivo do casamento por procuração, desde que do instrumento de mandato conste expressamente a outorga de poderes especiais ao mandatário para receber, em nome do outorgante, o outro nubente.

Invocam precedente jurisprudencial admitindo o uso analógico do

artigo 201 do Código Civil para dissolver, por mútuo consentimento e por procuração, a sociedade conjugal, e requerem, finalmente, o provimento do apelo com vistas à reforma da sentença increpada, com a conseqüente homologação do acordo de separação proposto.

Vejo com razão os apelantes. É que, em circunstâncias excepcionais, ainda que se exija exame da questão *cum grano salis*, a jurisprudência tem admitido que o juiz homologue o acordo de separação, quando um dos cônjuges demonstre sua impossibilidade de comparecer, pessoalmente, à audiência conciliatória, por estar ausente do país, mas desde que tenha outorgado poderes especialíssimos ao mandatário para representá-lo em todos os atos ou termos do processo de separação judicial consensual. E isto se dá, não por analogia com o artigo 201 do Código Civil, permissivo da realização de casamento por procuração, mas pela comprovação de uma razão fática que torna excepcional a situação do cônjuge separando ausente.

Claro que o procedimento previsto nos artigos 1.120 a 1.124 do CPC determina que os cônjuges assinem a petição inicial e compareçam, ambos, pessoalmente, à presença do juiz da causa; entretanto, nem por isso se haverá de concluir que situações como a dos autos não encontrem remédio melhor do que este que lhe aplicou a doutora Juíza de Direito, indeferindo a inicial e extinguindo o processo, até porque a lição do eminente Yussef Said Cahali, com que Sua Excelência fundamenta sua decisão, ainda que retrate, com fidelidade a letra da lei, peca pela generali-

zação ao dizer que “o comparecimento é pessoal dos cônjuges, que não podem se fazer representar por procuradores ainda que com poderes específicos; é de pacífico entendimento, aliás firme da letra da lei, que os cônjuges devem ser ouvidos pessoalmente pelo juiz, inadmitida qualquer forma de representação ou delegação” (Divórcio e Separação, 6ª ed., RT, 1992, pág. 131).

De ordinário, à audiência de conciliação de que trata a norma pertinente deverão comparecer ambos os cônjuges. Suas presenças físicas, em regra, é fundamental, pois o ato existe para propiciar aos separandos a oportunidade de reatarem os laços desmazelados de sua sociedade conjugal. E o titular do direito-dever, aliás indelegável, de presidir a tal ato é a pessoa do Juiz de Direito. A este não interessa, porém, perquirir os motivos ensejadores da separação, senão promover ensanchar a que os litigantes componham amigavelmente, retomando a sociedade em vias de extinção. Assim, evitar a separação é, em tal quadra, o grande escopo da atuação judicial, pois ao juiz a lei confere a missão de grande apaziguador, impondo-lhe a obrigação de ouvir, pessoalmente, os cônjuges desavindos. Destarte, está visto que se trata de regra legal que, como afirmado, deverá ser cumprida pelo Juiz. “Todavia, se a pessoalidade quanto ao juiz constitui exigência irremovível como decorrência implicitamente necessária da autoridade especialíssima que a lei lhe confere, para atuar como bom varão no sentido de que não se dissolva a sociedade conjugal; com respeito aos cônjuges, ao revés, descaberia sustentar-se que o comparecimento pes-

soal esteja implícito na lei, em termos de igual exigência, como condição *sine qua* à consecução do desquite por mútuo consentimento” (RT 431/204).

A hipótese afigura-me um refúgio ao trivial pretoriano, pois a situação sob exame apresenta-se como facto exigente de interpretação que possibilite uma orientação principiológica a permitir que se abrande a norma legal aparentemente exauriente do tema, para lhe dar algum elastério ou até excepcioná-la. Só assim será possível concluir-se que o que parece juridicamente impossível, na verdade não o é, pois há considerar a existência de certos princípios gerais de direito, que formam a base ou são os pilares de todo um sistema jurídico, que não podem passar despercebidos ao aplicador do Direito.

Com a propriedade que lhe é característica, o ilustre jurista Miguel Reale realça que “os princípios gerais de direito não têm função apenas no caso particular de lacunas encontradas na legislação, como ainda se sustenta por anacrônico apego a uma concepção ‘legalista’ do Direito.

“Em verdade, toda a experiência jurídica e, por conseguinte, a legislação que a integra, repousa sobre os princípios gerais de direito, que podem ser considerados os alicerces e as vigas mestras do edifício jurídico.

Consoante advertência de Roscoe Pound, que foi um dos mestres mais lúcidos da jurisprudência norte-americana, o Direito é experiência desenvolvida pela razão e razão provada pela experiência, residindo a sua parte vital nos princípios e não nas regras.

“Assim sendo, é à luz dos princípios que devemos interpretar e aplicar modelos jurídicos, quer estes se ajustem ou não, total ou parcialmente, à relação social sobre cuja juridicidade cabe ao Juiz decidir”.

Pouco adiante arremata que certos brocardos jurídicos “representam diretivas de inegável valor prático, quando empregados com o devido critério” e relaciona uma coletânea de adágios que, a seu sentir, “valem como cristalizações históricas de princípios gerais”, dentre os quais destaca o *ad impossibilia nemo tenetur*, ou seja, ninguém está obrigado ao impossível. Veja-se em *Lições Preliminares de Direitos*, Bushatsky, 1973, págs. 356 e 360.

O aludido princípio é também apontado por Rafael Bielsa, que o vê como um daqueles que, por ser de evidência intuitiva, não figuram, às vezes, em um determinado sistema jurídico, mas nele estão implícitos (*in Metodologia Jurídica*, Argentina, 1971, pág. 81).

A respeito do mesmo princípio diz Pontes de Miranda, em seu majestoso *Tratado de Direito Privado*, 2ª ed., t. II/231, § 172, n. 6, *verbis*: “A dificuldade extraordinária, ou desproporcional, considera-se impossibilidade”. E conclui: “É a eficácia da impossibilidade objetiva por desproporcionalidade. No impossível, por perecimento do objeto, há impossível absoluto; mas há impossível relativo se as circunstâncias fazem tais as desproporções entre o objeto antes e ao tempo da prestação, que toda exigibilidade seria contra a política jurídica adotada: ali, o impossível é lógico; aqui, jurídico” (*op. cit.* e *loc. cit.*s.).

Essas lições colhidas de primoroso voto do eminente Desembargador Kazuo Watanabe, encontradinho nos autos da Ap. Cív. n. 43.273-1, *Lex* 94, págs. 97/98, dão o tom exato da melodia que se há de ouvir, porquanto se está, como frisa o ilustre jurista, no texto do aludido acórdão, diante do “princípio da equivalência do exorbitante e da força maior”.

E acrescenta: “Também as normas processuais estão submissas ao mesmo regime.

“A respeito, a Suprema Corte, em caso de manifesta dificuldade na citação por mandado de litisconsortes em grande quantidade, vários deles com endereço ignorado e outros espalhados por quase todas as unidades da Federação, entendeu cabível a citação por edital.

“O eminente Min. Soares Muñoz desenvolveu a seguinte aguda e convincente argumentação: ‘O direito processual é constituído de regras instrumentais, cuja finalidade reside na realização do direito material em litígio. Quando impossibilitam ou dificultam a consecução desta, cabe ao Juiz reexaminar a interpretação para obviar o impasse criado e, assim, obstar a eternização do feito’ (RTJ 84/1.042)” (RJTJESP, *Lex* 94, pág. 98).

Ora, o cônjuge varão, representado por sua procuradora, é uma dessas pessoas que emigram para outra economia, em busca de mercados mais promissores de trabalho. Assim, instalado nos Estados Unidos da América do Norte, onde trabalha e procura refazer sua vida, esbarra, no momento, na enorme dificuldade de trasladar-se ao Brasil para tornar efe-

tiva sua separação judicial consensual, já manifestada em Juízo por meio de petição assinada por ambos os cônjuges, cujas assinaturas estão devidamente reconhecidas por quem de direito.

Configurada está, no caso, situação de absoluta impossibilidade de o varão deixar os Estados Unidos da América do Norte, onde atualmente reside e trabalha, sob pena de grandes dificuldades de retorno, mormente agora, quando os órgãos da imigração norte-americanos intensificam os rigores em relação a quem entra e sai daquele país, após 11 de setembro de 2001. Destarte, a menos que muito me engane, está justificada a impossibilidade da presença física do cônjuge varão na audiência de oitiva dos separandos, visando à conciliação. Exatamente por isso é que entendo possível sua representação por procurador com poderes especiais para ratificar o seu desejo de pôr fim à sociedade conjugal que mantém com F. M. Z., desde 1985.

Na verdade não há dispositivo algum vedando a pretensão recursal, nem mesmo de modo implícito. Por isso, impende deixar claro que a Justiça não tem por que penalizar aquele que quer regularizar sua situação pessoal, impedindo-o de a ela acessar com facilidade, pois é chegada a hora em que ela precisa despojar-se de suas práxis burocráticas e vetustas para tratar com mais cuidado do direito do indivíduo que dela se socorre.

É verdade que, se se ficar somente no exercício hermenêutico de priorizar a literalidade da lei, no caso os artigos 1.120 do CPC e o 34 da Lei de Divórcio, toda a razão haverá de

ser dada à ilustre e culta Sentencian-
te. “Não é, contudo, a melhor orienta-
ção teleológica, já que, pretoriamente,
já admitiu o Poder Judiciário exegese
diversa daquela esposada pelo Juízo
a quo, se efetivamente impossibilitada
uma das partes do comparecimento a
Juízo (RJTJESP. Ed. LEX, vol. 94/97).
Da leitura atenta do artigo 34 da Lei n.
6.515, de 1977, vê-se que pode ser
possível essa dispensa de compareci-
mento, porquanto o § 4º admite que
‘as assinaturas serão, obrigatoria-
mente, reconhecidas por tabelião,
quando não lançadas na presença do
Juízo’, o que poderia dar a entender
que, em casos excepcionais, ao exa-
me criterioso do Judiciário, poderia
se admitir a ratificação em Juízo, pela
procuradoria da parte ausente, dès
que as firmas das partes na conven-
ção estejam assinadas pelas partes e
reconhecidas por tabelião, como
também a assinatura do agente con-
sular constante no manuscrito do
agravante” (RJTJESP, Lex 125, págs.
367/368).

Evidenciada a impossibilidade
fática da presença física do separan-
do no ato judicial de ratificação da in-
tenção de pôr fim à sociedade conju-
gal, há que se admitir a presença de
seu procurador com poderes especiais
para os atos do processo de separa-
ção consensual.

Na hipótese, então, basta ouvir
a virago, sobre se persiste na inten-
ção de desfazer a sociedade conjugal
ou não, e a representante legal do
apelante varão sobre as mesmas ra-
zões.

Há respaldo jurisprudencial pa-
ra tal posicionar:

“Separação consensual — Ra-
tificação — Cabimento — Ausência de
um dos cônjuges, por residir no exterior
— Evidência da impossibilidade fática
e temporal de sua presença — Inter-
pretação do § 4º do artigo 34 da Lei
Federal n. 6.515, de 1977 — Suspen-
são do processo afastada — Recurso
provido” (TJSP, Lex 125/367).

No mesmo sentido:

“Desquite por mútuo consenti-
mento — Impossibilidade de um dos
cônjuges comparecer, pessoalmente,
à audiência conciliatória, por se achar
exilado do País, com prisão preventi-
va decretada — Admissibilidade de
comparecimento por mandatário es-
pecialmente constituído para o fim —
Pedido homologado — Recurso *ex of-
ficio* desprovido” (RT 431/203).

Ante o exposto, dou provimento
ao recurso para anular a sentença in-
vectivada, determinando o processa-
mento, na origem, da petição inicial
em apreço, se não contiver outro defei-
to que a inviabilize, devendo a autori-
dade judiciária seguir nos demais ter-
mos do processo.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator,
conheceram do recurso e deram-lhe
provimento.

Participou do julgamento, com
voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Mon-
teiro Rocha. Pela douta Procurado-
ria-Geral de Justiça lavrou parecer o
Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de
Oliveira.

Florianópolis, 24 de outubro de 2002.

*Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.*

APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.007035-1, DE TUBARÃO

Relator: Des. Jorge Schaefer Martins

Apelação cível. Seguro. Acidente de trânsito. Negativa de pagamento. Imputação de culpa ao segurado.

Estado etílico afirmado em relatório de acidente de trânsito, sem que houvesse a realização do bafômetro devido à recusa do condutor do veículo. Exame laboratorial e depoimentos testemunhais que infirmam a assertiva.

Ciência das condições da via de tráfego. Capotamento decorrente de queda em cavidade existente no acostamento.

Relação securitária. Aplicação dos termos do CDC. Conflito probatório que favorece ao segurado. Obrigação de indenizar.

Sentença mantida.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.007035-1, da comarca de Tubarão (3ª Vara), em que é apelante Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais e apelado Cláudio Scarpeta Borges:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Cláudio Scarpeta Borges intentou ação de cobrança contra Novo Hamburgo Cia. de Seguros Gerais, alegando que celebrou com a ré contrato de seguro para veículo contra possíveis sinistros que viessem a ocorrer.

Narrou que, no dia 8 de julho de 1995, trafegava pela Rodovia SC 438, no sentido Braço do Norte—Tubarão, quando se deparou com a pista bloqueada em toda a sua extensão, obrigando-lhe a realizar manobra defensiva, caindo em um buraco existente fora da pista, sem que houvesse qualquer sinalização.

Aduziu ainda que, levado ao posto da Polícia Rodoviária, recusou-se a realizar o exame do bafômetro, motivo este que impeliu o policial a consignar no boletim de ocorrência que estava visivelmente embriagado.

Afirmando a má-fé do policial, enfatizou o autor que se submeteu a exame sangüíneo, comprovando que a dosagem alcoólica é substancialmente inferior à quantidade estabele-

cida no artigo 2º da Resolução n. 737 de 12/9/1989 para definir o estado de embriaguez.

Asseverando que a ré recusou-se a efetivar o pagamento da indenização em face do estado de embriaguez declarado maliciosamente no boletim de ocorrência, pretende o réu a aplicação do Código de Defesa do Consumidor e, a final, a procedência do pedido.

Citada, a ré apresentou contestação, aduzindo que havia sinalização no local do acidente; que o exame que atesta a ausência de estado de embriaguez (fl. 22) é falso; que o autor estava embriagado e em velocidade excessiva não fazendo jus à cobertura securitária.

Houve réplica (fls. 57/64).

Realizada audiência, restou inexistente a conciliação.

Deferida a produção de provas foi realizada audiência de instrução e julgamento, na qual foram ouvidas três testemunhas do autor e colhido o seu depoimento.

Apresentadas as alegações finais ainda em audiência, conclusos os autos, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento do montante de R\$ 13.609,00 (treze mil, seiscentos e nove reais), acrescido de juros legais a partir da citação e correção monetária a contar do efetivo desembolso.

Irresignada, apelou a vencida, insistindo na improcedência do pedido devido ao estado de embriaguez do autor.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

II – Voto

O recurso não merece provimento. Com efeito, o autor busca o ressarcimento de despesas havidas para o conserto de seu veículo, danificado em acidente de trânsito, demonstrando a existência do seguro, os prejuízos havidos e, portanto, a obrigação de indenizar.

Contrapondo-se à sua pretensão, diz a empresa seguradora que o autor conduzia o veículo em estado de embriaguez, conhecendo as condições da pista, que estava em obras, razão pela qual, ante o agravamento do risco, não possui o direito à restituição dos valores pagos para a recuperação do automotor.

Isso significa dizer, ter ela argüido fato impeditivo do direito do autor, circunstância que lhe impõe o ônus probatório. Não fosse isso, por reconhecido que a relação securitária é relação de consumo, consoante disciplina o § 2º do artigo 3º da Lei n. 8.078/90, teria igualmente a obrigação de demonstrar inequivocamente a culpa do segurado, para que pudesse vir a isentar-se do pagamento pretendido.

Pois bem. No caso, toda a argumentação da seguradora apelante está vazada nos termos do relatório de acidente de trânsito, no qual constatou encontrar-se o autor visivelmente embriagado, fazendo expressa menção ao auto de exame de teor alcoólico. Ora, referido documento contém a indicação de ter havido negativa de submissão, circunstância admitida em nosso ordenamento jurídico.

Para contrariar a afirmação do policial rodoviário estadual, que em verdade pode ser tida como coberta

pela presunção *juris tantum*, houve a juntada de resultado de exame laboratorial efetuado no mesmo dia do evento, com a coleta ocorrendo 2 (duas) horas depois, atestando a presença de 0,1 g/l (zero vírgula um grama por litro de sangue), o que evidencia dosagem ínfima, e como bem salientado no *decisum* objurgado, insuficiente para configurar o estado de embriaguez.

A curta distância de tempo entre o fato e o exame sangüíneo não altera substancialmente o seu resultado.

Houve insurgência quanto à validade de tal prova, sem que fosse produzida prova escorreita a desautorizá-la.

Além disso, duas pessoas, moradoras do local, que foram as primeiras com quem o autor teve contato após o acidente, afirmaram não haver nele percebido sinais de embriaguez, o que contraria, à evidência, a assertiva do policial antes mencionado de que apresentava *visível* estado etílico. Não se venha argumentar que a experiência de referido profissional permite referendar sua declaração, pois, ao contrário das testemunhas indicadas pelo autor, estaria acostumado a verificar tais aspectos, pois a indicação da visibilidade, isto é, da clareza de sua condição de ebriedade, exigiria a presença de sinais claros, perceptíveis por qualquer do povo.

Ainda há outro argumento a ensejar o reconhecimento de que a embriaguez não se fazia presente. O autor tinha naquela mesma manhã, e isso justificava o trânsito naquela rodovia, aulas a ministrar na cidade de

Tubarão, não sendo crível a suposição de que fosse fazê-lo embriagado.

Há, igualmente, a afirmação de que o autor era sabedor das condições da pista, e que as obras realizadas estavam devidamente sinalizadas.

Ora, o eminente Magistrado prolator da sentença, Marcus Túlio Sartorato, corretamente, a exemplo do que fez na análise de todos os aspectos submetidos à sua apreciação, registrou neste particular:

“Com relação à falta de sinalização no local dos fatos, alega o requerido que naquele ponto do acidente, ou seja, km 9 da SC 438, foi providenciada e instalada a sinalização consistente em sonorizadores, sinalização vertical e horizontal luminosa. A fim de corroborar tal alegação, anexou o documento de fls. 43/44.

“Nesse ponto, vale destacar que tal documento não menciona a data em que foi instalada a sinalização, e aí deve ser levado em conta o depoimento da testemunha Silvério Mendes, arrolada pelo requerente, cujo depoimento se encontra à fl. 90. Afirmou, então ‘...que na mesma época ocorreram dois ou três acidentes no mesmo local; que se recorda que existia sinalização em cima do bueiro e não nas proximidades; que somente depois de ocorrer outros acidentes é que foram colocados sinalizadores sobre a pista para alertar motoristas, isto a uns 100m do acidente’.

“O depoimento da testemunha Fátima Aparecida Soares Mendonça não discrepa do mesmo entendimento, quando diz ‘...que não havia placas de sinalização alertando o motorista naquele local; que somente depois

que ocorreram outros acidentes é que esta providência foi tomada...’ (fl. 91).

“As fotografias anexadas com a contestação não foram reconhecidas por nenhuma das testemunhas arroladas pelo requerente e nem por este, em seu depoimento pessoal, todos unânimes ao afirmar que não é possível identificar o local indicado pela fotografia como sendo o do acidente” (fls. 119/120).

Outrossim, não se deve olvidar que, mesmo existindo sinalização, esta referia-se à cavidade existente na pista, ao passo que o fato evidenciou-se em razão de outra localizada no acostamento, por onde buscou passar o autor.

Por tais razões, voto pelo não provimento do recurso.

III – Decisão

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente, com voto;
Jorge Schaefer Martins,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1988.092116-3, DE LAGES

Relator: Des. Newton Janke

Ato jurídico. Compra e venda de cotas de sociedade comercial. Anulação. Erro substancial não caracterizado. Prestação de contas.

O preço baixo, isoladamente, não autoriza a anulação da compra e venda.

O erro substancial somente compromete a validade da manifestação de vontade quando for escusável a significar que seja de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária possa cometê-lo.

O sócio que, ao retirar-se da sociedade, dá, sem qualquer ressalva, plena quitação de todos os seus haveres, não tem direito a exigir prestação de contas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1988.092116-3, da comarca de Lages (4ª Vara), em que são apelantes Zélia Fiúza Borges, Túlia Borges Carvalho,

Antenor Vieira Borges Filho, Marilene Valente Borges, Clineu Antunes Vieira e Marta Borges Vieira, sendo apelados Distribuidora Comercial Lageana Ltda. e Werner Hoeschl:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, rejeitar a questão de ordem e negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages (4ª Vara Cível), Antenor Vieira Borges ajuizou, no ano de 1983, a presente ação de anulação de ato jurídico com pedidos cumulados em caráter sucessivo de dissolução de sociedade comercial e de prestação de contas contra Werner Hoeschl e Distribuidora Comercial Lageana Ltda.

Objetiva o autor, já falecido e sucedido na relação processual por sua mulher e por seus herdeiros, ver decretada a nulidade ou a anulação do negócio jurídico pelo qual, em julho de 1981, transferiu ao réu Werner Hoeschl, pelo preço de Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros) 25,227% das cotas que detinha no capital social da empresa Distribuidora Comercial Lageana Ltda., da qual ambos, juntamente com outras pessoas físicas, eram sócios desde a sua constituição em 1949.

Sustenta a inicial que o autor efetuou o aludido negócio após ser induzido em erro por seu sócio que, ao propor a compra de seu quinhão, anunciou que a sociedade estava em situação pré-falimentar, resultando disso ter efetuado a venda por quantia manifestamente inferior ao que elas efetivamente valiam e que, ainda assim, tal valor não foi integralmente resgatado.

Afirma que, com idade avançada (83 anos) e já acometido por sintomas de senilidade, aceitou a proposta, “confiando em que o velho sócio, apesar de nunca ter feito projeções e demonstrativos das atividades da ré, não lhe estaria a ludibriar a boa-fé”.

Enfatiza que, também sob o aspecto formal, a operação é absolutamente nula porque, na correspondente alteração contratual, não constou o preço da compra e venda.

Em razão disso, reconhecida a nulidade ou a anulação do ato jurídico, pleiteia, em caráter sucessivo, a dissolução da sociedade comercial com a apuração dos correspondentes haveres e, de outro lado, a prestação de contas do período em que o suplicado Werner administrou a empresa.

Em contestação, os réus, em preliminares, argüiram a ilegitimidade passiva do requerido Werner, a carência da ação anulatória, a impropriedade do meio processual escolhido para exigir a prestação de contas e a ilegitimidade do autor para postular a dissolução da sociedade em razão de não mais ser sócio.

No mérito, defenderam a higidez do negócio jurídico, garantindo que o autor recebeu integralmente o preço ajustado e que, a despeito de não ter exercido atividades administrativas ou gerenciais, freqüentava diariamente o estabelecimento e tinha pleno conhecimento da sua situação financeira.

Pela decisão de fls. 222/225 o processo foi julgado extinto sem exame do mérito, solução revertida em grau recursal (fls. 226/229).

Noticiado o falecimento do autor, operou-se a habilitação da viúva-meeira e de seus sucessores (fls. 239/247, 249/251).

Concluída a instrução, com a produção de provas pericial e oral, as partes apresentaram suas alegações (fls. 330/342 e 344/348), sobrevindo a sentença de mérito que julgou improcedentes os pedidos (fls. 350/363).

Os autores apelaram, insistindo à luz da prova, especialmente a pericial, que o preço pago, de modo parcelado e sem a incidência de correção monetária, estava totalmente divorciado da realidade patrimonial a revelar que o sócio-alienante foi levado a erro substancial, ensejando o enriquecimento ilícito do sócio-adquirente (fls. 365/371).

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Corte, onde a eg. Segunda Câmara Civil, por maioria, sob o voto condutor do eminente Des. José Bonifácio da Silva, negou provimento ao recurso (fls. 396/407). Em sede de embargos infringentes, foi decretada a nulidade desse julgamento (fls. 470/472).

Inadmitido o recurso especial interposto pelos réus, o processo foi objeto de sucessivas redistribuições.

Este, na concisão necessária, o relatório.

A correta compreensão da controvérsia recomenda uma resenha, ainda que breve, da matéria fática.

Revelam os autos que, em fevereiro de 1949, o ora apelado Werner Hoeschl e Antenor Vieira Borges, juntamente com outras pessoas, constituíram, sob a forma de sociedade por cotas, a empresa Distribuidora Comercial Lageana Ltda. O primeiro, ao longo do tempo, sempre foi o sócio majoritário e, certamente, em razão disso, exerceu a gerência. A despeito de possuir o segundo maior quinhão societário, Antenor Vieira Borges, nunca teve participação na administração, até porque, segundo a prova, era sócio em outros empreendimentos, como uma serraria e uma firma denominada Werner & Carvalho. Limitava-se a receber regularmente e mensalmente di-

videndos, segundo comprovam os documentos de fls. 66/82.

Em meados de 1981, já octogenário, Antenor alienou o seu quinhão, correspondente a 25,227% do capital social, para o sócio majoritário Werner Hoeschl, pelo preço de Cr\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros), sendo o negócio formalizado por alteração contratual levada a cabo em 30/10/81 (fl. 33).

Recebeu uma entrada, no valor de CR\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil cruzeiros – fl. 60), enquanto o saldo devedor ficou garantido por oito notas promissórias.

Os documentos estampados às fls. 60/65 não deixam dúvida de que o antecessor dos apelantes recebeu integralmente o preço ajustado, inclusive o valor de uma promissória que fora extraviada (fl. 65).

Integralizado o preço em janeiro de 1983 (fl. 65), ajuizou a presente demanda em agosto daquele mesmo ano.

Sumariados os fatos, releva observar que, nas razões recursais, os apelantes não retomam o argumento, ventilado na inicial, de que o negócio jurídico padeceria de nulidade absoluta em razão de não constar, na correspondente alteração contratual, o preço de compra e venda das cotas transferidas. Do mesmo modo, também não se evocou mais a tese da falta de integral pagamento, suscetível de render ensejo à rescisão do ato jurídico.

O que se afirma, fundamentalmente, é que o negócio seria anulável em razão de erro substancial a que o vendedor foi induzido, sob o influxo do total desconhecimento da realidade patrimonial da empresa, retratada, pelo sócio-adquirente, como se fosse péssima. Em decorrência disso, como

vítima da má-fé do comprador, sofreu grave lesão, consistente em ter alienado o seu quinhão societário por preço vil, cerca de 7% (sete por cento) do valor patrimonial líquido.

Para Washington de Barros Monteiro, “o erro, para viciar a vontade, precisa ser substancial. Mas não basta: necessário seja também escusável e real. Deve ser escusável, no sentido de que há de ter por fundamento uma razão plausível, ou ser de tal monta que qualquer pessoa inteligente e de atenção ordinária seja capaz de cometê-lo. Deve ainda ser real, isto é, tangível, palpável, importando efetivo prejuízo para o interessado” (Curso de Direito Civil, vol. I, Saraiva, 13ª ed., pág. 188).

Oportuno, para solidificar a compreensão sobre este tipo de vício de consentimento, agregar o ensinamento de Orlando Gomes:

“O erro é uma falsa representação que influencia a vontade no processo ou na fase de formação. Influi na vontade do declarante, impedindo que se forme em consonância com sua verdadeira motivação. Tendo sobre um fato ou sobre um preceito noção inexata ou incompleta, o agente emite sua vontade de modo diverso do que a manifestaria, se deles tivesse conhecimento exato, ou completo crê verdadeiro o que é falso, ou falso o que é verdadeiro (Doneau).

“A palavra erro tem, na linguagem jurídica, sentido amplo, compreendendo até o equívoco na declaração de vontade e na sua transmissão. Além do erro na motivação, considera-se o erro na declaração. Aos dois tipos dá-se modernamente igual trato.

“Ao erro equipara-se, juridicamente, a ignorância, que é a ausência completa de conhecimento. Num caso, como no outro, a influência na formação da vontade é idêntica.

“O erro deve ser essencial e escusável. Necessário que recaia na substância do ato, no objeto principal da declaração ou em alguma das suas qualidades substanciais, ou que diga respeito a qualidades essenciais da pessoa a quem se refira a declaração de vontade” (Introdução ao Direito Civil, 6ª ed., Forense, pág. 507).

No caso concreto, é certo e definitivo que o falecido Antenor Vieira Borges alienou suas cotas sociais por preço consideravelmente aquém do seu valor efetivo. Entretanto, isso não se deu com os contornos proclamados no recurso.

A esse propósito, a perícia realizada no processo espanca quaisquer dúvidas, não sendo possível tergiversar, com metáforas ou recursos de semântica, contra a inocultável e fria evidência dos números nela contidos.

Efetuada uma correção monetária regressiva dos valores pagos, o perito judicial concluiu que o preço de CR\$ 2.000.000,00 (dois milhões de cruzeiros) significou, na verdade, em 1º/7/81, a quantia de CR\$ 1.025.031,89 (um milhão, vinte e cinco mil, trinta e um cruzeiros e oitenta e nove centavos) (fl. 271 – quesito 7). Empregando o mesmo critério de cálculo, apurou que, em julho de 1981, o patrimônio bruto da empresa correspondia a Cr\$ 18.891.255,85 (dezoito milhões, oitocentos e noventa e um mil, duzentos e cinquenta e cinco cruzeiros e oitenta e cinco centavos) (quesito 4 – fl. 270) e, levando em

conta a participação societária do vendedor (25,227%), apurou que o valor de suas cotas, na época, seria de CR\$ 4.765.697,00 (quatro milhões setecentos e sessenta e cinco mil, seiscentos e noventa e sete centavos) (quesito 8 – fl. 272).

Esse cálculo, entretanto, não deve ser levado em consideração porque, como o próprio perito ressaltou na resposta ao quesito 8 (fl. 272), “na liquidação de uma sociedade, temos que levantar o seu patrimônio bruto, isso é, avaliá-lo e depois subtrair as obrigações sociais para se chegar a um valor disponível, que chamamos de patrimônio líquido, o qual será utilizado para pagar os respectivos sócios, com base em suas participações na sociedade”.

Sem dúvida, essa é a diretriz recomendada pela doutrina e adotada pela jurisprudência nos casos de apuração de haveres em dissolução de sociedades.

Pois bem, o perito judicial apurou o patrimônio líquido da sociedade, em junho de 1981, quantificando-o em CR\$ 10.103.541,77 (dez milhões, cento e três mil, quinhentos e quarenta e um cruzeiros e setenta e sete centavos) (fl. 283). Destarte, o valor da participação do vendedor (25,227%) correspondia a CR\$ 2.548.820,53.

Surge, então, a primeira e mais forte evidência: a venda das cotas não se operou por preço ínfimo ou vil. De fato, se Antenor recebeu, em termos reais e não meramente nominais, a quantia de CR\$ 1.025.031,89, tem-se que, na verdade, a venda operou-se por 40,21% do valor das cotas.

Não se tratou, é verdade, de um “bom negócio” para Antenor; todavia, também seria demasiado dizer-se que foi um negócio ruinoso. E isso já

compromete, em boa medida, a tese de que o vendedor incorreu em erro substancial.

Mas, ao lado disso, há outras circunstâncias que colocam em xeque a caracterização do erro escusável.

A alegação de que, ao tempo da venda, Antenor já apresentava algum comprometimento mental para as atividades negociais não transita livremente no contexto probatório.

A viúva Zélia Fiuza Borges disse, em Juízo, que “quando conversou com seu finado marido a respeito do negócio, o mesmo ainda não se encontrava esclerosado” para, logo, em seguida, contraditoriamente, afirmar que “a esclerose se iniciou após os 70 anos” (fls. 308 e v.), quando é certo que, na época da venda, já possuía pouco mais de 80 anos. O genro de Antenor, Clineu Antunes Vieira, relatou que “nos últimos anos de sua vida o finado Nene estaria esclerosado”, sem embargo de também reconhecer que “o finado sogro nos últimos tempos tinha dinheiro a juros em mãos de um sobrinho” (fl. 309).

A testemunha Américo José D’Oliveira lembrou que o autor apresentava lapsos de memória, entretanto, nunca percebeu que estivesse distanciado da realidade socioeconômica nacional (fls. 314 e verso).

José Serra Silva não tinha conhecimento que Antenor estivesse esclerosado (fl. 314v.). O informante Paulo Sérgio Bloch garantiu que, mesmo após o negócio, Antenor freqüentava, quase diariamente, as dependências da empresa para ler jornal (fl. 324).

Antônio Túlio de Lima, empregado da empresa, informou, dentre outras coisas, que: na época do negócio,

o autor estava no perfeito domínio das faculdades mentais; após o ajuizamento da ação, ele não mais freqüentou a firma, como fazia até então; nunca viu o finado reclamar da venda; o autor foi pressionado pelos familiares para promover a ação e que ele necessitava de dinheiro para ajudar no casamento de uma neta, na cidade de Curitiba.

A apelante Túlia Borges Carvalho, filha de Antenor, confirma que seu pai ajudou a custear o casamento de sua filha, realizado, com pompa e circunstância, na capital paranaense, segundo o registro de um jornal da cidade de Lages (fl. 328).

À fl. 329 figura ainda um exemplar de um cheque emitido pelo falecido, em outubro de 1983, ou seja, mais de dois anos após a realização do negócio, o que também sugere a sua higidez mental, malgrado possa ser verdadeiro que, vez por outra, apresentasse lapsos de memória, fenômeno de todo natural em pessoas de idade propecta.

Por outro lado, a prova também não dá suporte consistente à afirmação de que o sócio-adquirente: 1) tenha-lhe procurado para comprar as cotas; 2) tenha desenhado um quadro sinistro da situação financeira da empresa, de modo a convencê-lo a desfazer-se de sua participação social, violando-lhe a vontade negocial.

O que existe, nesse particular, é tão-somente um depoimento do advogado Germiniano Cordeiro Filho que teria ouvido do marido de sua cunhada, um tal Eurico Dias Batista, que o apelado Werner teria dito ao falecido autor que a firma ia mal, correndo o risco de fechar (fls. 315v. e 316). Inexplicavelmente, referida pessoa não foi arrolada para ser inquirida em Juízo, on-

de, sob o crivo do contraditório, poderia ou não comprovar as palavras reverberadas pela testemunha.

Segundo a prova, Antenor era um homem culto, leitor assíduo, já tinha sido sócio ou proprietário de outros empreendimentos comerciais e industriais. Desde 1949, era sócio do apelado Werner e, em decorrência disso, certamente privava de sua amizade.

Ora, é pouco plausível supor que, sendo sócio desde três décadas e freqüentador diuturno da empresa, não soubesse de sua situação patrimonial, notadamente aquela que se exteriorizava, com todas as evidências, pela propriedade de imóveis, automóveis e construções.

É lícito, então, conjecturar que, no outono da sua existência, octogenário, simplesmente não mais lhe interessava a sociedade. Quer para honrar dívida contraída com um banco, quer para obsequiar sua neta, arcando com as despesas de um faustoso casamento na capital paranaense, resolveu vender o seu quinhão, e era natural que o oferecesse para seu velho sócio que sempre fora o responsável pela administração do negócio.

É um procedimento compreensível que se repete em muitas circunstâncias, como a do advogado, que, ao retirar-se da arena forense, transmite sua valiosa biblioteca para um colega de escritório por preço simbólico, quando não gratuitamente.

Certamente não lhe escapava, como a ninguém pode escapar, que dificilmente algum estranho à sociedade tivesse interesse em adquirir sua participação minoritária, num momento em que a tradicional empresa deparava-se com fortes e dinâmicos concorrentes.

E, a esse propósito, é indispensável atentar para o que consignou o perito ao responder à seguinte pergunta: “Se, no início da década de 1980, com o surgimento de empresas de grande porte, com dinâmica comercial elevada e aplicação maciça em propaganda, como Cepar – Comércio e Construções Ltda. e Grazziotin S.A. – Materiais de Construções, não houve influência comercial na empresa ré, com redução de comercialização?”

Eis a resposta, *in verbis*: “Certamente, com a abertura dessas empresas e outras e bem como a ampliação das já existentes, em consequência uma maior concorrência, houve uma redução em suas vendas, as quais foram abaixo do crescimento inflacionário. É bom frisar que, na década de 1970, teve um crescimento nas suas vendas em média de 18%, que foi pouco significativo” (fl. 276 – quesito J).

De tudo quando se expôs, não emerge, com a necessária clareza, a conclusão de que Antenor incorreu em erro substancial escusável ou, então, que foi vítima de maquinação fraudulenta do sócio Werner.

Em casos assemelhados, a jurisprudência assim se pronunciou:

“Ato jurídico. Anulação. Induzimento a erro. Inocorrência. Paciente acometida de câncer que estava tomando medicação alegadamente prejudicial à sua saúde mental quando da venda de imóvel. Hipótese que não se constituiu na causa determinante do defeito do ato. Não comprovação dos efeitos malignos da medicação. Ademais, a alegação de preço pago pelo imóvel ter sido baixo, não constitui por si só, induzimento. Carência probatória. Recurso não provido” (Ap. Civ. n. 66.117-4/TJSP, julg. em 2/2/99).

“Apelação cível. Sociedade comercial. Transferência de cotas sociais. Proposta de compra e venda válida e aceita. Ato jurídico perfeito. Inexistência de prova comprobatória de erro ou simulação no negócio jurídico.

“Aquele que alega a existência de vício na realização do negócio jurídico, compete o ônus de prová-los e, em momento apropriado, sob pena de preclusão.

“O contrato de compra e venda não se anula só porque o comprador desidioso fez um mau negócio” (JC 54/108).

A improcedência do pedido de anulação do ato jurídico torna prejudicado o pedido sucessivo, formulado na petição inicial, voltado para a decretação da dissolução da sociedade e à apuração dos haveres.

E, de outra parte, também afasta o conhecimento do pedido de prestação de contas, este ventilado em cumulação autônoma, na linha de entendimento traduzida pelos seguintes precedentes desta Corte:

“Quem, já despedido da condição de sócio, não tem direito de exigir prestação de contas da sociedade” (JC 47/171).

“Enquanto não anulada a exclusão do quadro societário, carece o sócio excluído do direito de pedir contas à sociedade da qual fora integrante” (Ap. Cív. n. 48.733, de Laguna, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 1º/10/96).

No mesmo sentido, ocorrem também julgados de outros tribunais:

“Prestação de contas – Sociedade mercantil.

“Dever de prestar contas – Inexistência – Alienação das cotas sociais e plena quitação – Recebimento do preço comprovado” (TJPR, Processo

n. 031189900, 4ª Cam. Civ., rel. Lauro Laertes de Oliveira, j. 9/9/98).

“Prestação de contas. Tendo-se retirado da sociedade, consensualmente, os sócios que a administravam, mediante alienação de suas cotas a sócio novo que, segundo o mesmo instrumento, assumiu a administração, sem constar da alteração contratual ressalva alguma quanto aos atos de gerência praticados anteriormente, sem o que a própria transferência da administração seria impraticável. Carece, pois, o novo administrador, como a própria sociedade, de ação para pedir contas” (Jurisprudência TJRS, 1985, vol. 2, t. 19, págs. 167/172, rel. Des. Adroaldo Furtado Fabrício).

“Ação de prestação de contas. Alienação de quotas após um negócio jurídico em que interveio a sociedade presume-se que as partes acertaram seus débitos e créditos. Insubsiste o dever de prestar contas ante a quitação posteri-

or” (TJRS, 1997, vol. 2, t. 39, págs. 175/178, rel. Des. Décio Antônio Erpen).

No caso em exame, ao formalizar a sua retirada do quadro social, o falecido Antenor Vieira Borges outorgou “plena e geral quitação de todos os seus haveres na sociedade, inclusive lucros, nada mais tendo a reclamar quer presente ou futuramente” (fl. 33), o que, na linha dos paradigmas antes transcritos, exclui o direito a reclamar pela prestação de contas.

Ante o exposto, a Câmara rejeitou a questão de ordem e, nos termos do voto do Relator, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 21 de novembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1997.000771-0, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator designado: Des. Newton Janke

Falência – Ação revocatória – Litisconsórcio passivo necessário – Necessidade de citação não só do primeiro adquirente, mas também do atual proprietário do bem litigioso – Anulação parcial do processo.

Quem está sujeito a sofrer, direta ou indiretamente, as consequências da sentença, deve ser integrado ao processo como litisconsorte passivo necessário.

Assim, na ação revocatória prevista na lei falimentar, além do primeiro adquirente, também o último ou atual proprietário há de ser convocado a tomar lugar na relação processual, sob pena de nulidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1997.000771-0, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que é apelante Volnei Torres, sendo apelado Valdir Gomes Wolff:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por maioria de votos, decretar a nulidade do processo a partir de fl. 153, inclusive.

Custas na forma da lei.

Trata-se de apelação interposta por Volnei Torres, representante legal da falida Confecções Torres Ltda. contra sentença que, em ação revocatória proposta por Valdir Gomes Wolff, síndico da Massa Falida, julgou procedente o pedido para declarar a ineficácia da permuta de bens imóveis realizada entre o apelante e a empresa Compete – Agropecuária, Serviços de Terraplenagem e Reflorestamento Ltda.

Sustenta o apelante, em síntese, que: a) não poderia integrar o pólo passivo da demanda na qualidade de representante legal da empresa falida, pois, em sendo assim, a Massa estaria figurando nos dois pólos da relação processual; b) a sentença é nula porque a ação deveria ter sido proposta contra a atual proprietária do bem permutado; c) houve a decadência do direito de propor a ação revocatória porque o síndico, quando comissário da Concordata Preventiva, não denunciou a operação de permuta, tendo-a por satisfatória aos interesses dos credores.

No mérito, aduz que a questionada permuta somente foi efetivada em face da ignorância da proibição legal, enfatizando que todo o dinheiro resultante do negócio destinou-se ao pagamento de credores. Considera que, tendo o ato sido enquadrado nos arts. 53 e

54 da Lei Falimentar não poderia ser decretado ineficaz, mas sim revogado.

Insiste na inexistência de fraude e de lesão aos credores, assinalando que ante a inexistência de prova notória ou presumida da insolvência do devedor, o adquirente não poderia conhecer ou imaginar tal situação.

Requereu, ao final, a reforma da sentença.

Em contra-razões, o apelado, em preliminar, requereu o não conhecimento do recurso e, no mérito, rogou pela manutenção da decisão monocrática.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer exarado pelo eminente Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt (fls. 331/4), posicionou-se pela rejeição das questões preliminares e pelo desprovimento do recurso.

Este, na concisão necessária, o relatório.

Não procede a objeção processual apresentada na resposta do apelado.

Malgrado as razões recursais não tenham sido subscriptas ou rubricadas, a petição de interposição do apelo está devidamente assinada (fl. 298), o que, por óbvio, representa dizer que o recurso foi, efetivamente, interposto pelo procurador da parte vencida.

Em tais condições, somente um acendrado, inútil e ultrapassado apego ao formalismo justificaria não conhecer da irresignação.

Nessa linha e em caso análogo, já se decidiu:

“Petição sem assinatura. Hipótese em que não se coloca em dúvida que foi apresentada por advogado do que figura como peticionário, sendo

de admitir-se, ainda, que a assinatura nela constante haja sido lançada antes do julgamento, ainda que depois de protocolizada.

“Precedentes do STJ, admitindo que, tendo em vista a instrumentalidade do processo, se deva ter como suprida a falta” (REsp n. 123.413, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Lamentavelmente, o processo está contaminado por inarredável nulidade.

A ação revocatória é, no âmbito falimentar, o que a ação pauliana representa no Direito Civil.

Em ambas, o vendedor ou permutante da coisa sempre será réu, mas nunca o será isoladamente. O terceiro adquirente ou seus sucessores obrigatoriamente terão que figurar no pólo passivo da demanda como litisconsortes passivos necessários.

O parágrafo único do art. 55 do Decreto-Lei n. 7.661/45 fixa claramente a legitimação passiva na ação revocatória:

“A ação pode ser proposta:

“I — contra todos os que figuraram no ato, ou que, por efeito dele, foram pagos, garantidos ou beneficiados;

“II — contra os herdeiros ou legatários das pessoas acima indicadas;

“III — *contra os terceiros adquirentes:*

“se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do falido de prejudicar os credores;

“se o direito se originou de ato mencionado no art. 52;

“IV — contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas no número anterior”.

A ação foi proposta originariamente contra o representante legal da falida, Volnei Torres e a empresa Compete — Agropecuária, Serviços de Terraplenagem e Reflorestamento que, por permuta, adquiriu o imóvel questionado em agosto de 1992. Em dezembro desse mesmo ano, o bem já tinha sido vendido para a empresa Data Empreendimentos Imobiliários Ltda. que, a seu turno, em maio de 1993, antes, portanto, da propositura da demanda, transferiu o imóvel para a pessoa de José Antônio Monzu Sanchez (fls. 35v. e 36).

A revogação do negócio jurídico tem como conseqüência a arrecadação da coisa, com o conseqüente cancelamento do registro imobiliário, para, numa etapa seguinte, ser alienado judicialmente no processo falimentar, rateando-se o produto entre os credores ali habilitados.

Claro está, pois, que, nesses casos, quem irá suportar as mais graves conseqüências da sentença é o atual proprietário, fazendo incidir o disposto no art. 47 do Código de Processo Civil. Portanto, José Antônio Monzu Sanchez e sua mulher Eliane Borges Monzu Sanchez deveriam ter sido, desde logo, integrados ao processo e a eles, se assim fosse postulado, seria dado denunciar a lide ao anterior alienante (Data — Empreendimentos Imobiliários Ltda.).

Segundo Ovídio Araújo Baptista da Silva, o litisconsórcio passivo necessário pode ser conceituado “como aquele obrigatoriamente formado, seja porque alguma disposição de lei assim o imponha, seja porque a natureza da relação de direito material torne impossível o tratamento da situação litigiosa, sem a

presença de todos os interessados no processo, formando litisconsórcio, caso em que ele se torna indispensável” (*in* Curso de Processo Civil, 4ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1998, pág. 257).

O culto e destacado Des. Nilton Macedo Machado averbou, com didática clareza, que “o litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, e prejudicá-lo ou afetar seu direito subjetivo; não ocorre quando, qualquer que seja o resultado final, a pessoa indicada não sofrer os efeitos da sentença” (Ap. Cív. n. 42.236, de Santa Cecília, DJE 27/7/95).

Arruda Alvim exemplifica casos de litisconsórcio passivo necessário, citando a “(...) ação em que se pleiteia nulidade de escritura pública de rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel com pacto de retrovenda e de outras avenças subseqüentes, relativas ao mesmo bem, entre todos os partícipes daqueles negócios jurídicos; (...) na ação anulatória de compra e venda de imóvel, entre todos aqueles que nela intervierem (...)” (*in* Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., São Paulo: Ed. RT, 1996, pág. 95).

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery enfatizam que “a não integração do litisconsórcio necessário enseja a falta de *legitimatío ad processum*” (Código de Processo Civil Comentado, Ed. RT, 4ª ed., 1999, pág. 449).

Da doutrina não discrepa a jurisprudência, segundo ilustram os seguintes paradigmas:

“É inafastável a condição de litisconsorte necessário do terceiro em cujo nome se acha transcrito o imóvel objeto da revocatória (ação pauliana), eis que a ação põe em risco direto seus

interesses. Impõe-se, desse modo, sua citação sob pena de nulidade” (Ap. Cív. n. 25.225, de São Joaquim, rel. Des. Xavier Vieira, JC 65/145).

“Ação pauliana — Fraude contra credores — Venda de bens imóveis — Pretendida anulação — Feito intentado apenas contra o devedor — Litisconsórcio necessário do adquirente — Nulidade do processo — Apelo provido parcialmente.

“A ação revocatória ou pauliana, sobretudo quando fundada no que dispõe o art. 107 do Código Civil, deve ser dirigida, ao mesmo tempo, contra o devedor insolvente, a pessoa que com ele celebrou o contrato de natureza onerosa e, se os houver, os terceiros adquirentes de má-fé” (Des. Napoleão Amarante — JC 97/162). Cuidando-se de litisconsórcio necessário, em face da natureza jurídica posta em Juízo, nula é a sentença sem a participação de todos os co-legitimados” (Ap. Cív. n. 29.983, de Timbó, rel. Des. Alcides Aguiar, j. 19/12/91).

“Ação anulatória de venda de imóvel. Litisconsórcio necessário passivo. Verificando o tribunal do segundo grau de jurisdição a falta de citação dos litisconsortes passivos necessários, deve anular o feito e determinar que o juiz singular cumpra o disposto no art. 47, parágrafo único, do CPC” (STJ, REsp n. 28.559-1/SP, rel. Min. Torreão Braz, DJU 20/3/95).

E, ainda, do Supremo Tribunal Federal:

“Litisconsórcio necessário. A falta de citação de um deles importa em nulidade do processo. É que a relação processual não se fez validamente, sendo ineficaz contra todos o processo enfermeado de tal vício. Aplicação do art. 47 e seu parágrafo único

do Código de Processo Civil. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. Recursos extraordinários providos” (STF, REsp n. 82468/RJ, rel. Min. Thompson Flores, RTJ 80-02/611).

À luz dessas sincronizadas lições doutrinárias e jurisprudenciais, impõe-se decretar a anulação do processo a partir de fl. 153, inclusive, para que a autoridade judicial determine a citação dos atuais proprietários do imóvel litigioso para que venham integrar a demanda como litisconsortes passivos necessários.

Ante o exposto, a Câmara, nos termos do voto do Relator designado, decretou a nulidade parcial do processo.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Newton Janke,
Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni:

Ousei divergir da douta maioria, pelas razões abaixo expendidas.

Preliminarmente, foi aduzido pela apelada a falta de assinatura nas razões da apelação, o que ocasionaria o seu não conhecimento.

A despeito do entendimento da recorrida, tal carência não acarreta

defeito capaz de obstar o conhecimento do recurso.

Conforme se depreende à fl. 298, apesar da falta de firma nas razões recursais, a petição de interposição está devidamente assinada, o que demonstra que o recurso foi, efetivamente, interposto pelo procurador do apelante.

Nesse sentido:

“Petição sem assinatura. Hipótese em que não se coloca em dúvida que foi apresentada por advogado do que figura como peticionário, sendo de admitir-se, ainda, que a assinatura nela constante haja sido lançada antes do julgamento, ainda que depois de protocolizada.

“Precedentes do STJ admitindo que, tendo em vista a instrumentalidade do processo, se deva ter como suprida a falta” (STJ, REsp n. 123413/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro).

Ademais, em atenção aos princípios da instrumentalidade e da celeridade dos atos processuais, não deve o rigorismo formal impedir o julgamento do mérito.

Portanto, afasta-se a proemial suscitada.

Vencida a preliminar acima, o conteúdo da postulação há de ser apreciado, ante a presença dos requisitos de admissibilidade recursal.

A demanda visa à ineficácia do negócio efetuado entre o representante legal da empresa falida e a empresa Compete – Agropecuária, Serviços de Terraplanagem e Reflorestamento Ltda., realizado em prejuízo dos credores.

Alega o apelante, primeiramente, a decadência do direito do síndico/apelado de propor a revocatória em foco, uma vez que, quando comissário da

concordata preventiva, não se opôs à efetivação do negócio que pretende, agora, ver declarado ineficaz relativamente à massa falida, a qual representa.

Tal tese não pode prosperar, pois em flagrante contradição ao *caput* do art. 55 do Decreto-Lei n. 7.661/45, que estabelece:

“A ação revocatória deve ser proposta pelo síndico, mas, se não for dentro de trinta dias seguintes à data de publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo, também poderá ser proposta por qualquer credor”.

Da interpretação do preceito legal citado, infere-se que inexistente qualquer ressalva ou limitação ao exercício da revocatória, o que, por óbvio, torna a pretensão do recorrente carecedora de fundamento legal, já que impossível impor limites à atuação do síndico, quando a lei não o faz.

Com efeito, a única limitação à propositura da revocatória vem instituída no § 1º do art. 56 do Decreto-Lei n. 7.661/45, o qual dispõe:

“A ação somente poderá ser proposta até um ano, a contar da publicação do aviso a que se refere o art. 114 e seu parágrafo”.

Assim, sem fundamento a argumentação do apelante.

Articula o recorrente a carência de ação, porquanto haveria confusão entre a autora/apelada Massa Falida da Empresa Confecção Torres Ltda., representada pelo síndico Valdir Gomes Wolff, e a ré/apelante Empresa Confecções Torres Ltda., representada por Volnei Torres, uma vez que a ação teria sido proposta contra a pró-

pria empresa falida, e não contra a pessoa física do seu representante legal, acarretando, assim, a ilegitimidade da própria empresa para figurar no pólo passivo da demanda.

Sobre a referida pretensão, o eminente Procurador de Justiça opinou pela sua rejeição, sob o fundamento de que não foi objeto de discussão no decorrer da ação, o que obstaria a análise perante este Pretório.

Nesse ponto, discorda-se da opinião do excelentíssimo representante do *Parquet* de segundo grau, pois sendo a legitimidade uma das condições da ação, deve ser analisada de ofício em qualquer grau de jurisdição, nos termos do art. 267, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sobre a legitimidade passiva na ação revocatória, estabelece o parágrafo único do art. 55 da Lei de Falências:

“A ação pode ser proposta:

“I — contra todos os que figuraram no ato, ou que, por efeito dele, foram pagos, garantidos ou beneficiados;

“II — contra os herdeiros ou legatários das pessoas acima indicadas;

“III — contra os terceiros adquirentes:

“a) se tiveram conhecimento, ao se criar o direito, da intenção do falido de prejudicar os credores;

“b) se o direito se originou de ato mencionado no art. 52;

“IV — contra os herdeiros ou legatários das pessoas indicadas no número anterior”.

Não pode prosperar a tese em apreço, pois visa somente a tumultuar o curso do processo. Mesmo que te-

nha sido qualificado na inicial como representante legal da empresa falida, resta evidente que a então autora Massa Falida Confecções Torres Ltda. não intentou a ação contra a própria empresa, mas contra a pessoa física do seu representante legal.

Ademais, se a ação tivesse sido proposta contra a própria empresa falida, não haveria motivo para constar o nome do seu representante legal, pois é notória a distinção entre a personalidade da pessoa jurídica e a dos seus representantes legais.

Aduz o recorrente a nulidade da decisão combatida, uma vez que os atuais proprietários dos imóveis não foram citados para oferecer defesa contra a pretensão, não podendo, por isso, ser alcançados pelos efeitos subjetivos da coisa julgada.

A respeito, estabelece o art. 5º, LIV, da Constituição Federal:

“...ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

O preceito constitucional acima, arrolado dentre os direitos e garantias fundamentais, assegura a qualquer cidadão o direito de somente ser privado dos seus bens por meio do devido processo, com a obediência às suas formalidades essenciais, resguardando-se aos litigantes o exercício efetivo do contraditório.

Destarte, não é possível privar o terceiro adquirente de seus bens, se não foi citado para se defender na ação que visa à declaração de ineficácia do negócio jurídico. A notificação da existência do litígio não é instrumento adequado para substituir a citação, já que é esta a garantia do processo, vindo a ser

pressuposto de desenvolvimento válido e regular deste.

No entanto, não se trata de nulidade da sentença, pois, mesmo não sendo esta oponível ao terceiro não citado para apresentar defesa em face da pretensão, a decisão tem eficácia em relação ao ora apelante e à empresa Compete — Agropecuária, Serviços de Terraplanagem e Reflorestamento Ltda.

Por fim, a revocatória busca tornar ineficaz o ato, em relação à massa falida, não sendo uma ação de nulidade ou anulabilidade, uma vez que aquele continuará válido em relação a terceiros.

A revocatória pode fundamentar-se no art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/45, para o qual não há necessidade da ocorrência de fraude, bastando que o ato seja praticado em dado momento, ou pode basear-se no art. 53 do mencionado diploma, o qual requer a ocorrência do *consilium fraudis*, não estando condicionada a qualquer limitação temporal.

Na hipótese vertente, o documento de fls. 19/20 demonstra que, em 26/10/1990, foi deferido o processamento da concordata preventiva da empresa Confecções Torres Ltda., sendo que a permuta dos imóveis ocorreu em 28/8/1992, consoante os documentos de fls. 28/36. Logo, durante a concordata e sem autorização judicial, incidindo os arts. 149 e 167 do Decreto-Lei n. 7.661/45.

Por outro lado, convalidada a concordata em falência, em 17/6/93, conforme a decisão reproduzida às fls. 39/40, foi fixado o termo legal daquela em 15 (quinze) dias, a contar da distribuição do pedido de concordata. Como este despacho data de 26/10/90, o período suspenso teve início em 11/10/90. Tendo em

vista que os negócios foram efetuados em 28/10/92, estavam dentro do termo legal, compreendido entre o termo a *quo* citado e a decretação da quebra, incidindo aqui o art. 52 da Lei de Quebras.

Segundo a regra do prefalado art. 52 do Decreto-Lei n. 7.661/45, os atos praticados dentro do termo legal da falência não produzem efeitos perante a massa, isto é, presumem-se fraudulentos. A presunção de que trata este dispositivo é absoluta, *jure et de jure*, não admitindo prova em contrário. Dessa forma, basta analisar se a hipótese se enquadra naquelas previstas pelos incisos do art. 52. O caso em tela se amolda, por analogia, ao seu inciso IV, segundo o qual são ineficazes os negócios praticados a título gratuito, uma vez que se permutou bens por outros de menor valor comercial.

Nesse aspecto:

“Apelação cível. Falência. Ação revocatória. Art. 52 da LF. Negócio realizado no período suspeito. Presentes os elementos objetivos do art. 52, em qualquer de seus incisos, ineficaz a venda relativamente à massa falida, pouco relevando os elementos subjetivos, e quanto mais os motivos da negociação. Apelação desprovida” (TJRS, 6ª Câmara Cível, Apelação Cível n. 597220904, Novo Hamburgo, rel. Des. Antônio Janyr Dall’Agnol Júnior, julg. 18/3/98).

José da Silva Pacheco ensina que:

“No art. 52, cogita a lei de ineficácia dos atos praticados pelo falido,

antes da quebra. Nos casos enumerados pelo referido artigo, não há de pensar em provar a ciência pelo contratante do estado de insolvência ou de impontualidade do devedor, nem sequer há cabimento na invocação ou alegação de fraude. O ato, desde que incida um dos incisos do art. 52, é ineficaz, não produz efeito, relativamente à massa falida” (*in* Processo de Falência e Concordata, 10ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1999, pág. 341).

A alegação do apelante de que teria recebido quantia em dinheiro, decorrente do negócio, como forma de demonstrar que os credores não foram prejudicados, não pode ser acolhida, pois inexistem provas nos autos a esse respeito, o que impede o seu reconhecimento, consoante o disposto no art. 333, II, do Código de Processo Civil.

Ademais, ainda que fosse comprovado o recebimento da quantia, o negócio deveria ser declarado ineficaz, ante a violação do disposto no art. 149 do Decreto-Lei n. 7.661/45, porquanto realizado sem autorização judicial, o que, conforme o parágrafo único do referido artigo, acarreta a ineficácia daquele em relação à massa, no caso de ser rescindida a concordata.

Eram essas as considerações necessárias para esposar o meu posicionamento, no sentido de negar provimento ao apelo.

Fernando Carioni.

APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.017031-4, DE BLUMENAU**Relator: Des. Newton Janke**

Ação revisional. Arrendamento mercantil. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Cobrança antecipada do valor residual garantido. Descaracterização do contrato. Juros. Impossibilidade de caracterização ou definição.

1. *Não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado quando a prova pericial não tem nenhuma utilidade no desfecho da lide.*

2. *“A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando-o em compra e venda à prestação” (Súmula 263, STJ).*

3. *Quer se trate de arrendamento mercantil, quer se trate de compra e venda, é equivocado pensar que o acréscimo sobre o preço de aquisição do bem seja juros. Devem ser entendidos como “preço” ou “custo do arrendamento”, do qual os juros são apenas um componente.*

Na compra e venda, o preço pode ser pago à vista ou a prazo, e é natural e lícito que, num e noutro caso, o preço seja diferenciado, tanto que o novo Código Civil, embora ainda não vigente, prevê que “é lícito convenicionar o aumento progressivo de prestações sucessivas” (art. 316).

“Diversamente do que ocorre nos financiamentos em geral, no arrendamento mercantil o custo do dinheiro não é identificado por juros remuneratórios ou capitalização de juros. No empréstimo em dinheiro, pode-se discutir a taxa de juros (se limitada ou não) e a sua caracterização (se permitida ou não). No arrendamento mercantil, o custo do dinheiro, aí não incluída a correção monetária, está embutido nas contraprestações, sendo impossível, por exemplo, discutir juros e capitalização de juros, estranhos ao contrato, que só prevê o montante das prestações, o respectivo número, o valor residual garantido, a correção monetária e, no caso de inadimplemento, comissão de permanência, multa e juros moratórios. De fato, como distinguir o que, no custo do dinheiro, representa juros e o que corresponde à sua capitalização?” (REsp n. 197.015/RS, rel. Min. Ari Pargendler, DJU de 18/3/02).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.017031-4, da comarca de

Blumenau (3ª Vara), em que são apelantes e apelados Malhasoft S.A.

Enobrecimento Têxtil e Safra Leasing S.A. – Arrendamento Mercantil:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento à apelação de Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil, prejudicado o recurso adesivo de Safra *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil.

Custas na forma da lei.

Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil interpôs apelação contra sentença que, em ação ordinária de revisão de contrato de arrendamento mercantil ajuizada contra Safra *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil, julgou improcedentes os pedidos que, fundamentalmente, objetivavam ver declarada a natureza da avença como sendo uma compra e venda a crédito, e reconhecida a nulidade da incidência de juros capitalizados sobre o saldo devedor e as contraprestações mensais.

Em preliminar, reclama a decretação da anulação da sentença por cerceamento de defesa, decorrente do julgamento antecipado que lhe subtraiu a possibilidade de produção da prova pericial tendente a comprovar a prática do anatocismo.

No mérito, após defender a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários, reitera a tese de que a cobrança antecipada do VRG – Valor Residual Garantido descaracteriza a operação de arrendamento mercantil, transmutando o contrato em compra e venda a crédito.

Ao responder, a apelada enalteceu a sentença, rogando pela sua manutenção (fls. 200/228) e, em recurso adesivo, pleiteou a majoração da verba honorária (fls. 229/236). Contra-razões às fls. 244/6, defen-

dendo a correção do critério adotado na fixação dos honorários.

Este, na concisão necessária, o relatório.

Trata-se de ação revisional de contrato de arrendamento mercantil em que a apelante, não se conformando com a sentença de improcedência e invocando preceptivos do Código de Defesa do Consumidor, pretende reverter a situação, especialmente para ver declarada a descaracterização do contrato de arrendamento mercantil e proclamada a ilegalidade da capitalização de juros.

Em preliminar reclama a decretação da nulidade da sentença por cerceamento de defesa.

Essa objeção inicial, entretanto, não merece acolhida.

A controvérsia sobre a ilegalidade ou a abusividade de encargos pactuados em contratos bancários constitui, fundamentalmente, matéria de direito e, por conseguinte, o reconhecimento de eventuais vícios independe da produção de prova técnica, embora, em determinadas situações, possa ela tornar-se necessária após a sentença para, à vista do que nela ficou decidido, apurar o *quantum debeatur*.

No caso concreto, era ocioso determinar a realização da prova pericial desde que o Magistrado, para repelir a pretensão, partiu da premissa de que as instituições bancárias e de crédito em geral não se submetem às disposições do Decreto-Lei n. 22.626/33, a teor do enunciado da Súmula 596 do STF.

A propósito, dessa questão asse-ntou o Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. *Leasing*. Ação de reintegração de posse. Cerceamento de defesa. Prova pericial. Limite da defesa do arrendatário. 1. Não há cerceamento de defesa nas circunstâncias do presente caso, sendo certo que eventuais abusos nas cláusulas contratuais podem ser aferidos sem a necessidade de perícia ou oitiva de testemunhas. 2. Na ação de reintegração de posse, relativa a contrato de arrendamento mercantil, pode o arrendatário discutir a legalidade e abusividade de cláusulas contratuais. 3. Recurso especial conhecido e provido, em parte” (REsp n. 290.594/PR, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 4/2/02).

No tocante ao mérito, é indisputável que os contratos bancários, neles inseridos o de arrendamento mercantil, submetem-se ao controle e à incidência do Código de Defesa do Consumidor. Não obstante isso, o exame da matéria recursal prescinde da aplicação de seus preceptivos.

De fato, não há dúvida que, em razão da cobrança antecipada ou simultânea do VRG – Valor Residual Garantido, o contrato de arrendamento mercantil restou descaracterizado.

É o que proclama a Súmula 263 do STJ: “A cobrança antecipada do valor residual (VRG) descaracteriza o contrato de arrendamento mercantil, transformando em compra e venda à prestação”. Na mesma linha, os seguintes julgados desta Corte: Ap. Cív. n. 1996.007026-5, de Taió; Al n. 1998.014732-8, de Capinzal; Al n. 2000.015772-4, de Tijucas e Ap. Cív. n. 2000.009190-1, de Rio Negrinho.

O reconhecimento da desnaturação do contrato originário, embora não

projete conseqüências sobre o preço do bem, inviabiliza para o arrendador o exercício da ação de reintegração de posse e autoriza o chamado “arrendatário” a reclamar a devolução dos valores pagos a esse título, caso o contrato já tenha sido rescindido, ou caso não, desobriga-o de efetuar o pagamento do VRG juntamente com as contraprestações eventualmente pendentes, podendo fazê-lo tão-somente quando as tiver quitado, e no pressuposto de que tenha o propósito de consolidar a compra.

O pleito recursal, todavia, não comporta acolhida no que tange à prática do anatocismo.

Segundo o contrato em discussão, o custo dos bens foi dividido em 24 (vinte e quatro) parcelas, com o pagamento concomitante do valor residual garantido, sujeitando-se as duas verbas à correção monetária.

O contrato de arrendamento mercantil ou *leasing* é um negócio jurídico típico, complexo e uno. Integram seu conceito elementos de vários outros negócios jurídicos, como, por exemplo, a locação de bens, a compra e venda, o financiamento etc. Entretanto, com nenhum deles se confunde.

Daí que a contraprestação tem tríplice função, qual seja, remunera o uso do bem, o valor do capital investido e a potencialidade de sua aquisição, sem que se possa discriminar o *quantum* pertinente a cada uma dessas partes.

Por conseguinte, não se pode dar a esse tipo de negócio tratamento jurídico de locação, de compra e venda ou de simples financiamento, existindo um enquadramento legal próprio materializado pela Lei n. 6.099/74, alterada pela Lei n. 7.132/83, a qual, embora centrada no aspecto tributário, disciplinou esse tipo de contrato.

É preciso ter em conta que o dinheiro que a arrendadora utiliza na compra do bem é captado no mercado financeiro. Assim, para evitar o desequilíbrio econômico e a inevitável quebra na liquidez de suas operações, a arrendadora necessita, além de analisar a situação peculiar de cada cliente, o valor do bem pretendido, a duração do contrato, a situação econômica presente e futura, buscar uma adequada coerência entre a remuneração paga na captação dos recursos e a recebida do arrendatário.

Em tal contexto, é equivocado pensar e dizer que os encargos cobrados no contrato de arrendamento mercantil sejam juros. Devem ser entendidos como *preço ou custo do arrendamento, do qual os juros são um elemento componente*.

Segue-se daí que o valor total do negócio e, por conseguinte, também das contraprestações, leva em conta fatores diversos, como a depreciação do bem, a recuperação dos custos financeiros, a incidência de tributos, a remuneração da arrendadora, além do preço de aquisição da coisa.

E, entendendo-se que o contrato de arrendamento esteja descaracterizado para compra e venda a prazo, os encargos agregados ao preço de aquisição representam uma espécie de *sobrepreço*, inerente a qualquer compra à prestação.

Não há aí nenhuma anomalia ou novidade; trata-se de prática longa e rotineira no mundo dos negócios, mesmo quando deles não participem os bancos.

Quem, por exemplo, adquire um apartamento à vista, pagará um preço menor do que aquele que o comprar em

100 (cem) meses. O acréscimo de uma situação para outra representará a cobrança de juros? Uma parte sim, pois o construtor leva em consideração a remuneração que poderia obter, no mercado financeiro, ao longo de cem meses, com o produto do preço se este fosse pago à vista; outra parte, entretanto, dirá respeito a outros fatores, tais como, o risco inerente a uma operação de longo prazo, o potencial de valorização do imóvel etc.

Atento a essas circunstâncias, o Superior Tribunal de Justiça, em recurso especial relatado pelo eminente Ministro Ari Pargendler, assim se manifestou:

“Diversamente do que ocorre nos financiamentos em geral, no arrendamento mercantil o custo do dinheiro não é identificado por juros remuneratórios ou capitalização de juros. No empréstimo de dinheiro, pode-se discutir a taxa de juros (se limitada ou não) e a sua capitalização (se permitida ou não). No arrendamento mercantil, o custo do dinheiro, aí não incluída a correção monetária, está embutido nas contraprestações, sendo impossível, por exemplo, discutir juros e capitalização de juros, estranhos ao contrato que só prevê o montante das prestações, o respectivo número, o valor residual garantido, a correção monetária e, no caso de inadimplimento, comissão de permanência, multa e juros moratórios. De fato, como distinguir o que, no custo do dinheiro, representa juros e o que corresponde à sua capitalização?” (REsp n. 197.015/RS, DJU de 18/3/02).

Portanto, cumpre remarcar que, quer se trate de arrendamento mercantil, quer se trate de compra e venda, é incorreto entender-se que o acréscimo sobre o valor originário do bem seja exclusivamente juros. Os juros, como frutos do capital,

existem nas operações puras de mútuo ou, então, em outros negócios jurídicos, representam pena resultante da mora.

Na compra e venda, o preço pode ser pago à vista ou a prazo. E é natural e lícito que, num e noutro caso, o preço seja diferenciado. Aliás, visando a afastar qualquer dúvida a esse respeito, o novo Código Civil, embora ainda não vigente, prevê, em seu art. 316, que “é lícito convencionar o aumento progressivo de prestações sucessivas”.

De tudo quanto se disse, resulta concluir que no contrato celebrado entre as partes, mesmo com o reconhecimento da sua desnaturação, não há lugar para discussão sobre juros e sua capitalização.

O desfecho recursal, com a acolhida parcial da pretensão da autora, implica, agora, na sucumbência recíproca a autorizar a redefinição dos encargos daí decorrentes, o que acarreta em dar-se como prejudicado o recurso adesivo do réu que pretendia a

majoração da verba honorária fixada na sentença.

Atendido o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, cada parte arcará com honorários advocatícios em valor correspondente a R\$ 2.000,00 (dois mil reais), enquanto as custas serão divididas igualmente.

Ante o exposto, a Câmara, nos termos do voto do Relator, deu parcial provimento à apelação de Malhasoft S.A. Enobrecimento Têxtil, prejudicando o recurso adesivo de Safra *Leasing* S.A. Arrendamento Mercantil.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Fernando Carioni.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Newton Janke,
Relator.

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.003016-3, DE BLUMENAU

Relator: Des. João Martins

Agravo de instrumento – Desapropriação – Transação – Fazenda pública – Procurador do município com poderes expressos para transigir – Inteligência do art. 5º, inc. IV, da Lei Complementar Municipal n. 213/99 c/c art. 70 da Lei Orgânica do Município – Ausência, ademais, de prejuízo ao erário – Homologação do acordo – Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.003016-3, da comarca de Blumenau, em que é agravante o município de Blumenau, sendo agravada Frechal Construções e Incorporações Ltda.:

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para homologar o acordo firmado entre as partes litigantes.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Blumenau, qualificado nos autos, contra decisão do Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca de Blumenau que, em ação de desapropriação ajuizada contra Frechal Construções e Incorporações Ltda., igualmente qualificada, indeferiu o pedido de homologação do acordo realizado entre as partes, alegando a inexistência de autorização legal para este.

Alega o agravante que, de acordo com a Lei Orgânica Municipal e a Lei Complementar n. 213, de 11/6/1999, o Procurador-Geral do Município está legalmente autorizado a transigir, judicial e extrajudicialmente, quando for interesse do Município.

Afirma que a Lei Orçamentária do ano de 2002 contém crédito adicional para o pagamento de despesas provenientes de sentenças judiciais.

Enfatiza, ainda, que o acordo proposto estabelece a compensação do crédito com tributos devidos, de acordo com o art. 78 e parágrafos do Ato das Disposições Constitucionais

Transitórias, com redação dada pela Emenda Constitucional n. 30/2000, sendo, inclusive, vantajoso para o Município.

Pugnou, ao final, pelo provimento do agravo, com a concessão de efeito suspensivo ativo.

O efeito suspensivo pleiteado foi negado em despacho proferido às fls. 67/68.

A agravada apresentou contraminuta, pugnando pela reforma da decisão recorrida (fls. 73/76).

Nesta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pelo conhecimento e provimento do agravo (fls. 85/89).

II — Voto

Primeiramente, importa salientar a possibilidade de realização de acordo pela Fazenda Pública, desde que por procurador com poderes expressos para transigir.

Nesse sentido, colhe-se do Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Transação. Ato de interesse do poder público. Sentença homologatória. Validade. Instrumento de mandato. Outorga de poderes especiais. Súmula 7/STJ.

— Proclamado pelo Tribunal de origem a validade da sentença homologatória do acordo celebrado por procurador municipal nos autos de ação anulatória de processo administrativo ajuizada por servidoras públicas destituídas de suas funções comissionadas frente a existência de expresso poder de transigir na procuração outorgada pelo Município, a análise

se da pretensão recursal esbarra no óbice da Súmula 7 do STJ.

“— Recurso especial não conhecido” (STJ, 6ª Turma, REsp n. 148.693/MG, rel. Min. Vicente Leal, j. 14/12/98, in DJU 22/2/99, pág. 139).

Colhe-se de julgado do Supremo Tribunal Federal que confirmou a decisão *supra*.

“Poder público. Transação. Validade. Em regra, os bens e o interesse público são indisponíveis, porque pertencem à coletividade. É, por isso, o Administrador, mero gestor da coisa pública, não tem disponibilidade sobre os interesses confiados à sua guarda e realização. Todavia, há casos em que o princípio da indisponibilidade do interesse público deve ser atenuado, mormente quando se tem em vista que a solução adotada pela Administração é a que melhor atenderá à últimação deste interesse. Assim, tendo o acórdão recorrido concluído pela não onerosidade do acordo celebrado, decidir de forma diversa implicaria o reexame da matéria fático-probatória, o que é vedado nesta instância recursal (Súmula 279/STF). Recurso extraordinário não conhecido” (STF, 1ª Turma, RE n. 253.885/MG, rela. Min. Ellen Gracie, j. 4/6/2002, in DJU 21/6/2002, pág. 118).

Compulsando os autos, verifica-se a existência de procuração com poderes especiais para transigir outorgados pela agravada (fl. 28) e, ainda, que o acordo foi firmado pelo Procurador-Geral do Município (fls. 22/26), o qual possui poderes para transigir, nos termos do art. 5º, inc. IV, da Lei Complementar Municipal n. 213/99 c/c art. 70 da Lei Orgânica do Município.

Dispõe a Lei Orgânica do Município de Blumenau:

“Art. 70 – A Procuradoria-Geral do Município reger-se-á por Lei Complementar e tem por chefe o Procurador-Geral do Município, nomeado pelo Prefeito Municipal, de reconhecido saber jurídico, reputação ilibada e preferencialmente com experiência em áreas diversas da administração municipal”.

Por sua vez, determina a LC n. 213/99:

“Artigo 5º – Compete ao Procurador-Geral, sem prejuízo de outras atribuições previstas em lei ou regulamento:

(...)

“IV – desistir, transigir, firmar compromisso e confessar nas ações de interesse do Município;”.

Quanto à forma convencionada no acordo para pagamento da indenização, restou consignado:

“3. Nos termos da Emenda Constitucional n. 30/2000, o Município efetuará o pagamento mediante compensação de tributos devidos ao Fisco municipal, num período de 10 (dez) anos, em parcelas anuais e proporcionais de 10% (dez por cento) ao ano”.

A par disso, entendeu o Magistrado *a quo* que referida cláusula fere a ordem cronológica dos precatórios, uma vez que o art. 78, § 2º, do ADCT da CF, permite a compensação tributária somente em caso de inadimplemento estatal no exercício em que deveria ser paga a parcela do precatório.

Estabelece o § 2º do art. 78 do ADCT da CF, acrescentado pela EC n. 30/00:

“Art. 78. Ressalvados os créditos definidos em lei como de pequeno

valor, os de natureza alimentícia, os de que trata o art. 33 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias e suas complementações e os que já tiverem os seus respectivos recursos liberados ou depositados em juízo, os precatórios pendentes na data de promulgação desta Emenda e os que decorram de ações iniciais ajuizadas até 31 de dezembro de 1999 serão liquidados pelo seu valor real, em moeda corrente, acrescido de juros legais, em prestações anuais, iguais e sucessivas, no prazo máximo de dez anos, permitida a cessão dos créditos.

(...)

“§ 2º As prestações anuais a que se refere o *caput* deste artigo terão, se não liquidadas até o final do exercício a que se referem, poder liberatório do pagamento de tributos da entidade devedora”.

Efetivamente, mostra-se cabível a compensação tributária somente quando do não-pagamento da prestação no respectivo exercício, em observância ao direito preferencial dos precatórios anteriores.

Contudo, em se tratando de desapropriação, preceitua a Constituição Federal em seu art. 5º, inc. XXIV, que a indenização deve ser justa e prévia em dinheiro, não se submetendo, portanto, ao pagamento por precatório, como muito bem salientou o Procurador-Geral de Justiça (fls. 88/89), embasado em decisão do STJ, *verbis*:

“Todavia, ao contrário do que concluiu o MM. Juiz, entendo que o que restou acordado entre as partes não desrespeitaria o direito dos credores em igual situação, uma vez que já houve a violação do direito da agra-

vada, pois nos termos da norma constitucional ‘a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade pública, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro, ressalvados os casos previstos nesta Constituição’ (art. 5º, inc. XXIV), o que não ocorreu.

“Acerca do pagamento das indenizações em ações de desapropriação, manifestou-se recentemente o Superior Tribunal de Justiça:

‘Suplementar – Fixação do prazo de 90 dias – Legalidade – Em se tratando de desapropriação, a indenização, além de justa, há que ser prévia – *A rigor, os pagamentos de indenização em ações de desapropriação não estão sequer sujeitos a precatório porque a indenização deve ser paga ao expropriado antes da transferência do domínio e incorporação da propriedade à Fazenda Pública. Se o pagamento dos precatórios suplementares tem que ser prévio, a fixação do prazo de 90 dias para que isto se dê não viola nenhuma norma legal. Embargos recebidos*’ (STJ, ERESP n. 114558, SP, 1ª S, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 27/8/2001, pág. 219).

“Assim, embora não tenha ocorrido o não-pagamento da parcela anual de precatório devido no prazo de 10 (dez) anos por parte do município de Blumenau para com a empresa Frechal Construções e Incorporações Ltda., para caracterizar a ocorrência da hipótese descrita no § 2º do art. 78 do ADCT da Magna Carta, e, conseqüentemente, ensejar sua aplicação, verifica-se que tendo em vista o prejuízo sofrido pela agravada em não ter recebido a indenização prévia, justa e

em dinheiro pela desapropriação de seu imóvel, nos moldes da Constituição Federal, e, não vislumbrando lesão ao erário, haja vista o desconto concedido e o modo de pagamento, penso ser oportuna a homologação da transação apresentada”.

Por fim, frise-se inexistir prejuízo ao erário, uma vez que o valor acordado entre as partes refere-se à importância à qual foi condenado o Município em sentença transitada em julgado, inclusive em sede de execução, com os embargos opostos pelo município julgados improcedentes, ressaltando-se, ainda, que foi concedido um desconto de 10% (dez por cento) ao ente público correspondente aos honorários advocatícios devidos.

Ademais, se houvesse dano ao patrimônio público, referido fato poderia ser apurado ou prevenido em ação própria, conforme julgado do Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Desapropriação. Transação. Oposição do Ministério Público.

“A sentença homologatória da transação não decide a respeito da respectiva conveniência.

“Recurso especial não conhecido” (STJ, 2ª Turma, REsp n. 70.402/MG, rel. Min. Ari Pargendler, j. 9/10/98, in DJU 16/11/1998, pág. 37).

Extrai-se do corpo do acórdão:

“Com efeito, a pessoa jurídica de direito público não está inibida de fazer transações judiciais, mesmo em desapropriação. A sentença homologatória, nesses casos, não implica em julgar a conveniência do acordo, tal como reportado pelo Tribunal *a quo*. Se a transação pode comprometer o patrimônio público, há ação própria para prevenir ou reparar o dano”.

Ante o exposto, homologa-se o acordo (fls. 22/26) firmado entre as partes litigantes.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para homologar o acordo firmado entre as partes litigantes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 12 de dezembro de 2002.

João Martins,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.018915-1, DE SÃO JOAQUIM

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução. Cédula de crédito rural. Embargos. Ataque, apenas, à periodicidade mensal da capitalização dos juros. Recebimento com efeito suspensivo parcial. Incidência do art. 739, § 2º, do

CPC. Decisão, nesse aspecto, incensurável. Critérios a serem observados no prosseguimento da executória. Agravo de instrumento parcialmente provido.

Restritos os embargos à execução de cédula de crédito rural à impugnação da capitalização mensal dos juros, encontra amparo no art. 739, § 2º, do Código Procedimental Civil, na sua atual redação, o recebimento da resistência com suspensão apenas parcial, prosseguindo-se a execucional pelos valores incontroversos.

Para o prosseguimento da execução, na parte incontroversa, não pode, entretanto, ser levado em consideração o cálculo da contadoria judicial, quando este toma como base, não o valor do título exequendo e o extrato de conta vinculado à operação, mas valores de débitos referentes a períodos anteriores ao da própria celebração contratual.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.018915-1, da comarca de São Joaquim (1ª Vara), em que é agravante Osmar Rodrigues Abatt, sendo agravado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

Osmar Rodrigues Abatt interpôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da ação de execução contra ele promovida pelo Banco do Brasil S.A., recebeu os embargos por si deduzidos apenas com efeito suspensivo parcial, determinando o prosseguimento do feito pela parte incontroversa, nos termos do art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil.

O agravante, em suas razões recursais, aduziu que: (a) o agravado ajuizou ação de execução instruída

com cédula rural, emitida em 12 de setembro de 1997, no valor de R\$ 13.534,50 (treze mil, quinhentos e trinta e quatro reais e cinquenta centavos), que segundo seus cálculos apresenta um saldo de R\$ 11.776,55 (onze mil, setecentos e setenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos), já incluídos todos os encargos; (b) opôs embargos à execução suscitando a ilegalidade da capitalização mensal de juros; (c) houve equívoco quanto aos valores relacionados no despacho que determinou o prosseguimento da execução, uma vez que não correspondem ao contrato *sub judice*; (d) o art. 739, § 2º, do CPC, refere-se à hipótese de processo instrumentalizado por mais de uma execução, não podendo ser aplicado no caso em tela, em função de a execução versar sobre uma obrigação de restituir indivisível (art. 889 do CC); (e) o devedor não pode ser coagido a pagar parcialmente a prestação indivisível, porque implicaria em exigir-lhe a prestação sem exonerá-lo da obrigação; (f) os embargos não tratam apenas do excesso de

execução, mas da legalidade da capitalização mensal, que interfere diretamente na apuração da obrigação; (g) a exigibilidade da cédula de crédito rural dá-se pela soma dela constante (DL n. 167/67, art. 10); (h) a inadimplência de qualquer obrigação consignada no título importa em vencimento antecipado da dívida, exigível integralmente (DL n. 167/67, art. 11); (i) mesmo que se admitisse a divisibilidade da obrigação, com a permissão do pagamento parcial, o pagamento imputar-se-ia primeiramente nos juros e não no capital (art. 993 do CC).

Por derradeiro, requereu a concessão do efeito suspensivo ao agravo e o seu provimento para que seja determinada a suspensão integral da execução até o julgamento dos embargos.

O efeito suspensivo postulado restou negado à fl. 64.

Em resposta, a parte agravada pugnou pela manutenção da decisão censurada.

II — Voto

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que no juízo *a quo* determinou o prosseguimento da ação executiva com fundamento no art. 739, § 2º, do CPC, tendo em vista a interposição de embargos parciais.

Em relação ao prosseguimento da demanda executiva no que diz respeito à parte incontroversa, não atacada pelos embargos ajuizados, o recurso interposto não merece provimento.

Isso porque, conforme dispõe o § 2º do art. 739 do Código de Proce-

so Civil, acrescentado pela Lei n. 8.953, de 13/12/94:

“§ 2º Quando os embargos forem parciais, a execução prosseguirá quanto à parte não embargada”.

Ademais, o art. 791, inciso I, do Código de Processo Civil, determina que a suspensão da execução poderá ser “no todo *ou em parte*, quando recebidos os embargos do devedor (art. 739, § 2º)” (grifou-se).

Sobre o tema leciona Humberto Theodoro Júnior:

“Os embargos do devedor são sempre de efeito suspensivo, seja a execução fundada em título judicial ou em título extrajudicial (art. 739, § 1º, com a redação da Lei n. 8.953, de 13/12/94).

“Há, porém, possibilidade de os embargos serem parciais, ou seja, versarem apenas sobre parte do crédito sob execução. Quando tal se der, o efeito suspensivo abrangerá tão-somente a parte impugnada da obrigação, e a execução prosseguirá normalmente quanto ao mais (art. 739, § 2º, com a redação da Lei n. 8.953, de 13/12/94).

(...)

“Por fim, admite a lei que os embargos sejam apenas sobre parte do crédito exequendo, caso em que o seu efeito suspensivo não impedirá o prosseguimento da execução quanto à parte não embargada (§ 2º do art. 739, incluído pela Lei n. 8.953/94)” (Código de Processo Civil Anotado. Rio de Janeiro: Forense, 1995, pág. 306).

No mesmo sentido sustenta o douto Araken de Assis:

“A suspensão decorre do recebimento dos embargos, segundo a letra explícita do art. 791, I. Já se entendia desta forma no regime antigo, bem como, a despeito do silêncio da lei, o efeito pode ser parcial, deixando os embargos de questionar integralmente o crédito ou, conforme o objeto da demanda, não almejando livrar todos os bens constritos.

“Esta fórmula restou consagrada, pela Lei n. 8.953/94, nos parágrafos 2º e 3º do art. 739. Se o embargante questiona apenas a taxa de juros e sua capitalização (excesso de execução: art. 743, I), a execução prosseguirá, definitivamente, quanto à parte incontroversa da dívida” (Manual do Processo de Execução. 4ª ed., rev. e atual., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, págs. 1.024/1.025).

Extrai-se do escólio de Amílcar de Castro, ao comentar a respeito do art. 739 do Estatuto Processual Civil, que:

“O § 2º diz respeito a embargos opostos contra apenas parte da execução. Havendo no processo executivo matéria incontroversa, contra ela não se opera o efeito suspensivo previsto nos embargos, porque o escopo de tal efeito é o de permitir-se a discussão do que é controvertido, sem que sejam tomadas providências executivas contra o executado. Daí, se parte da matéria da execução não foi impugnada nos embargos tornar-se-á incontroversa, podendo o procedimento executivo prosseguir quanto a este ponto” (Do Procedimento de Execução: Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1999, pág. 296).

De arremate, Cândido Rangel Dinamarco ensina:

“Quando os embargos do executado questionam o próprio crédito ou a admissibilidade da execução forçada, serão fatalmente dotados de suspensividade integral. Em mais uma situação, contudo, os embargos opostos a uma execução podem deixá-la inatingida em alguma parte. Daí a oportunidade das inovações trazidas com a reforma, que visaram a libertar o processo executivo de suspensões além do necessário e, com isso, permitiram a continuidade da eficácia do título executivo na medida da parte incontroversa do crédito ou da execução” (A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, pág. 262).

No caso em tela, o agravante ajuizou embargos à execução alegando apenas ser inexigível a capitalização mensal dos juros na cédula de crédito rural, “havendo evidente excesso de execução e nulidade da cláusula que a previu” (fl. 19).

Com efeito, insurgindo-se o agravante/embargante apenas contra capitalização mensal de juros sobre o valor originário da dívida, não há nenhum óbice quanto ao prosseguimento da execução em relação à parte incontroversa, correspondente ao valor da dívida sem a incidência da referida capitalização.

O agravante em nenhum momento alegou que seus embargos versavam sobre o principal da dívida. Ao contrário, nas próprias razões recursais ele mesmo aduziu que “opôs embargos à execução nos quais suscita a ilegalidade da capitalização dos juros” (fl. 3).

Ora, se os embargos se limitam a impugnar a existência de anatocismo, sem qualquer menção a eventual defeito formal do título executado ou ao cumprimento da obrigação nele estabelecida, não impugnando o valor do capital financiado, então o provimento que se impõe, a teor do § 2º do art. 739 do CPC, é justamente o adotado pelo juízo *a quo*, no sentido de determinar o prosseguimento da execução da quantia não embargada.

Ainda acerca do § 2º do artigo 739 do Código de Processo Civil, leciona Sérgio Bermudes:

“Há que se entender esse parágrafo no sentido de que são parciais os embargos que não se opuserem à execução de todo o crédito (*v.g.*, só se embargou a cobrança da multa e dos juros e não a do principal; só se questionou a obrigação de dar o semovente e não o imóvel, conjuntamente exigidos)” (A Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1996, págs. 149/150).

E em caso análogo decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“Processo civil. Execução. Embargos do devedor parciais. Se os embargos do devedor atacam apenas os acessórios da dívida, a execução deve prosseguir quanto ao principal (CPC, art. 739, § 2º). Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 137885/PR, rel. Min. Ari Pargendler, j. 7/12/2000).

Dessa forma, deve ser prestigiada a disposição do § 2º do art. 739 do CPC, acrescentado pela Lei n. 8.953/1994, para que se evitem prejuízos ao credor pela demora processual, na interposição de embargos à execução pelo devedor, e para que não

ocorra a suspensão total da execução diante da existência de matéria incontroversa.

O legislador, por meio da Lei n. 8.953/1994, que trouxe inovações ao processo de execução, buscou abreviar a prestação jurisdicional e contribuir para a sua efetividade.

Márcio Louzada Carpena, ao tecer comentários sobre a abreviação da prestação jurisdicional e a efetividade do processo de execução, enfatizou que:

“A efetividade do processo deve ser buscada sempre, seja a nível de processo de conhecimento, cautelar ou execução, enquanto não prejudique os conceitos basilares de justiça, de bom senso e as garantias constitucionais, pois o processo utilizado como veículo de procrastinação e morosidade não pode ser tolerado, porquanto vai contra o próprio espírito da norma, que, em última análise, é o de dar a cada um o que de direito, de forma útil, eficaz e em razoável período de tempo.

(...)

“Se é evidente que o processo necessita de um período temporal para ser desenvolvido, menos evidente não é, que não raras vezes, este se estende demasiadamente por elevado esforço de um dos litigantes que tem interesse direto nisso. De fato, se o período de desenvolvimento do processo, enquanto seqüência de atos é inevitável, o seu prolongamento por vontade manifesta de um dos litigantes, por sua vez, se apresenta amplamente sanável através de alterações na legislação vigente dirigidas a evitar o abuso de direito e a utilização do processo como veículo de retarda-

mento e procrastinação” (Revista Aju-
ris, ano XXVI, n. 77, março de 2000,
págs. 379/380).

E acrescenta:

“Eis as alterações no diploma
processual civil que ajustam-se ao sis-
tema processual vigente contribuindo
de forma hábil, rápida e eficiente para
a solução da lide, coibindo de forma
clara a resistência daqueles que bus-
cam injustificadamente frear a marcha
do processo, ato este ofensivo ao pró-
prio interesse público, na medida que
não só a parte adversa no litígio se vê
prejudicada, mas também toda a socie-
dade, bem como o Estado, enquanto
ente responsável por sustentar a solu-
ção dos conflitos” (*op. cit.*, pág. 387).

Analisando caso semelhante
ao dos autos, decidiu o egrégio Tribu-
nal de Alçada do Paraná:

“Agravado de instrumento — Exe-
cução de título extrajudicial — Penho-
ra de dinheiro — Valor incontroverso
— Liberação em favor do credor com
devolução do remanescente ao devedor
— Decisão acertada — Recurso desprovido.

“Tratando-se de penhora em di-
nheiro, parte incontroversa da execu-
ção não alcançada pelos embargos à
execução, acertada é a decisão que
autoriza o seu levantamento em favor
do credor com a devolução da que so-
bejar ao devedor, nos termos dos arts.
709 e 710 do CPC” (AI n. 91.309-9,
rel. Juiz Jorge Massad).

Colhem-se precedentes tam-
bém do egrégio Tribunal de Justiça do
Estado do Rio Grande do Sul, *in ver-
bis*:

“Agravado de instrumento. Embar-
gos à execução. Valor da causa. Rece-

bimento dos embargos relativamente
à parte incontroversa. Tendo o agra-
vante/embarcante atribuído à causa
valor equivalente à metade da quantia
executada, correta a decisão que de-
terminou o prosseguimento da execu-
ção quanto à parte incontroversa.
Agravado de instrumento desprovido”
(AI n. 70003261583, 6ª Câmara Cível,
rel. Des. Cacildo de Andrade Xavier, j.
7/11/2001).

“Agravado. Execução de senten-
ça. Cabível o prosseguimento da exe-
cução de sentença na parte incontro-
versa do valor em cobrança, os quais
não são objeto de discussão nos em-
bargos de devedor manejados pela
agravada. Agravado provido” (AI n.
70001395003, 5ª Câmara Cível, rel.
Des. Sérgio Pilla da Silva, j.
28/9/2000).

“Embargos a execução que não
ataca a totalidade da dívida. A regra
do art. 739, § 2º, do CPC não é de livre
arbitrio judicial, sendo faculdade da
parte pugnar pela sequência da exe-
cução no que diz com sua parte in-
controversa. Agravado provido” (AI n.
70000287425, 20ª Câmara Cível, rel.
Des. José Aquino Flores de Camargo,
j. 14/12/1999).

“Agravado de instrumento. Ação
de execução. Penhora de dinheiro.
Levantamento do valor incontroverso.
É cabível o levantamento da quantia
incontroversa, depositada para fins de
penhora, sendo parciais os embargos
de devedor, reservando-se 20% para
o caso de eventual sucumbência da
credora. Agravado de instrumento par-
cialmente provido” (AI n. 599011079, 2ª
Câmara de Férias Cível, rel. Des. Lú-
cia de Castro Boller, j. 13/4/1999).

“Processual civil. Embargos à execução. Objeto parcial. Suspensão parcial da execução. 1. A execução das sentenças de desapropriação seguirá o roteiro dos artigos 730 e 731 do CPC. Controvertendo os embargos, opostos pelo executado, apenas parte da dívida, a execução se suspenderá parcialmente, prosseguindo, definitivamente, quanto à parte incontroversa (CPC, artigos 739, § 1º, e 791, I). 2. Agravo de instrumento provido” (AI n. 597254168, 4ª Câmara Cível, rel. Des. Araken de Assis, j. 18/3/1998).

“Agravo de instrumento. Embargos à execução. Parcelas incontroversas. Suspensão da ação de execução. Nos termos do art. 739, § 2º, do CPC, em caso de interposição de embargos parciais, o processo executivo ficará suspenso somente quanto à parte controvertida, prosseguindo-se, desde logo, pela parte incontroversa, não sendo caso de execução provisória, razão pela qual faz-se inaplicável o disposto nos arts. 587 e 588, II, do CPC. Agravo desprovido” (AI n. 195172614, 7ª Câmara Cível, rel. Des. Vicente Barrôco de Vasconcellos, j. 10/4/1996).

Nesse sentido, colacionam-se ainda precedentes desta Corte Estadual de Justiça:

“Agravo de instrumento – Ação de indenização – Execução de sentença – Embargos parciais – Exegese do art. 739, § 2º, do CPC – Decisão que postergou a análise do pedido de prosseguimento da execução quanto à matéria não impugnada para após a realização da audiência de conciliação – Decisão reformada – Recurso provido.

“Se os embargos opostos pelo devedor visam a impugnar apenas parte do valor exequendo, a execução pode ter prosseguimento quanto à parte incontroversa, a teor do disposto no art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil.

“A designação de audiência de conciliação não obsta o prosseguimento do processo executivo, porque representa nada mais do que uma perspectiva de transação, esta que é possível em qualquer momento processual” (AI n. 00.004575-6, de Tubarão, rel. Des. Cercato Padilha. j. 12/9/2002).

“Agravo. Ação de execução. Embargos. Discussão restrita aos encargos incidentes sobre o valor da dívida. Prosseguimento da execução quanto à parte incontroversa – valor principal da dívida. Admissibilidade. Aplicação do disposto no art. 739, § 2º, do CPC. Recurso desprovido.

‘(...) Se os embargos do devedor atacam apenas os acessórios da dívida, a execução deve prosseguir quanto ao principal (CPC, art. 739, § 2º). Recurso especial conhecido e provido’ (REsp n. 137885/PR, rel. Min. Ari Pargendler, 3ª Turma, j. 7/12/2000)” (AI n. 2001.018914-3, de São Joaquim, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, j. 15/8/2002).

Realmente, diante das circunstâncias apresentadas, inquestionável a aplicação do preceito do art. 739, § 2º, do Código de Processo Civil vigente, suspendendo-se a execução apenas quanto à matéria impugnada — capitalização mensal —, prosseguindo-se na parte incontroversa.

Entretanto, no que tange à matéria incontroversa, deve ser analisa-

do, ainda, o valor principal da dívida exequênda.

Extrai-se da interlocutória atacada que:

“No caso dos autos, as matérias argüidas pelo embargante restringem-se tão-somente à parte da remuneração do capital mutuado, havendo portanto reconhecimento por parte do embargante que os valores iniciais representam originariamente a cifra de R\$ 17.334,64 creditados em 18/10/96; R\$ 1.167,23 creditados em 27/1/1997; R\$ 1.490,08 creditados em 2/7/1997; R\$ 1.415,58 creditados em 23/4/1998; R\$ 1.767,45 creditados em 23/9/1998 e R\$ 1.659,75 creditados em 29/9/1998, e que devem ser cobrados, deduzidos os valores pagos assim estipulados: R\$ 47,40 em 23/9/96; R\$ 1.067,15 em 12/12/97; R\$ 1.217,27 em 6/2/1998; R\$ 1.355,53 em 23/4/1998; R\$ 1.419,47 em 3/3/1999 e R\$ 496,68 em 22/9/1999, dando seguimento à execução, sem prejuízo dos embargos na parte em que se tornou controverso” (fls. 22/23).

Todavia, conforme destacado pelo agravante, houve evidente equívoco da contadoria judicial ao apresentar os cálculos de fls. 8 e 9 dos autos da ação de embargos (Agravado de Instrumento fls. 20/21). Extrai-se da cédula de crédito rural exequênda, acostada às fls. 9/14 da demanda executiva (Agravado de Instrumento fls. 33 a 39), que foi firmada apenas em 12 de setembro de 1997, não havendo motivo para considerar que valores creditados quase um ano antes na conta do agravante refiram-se a este título (R\$ 17.334,64 creditados em

18/10/96; R\$ 1.167,23 creditados em 27/1/1997).

O próprio extrato de conta vinculada apresentado pela instituição financeira exequente (fls. 43/44), bem como a inicial da demanda executiva (fls. 26/29), apresentam valores diversos daqueles destacados pela contadoria judicial e consignados na interlocutória agravada.

Realmente, não havendo qualquer relação lógica entre o contrato exequendo e os valores apresentados pela contadoria e consignados na interlocutória impugnada, imprescindível que se proceda à devida correção do *quantum* exequendo, para o prosseguimento da demanda executiva.

Extrai-se da vestibular da execução, conforme fotocópia anexada às fls. 26/29 deste recurso, que, “considerados os juros normais e acrescidos os encargos previstos para inadimplência, a cédula acusa (na data do ajuizamento da ação) o saldo de R\$ 11.776,55 (onze mil, setecentos e setenta e seis reais e cinquenta e cinco centavos)”.

E não havendo impugnação do referido valor na ação de embargos, inquestionável que este deve ser o valor tomado por base para prosseguimento da demanda executiva, devidamente descontada a quantia correspondente à capitalização mensal, única questão controversa.

É de se emprestar, pois, parcial provimento ao recurso interposto para o fim de, considerando equivocados os valores lançados na interlocutória recorrida, determinar que o prosseguimento da execução se dê pelo valor consignado na cédula de crédito exequênda, abatendo-se as parcelas li-

quidadas, conforme apresenta o extrato de conta vinculada de fls. 43/44, sem prejuízo dos embargos em relação à parte controversa – capitalização mensal.

III — Decisão

Pelos motivos assim expostos, dá-se parcial provimento ao reclamo recursal deduzido, exclusivamente para determinar que o prosseguimento da demanda executiva se dê pelo valor consignado na cédula de crédito exequenda, levando-se em consideração o extrato de conta vinculada de

fls. 43/44, sem prejuízo dos embargos em relação à parte controversa.

O julgamento foi presidido pelo Relator, dele participando, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cerato Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.010686-6, DE CONCÓRDIA

Relator: Des. Trindade dos Santos

Execução — Honorários advocatícios — Exceção de pré-executividade — Ausência de título executivo — Rejeição, entretanto, da oposição — Decisão equivocada — Agravo de instrumento — Provimento.

O despacho que, em autos de execução, fixa liminarmente os honorários advocatícios a ser pago ao procurador do exequente para a hipótese de pronto pagamento tem cunho de provisoriedade. Não se alça ele, pois, à condição de título executivo extrajudicial, a justificar o ajuizamento, pelo procurador do credor, enquanto não encerrado o pleito executório, da correspondente execucional.

Custas de lei.

I — Relatório

Pastifícios Giovinezza Ltda. interpôs agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, objetivando a reforma da decisão monocrática que, exarada nos autos da ação de execução proposta pela agravada Yara Elenice Loitey Bergamini, rejeitou a exceção de pré-executividade oposta por Gerson Luiz Biezu, por en-

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.010686-6, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que é agravante Pastifícios Giovinezza Ltda., sendo agravada Yara Elenice Loitey Bergamini:

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, emprestar provimento ao recurso.

tender que a matéria alegada deveria ser objeto de embargos à execução.

Asseverou que o título que apaelha a execução decorre de despacho proferido em ação de execução trocada entre o agravante e o Banco do Estado de Santa Catarina S.A., determinando a citação e fixando honorários advocatícios em 10% para pronto pagamento, este que não pode ser considerado título executivo extrajudicial ou judicial apto a instaurar validamente um processo de execução autônomo proposto pela advogada para cobrar os honorários.

Sustentou que o ato do juiz que determina a citação, fixando honorários para o caso de pronto pagamento em processo de execução, certamente não é sentença, eis que não põe termo ao processo, mas lhe dá o impulso inicial pela determinação para que se angularize a relação jurídica processual.

Disse que a fixação dos honorários no ato (considerado como título) decorre da possibilidade de o devedor, citado, adimplir a obrigação que, no processo de execução engloba o principal, as custas e os honorários.

Requeru a atribuição de efeito suspensivo ao recurso com seu consequente provimento ou a paralisação do processo de Execução n. 019.02.001224-0.

O efeito suspensivo foi deferido, conforme despacho exarado às fls. 113 e 114.

Em resposta, aduziu a agravada que os honorários que lhe cabem, fixados num patamar de 10%, são prontamente exigíveis, porquanto já julgados todos os incidentes proces-

suais, encontrando-se o feito na fase de avaliação dos bens penhorados.

Acentuou que a demanda revisional intentada pela agravante já foi rejeitada pelo Juízo de primeiro grau e não tem conexão com o objeto do processo executório que deu origem à fixação dos honorários advocatícios.

Requeru o desprovimento do recurso.

II — Voto

A situação posta em foco é extremamente singular!

Da análise dos documentos juntados aos autos, observa-se que tramita na comarca de Concórdia a Ação de Execução n. 019.02001224-0, proposta pelo Banco do Estado de Santa Catarina – Besc, contra Pastifícios Giovinazza Ltda. e outros, ação esta ingressada em 30/12/99.

Ao receber a inicial da execução, despachou o Magistrado singular em 3/2/2000: “Citem-se na forma requerida. Honorários de 10% para pronto pagamento” (fl. 157); os embargos à execução propostos pelos executados foram rejeitados liminarmente (fl. 159), sucedendo-se outros recursos, conforme acórdãos anexados aos autos, até a determinação, em 10/1/02 (fl. 177), da avaliação dos bens penhorados.

Por sua vez, a procuradora da instituição financeira exequente, aqui agravada, em causa própria, ingressou com ação de execução de Título Judicial n. 019.02.001224-0, representado pelo “despacho que determinou a citação dos agravantes e estipulou em 10% os honorários para pronto pagamento”, no valor atualizado de

R\$ 38.097,15, originário do percentual de 10% do valor atribuído à causa.

Diante da situação narrada, ingressou o executado com exceção de pré-executividade, que foi rejeitada, por entender o Magistrado *a quo* tratar-se de matéria a ser argüida em embargos à execução.

Contudo, entendemos ter laborado em equívoco o Juiz monocrático!

De início, obtempere-se sobre a impossibilidade da cobrança dos honorários advocatícios precedentemente ao pagamento do débito escutado; ao preceituarem os arts. 709 e 710 do CPC, que alienados os bens penhorados, o juiz autorizará o exequente a levantar, até o limite de seu crédito, o dinheiro depositado, incluindo nesse levantamento também os honorários e as custas

E, no caso em comento, advirta-se, a execução originária (do título executivo extrajudicial) encontra-se em fase de avaliação dos bens penhorados (pág. 177), fase esta que em muito antecede a resolução da dívida sob cobrança.

O mestre Humberto Theodoro Júnior assinala:

“O direito do credor, de levantar o dinheiro depositado, não compreende toda a soma existente, mas apenas o correspondente ao principal da dívida, juros, custas e honorários advocatícios” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 3ª ed., São Paulo: Leud, 1987, pág. 978).

De outra ponta, jamais poderia o despacho que deu impulso inicial à Execução n. 019.99.007965-00, determinando a citação e fixando honorários para o caso de pronto pagamento, ser

considerado título executivo judicial, eis que não se reveste de qualquer das hipóteses arroladas no art. 584 do Código de Processo Civil, que merece transcrição:

“São títulos judiciais:

“I — sentença condenatória proferida no processo civil;

“II — sentença penal condenatória transitada em julgado;

“III — a sentença arbitral e a sentença homologatória de transação ou de conciliação;

“IV — sentença estrangeira, homologada pelo Supremo Tribunal Federal;

“V — o formal e a certidão de partilha”.

Enumerando o código a hipóteses em que o ato do juiz pode tornar-se um título executivo judicial, fazendo-o de forma taxativa, não é permitido sua interpretação ser alargada com interpretações extensivas.

O processualista Alcides de Mendonça Lima ao comentar sobre os títulos executivos judiciais ressalta:

“No ordenamento brasileiro não tem influência a origem da ‘sentença’ dentro do processo, quanto à classificação como título executivo: sempre será judicial. O mais comum é o título ser oriundo de provimento do juiz, decidindo o conflito de interesses suscitado no processo. Será, então o verdadeiro título judicial” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VI, 7ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1991, pág. 242).

Anote-se o seguinte aresto desta Casa de Justiça:

“Execução — Título executivo judicial ou extrajudicial — Necessida-

de — Art. 584/CPC — Art. 585/CPC — Promessa de compra e venda — Inadmissibilidade — Carência de ação.

“Execução. Nos termos do art. 583 do CPC, deve ter por base títulos executivos judiciais ou extrajudiciais, os primeiros definidos no art. 584 e os demais no art. 585, em cujo rol não figura o contrato de promessa de compra e venda de imóvel de que não consta obrigação do devedor de pagar quantia determinada ou de entregar coisa fungível. — Ausente, pois, título executivo, ‘condição necessária e suficiente’ para o procedimento, conforme José Alberto dos Reis, *apud* Humberto Theodoro Júnior (Curso de Direito Processual Civil, 11/737), é o exequente carecedor da ação, pelo que bem acolhidos os embargos do devedor — Apelo desprovido” (Ap. Cív. n. 38.743, de Palhoça, rel. Des. João José Schaefer).

E, da simples leitura do despacho que embasou a ação executiva sob enfoque, vê-se claramente que não se trata de um título executivo judicial, não nascendo ele de uma sentença ou decisão passível de execução, trata-se, sim, de despacho ordinatório que deu início ao processo executivo, determinando o primeiro impulso processual — a citação.

Professa a respeito E. D. Moniz de Aragão:

“(…) *todos os despachos que visem unicamente à realização do impulso processual, sem causar qualquer lesão ao direito das partes, serão de mero expediente. Caso, porém, ultrapassem esse limite e acarretem ônus ou afetem direitos, causando algum dano (máxime se irreparável) de-*

ixarão de ser mero expediente e ensejarão recurso” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, 1ª ed., São Paulo: Forense, 1974, pág. 45, grifamos).

Aponte-se, ainda, que mesmo esgotado todo e qualquer meio processual para a discussão da dívida pelos devedores, tal fato não importa em autorização para, isoladamente, a procuradora do credor interpor ação isolada, procurando cobrar honorários advocatícios arbitrados na inicial da ação de execução originária (do título extrajudicial); vale dizer: inexistente no direito mutação processual quanto à aquilatação dos atos do juiz, não podendo um despacho ordinatório transformar-se em sentença ou em decisão interlocutória.

Entendemos que a pretensão da exequente em cobrar honorários advocatícios, por meio de ação de execução de título judicial, embasada em despacho impulsionador do feito de execução anterior, é esdrúxula, podendo ser relacionada, outrossim, no rol das heresias jurídicas.

Destarte, ao ingressar o executado com a exceção de pré-executividade, apontando, e com toda razão, a inexistência de título executivo judicial, não poderia sua reivindicação ter sido rejeitada, eis que flagrante a impossibilidade do pedido execucional!

Registre-se que, independentemente do aforamento de embargos à execução, sendo a nulidade da execucional pela ausência de executoriedade do título representador do crédito ajuizado matéria apreciável de ofício, cabível é a dedução pelo executado da competente exceção de pré-executividade.

A possibilidade da utilização de tal exceção, em se tratando de matéria conhecível de ofício ou de ordem pública, tem-se tornado indiscutível.

Parte ela — a exceção em pauta — do pressuposto basilar de que não se pode iniciar ou prosseguir com uma execução que não preenche todos os requisitos legais exigíveis, o que, aliás, é óbvio.

Revela-se ela, assim, como um instrumento adequado para a correta e integral aplicação do citado pressuposto.

Lecionando a respeito, sustentam Marcos Valls Feu Rosa:

“... a admissão da exceção de pré-executividade atrai, para o processo de execução, discussões acerca dos requisitos da execução, que, tradicionalmente, sempre foram travadas nos embargos.

“Ocorre que os embargos só são admissíveis após a segurança do juízo, a qual, a toda evidência, não pode ocorrer em execução que não preenche todos os requisitos legais.

“Desta circunstância é que decorre a exceção de pré-executividade, através da qual são discutidos os requisitos da execução em qualquer tempo, antes mesmo da segurança do juízo, no próprio processo de execução.

“É a exceção de pré-executividade, portanto, um instrumento fundamental para o processo de execução, sem o qual teríamos execuções tramitando em afronta ao princípio do devido processo legal, constitucionalmente assegurado” (Exceção de Pré-executividade, 1996, Porto Ale-

gre: Sérgio Antonio Fabris Editor, págs. 11/12).

Por seu turno, define-a Luiz Peixoto de Siqueira Filho, como sendo:

“...a argüição de nulidade feita pelo devedor, terceiro interessado, ou credor, independente de forma, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, referente aos requisitos da execução, que suspende o curso do processo até o seu julgamento, mediante procedimento próprio, e que visa à desconstituição da relação jurídica processual executiva e conseqüente aos atos de constrição judicial” (Exceção de pré-executividade. 2ª ed., Rio de Janeiro : *Lumen Juris*, 1998, pág. 92).

Também a propósito, totalmente afinado com esse entendimento, diz o aplaudido Humberto Theodoro Júnior:

“A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como *ex officio*. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá argüir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução” (Processo de Execução, pág. 157).

O mesmo entendimento, encontramos, dentre outros, nos acórdãos assim ementados:

“Processo de execução — Nulidade *ipso iure*, também alegável diretamente no processo de execução, sem forma de juízo — Dever do juiz de recusar-se a promover atos de execução fundados em título viciado de nulidade absoluta e, conseqüente-

mente, privado de força executiva” (JTACivSP, Lex 64/15).

“A nulidade do título em que se embasa a execução pode ser argüida por simples petição, uma vez que suscetível de exame *ex officio*, pelo juiz” (STJ, RT 671/187).

“A argüição de nulidade da execução, com base no art. 618 do estatuto processual civil, não requer a propositura da ação de embargos à execução, sendo resolvida incidentalmente” (REsp n. 3.079/MG, rel. Min. Cláudio Santos).

Ou:

“Não se revestindo o título de liquidez, certeza e exigibilidade, condições basilares exigíveis no processo de execução, constitui-se em nulidade, como vício fundamental, podendo a parte argüi-la, independentemente de embargos do devedor, assim como pode e cumpre ao juiz declarar, de ofício, a inexistência desses pressupostos formais, contemplados na lei processual civil” (REsp n. 13.960/SP, rel. Min. Waldemar Zveiter).

Por último:

“É cediço, tanto em doutrina como em jurisprudência, que a nulidade da execução, por até proclamável de ofício, pode ser perfeitamente argüida a qualquer tempo, não *reclamando*, por isso, que o juiz esteja seguro pela penhora ou que haja, necessariamente, a apresentação de embargos” (TACivSP, 4ª Câmara, Al n. 350.619, rel. Juiz José Bedran).

Por isso, tratando-se de matéria de ordem pública, a que afeta a possibilidade jurídica de determinada execução, quando falho mostrar-se o controle judicial a respeito, pode ser

ela alvo de exceção de pré-executividade, com esta impondo-se sempre recepcionada, a fim de que sobre ela instaure-se a indispensável discussão.

Em suas conclusões, o jurista antes referido — Marcos Valls Feu Rosa — anota os seguintes princípios norteadores da exceção mencionada:

“1) A exceção de pré-executividade surge da deficiência da atuação do juiz, que não cumpre ou cumpre mal com o seu ofício, dando início ou prosseguimento a uma execução que não preenche os requisitos legais;

“2) A exceção de pré-executividade não é um instrumento de defesa, mas, sim, um instrumento de provocação do órgão jurisdicional, através do qual se requer manifestação acerca dos requisitos da execução;

“3) Através da exceção de pré-executividade o juiz é instado a analisar matérias conhecíveis de ofício, afirmando ou não a ausência dos requisitos da execução, com conseqüente extinção ou prosseguimento da mesma;

“4) A exceção de pré-executividade pode e deve ser argüida em qualquer tempo e grau de jurisdição, pois somente execuções regulares podem subsistir no mundo jurídico, não podendo ser praticados atos executivos em execuções que não obedçam ao devido processo legal;

“5) Não se admite a utilização da exceção de pré-executividade e dos embargos concomitantemente;

“6) A exceção de pré-executividade independe de maiores questionamentos acerca de legitimidade e forma, uma vez que o seu objetivo é

alertar o juiz para a ausência dos requisitos da execução proposta;

“7) A oposição de exceção de pré-executividade suspende a execução e enseja contraditório, devendo o juiz se posicionar de plano, acolhendo-a ou rejeitando-a;

“8) Acolhida que seja a exceção de pré-executividade, e constatada a ausência dos requisitos da execução, deverá a mesma ser declarada extinta através de sentença terminativa, que condenará o autor nas custas e na verba honorária, se houver causa para tanto;

“9) Rejeitada a exceção de pré-executividade, com confirmação da presença dos requisitos da execução, deverá o juiz prosseguir com a execução, proferindo decisão e apontando o responsável pelas custas acrescidas” (ob. cit., págs. 105 e 106).

Podemos afirmar que o caso apresentado no presente recurso revela-se, por todas as razões já delineadas, de inexistência de título executivo, concluindo-se, então, pela extinção da ação executiva por impossibilidade jurídica do pedido, a qual,

não sendo detectada inicialmente pelo Magistrado *a quo*, leva a êxito a exceção de pré-executividade aforada pelo executado.

III — Decisão

À vista do exposto, empresta-se provimento ao agravo de instrumento manejado, acolhendo-se a exceção de pré-executividade deduzida pela agravante, com a decorrente extinção da execução deflagrada, condenando a recorrida, no âmbito da executacional, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 5% sobre o valor atualizado do débito executado.

O julgamento foi presidido pelo Relator, dele participando, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cícero Padilha e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 28 de novembro de 2002.

Pedro Manoel Abreu,
Presidente para o acórdão;
Trindade dos Santos,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.000545-5, DE INDAIAL

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Execução — Penhora de veículos — Alegação de cerceamento de defesa — Deferimento do pedido de averbação da penhora no departamento de trânsito — Desnecessidade de intimação da executada — Inexistência de prejuízo — Acolhimento do pedido de reforço de penhora — Ampliação determinada sem a prévia manifestação da devedora acerca da avaliação dos bens — Art. 685 do CPC — Ofensa ao princípio do contraditório (art. 5º, LV, da CF) — Nulidade da decisão e dos atos

subseqüentes — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.000545-5, da comarca de Indaial (2ª Vara), em que é agravante Serrarias Gunther Ricardo Ebert Ltda., sendo agravado Ari Ferrari:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto por Serrarias Gunther Ricardo Ebert Ltda. contra as decisões do Juiz de Direito da 2ª vara da comarca de Indaial que, nos autos da execução, promovida por Ari Ferrari, determinaram a averbação da penhora de veículos (fl. 106), o reforço de penhora (fl. 133) e a remoção dos bens penhorados (fl. 138).

Aduziu ser empresa de exploração do ramo de serrarias, beneficiados e resserrados de madeira, reflorestamento, comércio e agricultura, sediada na comarca de Indaial.

Salientou que o imóvel oferecido à penhora nos autos da execução foi recusado, razão pela qual procedeu-se à constrição dos veículos indicados pelo credor e descritos no auto de penhora e depósito.

Afirmou que, depois de seguro o juízo, apresentou embargos à execução.

Alegou cerceamento do direito de defesa, ressaltando que o Magistrado promoveu a continuidade do feito por meio do deferimento de pedidos formulados pelo agravado, os quais

resultaram no registro da constrição judicial dos veículos pelo Detran de Florianópolis e de Indaial, no reforço de penhora e na remoção dos bens penhorados, sem que fosse intimada para manifestar-se nos autos.

Destacou, ainda, que não teve oportunidade de falar sobre a avaliação dos bens.

Asseverou a injustiça da decisão que determinou a remoção dos veículos utilizados diariamente no desenvolvimento de suas atividades comerciais.

Ressaltou que a remoção dos bens penhorados não encontra justificativa plausível, pugnando pela concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 2/11).

Em despacho de fls. 202/204 concedeu-se o efeito almejado.

Inconformado, o agravado interpôs agravo regimental e pediu a reconsideração da decisão (fls. 211/220).

Em seguida, apresentou contra-razões, sustentando que a agravante omitiu informações a respeito do estado de conservação dos bens; que os pedidos formulados e deferidos nos autos visaram apenas a garantir a efetividade da prestação jurisdicional; que o recurso é manifestamente protelatório; que a conduta da agravante pode ser caracterizada como fraude à execução, litigância de má-fé e falsidade ideológica; que os bens removidos podiam ser liberados mediante a prestação de caução; que os bens podem ser depositados em mãos de terceiro; que a alegação de cerceamento de defesa deve ser desconsiderada em razão dos fatos e procedimentos realizados (fls. 262/284).

Nos termos de fls. 356 e 359/370 restou indeferido o pedido de reconsideração e não conhecido o agravo regimental.

II — Voto

Primeiramente, a agravante insurge-se contra as decisões que determinaram a averbação da penhora dos veículos no departamento estadual de trânsito, o reforço de penhora e a remoção dos bens penhorados, alegando que não foi intimada para apresentar manifestação nos autos.

De acordo com os documentos que instruem o presente recurso, conclui-se que a executada somente tomou conhecimento dos despachos de fls. 106, 133 e 138 por meio do mandado de reforço de penhora, remoção e intimação de fl. 140v.

A primeira decisão deve ser mantida, pois o deferimento do pedido de averbação da penhora no departamento estadual de trânsito, independentemente da cidade para a qual tenha sido encaminhado o respectivo ofício, prescinde da intimação da devedora, na medida em que consiste mero registro das obrigações assumidas nos autos, destinado a produzir efeitos contra terceiros.

Ademais, a procuradora da executada, ao retirar os autos do processo em carga (fl. 105v.), restou informada do pedido de registro da penhora, formulado pelo exequente nos termos de fl. 102.

Por esses motivos, não se vislumbra prejuízo na determinação de averbação da penhora dos veículos.

Não se pode dizer o mesmo da decisão que acolheu o pedido de reforço de penhora sem a prévia manifestação da devedora.

Preceitua o Código de Processo Civil:

“Art. 685. Após a avaliação, poderá mandar o juiz, a requerimento do interessado e *ouvida a parte contrária*:

“I — reduzir a penhora aos bens suficientes ou transferi-la para outros, que bastem à execução, se o valor dos penhorados for consideravelmente superior ao crédito do exequente e acessórios;

“II — ampliar a penhora, ou transferi-la para outros bens mais valiosos, se o valor dos penhorados for inferior ao referido crédito” (grifei).

Ao abordar a modificação da penhora, Humberto Theodoro Júnior assevera:

“A *ampliação* da penhora pode ocorrer quando, após a avaliação, verificar-se que os bens apreendidos são insuficientes para resgate integral do direito do credor. Essa ampliação depende de requerimento do exequente e *só será deferida após a audiência da parte contrária*. Pode compreender a apreensão de novos bens para reforço dos já penhorados, ou a substituição destes por outros mais valiosos (art. 685, n. II)” (Execução, 2ª ed., Rio de Janeiro, Aide, 1996, pág. 75) (grifei).

Conquanto a decisão que ordenou a averbação da penhora e a avaliação dos bens tenha determinado a intimação de ambas as partes (fl. 106), o fato é que, após a apresentação do laudo de avaliação (fls. 112/113), o Magistrado reputou insuficientes os bens penhorados (fl. 133), deferindo o pedido de reforço de penhora formulado pelo credor (fls. 114/118), sem ouvir a devedora.

Além de representar violação da regra disposta no art. 685 do CPC, a ampliação da penhora sem a prévia intimação da executada para manifestar-se acerca da avaliação dos bens configura ofensa ao princípio do contraditório, enunciado no art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“Processual — Execução provisória — Título extrajudicial — Caução — Desnecessidade visto que não implica ato que importe alienação do domínio — Nulidade face quebra do princípio do contraditório — Agravo provido parcialmente — CPC, art. 685.

“A decisão que defere a ampliação da penhora, causando gravame ao executado, justifica a interposição de agravo.

‘Não sendo definitiva a execução, pode seguir sem prestação de caução, até o momento do levantamento do dinheiro ou bens’.

“Importa em nulidade pela quebra do princípio do contraditório a ampliação da penhora sem que o executado tenha tido oportunidade de se manifestar a respeito da avaliação” (AI n. 9.396, de Araranguá, rel. Des. Amaral e Silva).

“Ampliação da penhora. Ausência de intimação do devedor. Ofensa ao princípio do contraditório. Nulidade caracterizada. Exegese do *caput* do art. 685 do CPC” (AI n. 98.012556-1, de São José, rel. Des. Silveira Lenzi).

Em seus comentários sobre o contraditório, Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery salientam:

“A garantia do contraditório compreende para o autor a possibilidade de

poder deduzir ação em juízo, alegar e provar fatos constitutivos de seu direito e, quanto ao réu, ser informado sobre a existência e conteúdo do processo e poder reagir, isto é, fazer-se ouvir (Rosenberg-Schwab-Gottwald, ZPR, § 85, III, 456/457; Dinamarco, Fund., 93). Para tanto é preciso dar as mesmas oportunidades para as partes (*Chancengleichheit*) e os mesmos instrumentos processuais (*Waffengleichheit*) para que possam fazer valer em juízo os seus direitos” (Código de Processo Civil Comentado e Legislação Processual Civil Extravagante em Vigor, 5ª ed., São Paulo, RT, 2001, pág. 25).

Reconhecida a ofensa ao princípio constitucional do contraditório, impõe-se a nulidade da decisão e dos atos subseqüentes, conforme disposto no art. 248 do Código de Processo Civil.

Nesse contexto, dá-se provimento ao recurso para anular o processo desde a decisão que determinou a ampliação da penhora e permitir a manifestação da devedora, na forma prescrita pelo art. 685 do Código de Processo Civil.

III — Decisão

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso para anular o processo desde a decisão que determinou a ampliação da penhora e permitir a manifestação da devedora, na forma prescrita pelo art. 685 do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eládio Torret Rocha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 1º de outubro de 2002.

*Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.*

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.005549-8, DE PALHOÇA

Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra

Agravo de instrumento — Alienação fiduciária — Busca e apreensão — Decreto-Lei n. 911/69 — Compatibilidade com a Constituição Federal — Aplicação impositiva — Indeferimento da liminar — Inadimplemento do devedor — Irregularidade da notificação por edital — Protesto inoperante — Mora não comprovada — Ausência de requisito para a concessão da medida — Decisão mantida sob outro fundamento — Recurso desprovido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.005549-8, da comarca de Palhoça (1ª Vara), em que é agravante Banco Bradesco S.A., sendo agravado Alvaro Tolentino Schmitz:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso, mantendo a decisão sob outro fundamento.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Agravo de instrumento interposto pelo Banco Bradesco S.A. contra a decisão da Juíza de Direito da 1ª Vara da comarca de Palhoça que, nos autos da ação de busca e apreensão, promovida contra Alvaro Tolentino Schmitz, indeferiu a liminar postulada, entendendo que a aplicação dos preceitos do Decreto-Lei n. 911/69 representa ofensa aos princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório.

Aduziu que as partes firmaram contrato de financiamento de bens e

veículos garantido por alienação fiduciária.

Asseverou que o agravado tornou-se inadimplente, e que foi constituído em mora por meio do protesto de nota promissória, conforme disposto no art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69.

Afirmou que a mora restou comprovada pelo instrumento de protesto expedido depois de frustrada a tentativa de notificação pessoal do réu.

Ressaltou que o fato de o protesto ser precedido por edital em nada influencia a sua validade.

Assinalou que os requisitos essenciais para a concessão da medida, quais sejam, o inadimplemento das obrigações e a constituição em mora, encontram-se presentes no caso.

Salientou a constitucionalidade das normas dispostas no Decreto-Lei n. 911/69.

Pugnou pela concessão de efeito suspensivo ao recurso (fls. 2/9).

Em despacho de fls. 31/32 concedeu-se o efeito almejado.

Intimado, o agravado não apresentou contra-razões (fl. 38).

II — Voto

Apesar de respeitáveis os posicionamentos que serviram de fundamento ao despacho agravado, destoa do entendimento da Corte Suprema. Não existe incompatibilidade entre o procedimento estabelecido no Decreto-Lei n. 911/69 e os princípios enunciados na Constituição Federal de 1988, conforme infere-se dos seguintes precedentes:

“Alienação fiduciária. Busca e apreensão.

“Recurso extraordinário de que não se conhece, por não se configurar a alegada incompatibilidade entre o disposto nos itens XXXVII e LV do art. 5º da Constituição e o procedimento estabelecido pelo Decreto-Lei n. 911/69” (RE n. 141320/RS, rel. Min. Octávio Gallotti, DJ de 28/2/97, pág. 4.071).

“Agravamento regimental em recurso extraordinário. Constitucional. Decreto-Lei n. 911/69. Norma recebida pela Constituição Federal de 1988.

“Decreto-Lei n. 911/69. Norma recebida pela Constituição Federal de 1988. Precedente do Tribunal Pleno. Unificação de jurisprudência, mediante edição de súmula. Desnecessidade. Observância do disposto no artigo 101 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

“Agravamento regimental não conhecido” (AGRRE n. 281029/RS, rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 1º/6/01, pág. 82).

No mesmo sentido, a jurisprudência deste Tribunal:

“Agravamento de instrumento — Alienação fiduciária de bens móveis — De-

creto-Lei n. 911/69 — Constitucionalidade reconhecida pelo excelso Pretório — Aplicabilidade inarredável — Recurso acolhido” (AI n. 99.020626-2, de Rio do Sul, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

“Alienação fiduciária — Decreto-Lei n. 911/69 — Limitação do prazo e da matéria de defesa — Ausência de vulneração à Constituição Federal.

“O Decreto-Lei n. 911/69, em seu art. 3º e parágrafos, ao prever o procedimento específico para a ação de busca e apreensão de bem alienado fiduciariamente, não viola o princípio constitucional do *due process of law*, no qual estão inseridos os princípios do contraditório e da ampla defesa” (AI n. 99.019123-0, de Gaspar, rel. Des. Eder Graf).

Embora a legislação regulamentadora da alienação fiduciária tenha sido editada num momento conturbado da história do país, o fato é que as partes firmaram um acordo de vontades, cujo descumprimento enseja a providência perseguida pelo credor fiduciário. Por essa razão, a observância dos preceitos que regem a relação contratual é medida que se impõe.

Nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69, “o proprietário fiduciário ou credor poderá requerer contra o devedor ou terceiro a busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, a qual será concedida liminarmente, desde que comprovada a mora ou o inadimplemento do devedor”.

Passa-se, pois, à análise dos requisitos para a concessão da liminar de busca e apreensão.

Dispõe o art. 2º, § 2º, do Decreto-Lei n. 911/69:

“A mora decorrerá do simples vencimento do prazo para pagamento e poderá ser comprovada por carta registrada expedida por intermédio de Cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título, a critério do credor”.

Com efeito, conquanto a mora opere-se *ex re*, ou seja, independentemente de interpelação, a comprovação dela é imprescindível à busca e apreensão do bem alienado fiduciariamente, conforme enunciado pela Súmula 72 do Superior Tribunal de Justiça.

Para tanto, exige-se a notificação pessoal do devedor, a qual deve ser entregue em suas mãos ou enviada ao seu endereço. Optando o credor pelo envio por intermédio do correio ou do cartório de títulos e documentos, torna-se obrigatória a comprovação da remessa e da efetiva entrega ou recebimento no seu destino, sob pena de não configurar a mora na forma prevista pelo Decreto-Lei n. 911/69.

No caso dos autos, o credor pretende comprovar a constituição em mora do devedor por meio do instrumento de protesto da nota promissória vinculada ao contrato de alienação fiduciária.

Consoante os termos dispostos neste documento, o protesto foi precedido de intimação “por carta AR 56632, Edital em 17/12/2001” (fl. 19).

A respeito da intimação do protesto, Amador Paes de Almeida assinala:

“Constituindo-se num dos requisitos fundamentais do protesto, a intimação é o seu complemento que, sem ela, torna-se inoperante.

“Assim sendo, a intimação postal, acompanhada do respectivo ‘AR’, deve ser regularmente feita e cumprida em prazo hábil (o protesto por falta de pagamento deve ser efetuado em três dias), constituindo-se a intimação por edital flagrante exceção, que só se admite quando, expedida a carta intimatória, não haja sido possível a intimação, com a sua necessária devolução pelo Correio” (Teoria e Prática dos Títulos de Crédito, 11ª ed., São Paulo, Saraiva, 1987, págs. 251/252).

De acordo com o art. 15 da Lei n. 9.492/97, “a intimação será feita por edital se a pessoa indicada para pagar for desconhecida, sua localização incerta ou ignorada, for residente ou domiciliada fora da competência territorial do Tabelionato, ou, ainda, ninguém se dispuser a receber a intimação no endereço fornecido pelo apresentante”.

Colhe-se da jurisprudência deste Tribunal:

“Agravado de instrumento — Busca e apreensão — Alienação fiduciária em garantia — Protesto — Deficiência — Mora não comprovada a contento — Liminar negada — Hipótese de carência da ação — Reconhecimento — Extinção que se decreta de ofício.

“À possibilidade jurídica da ação de busca e apreensão sustentada em contrato de alienação fiduciária em garantia é pressuposto indispensável a comprovação da mora do alienante, comprovação essa que, nos moldes da lei, pode ser feita por notificação extrajudicial através do cartório de Títulos e Documentos ou pelo protesto do título.

“Para tanto, a intimação do devedor deve ser pessoal, só estando autorizada a intimação via edital, que

é exceção à regra geral, quando expedida a carta intimatória não tiver sido possível, por qualquer circunstância, a intimação pessoal, condição essa que deve estar devidamente justificada nos autos, a fim de que se legitime a providência editalícia.

“Não integrado esse pressuposto, o credor é carecedor da ação, circunstância essa que pode e deve ser reconhecida em qualquer grau de jurisdição, com a conseqüente extinção do pedido” (AI n. 2001.020935-7, de Catanduvas, rel. Des. Trindade dos Santos — grifei).

Daí conclui-se que a intimação por edital tem como pressuposto essencial a demonstração da prévia e frustrada tentativa de ciência pela via epistolar, a qual depende da juntada aos autos do comprovante do envio de correspondência noticiatória para o endereço do devedor e da devolução devidamente justificada.

Não havendo nos autos do presente recurso qualquer comprovante

de remessa da correspondência, muito menos o motivo de sua devolução, nada mais resta senão reputar inoperante o protesto para fins de constituição da mora do devedor.

Ausente um dos requisitos para o deferimento da liminar de busca e apreensão, qual seja, a comprovação da mora, a decisão deve ser mantida sob outro fundamento.

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso, mantendo-se a decisão sob outro fundamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 7 de novembro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente e Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.018439-7, DE LAGES

Relator: Des. Luiz César Medeiros

Processual civil – Tutela antecipada contra a Fazenda Pública – Ausência de verossimilhança – Irreversibilidade do efeito que se pretende antecipar – Impossibilidade – Recurso provido.

Na antecipação de tutela o autor deverá demonstrar e convencer o juiz de que o resultado fático antecipado é passível de reversão. Essa exigência deriva de norma constitucional que preserva o princípio do devido processo legal; portanto, é requisito indeclinável.

Também deverá o requerente trazer aos autos provas suficientes para formar o juízo de verossimilhança, que é condição

sine qua non para a concessão do provimento jurisdicional que antecipa a tutela.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.018439-7, da comarca de Lages, em que é agravante o município de Lages, agravada Assunta Catarina Milani Zeni e interessados Mário César Köche e Hospital e Maternidade Tereza Ramos:

ACORDAM, em Sexta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo município de Lages contra despacho que deferiu parcialmente a antecipação da tutela em ação de indenização, promovida por Assunta Catarina Milani Zeni, em que o Município agravante foi compelido a custear as despesas do tratamento médico-hospitalar da autora.

O agravante defende ser indevida no caso em tela a antecipação da tutela: primeiro, porque esgotou o objeto da ação, o que é defeso pelo § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92; segundo, porque a decisão não pode ser cumprida sem ferir a previsibilidade do orçamento; terceiro, por considerar indevida a concessão de tutela antecipada contra o Estado, ante a obrigatoriedade de reexame; e, por fim, pela não caracterização da verossimilhança das alegações da apelada/requerente.

O efeito suspensivo foi concedido.

Foram aduzidas as contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Antônio Gercino Ramos de Medeiros, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do agravo.

II — Voto

1. O ponto central da questão brandida pelo agravante reside na possibilidade ou não da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública.

Embora as acirradas divergências registradas pela doutrina e jurisprudência, entendo viável a concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nos casos em que, além dos requisitos que a autorizam, não implique burla à regra estatuída no art. 475 do Código de Processo Civil e não represente a antecipação de dispêndios de caráter patrimonial que somente poderiam ser obtidos após o regular processamento do precatório previsto no art. 100 da Carta Magna.

Como é sabido, prevê o art. 475, inc. I, do Código de Processo Civil que as sentenças proferidas contra a União, contra o Estado e contra o Município estão sujeitas ao duplo grau de jurisdição, adquirindo eficácia a decisão de primeira instância somente após o reexame pelo Tribunal.

Ainda que no art. 273 do Código Instrumental não haja expresse impedimento quanto à concessão de tutela antecipada nas ações contra a Fazenda Pública, verifica-se que o de-

ferimento da medida produz os efeitos executivos daquela.

Humberto Theodoro Júnior, apesar de entender ser admissível a concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, ao exarar comentário sobre o assunto, leciona:

“Mais do que um julgamento antecipado da lide, a medida autorizada pelo art. 273 do CPC vai ainda mais longe, entrando, antes da sentença de mérito, no plano da atividade executiva. Com efeito, o que a lei permite é, em caráter liminar, a execução de alguma prestação que haveria, normalmente, de ser realizada depois da sentença de mérito, e já no campo da execução forçada. Realiza-se, então, uma provisória execução, total ou parcial, daquilo que se espera venha a ser o efeito de uma sentença ainda por proferir” (Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.) Aspectos Polêmicos da Antecipação de Tutela. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 188).

Dessa forma, a concessão da tutela antecipatória contra o Estado, parece, em princípio, ser incabível, pois estar-se-ia antecipando um efeito fático sem o preenchimento das condições para o exercício imediato, uma vez que não confirmado pela instância superior.

Nesse sentido, destaca Antonio Raphael Silva Salvador:

“(...) entendemos impossível a tutela antecipada concedida a favor do autor contra a União, o Estado e o Município, pois aí haveria, obrigatoriamente, pedido de reexame necessário se a concessão fosse em sentença final, o que mostra que não é possível, então, a tutela antecipada, que burla-

ria a proteção legal prevista no art. 475, II, do Código de Processo Civil.

“Compreenda-se que se nem a sentença definitiva, proferida após instrução da causa poderia introduzir efeitos, desde logo, se vencida pessoa jurídica de direito público, então muito menos se poderia pretender dar esse efeito em julgamento provisório e revogável. Tudo estaria sujeito ao duplo exame, ao chamado reexame necessário obrigatório para a sentença contra a União, Estados e Municípios, só produzindo efeitos após confirmação pelo tribunal competente” (Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, São Paulo: Malheiros, 1995, págs. 56/57).

Araken de Assis, ao analisar acerca da proibição da antecipação, afirma:

“Como ensina Calmon de Passos, a antecipação da tutela é problema de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que com isso incida em inconstitucionalidade. Assim, o art. 1º da Lei n. 8.437 veta a concessão de liminar contra a Fazenda Pública, em quaisquer ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que semelhante providência não puder ser obtida através de mandado de segurança (v.g., pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias: art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66). A proibição alcançará, em identidade de situações, a antecipação da tutela (art. 273).

“Rigorosamente constitucional, deste modo, o art. 1º da Lei n. 9.494 de 10/9/97, que tornou letra explícita a proibição já subsumida na Lei n. 8.437/92” (Teresa Arruda Alvim Wambier (Org.) *op. cit.*, pág. 28).

No que se refere à forma do pronunciamento jurisdicional para conceder ou negar a tutela antecipada, no estudo “A Fazenda Pública e a Antecipação Jurisdicional da Tutela”, observa Francesco Conte:

“Descabe, reitere-se, em perspectiva de interpretação sistemática, a antecipação de tutela quando, no pólo passivo, figurar a União, os Estados Membros, o Distrito Federal, os Territórios e os Municípios, posto que, se a própria sentença proferida contra estas entidades de direito público está sujeita ao reexame necessário, não produzindo efeito senão depois de confirmada pelo tribunal (art. 475, II, do CPC), a medida antecipatória, concedendo o próprio direito afirmado pelo autor, consubstanciando mera decisão interlocutória, *a fortiori*, não tem, na espécie, aptidão para produzir qualquer efeito. A eficácia do apêndice (decisão interlocutória) não pode ser maior do que a do próprio corpo (sentença).

“A decisão interlocutória, na espécie, não tem o efeito de produzir os efeitos interditados, *ex vi* do disposto no art. 475, II, do CPC, ao pronunciamento jurisdicional mais importante que é a própria sentença” (Revista dos Tribunais, vol. 718, pág. 20, 8/95).

Os ilustres operadores do direito Mirna Cianci e Luiz Duarte de Oliveira, em recente estudo acerca da possibilidade de antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, aduzem:

“Não mais se discute a constitucionalidade das normas que restringem ou impedem a concessão de liminares contra o Poder Público. O Prof. J. J. Calmon de Passos opina a respei-

to, com indiscutível clareza e juridicidade, que merece destaque:

‘Sempre sustentei que a garantia constitucional disciplinada no inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal (a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito) diz respeito, apenas, à tutela definitiva, aquela que se institui com a decisão transitada em julgado, sendo a execução provisória e a antecipação da tutela problemas de política processual, que o legislador pode conceder ou negar, sem que isso incida em inconstitucionalidade. Vetar liminares neste ou naquele processo jamais pode importar inconstitucionalidade, pois configura interferência no patrimônio ou na liberdade dos indivíduos, com preterição, mesmo que em parte, das garantias do devido processo legal, de base também constitucional. Daí sempre ter sustentado que a liminar, na cautelar, ou antecipação liminar da tutela em qualquer processo, não é direito das partes constitucionalmente assegurado” (Revista dos Tribunais, vol. 770, pág. 99, dez.1999).

Portanto, entende-se que se o art. 475, inc. I, do Código de Processo Civil prevê o reexame necessário da sentença proferida contra a União, o Estado e o Município, e por ser o pronunciamento judicial que concede ou denega a antecipação da tutela uma mera decisão interlocutória, não poderia dar a esta eficácia maior do que àquela.

De outro vértice, como dito no início, não haveria, em princípio, impedimento legal à concessão de tutela antecipada nos casos em que não existe efeito de supressão patrimonial da Fazenda Pública, mas, tão-somen-

te, o reconhecimento de direito claramente definido em lei, como se constata no caso presente.

Em casos tais, a toda evidência, não se vislumbra desvio dos mandamentos inscritos nos arts. 100 da Constituição Federal e 475 do Código de Processo Civil. É possível concluir-se, pois, que o óbice da impossibilidade da antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, embora a controvérsia que ainda suscita, perdeu o seu caráter absoluto.

Neste Tribunal ganha força o entendimento de que a tutela antecipada contra pessoas jurídicas de direito público pode ser concedida quando a providência é recomendada pela excepcionalidade do caso concreto e se ajusta ao espírito da inovadora norma processual:

“Agravado de instrumento – Tutela antecipada contra a Fazenda Pública – Impossibilidade, salvo em casos excepcionais – Precedente – Agravado não provido” (AI n. 2000.018945-6, rel. Des. João Martins).

“Agravado de instrumento – Síndrome da imunodeficiência adquirida – AIDS – Saúde pública – CF, art. 196 – Norma programática – Lei n. 9.313/96 – Estado – Medicamentos – Fornecimento gratuito – Antecipação da tutela.

“1. Com o advento da Lei n. 9.313/96, os portadores do vírus HIV passaram a ter direito à medicação – que o Estado é obrigado a fornecer – necessária ao tratamento. Em relação a eles, a lei deu efetividade à norma constitucional programática (CF, art. 196).

“2. À vista de circunstâncias excepcionais, o rigor da Lei n. 9.494/97,

que veda a antecipação da tutela contra a Fazenda Pública, deve ser atenuado (REsp n. 200.686, Min. Gilson Dipp; REsp n. 202.093, Min. José Arnaldo da Fonseca). Impende considerar que ‘em direito não há lugar para absolutos’ (Teori Albino Zavascki) e que ‘a melhor interpretação da lei é a que se preocupa com a solução justa, não podendo o seu aplicador esquecer que o rigorismo da exegese dos textos legais pode levar a injustiças’ (Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira)” (AI n. 2000.005025-3).

Visualizada a possibilidade da concessão da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, resta analisar o alcance das restrições impostas pelas Lei n. 8.437/92 que, por força da Lei n. 9.494/97, foram estendidas às cautelares e à tutela antecipada, conforme aliás abordou o precedente acima colacionado.

A constitucionalidade desse último edito foi apreciada e confirmada pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Constitucionalidade n. 4:

“O Tribunal, por votação majoritária, deferiu, em parte o pedido de medida cautelar, para suspender, com eficácia, *ex nunc* e com efeito vinculante, até final julgamento da ação, a prolação de qualquer decisão sobre o pedido de tutela antecipada, contra a Fazenda Pública, que tenha por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494, de 10/9/97, sustando, ainda, com a mesma eficácia, os efeitos futuros dessas decisões antecipatórias de tutela já proferidas contra a Fazenda Pública, vencidos, em parte, o Ministro Néri da Silveira, que deferia a medida cautelar em menor extensão, e,

integralmente, os Ministros Ilmar Galvão e Marco Aurélio, que a indeferiram” (Min. Celso de Mello).

Do voto do Relator, destaca-se importante lição:

“(a) incide, unicamente, sobre pedidos de tutela antecipada, formulados contra a Fazenda Pública, que tenham por pressuposto a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei n. 9.494/97; (b) inibe a prolação, por qualquer juiz ou Tribunal, de ato decisório sobre o pedido de antecipação da tutela, que, deduzido contra Fazenda Pública, tenha por pressuposto a questão específica da constitucionalidade, ou não da norma inscrita no art. 1º da Lei n. 9.494/97; (c) não se aplica retroativamente aos efeitos já consumados (como os pagamentos já efetuados) decorrentes de decisões antecipatórias de tutela anteriormente proferidas; (d) estende-se às antecipações, ainda não executadas, qualquer que tenha sido o momento do respectivo ato decisório; (e) suspende a execução dos efeitos futuros, relativos a prestações pecuniárias de trato sucessivo, emergentes de decisões antecipatórias que precederam ao julgamento, pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, do pedido de medida cautelar formulado na ADC n. 4/DF”.

Na esteira do posicionamento sufragado pela Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça assentou:

“Tributário. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a recurso especial. Antecipação da tutela contra a Fazenda Pública. Impossibilidade. Pronunciamento do Supremo Tribunal Federal na ADC n. 4/DF.

“1 – O colendo STF, em medida cautelar nos autos da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 4/DF, decidiu cassar, com efeito vinculante, os efeitos das decisões concessivas de antecipação de tutela contra a Fazenda Pública. Em face de tal orientação, seguida pela Primeira Turma desta Corte, é de se negar provimento a recurso que objetiva revitalizar os efeitos de decisão concessiva.

“2 – Agravo regimental improvido” (AGREsp n. 208817, Min. José Delgado).

No mesmo sentido: REsp ns. 195988/RS e 208260/SC.

Não obstante, o Min. Néri da Silveira, quando do julgamento da Reclamação n. 1.122-4/RS, em Sessão Plenária do Supremo Tribunal Federal, esclareceu o efetivo alcance da correta exegese do disposto na Lei n. 9.494/97 e da decisão proferida na Ação Direta de Constitucionalidade n. 4 antes citada. A matéria versada nesse julgado diz respeito a benefício previdenciário, porém a questão processual subjacente tem perfeita aplicação ao caso ora tratado:

“Reclamação. A decisão na ADC n. 4/DF não se aplica em matéria de natureza previdenciária.

“O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei n. 5.021, de 9/6/1966, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos.

“Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437, de 30/6/1992, que o art. 1º da Lei n. 9.494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada,

por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido.

“A Lei n. 8.437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, ‘no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal’. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei n. 8.437/1992.

“Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria” (grifo não consta do original).

No corpo do erudito voto, o eminente Ministro vale-se de argumentação expendida pelo Senhor Procurador-Geral da República – Dr. Geraldo Brindeiro – nos seguintes termos:

“9. Após análise dos autos, conclui-se que a decisão impugnada não afrontou a autoridade da referida medida cautelar concedida por essa egrégia Corte, eis que o provimento reclamado não teve por pressuposto a invalidade jurídico-constitucional do art. 1º da Lei n. 9.494/97, o que restou

vedado pela eficácia vinculante da decisão do Supremo Tribunal Federal.

“10. Por outro lado, verifica-se que as vedações impostas pela Lei n. 9.494/97 no seu art. 1º somente se referem à proibição da concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública em ação movida, por servidor público, objetivando ‘reclassificação ou equiparação’ ou ‘aumento ou extensão de vantagens’ (Lei n. 5.021/66, art. 1º), hipótese em que se enquadra a decisão reclamada, que trata da revisão de benefício previdenciário.

“11. Conclui-se, portanto, que os dispositivos acima mencionados não abarcam no seu elenco de proibições e obstáculos ao poder geral de cautela do juiz os casos de deferimento de tutela antecipada amparados no direito previdenciário, cingindo-se essencialmente às hipóteses de concessão antecipada de tutela que incorram de alguma forma em majoração da remuneração de servidores públicos, ocorrida em detrimento das contas públicas”.

O tema também foi enfrentado pelo Ministro Maurício Corrêa na Reclamação n. 902-4/SE:

“2. Referida decisão (ADC n. 4/DF) impôs óbice à concessão de tutela antecipada contra a Fazenda Pública nas hipóteses previstas no art. 1º da Lei n. 9.494/97, acerca da aplicação dos arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348/64; 1º e § 4º da Lei n. 5.021/66; 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92, 273 e 461 do CPC.

“3. Este Tribunal, em reiterados pronunciamentos, tem ressaltado que a vedação acolhida não é absoluta e atinge exclusivamente aquelas situações contempladas na norma tida por

constitucional, considerada, ainda, a remissão feita por ela a outras leis. De fato, autoriza-se a concessão de medida de que trata o art. 273 do CPC contra a Fazenda Pública, desde que presentes os requisitos essenciais e observadas as restrições do art. 1º da Lei n. 9.494/97.

“4. Nesse horizonte, por exemplo, recentes decisões afastaram a aplicação da exegese consagrada no julgamento cautelar da ADC n. 4/DF em matéria de natureza previdenciária (Rcl n. 1122, Néri da Silveira, DJ 6/9/2001, e AGRRL n. 1137, Néri da Silveira, DJ 23/3/2000), assim como em questões relacionadas ao pagamento de pensões estatutárias (Reclamações 1058, Nelson Jobim, DJ 29/6/2001, e 1065, por mim relatada, DJ 19/6/2001).

“5. No julgamento da Rcl 1122/RS, o Tribunal deixou assentado que a proibição admitida na ADC 4 refere-se apenas à concessão de vantagens pecuniárias, reclassificação, equiparação, aumento ou extensão de vencimentos aos servidores públicos. Decidiu, ainda, que as disposições da Lei n. 8.437/92 guardam consonância com as matérias antes mencionadas, não possuindo autonomia para incidir sobre qualquer tema. Esse entendimento foi enfatizado pelo Min. Celso de Mello na RclMC n. 1749/MS (DJ 14/12/2000)” (RT 804/145).

Diante das considerações emanadas da Corte Suprema, conclui-se que o art. 1º da Lei n. 9.494/97, além de aplicar à tutela antecipada prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil as disposições específicas das Leis ns. 4.348/64 e 5.021/66, faz

referência expressa aos arts 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92. Não abrange, porém, os parágrafos do mencionado art. 1º desta última.

Com efeito, estabelece o citado dispositivo:

“Art. 1º Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal.

“§ 1º. Não será cabível, no juízo de primeiro grau, medida cautelar inominada ou a sua liminar, quando impugnado ato de autoridade sujeita, na via de mandado de segurança, à competência originária de tribunal.

“§ 2º. O disposto no parágrafo anterior não se aplica aos processos de ação popular e de ação civil pública.

“§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação” (grifo não consta do original).

Ressumbra de forma clarividente que a regra do parágrafo primeiro não guarda qualquer relação com a matéria atinente à antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 do Estatuto Processual Civil. O mesmo se diga da redação do parágrafo segundo. Quanto ao terceiro, por vezes brandido pela Fazenda Pública como obstáculo impeditivo da concessão do provimento judicial antecipatório, do mesmo modo, antevê-se com nitidez a absoluta incompatibilidade de seu texto com a natureza jurídica da tutela antecipada. Esta, como sabido, tem na sua essência a finalidade de adian-

tar os efeitos – total ou parcialmente – da sentença definitiva.

Sobre a tutela antecipada, enfatiza Cândido Rangel Dinamarco:

“Não se trata de obter medida que impeça o perecimento do direito, ou que assegure ao titular a possibilidade de exercê-lo no futuro. A medida antecipatória conceder-lhe-á o exercício do próprio direito afirmado pelo autor. Na prática, a decisão com que o juiz concede a tutela antecipada terá, no máximo, o mesmo conteúdo do dispositivo da sentença que concede a definitiva e a sua concessão equivalente, *mutatis mutandis*, à procedência da demanda inicial — com a diferença fundamental da provisoriedade” (Reforma do Código de Processo Civil. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, págs. 139/140).

Logo, o que a lei determina é a medida liminar em provimento cautelar que esgote no todo ou em parte o objeto da ação e não a tutela antecipada ou a liminar em mandado de segurança cujo escopo se traduz essencialmente nisso. Interpretação diferente conduziria à equivocada afirmação de que a concessão da tutela antecipada estaria irremediavelmente vedada em todas as situações sempre que a medida fosse endereçada ao Poder Público, o que indubitavelmente não se afina com o real propósito da Lei n. 9.494/97 e muito menos com a melhor hermenêutica. A lei deve ser interpretada, como diz o Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, com “interpretação construtiva, valorativa, teleológica, exegese inteligente, útil e conveniente” (REsp n. 93.296/PR).

Em resumo e em conclusão, pretendeu o Supremo Tribunal Fede-

ral deixar claro que a vedação resultante da aplicação da Lei n. 9.494/97 somente se concretiza quando “providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal” (v.g. Leis ns. 2.770/56, 4.348/64 e 5.021/66). Inocorrendo esse impedimento, fica afastada a proibição.

O Superior Tribunal de Justiça por sua Segunda Turma acolheu o entendimento de que “afora a exceção restritiva prevista na Lei n. 9.494, de 10/9/97, é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública” (MC n. 1794/PE, Min. Franciulli Netto).

No caso em comento, resta claro e inofismável que a tutela pretendida não está enumerada entre aquelas que a lei veda de serem concedidas em sede mandamental.

Versando sobre caso semelhante ao ora tratado, esta colenda Sexta Câmara Civil, com voto condutor de minha relatoria, decidiu:

“Processual civil e administrativo – Tutela antecipada – Fazenda Pública – Possibilidade quando não implique burla ao art. 100 da CF e ao art. 475 do CPC – Vedação imposta pela Lei n. 9.494/97 – Alcance – Despacho concessivo mantido – Recurso desprovido.

“1. O art. 1º da Lei n. 9.494/97, além de aplicar à tutela antecipada, prevista nos arts. 273 e 461 do Código de Processo Civil, as disposições específicas das Leis ns. 4.348/64 e 5.021/66, faz referência expressa aos arts 1º, 3º e 4º da Lei n. 8.437/92. Não abrange, porém, os parágrafos do mencionado art. 1º desta última. Logo, o que a lei veda é a medida liminar em provimento cautelar que esgote no to-

do ou em parte o objeto da ação, e não a tutela antecipada ou a liminar em mandado de segurança cujo escopo se traduz essencialmente nisso. Interpretação diferente conduziria à equivocada afirmação de que a concessão da tutela antecipada estaria irremediavelmente vedada em todas as situações sempre que a medida fosse endereçada ao Poder Público, o que indubitavelmente não se afina com o real propósito da Lei n. 9.494/97 e muito menos com a melhor hermenêutica.

‘Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º da Lei n. 8.437/92 exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria’ (Rcl n. 1.122-4/RS, Min. Néri da Silveira).

“2. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (síndrome da imunodeficiência adquirida) receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento, compreendendo este, evidentemente, os exames laboratoriais necessários (Lei n. 9.313/96, art. 1º)” (AI n. 2000.024571-2).

Em outra decisão versando sobre a matéria em análise, também neste Órgão Fracionário, consignou-se:

“1. A vedação à antecipação da tutela contra a Fazenda Pública é restrita às hipóteses previstas nos arts. 5º, parágrafo único, e 7º da Lei n. 4.348/64, e art. 1º, § 4º, da Lei n. 5.021/66 (Lei n. 9.494/97), todas versando a respeito de vencimentos de servidores públicos, e à situação prevista no art. 1º da Lei n. 8.437/92:

‘Não será cabível medida liminar contra atos do Poder Público, no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal’.

“Se o fato de a sentença submeter-se a reexame necessário (CPC, art. 475, I) constituísse óbice à antecipação da tutela, nenhuma razão justificaria as restrições da Lei n. 9.494/97” (AI n. 2002.013544-0, rel. Des. Newton Trisotto).

2. No caso vertente, portanto, não seria a necessidade do reexame necessário (CPC, art. 475, inc. I), da expedição de precatório (CF, art. 100) ou a vedação estampada na Lei n. 9.494/97 que poderiam constituir o fator impeditivo da concessão da tutela antecipada. Para o deferimento da medida é imprescindível que o requerente demonstre estarem devidamente configurados os requisitos da verossimilhança da alegação deduzida, do receio de dano irreparável ou de difícil reparação e da reversibilidade do provimento antecipado (CPC, art. 273, § 2º).

Na situação exposta nos autos, não restaram devidamente demonstradas a reversibilidade da medida pleiteada – concedida a cirurgia e demais despesas pretendidas por meio da antecipação da tutela, e sobrevindo a improcedência da ação não terá como a agravada restituir ao erário o benefício que lhe foi adiantado – e tampouco a verossimilhança dos fatos articulados – Pelos elementos colacionados nos autos não há inferir que o

médico, agindo por meio do SUS, houve-se com negligência, imprudência ou imperícia.

Acerca da exigência de prova inequívoca para a formação do juízo de verossimilhança do magistrado, Joel Dias Figueira Jr. pondera que “a prova inequívoca é a do fato título da demanda (causa de pedir) que alicerça a tutela (pedido) que se quer antecipar” (Silva, Ovídio A. Baptista da (Org.). Comentários ao código de processo civil: do processo de conhecimento. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 4, t. I, pág. 273).

Ora, se a autora pretende que lhe seja antecipada a indenização pelo suposto “erro médico” do Dr. Mário César Köche, deveria ter trazido aos autos provas de que o profissional agiu, como antes mencionado, com negligência, imprudência ou imperícia.

Nesse sentido é a jurisprudência:

“Não se confundem medida cautelar e tutela antecipada. Na primeira bastam fumaça de bom direito e perigo de dano. Na segunda, exige-se que a tutela corresponda ao dispositivo da sentença; haja prova inequívoca, capaz de convencer o juiz da verossimilhança das alegações; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação ou o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu. Tudo isso mediante cognição provisória, com audiência do demandado, que só pode ser dispensada em casos excepcionais” (Al n. 1996.001452-7, rel. Des. Amaral e Silva).

“Satisfeitos os requisitos da prova inequívoca e da verossimilhança da alegação, com a possibilidade

de ocorrência de prejuízo em face da demora da prestação jurisdicional, o deferimento da tutela antecipada é medida que se impõe” (Al n. 01.022991-9, rel. Des. Mazoni Ferreira).

“Ação de resolução contratual c/c perdas e danos. Pretensão à obtenção de pronto, em sede de tutela antecipatória, à declaração de rescisão e à devolução das parcelas pagas com os acréscimos de lei. Irrevogabilidade da medida pleiteada. Antecipação de tutela negada. Decisão mantida. Agravo desprovido.

“Constitui-se em elemento nuclear da concessão de tutela antecipatória a possibilidade de reversão da medida. Se a providência requerida a esse título é, por sua própria natureza, irreversível não há possibilidade jurídica de seu deferimento no limiar da ação. Isso porquanto, essa reversibilidade é exigência constitucional, posto que, irreversível o provimento antecipatório, estar-se-ia, em frontal antagonismo ao art. 5º, LIV e LV, da Carta Política, privando a parte demandada de um bem de vida sem o devido processo legal e reduzindo-se à letra morta o princípio da exigência do contraditório e da ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes” (Al n. 1998.007127-5, rel. Des. Trindade dos Santos).

Desse modo, por meio do provimento em questão são antecipados os efeitos fáticos da decisão final. No entanto, para o atendimento do pleito de tutela antecipada, não custa repetir, indeclinável a satisfação dos requisitos que a autorizam, em especial os da verossimilhança e reversibilidade.

Sobre a irreversibilidade como requisito indesviável à antecipação de

tutela, ensina Antônio Cláudio da Costa Machado que o autor “terá de demonstrar ao juiz, e convencê-lo, de que a alteração fática a ser produzida é passível de reversão, de retroação” (Tutela Antecipada. 2ª ed., Rio de Janeiro: Oliveira Mendes, 1998, pág. 473).

Mais adiante, anota o mesmo autor:

“(…) a justificativa mais profunda para a exigência de reversibilidade se situa, realmente, no plano constitucional da garantia *do due process of law*, hoje reconhecido explicitamente, entre nós, pelo art. 5º, inciso LIV, da Carta de 1988: ‘LIV — ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal’.

“Com razão, neste sentido, Teori Albino Zavaski que, ao fundamentar a cláusula da reversibilidade na observância do que chama de ‘princípio da salvaguarda do núcleo essencial’, afirma: ‘antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito fundamental de se defender, exercício esse que, ante a irreversibilidade da situação de fato, tornar-se-ia absolutamente inútil, como inútil seria, nestes casos, o próprio processo’.

“Ainda nesse diapasão, consignou-se que a irreversibilidade de efeitos também significa violação direta do princípio do contraditório e da ampla defesa, hoje também esculpido de forma expressa no inciso LV do art. 5º da Constituição Federal” (pág. 474).

Arremata o mestre:

“Logo, a irreversibilidade é mal que atinge o devido processo legal em sua mais ampla acepção. Apóia-nos nesta conclusão Arruda Alvim quando afirma que ‘a reversibilidade (...) é necessária até mesmo pela regra do art. 5º, LIV, da Constituição, pois, se irreversível fosse, alguém restaria condenado ‘sem o devido processo legal’ e, ainda, teria sido esse alguém privado de seus bens sem o contraditório e ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes’ (CF, art. 5º, LV)” (*op. cit.*, pág. 475).

3. Ante o exposto, pela ausência dos requisitos da reversibilidade da medida e da verossimilhança da alegação conclui-se assistir razão ao recorrente, impondo-se, pois, o provimento do reclamo.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 12 de agosto de 2002.

Francisco Oliveira Filho,
Presidente, com voto;
Luiz César Medeiros,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.018116-9, DE JOINVILLE**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

Agravo de instrumento. Penhora. Oferecimento de cheque administrativo. Posterior depósito em conta vinculada ao juízo da execução. Imprescindibilidade da lavratura do auto de penhora. Necessidade de posterior intimação do devedor para início de contagem do prazo para a interposição de embargos. Honorários advocatícios. Execução de título judicial. Decisão em embargos do devedor que fixou a verba honorária. Análise do pedido prejudicada. Recurso desprovido.

I – A oferta de cheque administrativo, pelo devedor, contendo o valor para a garantia do juízo da execução (art. 737, I, do CPC), com seu posterior depósito em conta vinculada ao juízo, enseja, necessariamente, a lavratura do auto de penhora, de modo que só após a intimação do devedor desse ato construtivo é que inicia a fluência do prazo para a interposição dos embargos.

II – O art. 20, § 4º, do CPC, é claro ao preconizar ser indiferente a propositura ou não de embargos para que seja possível, na execução de título judicial, a imposição de honorários à parte que deu causa à demanda executiva. Entretanto, na hipótese sob exame, sobreveio decisão final nos autos de embargos do devedor, a qual fixou a verba honorária, pelo que, com relação a este aspecto, o recurso restou prejudicado.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.018116-9, da comarca de Joinville, em que é agravante Alice Amin Ghanem e agravada Companhia Real de Crédito Imobiliário:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Joinville, Alice Amin Ghanem propôs ação de execução de

título judicial em face da Companhia Real de Crédito Imobiliário (fl. 34).

Esta, citada para os fins do art. 652 do CPC, ofertou à penhora, a tempo e modo, a quantia excutida mediante a apresentação de cheque administrativo, depositado em conta bancária vinculada ao juízo três dias após sua juntada aos autos por determinação do Magistrado (fls. 41/42).

A credora veio aos autos dizendo que a partir do depósito do cheque administrativo deve começar a fluir o prazo para oferecimento dos embargos à execução, independentemente da lavratura do termo de nomeação

de bem à penhora, e que, mesmo na execução de título judicial não embargada, devem incidir honorários advocatícios (fls. 47/50).

O Dr. Juiz de Direito, nas fls. 65/67, indeferiu os pleitos aventados pela credora, das quais esta recorre, repisando as teses jurídicas expostas acima (fls. 2/9).

A carga suspensiva foi indeferida pelo Des. Nilton Macedo Machado, diante da ausência de dano irreparável (fls. 70/71).

A agravada, em contra-razões, pugnou pelo improvimento do recurso (fls. 76/81).

Vieram-me os autos conclusos.
É o relatório.

II — Voto

Cuido de recurso de agravo de instrumento cujo inconformismo versa sobre o começo da fluência do prazo para a oposição de embargos do devedor, no caso em que este ofertou um cheque administrativo à penhora, e, bem assim, se no caso de execução ainda não embargada cabem honorários advocatícios.

A primeira tese da recorrente lastreia-se em precedentes jurisprudenciais os quais preconizam que, havendo o devedor depositado dinheiro em banco oficial (art. 622 c/c art. 666, I, do CPC) para fins de garantir a execução contra si proposta (art. 737, I, do CPC), a partir daí começa a fluência do prazo para a propositura de embargos à execução, sendo desnecessária a formalização do termo de nomeação do bem à penhora (art. 657 do CPC), pois esta já estaria perfectibilizada com o depósito adrede efetuado (fl. 44).

De conseguinte, com a penhora realizada mediante o depósito da quantia excutida em conta vinculada ao juízo, a fluência do prazo para embargos começaria a correr a partir da efetivação do depósito, independentemente da concretização do auto e da intimação a este ato inerente (art. 738, II, do CPC).

Entretanto, como bem salientado no despacho atacado, o caso dos autos não se coaduna com perfeição, em verdade, aos alinhavados nos precedentes que preconizam a prescindibilidade da lavratura do competente auto para a fluência dos embargos.

Destaco, a propósito, o fato de, na hipótese dos autos, ter havido a oferta de um cheque administrativo para constrição judicial e que, alguns dias após a protocolização do petítório que requereu a sua juntada ao processo, mediante determinação do Magistrado (fl. 43v.), o cheque foi depositado em conta vinculada ao juízo (fl. 44).

Ademais, o depósito da quantia deu-se em momento diferente do da protocolização do petítório que ofereceu o cheque: a petição foi apresentada ao juízo em 20/8/2001 (fl. 41), enquanto o depósito foi efetuado apenas em 23/8/2001 (fl. 44).

Ocorre que do referido depósito o devedor ainda não havia sido intimado, o que, por si só, já constitui motivo suficiente para que este pleito recursal seja negado, posto que não seria possível para ele, na hipótese, aferir, com inequívoca precisão, o dia em que o referido depósito foi efetuado, e sobretudo porque a supressão desta formalidade ensejaria nulidade do feito ante o desrespeito do procedimento previsto legislativamente.

De qualquer modo, as formalidades legais não podem ser preteridas ante o fato de que isto realmente possa causar insegurança jurídica e, mesmo se a devedora tivesse depositado diretamente o numerário em conta bancária vinculada ao juízo, necessária seria a formalização do auto para que, desse marco, fosse intimada a agravada, iniciando-se, então, a fluência do prazo para embargos.

A egrégia Segunda Câmara Civil desta Corte, instada a manifestar-se sobre caso semelhante, assim deliberou:

“Penhora. Depósito. Dinheiro. Nomeação de bens pelo devedor. Termo. CPC, art. 657. Nomeação de bens pelo devedor. Embargos do devedor. Prazo.

“Agravado de instrumento. Penhora em dinheiro. Termo. Intimação do devedor. Prazo para embargos. O depósito em dinheiro, bem nomeado pelo devedor em garantia a execução, não dispensa o termo da penhora previsto no artigo 657 do CPC. Tomado por termo a nomeação do bem à penhora, desta será intimado o devedor. Só dessa intimação é que passará a correr o prazo legal de dez dias para apresentação de embargos do devedor. Decisão mantida. Recurso improvido (Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, Agravado de Instrumento n. 187.077.060, 1ª Câmara Cível, rel. Juiz Osvaldo Stefanello, DJ de 21/12/87)” (Ap. Cív. n. 1998.001369-0, rel. Des. Vanderlei Romer).

Aliás, como salienta o precedente *supra*, necessária a formalidade do art. 657 do CPC, ou seja, a penhora tem que ser reduzida a termo e, a partir do momento de sua intimação,

começará a correr o prazo para embargos (art. 622 c/c art. 738, II, do CPC).

O Tribunal de Justiça do Distrito Federal já teve oportunidade de deliberar sobre o tema:

“Apresentando-se a redução a termo da penhora como uma exigência da legislação processual (art. 657 do CPC), sua supressão não se justifica pelo só fato de ter sido ofertado dinheiro para tal fim”.

Do corpo do acórdão:

“Com efeito, apresentando-se a redução a termo da penhora como uma exigência da legislação processual (art. 657 do CPC), sua supressão não se justifica pelo só fato de ter sido ofertado dinheiro para tal fim”.

“Ora, se” — o depósito de dinheiro — “se trata de penhora, indispensável a redução a termo desta e a conseqüente intimação do executado para que, então, se inicie o prazo para a oposição de embargos” (Agravado de Instrumento n. 2001.00.2.000435-0, rel. Des. Sérgio Bittencourt).

Ou, ainda, daquela mesma Corte:

“Agravado de instrumento. Execução de sentença. Penhora. Início do prazo para oposição de embargos. Depósito em dinheiro. Necessidade de redução a termo.

“1. Para que produza efeitos jurídicos, deve a penhora realizada sob a forma de depósito em dinheiro ser tomada a termo, fazendo-se necessária a intimação do devedor com expressa referência ao prazo para oposição de embargos.

“2. Não subsiste, assim, decisão que considera iniciado o prazo respecti-

vo a partir do mero depósito, sob pena de afronta ao art. 738 do CPC.

“3. Agravo provido. Decisão unânime” (Agravo de Instrumento n. 2001.00.2.001078-3, Rel. Des. Adelith de Carvalho Lopes).

Posto isso, nesse particular, não está a merecer reparo a decisão recorrida.

Já no tocante à insurgência recursal versando sobre a ausência de imposição de verba honorária, a questão está prejudicada.

De fato, constato, ao consultar o Sistema de Automação do Judiciário, que, nos embargos opostos à execução objeto do presente agravo (Embargos à Execução n. 038.01.027121-7), o Magistrado, entregando a prestação jurisdicional, fixou a verba honorária an-

tes inexistente, pelo que, nesse aspecto, tenho por prejudicado o agravo.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade, desproveu o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Fernando Carioni e Torres Marques.

Florianópolis, 8 de outubro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente;
Eládio Torret Rocha,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.021263-3, DE CAMPO ERÊ

Relator: Des. Torres Marques

Processual civil — Execução — Penhora — Ato de constrição realizado sobre bem imóvel — Ausência de outorga uxória — Irrelevância — Dispositivo legal que determina apenas a intimação do cônjuge para o oferecimento de defesa — Ausência de intimação — Irregularidade que não afeta a penhora em si, mas apenas os atos procedimentais posteriores — Precedentes do STJ — Inteligência do art. 669, parágrafo único, do CPC — Recurso provido.

A lei não estabelece a outorga uxória ou a intimação do cônjuge como requisitos de validade da penhora de bem imóvel.

A ausência da intimação a que se refere o art. 669, parágrafo único, do CPC não é causa de invalidação da penhora, mas apenas dos atos processuais posteriores.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.021263-3, da comarca de Campo Erê, em que é agravante Eládio de

Santa Rita Formighieri, sendo agravado Darci Furtado:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Eládio de Santa Rita Formighieri contra decisão da MMA. Juíza de Direito da comarca de Campo Erê que, nos autos da Execução n. 013.00.000291-0, que move contra Darci Furtado, desconstituiu a penhora efetuada por faltar a outorga uxória.

Alega que o oficial de justiça não cumpriu corretamente o mandado de intimação da penhora, que também determinou a intimação do cônjuge. Afirma que o pedido de desconstituição da penhora revela fraude perpetrada pelo executado e sua mulher, visto que ofereceram o mesmo bem em penhora numa outra execução movida pelo cunhado do ora agravado, em que a sua esposa não opôs qualquer óbice e os executados nem ofereceram impugnação à pretensão executiva. Assevera, por fim, que a recusa da esposa em assinar o termo de penhora e depósito denota a sua má-fé, sendo, então, válida a nomeação à penhora do bem objeto da presente discussão.

Em análise de admissibilidade, foi negado o efeito suspensivo pleiteado. Manejou, então, o recorrente pedido de reconsideração que também restou rejeitado.

Em contra-razões, pugnou o agravado pela manutenção da decisão, visto que o bem oferecido é penhora

por ele próprio seria impenhorável nos termos da Lei n. 8.009/90.

II — Voto

Primeiramente, cumpre destacar que todas as questões levantadas diretamente nesta sede e ainda não apreciadas em primeiro grau quando da interposição deste recurso (existência de fraude no ajuizamento de outra execução e impenhorabilidade do bem cuja penhora é o objeto deste recurso) não serão conhecidas, sob pena de se configurar supressão de uma instância de julgamento, o que é vedado. Nesse sentido:

“Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição” (Al n. 1999.022497-0, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

No caso em tela, discute-se acerca do acerto ou desacerto da decisão que, por negar-se a cônjuge vi-rago autorizar o oferecimento à penhora de um bem imóvel em processo executivo, desconstituiu o ato de constrição que já havia sido realizado.

A lei não prevê a necessidade de outorga uxória para se oferecer bem imóvel à penhora em execução judicial, tampouco estabelece tal formalidade como requisito de validade para o ato constritivo. A única exigência do Código de Processo Civil é que o cônjuge seja obrigatoriamente intimado de tal ato, a fim de que possa oferecer defesa, por meio de embar-

gos do devedor (caso queira discutir o direito de crédito exequendo) ou de embargos de terceiro (caso queira defender a sua eventual meação no bem constritado).

Não se trata, esclareça-se, de intimação para que o cônjuge dê ou não a sua anuência ao oferecimento do bem em penhora, mas para que se lhe faculte o direito de defesa.

Dessa forma, não sendo condição de validade da penhora, a ausência da referida intimação não torna nula a penhora, mas tão-somente gera a nulidade dos atos subseqüentes, referentes ao exercício do direito de defesa pelo cônjuge. Nesse sentido é a lição de Araken Assis:

“Eventual desrespeito à intimação exigida pelo art. 669, parágrafo único, tornam nulos os ulteriores atos seriais de procedimento.

“Contudo, semelhante chamamento a terceiro não integra os requisitos de validade da penhora, motivo por que nenhum vício ataca a penhora em si, que resistirá imune à invalidação eventual dos atos subseqüentes. É a lição, sempre exata, de José Carlos Barbosa Moreira: ‘A falta de intimação em qualquer das hipóteses referidas acarreta a nulidade do processo de execução, daí em diante: a penhora, em si, não é afetada’” (Comentários ao Código de Processo Civil. São Paulo: RT, 2000, vol. 9, págs. 209/210).

No mesmo sentido, manifestou-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Recaindo a penhora em bens imóveis, a falta de intimação do cônjuge da executada é defeito que incide sobre o ato de intimação, não sobre a penhora, que continua válida e eficaz, devendo ser completada com a intimação do marido, e somente a partir daí fluirá o prazo para embargar. Por isso, inaceitável o recurso da executada que pretende seja desfeita a penhora” (REsp n. 331.812/MG, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Dessa forma, é reformada a decisão objurgada para se restabelecer a penhora já efetuada, visto que é regular, e para se determinar a intimação do cônjuge virago, para prosseguir o processo executivo.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 1º de outubro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.016297-9, DE TAIÓ**Relator: Des. Torres Marques**

Alienação fiduciária — Ajuizamento concomitante de ação revisional pelo devedor e de ação de busca e apreensão pelo credor — Liminar constritiva — Concessão dependente das características do caso particular — Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.016297-9, da comarca de Taió, em que é agravante Banco Bradesco S.A., sendo agravada Agropecuária Stolf Ltda.:

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Banco Bradesco S.A. contra decisão da MMA. Juíza de Direito da comarca de Taió que, nos autos da Ação de Busca e Apreensão n. 070.002.002001-5, movida contra Agropecuária Stolf Ltda., indeferiu a liminar pleiteada, tendo em vista o ajuizamento de ação revisional do contrato de alienação fiduciária por parte da agravada.

Alega que o ajuizamento de tal ação não é obstáculo nem à propositura, nem à concessão da liminar na ação de busca e apreensão que o credor fiduciário eventualmente propuser.

Em análise de admissibilidade, foi negado o efeito suspensivo pleiteado.

Intimada a manifestar-se, a agravada defendeu a manutenção da decisão objurgada.

II — Voto

Primeiramente, cumpre destacar que a questão levantada pela agravada diretamente nesta sede e ainda não apreciada em primeiro grau quando da interposição deste recurso (imprescindibilidade do bem alienado fiduciariamente) não será conhecida, visto que, do contrário, configuraria-se a supressão de uma instância de julgamento, o que é vedado. Nesse sentido:

“Em sede de agravo de instrumento só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável a discussão de questões ainda não apreciadas no Juízo *a quo*, sob pena de indevido adiantamento da tutela jurisdicional invocada e conseqüente supressão de instância, em afronta ao princípio do duplo grau de jurisdição” (AI n. 1999.022497-0, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf).

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que, em ação de busca e apreensão fundada em contrato de financiamento de capital de giro garantido por alienação fiduciária, negou a medida liminarmente requerida, considerando que a interposição concomitante de ação re-

visional do referido contrato por parte da devedora afasta a mora.

Dessa matéria, muito debatida nos tribunais pátrios, decorrem duas correntes bem definidas: a primeira delas minimiza a importância da existência de ação revisional do contrato de alienação fiduciária, considerando que a comprovação da mora anteriormente concretizada não pode vedar a concessão da liminar na ação de busca e apreensão intentada pelo agente financeiro, nos termos do Decreto-Lei n. 911/69 (nesse sentido, entre outros, ver AI n. 1999.021736-1, Des. Eder Graf); a segunda corrente, fundamentada em recentes arestos do Superior Tribunal de Justiça, ao contrário, potencializa a influência da ação revisional do contrato, creditando a esta o condão de descaracterizar a mora no contrato de alienação fiduciária, inviabilizando, pois, a concessão da liminar (nesse sentido, entre outros, AI n. 2000.016391-0, Des. Trindade dos Santos).

Adotar a primeira posição, mais consentânea com a literalidade do texto legal, concedendo liminares em ações de busca e apreensão, tendo em vista unicamente os limitados requisitos do Decreto-Lei n. 911/69 pode significar a aprovação de abusos cometidos pelas instituições financeiras, privilegiadas por poderem, por meios processuais exclusivos e extremamente sumários, revestir de legalidade a oneração excessiva imposta aos devedores.

Por outro lado, a adoção irrestrita do entendimento contrário tem gerado um problema igualmente indesejável. Encorajadas por uma jurisprudência extremamente permissiva,

já são comuns os casos de pessoas que buscam financiamento bancário para a aquisição de algum bem de consumo e, maliciosamente, deixam de cumprir com qualquer obrigação do contrato, intentando, então, ação revisional, a fim de garantir, sem pagamento e com aparência de legalidade, a fruição de um bem que, quando encerrada a demanda, terá sofrido considerável desvalorização.

Como bem destaca Arnaldo Wald, “se o direito tem a dupla finalidade de garantir tanto a justiça quanto a segurança, é preciso encontrar o justo equilíbrio entre as duas aspirações, sob pena de criar um mundo justo, mas inviável, ou uma sociedade eficiente, mas injusta, quando é preciso conciliar justiça e eficiência. Não devem prevalecer nem o excesso de conservadorismo, que impede o desenvolvimento da sociedade, nem o radicalismo destruidor, que não assegura a continuidade das instituições. O momento é de reflexão e construção para o jurista que, abandonando o absolutismo passado, deve relativizar as soluções tendo em conta tanto os valores éticos quanto as realidades econômicas e sociais” (citado em RT 801/13-14).

Como se trata de regular devidamente relações de natureza obrigacional, nunca é demais lembrar a lição de Georges Ripert, para quem “a obrigação não é uma simples relação entre dois patrimônios; foi sempre a submissão dum homem a outro homem, submissão que não pode ser pedida e permitida senão para fins legítimos, que deve ser controlada na sua existência, e na sua execução, pelo legislador e pelo juiz” (A regra moral nas

obrigações civis. Campinas: Bookseller, 2000, pág. 384).

Para a realização dessa tarefa, é importante que a jurisprudência dê a correta amplitude ao conteúdo do princípio da boa-fé, alçado à condição geral do direito das obrigações com o novo Código Civil, e coíba qualquer possibilidade de exercício abusivo do direito, seja por parte do credor, seja pelo devedor. Nesse sentido, comenta Adriana Mandim Theodoro de Mello:

“Se na relação contratual as partes se movem por interesses opostos, não podem persegui-los com astúcia e deslealdade. ‘As partes são obrigadas a dirigir a manifestação de vontade dentro dos interesses que as levaram a se aproximarem, de forma clara e autêntica, sem o uso de subterfúgios ou intenções outras que não as expressas no instrumento formalizado. A segurança das relações jurídicas depende, em grande parte, da lealdade e da confiança recíproca’.

“Ou seja, o princípio geral da boa-fé, de forma ampla e genérica, impõe ao indivíduo o dever de conduta honesta, reta, leal, com ‘consideração para com os interesses do *alter*, visto como um membro do conjunto social que é juridicamente tutelado. Aí se insere a consideração para com as expectativas legitimamente geradas, pela própria conduta, nos demais membros da comunidade, especialmente o outro pólo da relação obrigacional” (A função social do contrato e o princípio da boa-fé no novo Código Civil Brasileiro. RT 801/21).

Assim sendo, o Judiciário não pode tutelar o interesse do devedor que, ao efetuar o financiamento de determinado bem de consumo, recuse-se

a efetuar os pagamentos devidos, aproveitando-se da demora processual para usufruir do bem, em evidente atitude maliciosa.

Da mesma forma, deve interpretar-se as normas processuais instituídas para a tutela de determinados direitos obrigacionais, como é o caso da alienação fiduciária em garantia.

Com efeito, é um contra-senso admitir-se uma forma de tutela tão gravosa que, indiretamente, dê legitimidade a uma situação que, na prática, redunde em exercício abusivo do direito pelo credor, protegendo juridicamente a má-fé inerente a algumas espécies de cláusulas previstas em contratos de consumo em massa. Tal entendimento é ainda mais acertado quando considerado que o direito processual é apenas um instrumento para a realização e proteção do direito material, devendo, portanto, a este se conformar.

Em síntese, deve-se buscar, mediante a análise de critérios objetivos, verificáveis na situação concreta posta em juízo, um meio-termo entre a interpretação literal e direta de um instituto que, em determinados casos, tem gerado indesejáveis abusos por parte de devedores que buscam no Judiciário tutela para atos de pura má-fé.

Tais critérios objetivos, enquanto for omissa a legislação a esse respeito, devem ser determinados pela jurisprudência, consagrando regras de experiência tiradas de casos semelhantes.

A adoção de tal critério dá pleno cumprimento ao princípio constitucional da igualdade, visto que trata devidamente as particularidades de cada caso concreto, visando ao tratamento

igualitário apenas às situações semelhantes.

No contrato de alienação fiduciária em garantia, quando propostas concomitantemente a ação de busca e apreensão do bem e a revisional do contrato, os critérios objetivos que devem ser levados em conta para obedecer a regra acima explicitada, na hora de deferir-se ou indeferir-se a constrição patrimonial sumária, são pelo menos quatro: 1) a natureza do financiamento (um financiamento para a aquisição de máquinas destinadas ao funcionamento de uma determinada empresa difere substancialmente daquele feito por uma pessoa física a fim de adquirir um carro importado, por exemplo); 2) o percentual do contrato já adimplido quando da ocorrência da mora ou do ajuizamento da revisional; 3) o depósito incidente da parte incontroversa do débito ou a comprovação da quitação desta quantia; e 4) a existência de atos exteriores que possam fazer presumir a intenção de frustrar o crédito (tal como a alienação de bens ou a mudança da sede ou domicílio, dentre outros).

No caso dos autos, trata-se de contrato de financiamento de capital de giro, em que foi dado bem de propriedade da ora agravada em garantia fiduciária. Das trinta e seis parcelas em que consiste o contrato, apenas uma foi adimplida integralmente e ou-

tra o foi em parte (fl. 25), ficando o restante do contrato em aberto.

Em suas alegações nesta sede, afirma a agravada que, devido ao montante de encargos ilegais cobrados no contrato em discussão, não sabe qual o valor que pagará ao certo (fl. 51). É de simples lógica, contudo, inferir-se que, pouco importa o valor dos acessórios eventualmente embutidos no contrato, pelo menos o principal acrescido da correção monetária e dos juros na taxa legal são incontroversamente devidos e poderiam, nesse caso, ser depositados incidentalmente, demonstrando, assim, a boa-fé.

Nessas circunstâncias, não seria minimamente justa a negativa da liminar da busca e apreensão, tendo em vista a situação que, *prima facie*, demonstra a possibilidade de o crédito apurado ao final vir a ser frustrado ou a de ter seu pagamento dificultado.

III — Decisão

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso, concedendo-se a liminar de busca e apreensão pretendida.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Eládio Torret Rocha.

Florianópolis, 24 de outubro de 2002.

Cláudio Barreto Dutra,
Presidente, com voto;
Torres Marques,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.011637-3, DA CAPITAL**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

Processual civil e família — Alimentos — Superveniência de termo extintivo do dever de sustento da prole — Exoneração automática — Requerimento feito por simples petição nos autos do processo em que foi fixada a verba alimentar — Possibilidade — Desnecessidade de ação exoneratória.

Extingue-se automaticamente o dever dos genitores de sustento da prole, independentemente do ajuizamento de ação exoneratória, quando o filho completa 24 anos de idade e conclui curso superior. Ocorrendo termo extintivo da obrigação, pode o alimentante formular requerimento de exoneração, por simples petição, nos autos do processo em que foi fixada a verba alimentar, mormente porque “o processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida, do que se extrai a regra básica de que deve-se tratar de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual” (Humberto Theodoro Júnior).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.011637-3, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é agravante D. F. C., sendo agravada K. C. C.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

I — Relatório

D. F. C. agravou de instrumento de decisão que, nos autos de *pedido de exoneração automática de alimentos*, por ele endereçado à 1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões da comarca da Capital, para enfeixar-se nos autos da extinta *ação de divórcio*, em que haviam sido, anos atrás, fixados os alimentos em favor de sua filha K. C. C., declinou da competência pa-

ra daquele pedido conhecer, determinando sua remessa ao Foro Distrital do Norte da Ilha, em cuja circunscrição residem as partes.

Relatou o agravante que sua pretensão era apenas levar ao conhecimento do autor do despacho agravado, titular da Vara da Família, onde se realizara seu divórcio, notícia de fato extintivo de sua obrigação alimentar, para que Sua Excelência determinasse o cancelamento dos descontos mensais destinados à filha K. C. C., que se formara em curso superior e já ultrapassara a idade limite para o abiscoitamento da verba alimentar, ao completar 25 anos de idade.

Sucedo que o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família da Capital confundiu aquele singelo pedido, que dispensa, inclusive, a citação da alimentária, com *ação de exoneração de alimentos* e, entendendo tratar-se de

ação autônoma, cujo tramitar deveria dar-se no Foro Distrital do Norte da Ilha, para lá remeteu o processo, depois de haver declinado da competência para dele conhecer. Daí pleitear, por meio de seu ilustre advogado, o Dr. Oswaldo José Pedreira Horn, a reforma da decisão, para reconhecimento da competência do Juiz declinante, que deverá examinar a petição nos autos da extinta ação de divórcio, em que se fixaram os alimentos.

Juntou documentos e pediu a dação ao agravo de efeito suspensivo.

O eminente Desembargador Jorge Schaefer Martins negou a impressão daquele efeito, sob o entendimento de que a ação exoneratória de alimentos é ação autônoma, não se vinculando à decisão pretérita que fixou alimentos nos autos de extinta ação de divórcio.

É o relatório.

II — Voto

O agravo de instrumento interposto por D. F. C. é adequado, tempestivo e dispensa preparo, merecendo ser conhecido e provido.

Com vista dos autos, o ilustre Procurador de Justiça, Antônio Gercino Ramos de Medeiros, em substancioso parecer, com o qual estou de inteiro acordo, alvitra o provimento do agravo de instrumento, para que o Juiz da 1ª Vara da Família da Capital, por onde tramitou a ação de divórcio, admita a petição nas entranhas daquela extinta ação e aprecie o pedido de extinção automática da obrigação alimentar.

Há que se atender ao reproche do agravante, por uma razão bastante singela: a obrigação paterna, quanto a

prover de alimentos a filha adulta, com mais de 21 anos de idade, esgota-se, de forma automática, ao que se sabe, aos 24 anos de idade, quando, presumivelmente, o alimentário ou alimentária deveria concluir curso de formação superior em que se matriculou e freqüentava. Ora, a obrigação alimentar, em tais circunstâncias, não depende de ação de exoneração para ser tida como finda, porque sua extinção é automática. Por isso, simples pedido endereçado ao Juízo, que pode ser aquele por onde tramitou a ação de divórcio em que se fixou a verba, poderá repousar no regaço daquela extinta ação e ali ser atendido, para declaração, como pede o requerente, da extinção da obrigação alimentar.

Há, neste egrégio Sodalício, clássico acórdão, da lavra do eminente Desembargador Pedro Manoel Abreu, do qual amiúde me valho, esclarecendo o tema em debate. Diz aquele precedente:

“Alimentos. Execução. Filha solteira, maior, universitária. Obrigação do pai de pagar o estabelecimento de ensino e custear o material escolar, sob condição, em acordo celebrado em separação judicial. Limite da obrigação até 24 anos para o estudante universitário. Cessação automática do encargo com a superveniência do termo relativo à idade, independentemente de ação exoneratória. Tratando-se de obrigação a termo e sob condição específica, não poderia a alimentante exigir o adimplemento do réu se descumpriu a sua, deixando de consultá-lo previamente, assumindo despesas que não restaram autorizadas. Superveniência de sentença exoneratória do encargo alimentar. Extinção do processo. Re-

curso desprovido” (Ap. Cív. n. 96.008389-8, da Capital, j. 17/4/97).

Do corpo do referido aresto, extrai-se, *in verbis*:

“Alimentos — Exoneração — Pedido formulado nos autos da ação de divórcio, uma vez cessada a menoridade do filho — Admissibilidade — Desnecessário o ajuizamento de ação exoneratória, dada a extinção automática da obrigação — Recurso provido. Cessada a menoridade, cessa *ipso jure* a obrigação de sustento adimplida sobre a forma de prestação alimentar, sem que se faça necessário o ajuizamento, pelo devedor, de uma ação exoneratória’ (Relator Ernani de Paiva — Agravo de Instrumento n. 197.508-1 — Taubaté — 1º/7/93)”.

Tem toda a razão o eminente Procurador de Justiça, ao referir à competência do Dr. Juiz de Direito da Vara da Família da Capital para conhecer do pedido e examiná-lo, ao argumento de que, na lição de Humberto Theodoro Júnior, com que ilustra seu bem-lançado parecer, “o processo civil deve-se inspirar no ideal de propiciar às partes uma justiça barata e rápida, do que se extrai a regra básica de que ‘deve-se tratar de obter o maior resultado com o mínimo de emprego de atividade processual’ (Enchandia)” (Curso de Direito Processual Civil, 28ª ed., Forense, vol. 1, pág. 41).

Na conhecida lição do eminente Desembargador Yussef Said Cahali, citado pelo digno Procurador de Justiça, em seu precioso parecer, “tratando-se de extinção automática pelo simples implemento do termo extintivo da obrigação, não se tem por que exigir do genitor o ajuizamento da ação

de exoneração para, só com a procedência dela, ficar liberado da prestação alimentícia ao filho que atingiu a maioridade” (Dos Alimentos, RT, 1985, págs. 441/442).

Há que se dizer, por fim, que não se está diante de ação exoneratória, até porque sequer o agravante pediu a citação da alimentária e observou os demais requisitos da petição inicial previstos no art. 282 do CPC. O que existe, na verdade, é mero pedido de exoneração automática, visante a regularizar, de forma oficial, a extinção do compromisso alimentar do agravante. Assim, não caberia, nem mesmo, o declínio espontâneo da competência, porquanto seja torrencial o entendimento, nos tribunais, de que se admite tal pedido nas entranhas da extinta ação de divórcio, no seio da qual, no passado, fixaram-se os alimentos.

Por esses fundamentos, dou provimento ao recurso, para que o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara da Família da Capital conheça do pedido feito pelo agravante e o examine.

É como voto.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, proveram o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 3 de outubro de 2002.

Mazoni Ferreira,
Presidente com voto;
Luiz Carlos Freyesleben,
Relator.

AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.019100-8, DA CAPITAL**Relator designado: Des. Jorge Schaefer Martins**

Cobrança. Contrato de seguro de automóvel. Proposta de pagamento em valor inferior ao postulado. Tutela antecipada. Possibilidade no que tange ao valor incontroverso. Recurso parcialmente provido.

Esses casos de reconhecimento parcial do pedido ou de não contestação, que representam as circunstâncias hábeis à consecução do delineamento da parcela incontroversa da lide e, conseqüentemente, da pretensão não mais resistida, independem do requisito emergencial insculpido no brocardo periculum in mora. Basta para a obtenção da tutela antecipada que se verifique qualquer das circunstâncias apontadas, porquanto acolhidas implicitamente pelo sistema do novo processo civil brasileiro, além daquelas expressamente já definidas nos dois incisos do art. 273 do CPC.

Dessa forma, completam-se as hipóteses de mecanismos generalizados de tutela antecipada, de maneira a viabilizar ao autor, mesmo em não havendo urgência, mas em face da exclusão de controvérsia de parcela do pedido, a concessão da satisfação perseguida (Figueira Júnior, Joel Dias. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 4, tomo I, págs. 176/177).

Pedido de assistência judiciária gratuita. Concessão.

Para a concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita basta a simples afirmação de que não possui condições de arcar com as despesas processuais, sem que haja prejuízo do seu próprio sustento, cabendo à parte contrária o ônus de derrubar a assertiva.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.019100-8, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é agravante Dalton Antônio Matzenbacher Chicon e agravada Porto Seguro Companhia de Seguros Gerais:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

I – Relatório

Dalton Antônio Matzenbacher Chicon interpôs agravo de instrumento contra a decisão da Dra. Juíza de Direito que, nos autos de ação de cobrança cominada com indenização por danos morais que move contra Porto Seguro Companhia de Seguros

Gerais, indeferiu pedido de antecipação dos efeitos da tutela.

Sustentando a presença dos requisitos necessários à concessão da tutela antecipada, postula o agravante o provimento do recurso.

Contraminutado e julgado o agravo, vieram-me os autos a fim de que fosse lavrado o acórdão em decorrência do voto vencido do Relator originário, Des. Monteiro Rocha, que se posicionou pelo provimento integral do recurso.

II – Voto

O recurso merece parcial provimento. Com efeito, pleiteia o agravante na petição inicial da ação de cobrança cominada com indenização por danos morais a concessão de medida *initio litis* a fim de que a ré seja coagida a efetuar o pagamento correspondente à quantia de R\$ 24.082,50 (vinte e quatro mil, oitenta e dois reais e cinqüenta centavos) ou do valor nominal da apólice de seguro que atinge o montante de R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) ou, por derradeiro, a soma incontroversa de R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Contudo, levando em consideração que se trata de ação com procedimento ordinário, permitindo a produção exaustiva de provas, entendeu a MMa. Juíza *a quo* ser incabível a pretensão inicial, asseverando além disso a inexistência de situação urgente.

Ora, dispõe o *caput* do artigo 273, incisos I e II, do Código de Processo Civil, *verbis*:

“O juiz poderá, a requerimento da parte, antecipar, total ou parcialmente, os efeitos da tutela pretendida no pedido inicial, desde que, existindo

prova inequívoca, se convença da verossimilhança da alegação e:

“I – haja fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação; ou

“II – fique caracterizado o abuso de direito de defesa ou o manifesto propósito protelatório do réu”.

Do exame percuciente dos autos, verifica-se a presença de prova inequívoca capaz de demonstrar a verossimilhança da alegação, eis que, consoante o documento acostado à fl. 35, a agravada propôs o pagamento de R\$ 9.000,00 (nove mil reais) a título de indenização devida em decorrência do contrato de seguro de automóvel veículo marca Asia, modelo Towner AM 114 Coach SDX, chassi n. KN2ANM8D1VK035280, ano de fabricação e modelo 1997 celebrado com o agravante.

Destarte, em que pese a não instauração do contraditório, torna-se possível a antecipação dos efeitos da tutela no que tange à quantia de R\$ 9.000,00 (nove mil reais), eis que se trata de valor incontroverso.

Acerca do assunto colhe-se o seguinte comentário:

“Esses casos de reconhecimento parcial do pedido ou de não contestação, que representam as circunstâncias hábeis à consecução do delineamento da parcela incontroversa da lide e, conseqüentemente, da pretensão não mais resistida, independem do requisito emergencial insculpido no brocardo *periculum in mora*. Basta para a obtenção da tutela antecipada que se verifique qualquer das circunstâncias apontadas, porquanto acolhidas implicitamente pelo sistema do no-

vo processo civil brasileiro, além daquelas expressamente já definidas nos dois incisos do art. 273 do CPC.

“Dessa forma, completam-se as hipóteses de mecanismos generalizados de tutela antecipada, de maneira a viabilizar ao autor, mesmo em não havendo urgência, mas em face da exclusão de controvérsia de parcela do pedido, a concessão da satisfação perseguida” (Figueira Júnior, Joel Dias. Comentários ao código de processo civil. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, vol. 4, tomo I, págs. 176/177).

Por derradeiro, no que tange aos demais valores perseguidos na ação principal, correta a interpretação da autoridade judiciária de primeiro grau no sentido de que é imprescindível a fase probatória, inexistindo, neste exame preliminar, os requisitos autorizadores da antecipação dos efeitos da tutela, ou, ainda, de que se cuide de situação na qual será imprescindível a análise do processo em sua totalidade, a fim de que a decisão possa ser proferida de maneira definitiva, açambarcando a quantia que efetivamente deverá ser paga.

No que concerne à gratuidade de justiça, o provimento deve ser integral. O indeferimento pela autoridade de primeiro grau foi fundado na afirmação de inexistência de elementos suficientes à sua concessão.

Tal exegese difere do posicionamento adotado por este Tribunal, e em especial por esta 2ª Câmara Civil, consoante se observa do seguinte julgado:

“Nos termos do art. 4º, da Lei n. 1.060/50, com a redação que lhe conferiu a Lei n. 7.510, de 4/7/86, a parte

gozará dos benefícios da assistência judiciária mediante simples afirmação, na própria petição, de que não tem condições de pagar as custas do processo e honorários de advogado, sem prejuízo próprio ou de sua família.

“É certo que a presunção de precariedade financeira para arcar com o ônus pecuniário é *juris tantum*, porém para desconstituí-la são necessários fortes indícios em sentido contrário, assim, não se pode indeferir o pedido de assistência judiciária sem a exposição específica dos motivos pelos quais o juízo conclui pela suficiência econômica ou sob a mera alegação de que o requerente exteriorizava sinais de patrimônio” (Ap. Cív. n. 2000.000848-6, de Laguna, rel. Des. Mazoni Ferreira, Segunda Câmara Civil do TJSC, julgado em 13/8/01).

III – Decisão

Ante o exposto, deu-se parcial provimento ao recurso a fim de conceder a tutela antecipada pleiteada, liberando apenas o valor incontroverso, ou seja, R\$ 9.000,00 (nove mil reais).

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha.

Florianópolis, 16 de maio de 2002.

Mazoni Ferreira,

Presidente, com voto;

Jorge Schaefer Martins,

Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

Data venia, usei divergir da douta maioria, que houve por prover parcialmente o reclamo desencadeado e conceder a antecipação de tutela

almejada pelo valor incontroverso, porque entendo mais adequada à espécie a concessão da medida pelo valor da apólice, como o pactuado.

Impende, preliminarmente, ponderar que o pedido formulado em nada se encaixa no paradigma da tutela cautelar. Cuida-se, com efeito, de tutela antecipada.

A tutela cautelar é *referível* a um determinado direito material, que é tão-somente protegido ou assegurado. A tutela antecipada, a seu turno, é providência de cunho satisfativo, que adianta os efeitos práticos da prestação jurisdicional.

Luiz Guilherme Marinoni delimita com precisão os institutos:

“A tutela cautelar tem por fim assegurar a viabilidade da realização de um direito, não podendo realizá-lo. A tutela que satisfaz um direito, ainda que fundada em juízo de aparência, é satisfativa sumária. A prestação jurisdicional satisfativa sumária, pois, nada tem a ver com a tutela cautelar. A tutela que satisfaz, por estar além do assegurar, realiza missão que é completamente distinta da cautelar. Na tutela cautelar há sempre referibilidade a um direito acautelado. O direito referido é que é protegido (asegurado) cautelarmente. Se inexistir referência a direito, não há direito acautelado” (A Antecipação da Tutela, 4ª ed., 1998, pág. 86).

Almejando o agravante a outorga imediata (*initio litis*) da indenização securitária, pleiteia, em verdade, a antecipação dos efeitos práticos do provimento condenatório que objetiva. O requerimento, portanto, insere-se claramente no paradigma da tutela satisfativa e foi formulado expressamente

no item IV-b do articulado inicial (fl. 28).

Quanto ao mais, patenteados os adinículos legais, resulta perfeitamente possível a concessão da medida em ação condenatória objetivando a entrega de quantia em dinheiro.

Sobre a temática da reversibilidade, aliás, anota Teori Albino Zavascki:

“Em grande número de hipóteses enquadráveis no *caput* do art. 273, em que se enseja antecipação dos efeitos executivos da tutela, haverá, em alguma medida, certo risco à reversibilidade, especialmente à reversibilidade específica e *in natura*. Desse modo, a vedação constante do § 2º deve ser relativizada, sob pena de eliminar-se, quase por inteiro, o próprio instituto da antecipação. Sempre que houver um confronto entre o risco de dano irreparável ao direito do autor e o risco de irreversibilidade da medida antecipatória, deverá o juiz formular a devida ponderação entre os bens jurídicos em confronto, para o que levará especial consideração a relevância dos fundamentos que a cada um deles dá suporte, fazendo prevalecer a posição com maior chance de vir a ser, ao final do processo, consagrada vencedora. Assim, nos casos em que o direito afirmado pelo autor seja de manifesta verossimilhança e que seja igualmente claro o risco de seu dano iminente, não teria sentido algum sacrificá-lo em nome de uma possível, mas improvável, situação de irreversibilidade. Em contrapartida, porém, é perfeitamente viável que se imponha ao autor, beneficiado com a antecipação, a prestação de caução que asse-

gure, pelo menos, eventual indenização por danos.

“O que sustentamos, em outras palavras, é que o preceito normativo que decorre do inciso I do art. 588 do Código de Processo Civil acaba sendo de aplicação imperiosa por força do próprio sistema. Com efeito, em se tratando, como de fato, de execução sempre provisória, sujeita a ser modificada ou tornada sem efeito a qualquer tempo, cabe ao juiz preservar meios eficientes ao retorno ao *status quo ante*, inclusive, se for o caso, exigindo caução idônea com tal finalidade” (Antecipação da Tutela, 2ª ed., Saraiva, 1999, págs. 88/89).

Por outro lado, a jurisprudência – outra fonte mediata do Direito –, tem deferido tutela antecipada, independentemente da exigência de caução, para que não se torne inócuo o provimento antecipatório postulado:

“A caução idônea não é condição indeclinável para a concessão da tutela antecipatória. Trata-se de imposição acautelatória cuja necessidade deve ser adequadamente apreciada pelo MM. Juiz no caso concreto.

“Neste norte, a prestação de caráter alimentar, em princípio, sob pena de tornar inócuo o provimento judicial provisório, recomenda a dispensa da prestação de caução determinada no § 3º do art. 273 c/c o art. 588, inc. II, ambos do CPC” (Agravado

de Instrumento n. 2001.010221-8, de Lages, rel. Des. Luiz César Medeiros).

Como se sabe, o valor objeto do seguro não é da instituição securitária, mas sim do segurado, que pretende ressarcir-se dos valores pagos por ocasião do sinistro.

Ora, exigir-se caução para que o agravante possa receber, por meio desta tutela antecipatória, os valores que pagou, seria o mesmo que impossibilitá-lo de executar a tutela pretendida.

Na hipótese focalizada, a apólice de fl. 32 dá conta da existência da relação contratual e inexistente discussão acerca do adimplemento dos prêmios e a ocorrência do risco resulta igualmente caracterizada.

O contexto, presentemente, evidencia a verossimilhança das alegações e a prova inequívoca da existência da obrigação da seguradora para com o segurado.

Do caderno processual emerge também o perigo de dano, eis que o risco sucedeu em 1998, reclamando, desde então, cobertura.

Ipsa facto, o pedido da tutela almejada colhe êxito pelo valor nominal expresso na apólice, ou seja, R\$ 15.000,00 (fl. 32v.), independentemente de caução.

Esses os motivos da dissensão.

Monteiro Rocha

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.001422-2, DA CAPITAL

Relator: Des. Alberto Costa

Agravo regimental em pedido de suspensão de liminar em mandado de segurança – Postos revendedores de combustíveis – Creditamento de valores de ICMS pagos a mais no regime de substituição tributária – Liminar concedida pelo juízo a quo suspensa – Plausibilidade da tese do Estado de Santa Catarina, com supedâneo em decisão recente do Supremo Tribunal Federal na ADIn n. 1.851/AL – Possibilidade de lesão à economia pública em face do denominado “efeito multiplicador” – Questões processuais e de mérito – O pedido de suspensão não é a via própria – Agravo desprovido.

— A plausibilidade da tese do Estado de Santa Catarina tem supedâneo em decisões do Supremo Tribunal Federal e no recente julgamento da ADIn n. 1.851/AL, no qual restou decidido ser incabível a restituição de ICMS pago com base em valores presumidos.

— Ocorre a possibilidade de lesão à economia pública em face do denominado “efeito multiplicador” de feitos desencadeados pela liminar, a qual está sendo deferida a diversos estabelecimentos comerciais sujeitos ao regime de substituição tributária, permitindo o creditamento e a conseqüente compensação do ICMS, comprometendo as contas públicas, pois, ao privar o Estado de receber os valores do imposto, acarretará prejuízo à prestação de serviços essenciais ao atendimento da população.

— O pedido de suspensão de liminar não é a via apropriada para a análise de questões processuais e de decisão sobre o mérito.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental na Suspensão de Liminar em Mandado de Segurança n. 2002.001422-2, da comarca da Capital, em que são

agravantes Auto Posto Diplomata Ltda. e outros, sendo agravado o Estado de Santa Catarina:

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, negar provimento ao agravo, a fim de ser mantida a suspensão dos efeitos da liminar até o julgamento definitivo do mandado de segurança.

Custas na forma da lei.

Auto Posto Diplomata Ltda. e outros interpõem, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, agravo regimental da decisão que suspendeu os efeitos da liminar deferida pela Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da Capital nos autos do Mandado de Segurança n. 023.01.059266-3, que os autorizava a compensarem valores referentes ao ICMS, recolhidos a mais no regime de substituição tributária.

Em suas razões recursais, os agravantes sustentam que:

1) O *fumus boni iuris* está estampado na jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de ser devida a restituição do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária;

2) Inexiste prova inequívoca da grave lesão à ordem e à economia públicas, e ausente o interesse público, pois, conforme demonstrado no relatório em anexo, a arrecadação do ICMS no Estado, no período 2000/2001, teve um superávit de 19,66%;

3) Inocorre a grave lesão contra os cofres do Estado, mas, sim, contra os revendedores varejistas de combustíveis e derivados de petróleo que pagam ICMS na refinaria – Petróleo Brasileiro S.A. – de acordo com bases de cálculo presumidas, cujos valores são muito superiores aos preços praticados nas vendas ao consumidor

final, e fixadas unilateralmente pela Secretaria da Fazenda, sem a participação dos sindicatos representativos do comércio, conforme determinam a LC n. 87/96 e a Lei Estadual n. 10.297/96, e cuja comprovação se encontra nas cópias de documentos em anexo;

4) A decisão do Ministro Carlos Velloso do STF, na SS n. 1.934-1/CE, invocada na decisão agravada, embora tratando da substituição tributária do ICMS, diverge do presente caso;

5) Impossível a aplicação do efeito multiplicador de liminares, pois a análise do pedido de suspensão deve restringir-se aos requisitos do art. 4º da Lei n. 4.348/64 e na ocorrência da fumaça do bom direito e do perigo na demora.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Mário Gemin, opinou pelo desprovimento do agravo.

É, em síntese, o relatório.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

“A suspensão de segurança está prevista no art. 4º da Lei n. 4.348/64, devendo ser deferida para evitar lesão grave à economia, à saúde, à segurança ou à ordem públicas.

“A princípio, ‘impossível o exame da questão de fundo nos limites da suspensão de segurança, sob pena de supressão de instância’ (STJ – Corte Especial, AGSS n. 632/DF, DJU 22/6/98, pág. 1). ‘Na estreita e drástica via de suspensão de decisão liminar, de caráter extraordinário, não há espaço para o debate de questões processuais ou meritórias, que devem ter deslinde nas vias ordinárias’ (STJ

— SS n. 878, decisão do Min. Paulo Costa Leite, DJU 15/2/01), pois ‘eventuais ilegalidades, injustiças, *error in procedendo* ou *error in iudicando* tem sede adequada ao seu deslinde’ (STJ – AGP n. 1.055/MA, Corte Especial, DJU 14/8/00, pág. 130).

‘Malgrado essa orientação, não há como não exercer um mínimo de delibação do mérito, ressalva, igualmente, Vossa Excelência (SS n. 1.877-PE, a mais recente), dado cuidar-se de contracautela (SS n. 817-PA, Min. Celso de Mello, DJ de 1º/8/1995; SS n. 1.272/RJ, Min. Carlos Velloso, DJ de 19/5/1998). Como contracautela, seria a suspensão da medida liminar inexoravelmente vinculada aos requisitos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora’ (STF – Pet. n. 2191/SP, decisão do Min. Carlos Velloso, DJU 8/2/2001, pág. 7).

“Em igual sentido: ‘Suspensão de segurança: cuidando-se de procedimento sumário e de cognição incompleta, não se reclama para o deferimento da medida o prejudgamento em favor da entidade pública da questão de fundo, objeto do mandado de segurança, mas apenas que se verifique, em juízo de delibação, a plausibilidade das razões por ela opostas à pretensão do impetrante, somada à existência de riscos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas que a execução provisória acarretaria’ (STF – Tribunal Pleno, AGRSS n. 1.015/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 24/9/99, pág. 40).

“Afastadas as questões processuais, passa-se à análise do *fumus boni iuris*.

“Não obstante decisões do STJ, no sentido de que o contribuinte tem direito à restituição do ICMS pago a maior quando a base de cálculo real do imposto for inferior à base de cálculo estimada (AGRMC n. 3.752/MA, ROMS n. 10.425/GO), há precedente do STF, no AGRRE n. 266.523/MG, de que indevida sua restituição, *verbis*:

‘Agravos regimental em recurso extraordinário. Tributário. Substituição tributária. Legitimidade. Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição.

(...)

‘Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerado presumido não se realize.

‘Agravos regimental não provido’.

“Presente, portanto, a plausibilidade da tese do requerente.

“No tocante aos pressupostos do art. 4º da Lei n. 4.348/64, merece prosperar o pleito de contracautela requerido pelo Estado, em face da potencialidade lesiva à economia pública derivada do chamado ‘efeito multiplicador’ de liminares.

“O creditamento do ICMS, autorizado pela liminar, faz com que o Estado deixe de arrecadar o imposto por período indeterminado, o que, aliado ao fato de que vêm sendo deferidas outras liminares em igual sentido

em todo o Estado, em favor de empresas de diversos setores sujeitas ao regime de substituição tributária que pedem a restituição imediata do imposto pago a mais, poderá causar queda significativa de arrecadação do imposto estadual.

“O Supremo Tribunal Federal, em decisão do então Presidente daquela Corte, Ministro Carlos Velloso, em caso análogo, suspendeu a execução da liminar, registrando:

‘Com efeito, a liminar concedida, como posta, autorizando os impetrantes aproveitarem os créditos descritos na peça exordial, impossibilita a Fazenda Pública receber a antecipação do recolhimento do ICMS por um período indeterminado, ou seja, até que os supostos ‘créditos’ sejam todos compensados’ (SS n. 1.934/CE, DJU 12/2/2001, pág. 7).

“E, ainda, na SS n. 1.749/BA, o eminente Ministro, invocando parecer do Ministério Público Federal, reconheceu a ocorrência do ‘efeito multiplicador’, dizendo que ‘também merece acolhida a alegação do Estado porquanto aqui não se vislumbra apenas os efeitos oriundos do caso concreto — cumprimento desta cautelar —, mas de todos os desdobramentos que poderão advir a partir da manutenção da decisão liminar, pois a repetição de medidas liminares, como a ora atacada, poderá acarretar comprometimento às contas públicas. Já existem decisões do Supremo Tribunal Federal considerando o efeito multiplicador como elemento relevante para o deferimento dos pedidos de suspensão dos efeitos das decisões, como se observa na Suspensão de Segurança n. 705: ‘(...) independentemen-

te do valor da demanda concreta, não se pode perder de vista o habitual efeito multiplicador de feitos, desencadeado pela liminar (...)’ (DJU 7/10/94, pág. 26.840)’.

‘Ademais, a segurança, se concedida ao final da demanda, não resultará inócua, dado que ao contribuinte é assegurada a restituição do pagamento indevido’.

“É, portanto, o que acontece no caso em apreço, já existindo outras liminares deferidas em igual sentido, o que poderá causar lesão aos cofres públicos, pois o ICMS é a maior fonte de arrecadação do Estado, prejudicando o planejamento orçamentário do governo e os interesses da coletividade, sendo prudente que se aguarde o deslinde final da controvérsia.

“Pelo exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar deferida no Mandado de Segurança n. 023.01.059266-3”.

A decisão guerreada teve por plausíveis os argumentos do Estado de Santa Catarina, com base no citado precedente do Supremo Tribunal Federal que interpretou o § 7º do art. 150 da CF, constando do aresto da Suprema Corte:

“O pedido da impetrante circunscreve-se ao reconhecimento do direito de creditar-se do ICMS relativo às diferenças apuradas entre a base de cálculo presumida e o valor real das operações, para o fim de transferi-los ao fornecedor principal – General Motors do Brasil Ltda. —, que efetuará a compensação desses valores em recolhimentos futuros do imposto devido à Fazenda Estadual.

“Ocorre que não há previsão legal para essa hipótese. O artigo 150, §

7º, da Constituição Federal, em sua parte final, assegura a 'imediate e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido', nada dispondo quanto ao fato de o valor real da operação final efetivada pela substituição ser inferior à base de cálculo presumida. Daí concluir pela inexistência de violação ao mencionado preceito constitucional.

"Releva notar que esta Corte, na Sessão Plenária do dia 2/8/99, ao apreciar o RE n. 213.396-5/SP, Ilmar Galvão, DJ de 13/8/99, que cuidava de matéria similar à destes autos, proferiu decisão na qual refutou a alegação de ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade, por entender que o contribuinte de fato é o consumidor final e que o preço sugerido ao vendedor pela montadora está embutido unicamente no tributo devido na saída da mercadoria do seu estabelecimento e na parcela incidente sobre o valor estimado, conforme se verifica nas operações regulares.

"Por isso mesmo, ressalvada a hipótese prevista no artigo 34, *caput*, e inciso II, do RICMS/MG, afigura-se definitivo o recolhimento do imposto por substituição tributária, tendo em vista a compatibilidade daquele preceito com o disposto no artigo 150, § 7º, da parte final, da Constituição Federal".

Todavia, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, recentemente, no dia 8 do mês de maio de 2002, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851-4/AL, declarando constitucional a Cláusula 2ª do Convênio ICMS 13/97 do Estado de Alagoas, a qual determina não ser cabível a restituição do ICMS quando

a operação subsequente à cobrança do imposto se realizar com valor inferior ao utilizado como base de cálculo presumida, o que veio a reforçar a tese do Estado de Santa Catarina, segundo se infere da ementa da ADIn supracitada, *in verbis*:

"Tributário. ICMS. Substituição tributária. Cláusula segunda do Convênio 13/97 e §§ 6º e 7º do art. 490 do Dec. n. 35.245/91 (redação do art. 1º do Dec. n. 37.406/98), do Estado de Alagoas. Alegada ofensa ao § 7º do art. 150 da CF (redação da EC n. 3/93) e ao direito de petição e de acesso ao judiciário.

"Convênio que objetivou prevenir guerra fiscal resultante de eventual concessão do benefício tributário representado pela restituição do ICMS cobrado a maior quando a operação final for de valor superior ao do fato gerador presumido. Irrelevante que não tenha sido subscrito por todos os Estados, se não se cuida de concessão de benefício (LC n. 24/75, art. 2º, inc. 2º).

"Impossibilidade de exame, nesta ação, do decreto, que tem natureza regulamentar.

"A EC n. 3/93, ao introduzir no art. 150 da CF/88 o § 7º, aperfeiçoou o instituto, já previsto em nosso sistema jurídico-tributário, ao delinear a figura do fato gerador presumido e ao estabelecer a garantia de reembolso preferencial e imediato do tributo pago quando não verificado o mesmo fato a final. A exigência antecipada do tributo, dado tratar-se de sistema instituído pela própria Constituição, encontrando-se regulamentado por lei complementar que, para definir-lhe a base de cálculo, se valeu de critério de estima-

tiva que a aproxima o mais possível da realidade.

“A lei complementar, por igual, definiu o aspecto temporal do fato gerador presumido como sendo a saída da mercadoria do estabelecimento do contribuinte substituto, não deixando margem para cogitar-se de momento diverso, no futuro, na conformidade, aliás, do previsto no art. 114 do CTN, que tem o fato gerador da obrigação principal como a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência.

“O fato gerador presumido, por isso mesmo, não é provisório, mas definitivo, não dando ensejo a restituição ou complementação do imposto pago, senão, no primeiro caso, na hipótese de sua não-realização final.

“Admitir o contrário valeria por despojar-se o instituto das vantagens que determinaram a sua concepção e adoção, como a redução a um só tempo, da máquina-fiscal e da evasão fiscal a dimensões mínimas, propiciando, portanto, maior comodidade, economia, eficiência e celeridade às atividades de tributação e arrecadação.

“Ação conhecida apenas em parte e, nessa parte, julgada improcedente” (ADIn n. 1.851-4/AL — Rel. Ministro Ilmar Galvão — DJU de 22/11/02).

E do voto do Relator, colhe-se:

“O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem do caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar em tributo pago a

maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do Fisco, quer de parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.

“Por isso mesmo, a salvaguarda estabelecida na Constituição em favor deste último, representada pela imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (a qual, na conformidade do art. 10, § 1º, da LC n. 87/96, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

“Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instrumento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. Na verdade, visa o instituto a evitar, como já acentuado, a necessidade de fiscalização de um sem-número de contribuintes, centralizando a máquina-fiscal do Estado num universo consideravelmente menor, e com acentuada redução do custo operacional e conseqüente diminuição da evasão fiscal. Em suma, propicia ele maior comodidade, economia, eficiência e celeridade na atividade estatal ligada à imposição tributária”.

E o Superior Tribunal de Justiça, sobre a matéria, e acolhendo a decisão do Excelso Pretório, assentou:

“Tributário. Recurso especial. Substituição tributária progressiva. ICMS. Recolhimento efetivado antecipadamente. Base de cálculo presumida. Valor final de venda inferior ao estabelecido na pauta fiscal. Restituição indevida. Precedente do STF. ADIn n. 1.851-4/AL.

“I – Em diversos julgados ficou reconhecido o direito do contribuinte à restituição/compensação do imposto recolhido a maior, bastando a comprovação de que está submetido ao regime de substituição tributária e que efetuou a venda por preço inferior ao preço previsto na pauta fiscal.

“II – Não obstante esta constatação, verifico que o Supremo Tribunal Federal, recentemente, *in* DJU, de 15/5/2002, ao analisar, na ADIn n. 1.851-4/AL, a cláusula segunda do Convênio ICMS 13/97, declarou sua constitucionalidade, afastando a liminar que suspendia a eficácia do regimento legal em tela.

“III – Naquele julgado o Pretório Excelso entendeu não importar que o tributo tenha sido recolhido a maior ou a menor em face do preço pago pelo consumidor final do produto, porquanto, se a base de cálculo é previamente definida em Lei, não restaria nenhum interesse público em apurar se correspondeu ela à realidade.

“IV – Nesse panorama, passo a adotar a tese do Supremo Tribunal Federal, pela vedação da restituição do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto, sob a modalidade da substituição tributária, realizar-se com valor inferior ao reco-

lhido antecipadamente em face de base de cálculo presumida.

“V – Submissão ao entendimento jurisprudencial do egrégio Supremo Tribunal Federal em homenagem à função uniformizadora que tal decisão implica aos Tribunais pátrios (ADIn n. 1851-4/AL).

“VI – Recurso especial provido” (REsp n. 270.612/ES – Rel. Ministro Francisco Falcão – DJU de 16/9/02).

E esta Corte de Justiça, por sua Sexta Câmara Civil, decidiu:

“Tributário – ICMS – Obrigação fiscal – Responsabilidade – Substituição tributária – Base de cálculo presumida – Alíquota – Valor real da operação – Diferenças apuradas – Restituição – Impossibilidade” (Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.013388-2, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto).

Por outro lado, persiste o efeito multiplicador de liminares anunciado na decisão agravada, o que, de fato, vem ocorrendo, tendo sido ajuizados dezenas de pedidos de suspensão de liminares envolvendo mais de 50 estabelecimentos comerciais, devendo-se destacar que a atividade dos agravantes é exercida no Estado por mais de 2.000 estabelecimentos, segundo informação do Diretor de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda, no Pedido de Suspensão n. 2001.024322-9, os quais poderão ingressar com ações para obterem o mesmo benefício, sem contar as empresas de outros ramos de atividades também sujeitas ao regime de substituição tributária, como as de venda de veículos e de bebidas, que também estão buscando a mesma tutela (a exemplo, o Pedido de Suspensão de

Liminar n. 2002.001421-4), o que certamente causará grave impacto nas contas públicas do Estado, pois deixará de recolher ICMS por um largo período até o esgotamento do saldo credor acumulado ao longo dos anos.

Registre-se, por oportuno, que o efeito multiplicador vem sendo admitido pelo Supremo Tribunal Federal e pelo Superior Tribunal de Justiça como fundamento suficiente para suspender decisões proferidas contra o Poder Público, ora relacionando-o ao prejuízo à economia pública, ora à lesão à ordem pública. A exemplo, citamos: do STJ, Pet. n. 1.776, decisão do Min. Nilson Naves, e SS n. 1.051, decisão também do Min. Nilson Naves; e do STF, os AGRSS ns. 1.307/PE, 1.887/PA e 1.863/RJ, da relatoria do Min. Carlos Velloso, todos julgados pelo Tribunal Pleno.

Por outro vértice, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer da lavra do Dr. Mário Gemin, manifestou-se pelo desprovisionamento do agravo, nos seguintes termos:

“No que tange ao perigo na demora, revendo posicionamento anterior, concordamos com a opinião do douto Relator, de que o ‘efeito multiplicador’ em razão do deferimento de inúmeras liminares poderá acarretar sério comprometimento às contas públicas, posto que o ICMS é a maior fonte de arrecadação e do qual a saúde, a educação e outros serviços essenciais precisam para que não haja solução de continuidade no seu funcionamento.

“Cassar a suspensão é, a médio prazo, causar transtornos a toda a população que depende dos recursos

advindos da arrecadação então limitada por causa das compensações ofertadas pelas liminares.

“Isto significa que não é apenas o Estado-Administração – pessoa jurídica de direito público – que sofre consequências com o perigo na demora, como toda a população que pode enfrentar um caos diante da falta de recursos.

“Por certo que, se a segurança for concedida a final e, então, restar vencedor o recorrente, terá ele direito à restituição do pagamento indevido”.

Ante o exposto, presente a possibilidade de prejuízo à economia em decorrência do “efeito multiplicador”, bem como a plausibilidade dos argumentos do Estado de Santa Catarina, nega-se provimento ao agravo, a fim de ser mantida a suspensão dos efeitos da liminar até o julgamento definitivo do mandado de segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Silveira Lenzi, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Maurílio Moreira Leite, Cercato Padilha, Monteiro Rocha, Fernando Carioni, João Martins, Francisco Oliveira Filho e Alcides Aguiar, e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Dalcio Moser.

Florianópolis, 18 de dezembro de 2002.

Amaral e Silva,
Presidente;
Alberto Costa,
Relator.

AÇÃO RESCISÓRIA

AÇÃO RESCISÓRIA N. 1988.030910-3 (659), DA CAPITAL

Relator: Des. Volnei Carlin

Ação rescisória – Alegativa de impossibilidade jurídica de pedido de rescisão parcial – Requerimento de desconstituição total do acórdão – Preliminar afastada.

O autor requer expressamente a desconstituição do acórdão e o re julgamento da causa, nos termos do art. 488, I, do CPC. Ou seja, cumulou os pedidos de juízo rescindendo e juízo rescisório, de modo que a nova decisão substitua a primeira, para os efeitos enumerados na exordial.

Logo, não houve pedido de rescisão parcial, como afirmam os réus, embora tal pedido não seja vedado pela doutrina e pela jurisprudência.

Prefacial de carência de ação por não poder a ação rescisória fundar-se em equívocos no julgamento – pedido fundamentado nos incisos V e IX do art. 485 do CPC.

Não procede a argumentação de a carência de ação, por impossibilidade jurídica do pedido, pelo fato da rescisória, fundar-se na ocorrência de equívocos no julgamento, hipótese não arrolada no rol exaustivo do art. 485 do CPC, uma vez que a ação está expressamente fundamentada nos incisos V e IX do referido artigo. A eventual inoportunidade de violação àquelas hipóteses redundará não na impossibilidade jurídica do pedido, mas na improcedência da demanda.

Ação rescisória – Alegação de nulidade por falta de pedido de intimação do Ministério Público – Intervenção determinada de ofício – Parecer exarado nos autos – Inexistência de prejuízo.

Em que pese não haver pedido de intimação do Parquet na exordial, foi aberta vista dos autos àquele Órgão, de ofício, pelo Relator, tendo o representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado nos autos, o que afasta a tese de nulidade, por inexistência de prejuízo. Aplicação do princípio do pas de nulité sans grief, o que deixa incólume a presença da instituição reclamada.

Ação rescisória – Violação à literal dispositivo de lei – Teses não submetidas à análise em grau de recurso – Inovação inadmissível em sede de juízo rescisório.

Pretender o autor inovar a matéria, trazendo teses não submetidas à análise no processo cuja decisão pretende desconstituir, inclusive pleiteando a produção de perícia técnica afim de provar a alegada violação a texto legal, é inaceitável em sede de ação rescisória.

Ação rescisória – Erro de fato – Inexistência – Eventual injustiça no julgamento que não justifica a rescisão do acórdão.

Está claro no texto do acórdão que foi considerada inconstitucional a dedução de 2% da parcela do ICM devida aos municípios, quando ela ocorria. Logo, totalmente inconsistente a alegativa de que só havia dedução quando o contribuinte optasse pelo aproveitamento do incentivo legal, pois o acórdão não está dizendo o contrário.

Não se verifica, portanto, qualquer erro de fato hábil a rescindir o acórdão em questão.

Ressalta-se que ainda que tenha havido eventual injustiça no julgamento ou má apreciação da prova, este fato, por si só, não autoriza a rescisão do decisum, que está restrita às hipóteses do art. 485 do CPC.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Ação Rescisória n. 1988.030910-3, da comarca da Capital, em que é autor Estado de Santa Catarina, sendo réus Município de Blumenau e outros:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por maioria de votos, afastar a preliminar de decadência, e, por votação unânime, afastar as demais prefaciais julgando improcedente o pedido.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

O Estado de Santa Catarina aforou ação rescisória contra os municípios de Blumenau, Campo Erê, Ibi-

rama, Içara, Criciúma, Indaial, Lages, Lauro Müller, Palhoça, Rio do Sul, São Bonifácio, Joinville, Araquari, Campo Alegre, Imbituba e Gaspar, objetivando rescindir o acórdão transitado em julgado, que confirmou a sentença proferida na ação ordinária promovida pelos ora réus contra o Estado, que determinou que este pagasse aos municípios o correspondente a 20% sobre toda a arrecadação de ICM.

Sustenta que o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei (art. 5º, a, b e parágrafo único da Lei n. 4.225/68, art. 3º do Decreto n. 86.649/81 e cláusula nona do Convênio ICM 35/77), além de incorrer em erro de fato, pois o Ente Público nunca deduziu 2% da parcela pertencente ao

município, uma vez que jamais os contribuintes optaram por 10% do valor do ICM a favor do Fundesc/Procape.

Às fls. 79/80 o demandante requereu o aditamento da inicial, para que fossem incluídos no pólo passivo do feito os municípios de Laguna, Mondai e Urussanga.

Os réus contestaram o feito às fls. 99/128, arguindo, preliminarmente, decadência, carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido e necessidade de intervenção ministerial. No mérito, requereram a improcedência da ação.

O Ministério Público catarinense opinou pelo conhecimento da rescisória e, no mérito, pela improcedência do pedido.

II — Voto

Preliminares

Inicialmente, devem ser apreciadas as preliminares suscitadas pelos réus na contestação (fls. 99/128).

1. Decadência

A primeira se refere à decadência do prazo de dois anos para interposição da rescisória, uma vez que não teria ocorrido a citação válida dentro do lapso temporal mencionado.

Por força do disposto no art. 220 do Código de Processo Civil, para observância do prazo decadencial da ação rescisória deve-se aplicar o art. 219 do CPC, que ordena ao autor que promova, nos 10 (dez) dias seguintes ao despacho, a citação do réu, ou requiera a prorrogação de prazo nos 5 (cinco) dias seguintes ao seu vencimento.

In casu, verifica-se que o trânsito em julgado do acórdão rescindendo se deu em 10/3/1987 (certidão de fl. 21). A ação rescisória foi interposta no dia 21/10/1988 (fl. 2), portanto, dentro do prazo decadencial de dois anos previsto no art. 495 do *Codex Instrumentalis*, dependendo apenas da citação válida, nos termos do art. 219 do CPC, para que o direito fosse considerado como exercido no prazo.

Na inicial, o demandante requereu, desde logo, a prorrogação do prazo de 10 (dez) dias previsto no § 2º do art. 219 do CPC, já prevendo que a diversidade de réus e a necessidade de citação por carta precatória acarretariam a demora na citação.

Embora tal pedido não tenha sido deferido pelo então relator do processo, como é cediço, só se pode decretar a decadência se a citação não ocorrer tempestivamente por culpa exclusiva do autor, sem que tenha havido demora por parte do Judiciário. Nesse sentido:

“Ação rescisória. Invocação do art. 485, IX, do CPC. Não configuração de violação de literal disposição de lei ou de erro de fato. Improcedência. Decadência. Retardo da citação por motivo inerente ao mecanismo da Justiça.

“Conforme definiu o STJ, ao editar a Súmula 106, proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência. Inteligência do art. 219, § 2º, do CPC, com a nova redação dada pela Lei n. 8.952/94” (AR n. 1988.063874-2, da Capital, rel.

Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 14/9/98).

No caso em tela, contudo, o Estado somente requereu a citação dos municípios de Laguna, Urussanga e Mondaí, na condição de litisconsortes passivos necessários, em 27/2/89, ou seja, cerca de quatro meses após o ajuizamento da ação e dez dias antes do término do prazo decadencial.

Desse modo, restou caracterizada, portanto, a inércia do Estado quanto à promoção do ato que dele dependia, tendo fluído mais de 2 (dois) anos da data do trânsito em julgado da decisão rescindenda, sem que todos os réus tenham sido citados.

Outrossim, não foram observados os prazos do art. 219, §§ 2º e 3º, de modo que o reconhecimento da decadência, no presente caso, é medida que se impõe.

Segundo ensina José Carlos Barbosa Moreira:

“Sendo de decadência, o prazo do art. 495 não se suspende nem se interrompe nos casos previstos em lei para a suspensão ou a interrupção dos prazos prescricionais. A citação inicial válida, entretanto, obsta a consumação da decadência (art. 220, combinado com o art. 219, *caput, fine*), retroagindo o efeito obstativo à data da propositura da ação (art. 219, § 1º), desde que observados os preceitos dos §§ 2º e 3º; nessa hipótese, portanto, basta que a ação tenha sido proposta dentro do biênio, pouco importando que o réu já venha a ser citado fora dele. Se a citação não se realizar com observância dos prazos dos §§ 2º e 3º, será preciso, para impedir (sendo possível!) a consumação da

decadência, que o réu seja efetivamente citado ainda no biênio” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. V, 7ª edição, Rio de Janeiro, Forense, 1998, pág. 218).

Colhe-se da jurisprudência:

“Acórdão proferido em ação de anulação de ato jurídico. Ação rescisória proposta tempestivamente. Citação não foi realizada dentro do biênio legal. Culpa exclusiva dos autores. Decadência operada.

“A decadência não será consumada se, dentro do biênio legal, a ação tiver sido proposta. No entanto, os demandantes devem atuar com diligência para promover a citação no prazo do art. 219, § 2º, do CPC, sob pena de operar-se a decadência. Esta só não poderá ser considerada consumada, se a demora na citação se der por culpa exclusiva do serviço judiciário” (Ação Rescisória n. 1988.090505-2 (883), de Trombudo Central, rel. Des. Silveira Lenzi, j. 14/6/99).

“Ação rescisória. Decadência. Citação. Prazo. Efeitos. Transcorridos os dez dias inicialmente concedidos para a citação do réu (CPC, art. 219, § 2º, desde que esta tiver de efetivar-se, por qualquer razão, após o biênio, deve o autor da ação rescisória requerer, necessariamente, a prorrogação de que cogita o § 3º do art. 219 do CPC, sob pena de configurar-se a hipótese do § 4º, do aludido dispositivo legal. Decadência declarada. Entendimento majoritário. Extinção do processo com julgamento de mérito” (STF, AR n. 1.327-1/RJ, Ministro Octávio Gallotti, DJU n. 206, de 26/10/90, pág. 11.977).

“Ação rescisória. Ação ajuizada antes da ocorrência do prazo de deca-

dência, mas em que não foram observadas as exigências dos §§ 2º e 3º do artigo 219 do Código de Processo Civil, sem a verificação de obstáculo judicial. Ocorrência da hipótese prevista no § 4º do art. 219 do CPC” (STF, AR n. 1.329-9/RS, rel. Min. Moreira Alves, DJU n. 29, de 9/2/90, pág. 572).

Logo, tendo a citação de parte dos réus ocorrido após o prazo decadencial por exclusiva inércia do autor, que só a requereu quando restavam poucos dias para extinguir-se o lapso temporal, deve ser declarada a decadência do direito de ação.

Pelas razões acima expostas, discordo da douda maioria e fiquei vencido, votando no sentido de acolher-se a preliminar e julgar-se extinto o processo, nos termos do art. 269, IV, do CPC.

2. Carência de ação – impossibilidade jurídica do pedido de rescisão parcial do acórdão

A segunda prefacial argüida refere-se à carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, alegando os réus que não é possível a rescisão parcial do acórdão, por erro de fato e por violação à literal dispositivo de lei (fl. 107).

Todavia, segundo se infere da inicial, à fl. 17, o autor formula expressamente a desconstituição do acórdão e o rejuízo da causa, nos termos do art. 488, I, do CPC. Ou seja, o autor cumulou os pedidos de juízo rescindendo e juízo rescisório, de modo que a nova decisão substitua a primeira, para os efeitos enumerados na exordial.

Logo, não houve pedido de rescisão parcial, como afirmam os réus, embora tal pedido não seja vedado

pela doutrina e pela jurisprudência (nesse sentido, *vide* Nery Junior, Nelson e Andrade Nery, Rosa Maria, *in* Código de Processo Civil comentado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, pág. 953). E ainda:

“Rescisória — Decisão *ultra petita* — Rescisão parcial do *decisum* — Possibilidade.

“A ação rescisória tanto pode rescindir todo o *decisum*, como apenas parte dele que, podendo ser destacada do todo, mostre-se afrontatória à disposição de lei” (Ação Rescisória n. 1998.008421-0, de Ibirama, rel. Des. Eder Graf, j. 8/6/99).

Afasta-se, portanto, a prefacial.

3. Carência de ação – impossibilidade jurídica do pedido de rescisão por equívoco no julgamento

Sustentam, ainda, os demandados, a carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido, pelo fato da rescisória fundar-se na ocorrência de equívocos no julgamento, hipótese não arrolada no rol exaustivo do art. 485 do CPC.

Igualmente não merece guarida tal argumentação, uma vez que, embora haja menção a “meros equívocos” na inicial, a ação está expressamente fundamentada nos incisos V e IX do art. 485 do CPC (fl. 2). A eventual inoportunidade de violação àquelas hipóteses redundará não na impossibilidade jurídica do pedido, mas na improcedência da demanda.

Rejeita-se, por isso, tal preliminar.

4. Carência de ação – vinculação a um só dos fundamentos do acórdão rescindendo

Os réus alegam a carência de ação (fl. 110), pelo fato da *actio* vincular-se a um só dos vários fundamentos do acórdão rescindendo, o que seria juridicamente impossível. A presente preliminar confunde-se com o mérito, uma vez que, se acolhida, resultará na improcedência do pedido, e, por essa razão, será com este analisado.

5. Nulidade do processo por ausência de requerimento de intervenção ministerial

Na última prefacial, arguem os réus em contestação (fl. 111) a nulidade do processo, porque o autor não postulou, na inicial, a intimação do Ministério Público.

Ora, em que pese não haver pedido de intimação do *Parquet* na exordial (fls. 16/19), foi aberta vista dos autos àquele Órgão, de ofício, pelo Relator (fl. 319), tendo o representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado às fls. 322/336, o que afasta a tese de nulidade, por inexistência de prejuízo.

Afastadas todas as preliminares, passa-se ao exame do *meritum causae*.

Mérito

Os réus asseveram que o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei (art. 5º, *a*, *b* e parágrafo único da Lei n. 4.225/68, art. 3º do Decreto n. 86.649/81 e cláusula nona do Convênio ICM 35/77), além de incorrer em erro de fato, pois o Estado nunca deduziu 2% da parcela pertencente ao Município, uma vez que jamais os contribuintes optaram por 10% do valor do ICM a favor do Fundesc/Procaped.

Segundo a argumentação do Estado na inicial, a Lei n. 4.225/68 instituiu o Programa de Incentivos Fiscais – Fundesc, posteriormente denominado Procaped pela Lei n. 5.159/75. Por essas leis, o contribuinte poderia optar em destinar 10% do ICM ao Fundesc/Procaped, estando, porém, excluídos os valores decorrentes de notificação fiscal, bem como os valores transferidos pela União aos Estados, em virtude de crédito presumido de que trata o Convênio ICM 35/77.

O acórdão rescindendo determinou que o Estado pagasse aos municípios o correspondente a 20% de toda a arrecadação, porém, a destinação de 10% pelo contribuinte era facultativa (e foi considerada obrigatória no *decisum*). Além disso, não poderiam ser abrangidos os valores de ICM resultantes de notificação fiscal e os valores repassados pela União, que, em consequência de crédito presumido, eram repassados aos municípios automaticamente, fatos que não teriam sido considerados no aresto.

A violação à literal disposição de lei, portanto, teria ocorrido em decorrência desses acontecimentos, aos quais acrescenta o autor infração ao art. 3º do Decreto n. 86.649/81, que mandou aplicar a correção monetária nos processos pendentes a partir do início da vigência da Lei n. 6.889, de 9/4/81.

O erro de fato, por sua vez, estaria presente na expressão constante do acórdão rescindendo: “ao deduzir os 2% da parcela pertencente ao Município, afronta a Constituição Federal...” (fl. 197), pois o Estado afirma que jamais deduziu 20% da parcela pertencente ao Município, na medida

em que a dedução ocorria somente em relação à parcela do ICM na qual o contribuinte houvesse decidido aproveitar o incentivo, e não sobre o total.

Na contestação, os réus asseveraram que o Estado não se fundamentou nas normas que diz agora ter sido violadas nem na contestação nem no apelo, estando a deduzir argumentos novos, o que é vedado em sede de ação rescisória.

De fato, embora o autor não tenha trazido aos autos as peças contestatórias e recursal, segundo se infere do acórdão de fls. 193/199, tais teses não foram objeto de análise jurisdicional no *decisum*.

Ora, pretender o autor inovar a matéria, trazendo teses não submetidas à análise no processo cuja decisão pretende desconstituir, inclusive pleiteando a produção de perícia técnica a fim de provar a alegada violação a texto legal, é inaceitável em sede de ação rescisória.

Já decidiu este Tribunal:

“Ação rescisória – Se a decisão rescindenda não cogitou da aplicabilidade de determinado texto legal por não ter sido invocado, não é possível afirmar-se que violou sua literal disposição. Falta-lhe o pressuposto legal da rescisória, que é corrigir uma ilegalidade” (Ação Rescisória n. 189, de Lages, rel. Des. Protásio Leal, JC 33/279).

Veja-se, ainda, no mesmo sentido: RT 307/502; 229/356; 220/248; 172/338; 164/343; 160/774; 155/282.

Não existe, portanto, violação à literal disposição de lei que possibilite a rescisão do acórdão, uma vez que é vedada, em sede de rescisória, a in-

vocação de teses novas, não debatidas nem comprovadas no processo. Para que haja tal violação é necessário que o *decisum* rescindendo seja de tal modo aberrante que viole o dispositivo legal em sua literalidade. Elegendo uma das interpretações cabíveis, mesmo não sendo a melhor, imerece vingar a rescisória (RSTJ 93/416).

Acresça-se que o Estado autor não juntou, nesta *actio*, sua contestação originária ou seu recurso de apelação originária ou seu recurso de apelação. Essas razões também lhe subtraem qualquer motivação de êxito. Traz, ainda, argumentos novos, não avaliados no acórdão em discussão.

No tocante ao erro de fato, o Estado afirma que jamais deduziu 20% da parcela pertencente ao Município, na medida em que a dedução ocorria somente em relação à parcela do ICM na qual o contribuinte houvesse decidido aproveitar o incentivo, e não sobre o total, razão pela qual estaria errada a seguinte expressão constante do acórdão: “ao deduzir os 2% da parcela pertencente ao Município, afronta a Constituição Federal...” (fl. 197).

Veja-se o inteiro teor do parágrafo em que está inserida a expressão citada:

“Além disso, o que precisa ser entendido é que o Estado não transfere aos municípios a parcela de 20% sobre o ICM, a título de liberalidade, mas ao contrário é dever constitucional. Ao deduzir os 2% da parcela pertencente ao município, afronta a Constituição Federal, e lei alguma pode ser invocada para acobertar tal pro-

ceder, e além disso é cediço que lei não altera a Constituição” (fl. 197).

Ora, está claro no texto do acórdão que foi considerada inconstitucional a dedução de 2% da parcela do ICM devida aos municípios, quando ela ocorria. Logo, totalmente inconsistente a alegação de que só era deduzido quando o contribuinte optasse pelo aproveitamento do incentivo legal, pois o acórdão não está dizendo o contrário.

Não se verifica, portanto, qualquer erro de fato hábil a rescindir o acórdão em questão. O Estado, *in casu*, só faz jogo de palavras. Inexiste erro de fato algum. Pode ter havido eventual injustiça no julgamento, discussão não aceita na rescisória.

Demais, a inteligência dos textos normativos, emanados de uma autoridade pública, pode não estar no centro do raciocínio judiciário, podendo prevalecer os costumes, os comportamentos, inclusive os não orais (silêncios, ações, gestos) e a doutrina, que também oferecem uma forma de interpretação judiciária na busca da interação humana e constituem fatores da evolução do Direito (Françóis Rijaux. A Lei dos Juízes, São Paulo: Martins Fontes, 2000, pág. 306).

Ressalte-se que:

“Ainda que tenha havido eventual injustiça no julgamento ou má apreciação da prova, este fato, por si só, não autoriza a rescisão do *decisum*, que está restrita às hipóteses do art. 485 do CPC” (Ação Rescisória n.

1988.033835-4 (686), de Bom Retiro, rel. Des. Volnei Carlin, j. 11/4/01).

No mais, existe o MS n. 2000.020158-5, rel. Des. Newton Trisotto, mas que trata de matéria de fundo (mérito), enquanto na rescisória, aqui, discutem-se os pressupostos da sua admissibilidade (art. 485, em seus cinco incisos, CPC).

Diante de todo o exposto, afastam-se as preliminares e julga-se improcedente o pedido, condenando-se o autor ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), de acordo com o art. 20, § 4º, do CPC, isento de custas.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide o Grupo, por maioria de votos, afastar a preliminar de decadência, e, por votação unânime, afastar as demais preliminares e julgar improcedente o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Oliveira Filho, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros e Vanderlei Romer. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 13 de novembro de 2002.

João Martins,
Presidente, com voto;
Volnei Carlin,
Relator.

EMBARGOS INFRINGENTES

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2001.022945-5, DA CAPITAL

Relator: Des. José Volpato

Embargos infringentes – Investigação de paternidade – Realização de prova técnica indeferida – Ausência de cerceamento de defesa – Recurso desprovido.

O cerceamento de defesa diz respeito ao ato de suprimir a ampla e justa defesa, bem como ao de impedir a liberdade de produção de provas, que fica caracterizado quando o magistrado obstrui, de forma injustificada, as partes de realizarem atos que surtiriam provas a seu favor. Contudo, inexistente cerceamento de defesa quando a matéria foi exaustivamente debatida no curso do processo, contando inclusive com a realização de mais de cinco perícias técnicas.

Não havendo provas no sentido de rechaçar o robusto conjunto probante efetuado durante a instrução processual, não merece provimento a pretensão do recorrente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2001.022945-5, da comarca da Capital, em que é embargante G. M., representado por sua mãe, M. de F. M., e embargado J. C. R.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por maioria de votos, pelo conhecimento dos embargos infringentes, afastamento da preliminar de cerceamento de defesa e, no mérito, pelo desprovimento do recurso.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

G. M., representado por sua mãe, M. de F. M., inconformado com a sentença proferida na ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos proposta contra J. C. R., que julgou improcedente o pedido for-

mulado, interpôs recurso de apelação (n. 2000.004936-0).

Nas suas razões, afirmou que o indeferimento da realização de novo exame de DNA constitui cerceamento de defesa, eis que os três exames realizados anteriormente foram efetuados em laboratórios diferentes e em cidades diferentes, o que pode facilitar a troca, acidental ou não, do material a ser analisado. Afirmou também que existe uma grande semelhança física entre ele e o investigado, entre outras alegações, as quais por brevidade me reporto (fls. 467/474).

Em contra-razões, o apelado pugnou pela manutenção da decisão vergastada (fls. 476/487).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso (fls. 496/499).

O acórdão, por maioria de votos, negou provimento ao recurso, concluindo que as provas periciais (um exame de fenotipagem eritrocitária que excluiu a paternidade, um exame de DNA que concluiu pela paternidade, mais dois exames de DNA que excluíram a paternidade), combinadas com as provas orais, afastavam qualquer possibilidade de provimento do recurso (fls. 508/514).

O apelante opôs embargos infringentes, pretendendo ver prevalecer o voto minoritário, que deduziu que o indeferimento do pedido de realização de novo exame de DNA constituiu cerceamento de defesa. No mérito, assentou que as provas não eram conclusivas a fim de ensejar o desprovimento do recurso (fls. 515/517).

Para escorar o seu pedido, reiterou todos os seus anteriores argumentos (fls. 522/527).

Admitido o recurso (fl. 513), o embargado ofereceu resposta, rebatendo todos os argumentos expendidos (fls. 518/523).

II — Voto

De início, insta analisar a ocorrência do alegado cerceamento de defesa, em razão do indeferimento da realização de nova perícia técnica de DNA diante das divergências apontadas nos exames periciais já realizados.

No curso da ação investigatória foi realizado, num primeiro momento, exame de fenotipagem eritrocitária, que excluiu a possibilidade do reconhecimento da paternidade requerida (fls. 88/90). O mesmo ocorreu em laudo unilateral apresentado pelo réu, fir-

mado por médico legista (fls. 117/118).

Assim mesmo o Magistrado de primeiro grau deferiu a realização de exame de DNA, que foi elaborado pelo Laboratório Médico Santa Luzia Ltda., localizado em Florianópolis/SC, tendo como resultado a probabilidade positiva de 99,999% (fls. 158/170).

Diante do resultado, o réu insurrecionou-se contra o laudo pericial e pugnou pela realização de novo teste em outro laboratório, o que foi autorizado.

Desse modo, outro trabalho de DNA, que desta vez foi realizado no Núcleo de Genética Médica Ltda. – Gene, em Belo Horizonte/MG, teve como resultado a exclusão absoluta de paternidade (fls. 198/218), com o que não se conformou o autor, que pediu nova perícia, a qual foi deferida.

O exame genético seguinte, realizado então pelo Laboratório DNA Reference, Imunogenética – Biologia Molecular, de Porto Alegre/RS, confirmou a impossibilidade do pleito formulado na inicial, eis que excluiu qualquer possibilidade de paternidade do réu (fls. 288/314).

Posteriormente, foi acostado aos autos novo laudo técnico, realizado conjuntamente pelo Laboratório Médico Santa Luzia Ltda. e Núcleo de Genética Médica Ltda. – GENE, concluindo pela negativa de paternidade do réu (fls. 425/430).

O autor, ao manifestar-se acerca do novo laudo apresentado pelo Laboratório Santa Luzia, argumentou que se houve troca de materiais, jamais poderia ter sido excluída a paternidade do réu, suplicando por novo exame (fls. 447/448). Todavia, essa divergência não obriga o Magistrado a

determinar a produção de outra prova, posto que todas as demais fortalecem a versão de que o embargado efetivamente não é o pai do embargante.

Não há cogitar, portanto, ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal e ao art. 437 do Código de Processo Civil, posto que a matéria foi exaustivamente debatida e o processo fartamente instruído, não só com laudos periciais, como também com provas unilaterais de ambas as partes, além dos depoimentos testemunhais colhidos na audiência de instrução e julgamento.

Sobre o tema, consoante o voto proferido em sessão pelo eminente Desembargador Jorge Schaefer Martins, convém ressaltar que “somente se pode falar em cerceamento de defesa, quando o presidente do processo, de forma equivocada, impede que uma das partes ou ambas possam vir a demonstrar a correção de seus posicionamentos mediante a realização de prova determinada.

“O que se tem, é inegável, é o inconformismo do autor com os resultados negativos havidos, pois sequer se pode dizer que tem em seu favor um dos laudos, pois o próprio perito que os realizou, posteriormente e *sponte propria*, colacionou aos autos outro documento no qual nega a correção daquele resultado”.

Da mesma forma, não assiste razão ao embargante quanto à impugnação do exame de fenotipagem eritrocitária, porquanto da existência de uma possível rasura, já que o próprio perito esclareceu que se refere “a uma rasura de datilografia e não impede a veracidade do referido laudo” (fl. 99).

Afasta-se, destarte, o suscitado cerceamento de defesa.

No tocante ao mérito, tem-se que, além de a prova pericial produzida ter afastado, de maneira conclusiva, a paternidade imputada ao réu/embargado, dos depoimentos das testemunhas compromissadas não se pode concluir que existiu qualquer relacionamento entre a representante legal do embargante e o embargado.

Repetindo o que já foi amplamente elucidado no acórdão digladiado, I. M. (fl. 49), que residia no mesmo edifício e andar, “nunca viu o requerido e a mãe do autor juntos”. Tal versão foi reiterada por N. M. da S. M. (fl. 50), que aditou que “nunca ouviu nenhum comentário sobre a existência de namoro entre a mãe do autor e o requerido”. Sérgio Lins (fl. 51) igualmente afirmou que “o requerido nunca comentou com o depoente que estivesse de namoro com alguma moça do prédio onde morava”.

M. de F. R. P. (fl. 63), que se intitulou como amiga íntima da mãe do infante, deixando de prestar compromisso legal, relatou que “algumas vezes encontrou a mãe do autor e o réu conversando no corredor do edifício” e que lhe foi confidenciado pela genetriz que havia relacionamento sexual entre ela e o embargado. O mesmo foi aludido por W. S. (fl. 64), que também não prestou compromisso legal. R. M. da S. S. (fl. 65) asseverou que lhe foi “comentado de que ela tinha um namorado de quem gostava muito, o qual sabendo da gravidez, a abandonou”. C. de O. (fl. 66) “soube através do réu de que lhe é imputada a presente paternidade”, entretanto ele “nunca admitiu ser pai de G. M”.

Não há, como se pode perceber, sequer indícios da existência de relacionamento entre a mãe do autor e o embargado. Nesse aspecto vale transcrever o acórdão digladiado:

“Ora, não há nenhuma correspondência entre a mãe do irresignado e o varão tido como pai, ou qualquer documento demonstrando o relacionamento afetivo. As fotografias do infante e do legitimado passivo *ad causam* (fl. 208), entranhadas no laudo do Laboratório Gene, por si sós, nada atestam. (...) Existe, em verdade, Boletim de Ocorrência (fl. 19) referindo que ameaças foram realizadas por aquela em virtude de desinteresse em namorá-la. O restante da prova enfeixa depoimentos e laudos periciais.

(...)

“Sobram, então, os laudos periciais. A fenotipagem eritrocitária (fls. 88/90), diante dos ‘testes realizados sugerem a exclusão da paternidade’ (fl. 90), enquanto o trabalho técnico do Laboratório Médico Santa Luzia Ltda. (fls. 158/160) apresenta a conclusão: ‘probabilidade da paternidade é superior a 99,999%’ (fl. 160). Por sua vez, a investigação genética de paternidade por impressões digitais de DNA do Núcleo de Genética Médica (GENE) é categórico: ‘podemos afirmar com certeza absoluta que o Sr. J. C. R. não é o pai biológico de G. M.’ (fls. 205 e 294). O terceiro exame concretizado no Laboratório DNA Reference (Imunogenética – Biologia Molecular – fls. 306/314) é enfático: ‘J. C. R. não é o pai biológico de G. M.’ (fl. 307).

“Evidente que ‘na fase atual de evolução do Direito de Família, não se justifica inacolher a produção de prova genética pelo DNA, que a Ciência

tem proclamado idônea e eficaz’ (STJ – REsp n. 140665—MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo). Entretanto, *in casu*, desde a fenotipagem eritrocitária (fls. 88/90) o resultado é negativo, o mesmo acontecendo com dois dos três exames de DNAs efetivados. Conseqüentemente ‘no entrechoque de provas, isto é, quando a prova testemunhal de ambas as partes for de igual força, prevalece a produzida pelo réu’ (JC 57/81, Des. Osny Caetano). Este princípio técnico serve à hipótese no tocante à prova oral e pericial, fortalecendo o veredicto impugnado” (fls. 512/513).

É bem verdade que as relações sociais evoluíram muito, não se exigindo namoro ostensivo para que se conclua a existência ou não de relação sexual, conforme as bem-lançadas considerações do eminente Des. Carlos Prudêncio em seu voto vencido (fls. 515/517). Porém, deve-se analisar todo o conjunto probatório aliado aos indícios presentes nos autos e, ao que tudo indica, o acórdão hostilizado deve ser mantido por seus próprios fundamentos.

Diante dos fatos apresentados, é oportuno ressaltar que “em tema de investigação de paternidade, o juiz dispõe, na apreciação da prova, de um grande arbítrio e por não poder a prova repousar sempre numa certeza absoluta, deverá socorrer-se de presunções e indícios capazes de gerar uma certeza relativa, que resulte de um estado subjetivo de convicção” (JC 30/309, Des. Tycho Brahe) e, de outro norte, que “nas ações desta natureza, cabe ao juiz atribuir o valor a cada depoimento testemunhal, no sentido de formar convicção” (JC 63/68, então Des. Hélio Moismann).

Assim, não se vislumbrando quaisquer dos defeitos indigitados pelo embargante, o recurso deve ser desprovido e o acórdão mantido incólume.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, conheceram do recurso, afastaram a preliminar de cerceamento de defesa e negaram provimento aos embargos infringentes. Vencidos os Des. Carlos Prudêncio, Wilson Augusto do Nascimento e Monteiro Rocha, que votaram no sentido de acolher a preliminar de cerceamento de defesa, para determinar a realização de novo exame de DNA.

Participaram, ainda, do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Jorge Schaefer Martins, Orli Rodrigues e Mazoni Ferreira.

Florianópolis, 9 de outubro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto vencido;
José Volpato de Souza,
Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio:

Não farei declaração de voto vencido.

Carlos Prudêncio

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Wilson Augusto do Nascimento:

Também não farei declaração de voto vencido.

Wilson Augusto do Nascimento

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha:

As razões do meu dissenso foram expostas na sessão de julgamento.

Deixo de declará-las em face do acúmulo de serviços e para dar maior celeridade ao processo, com fulcro no disposto na parte final do § 2º do art. 151 do Regimento Interno desta Corte.

Monteiro Rocha

EMBARGOS INFRINGENTES N. 2002.016083-6, DE ITAJAÍ

Relator: Des. Monteiro Rocha

Dano moral – Abalo de crédito – Quantum fixado – Livre arbítrio judicial – Votos divergentes – Inconformismo – Majoração do valor pretendido – Prevalência do valor menor – Compatibilidade com a doutrina e a jurisprudência – Embargos infringentes desprovidos – Sentença mantida.

Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou

houver julgado procedente ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência.

Embora os danos morais possam ser fixados para mais ou para menos nas instâncias judiciais superiores – independentemente dos recursos formulados –, por se tratarem de direitos públicos absolutos, na sua fixação devem ser atendidos o ilícito, sua gravidade e repercussão, a posição econômica e social do ofensor e do ofendido, a intensidade do dolo ou da culpa do agente, e que a pena pecuniária imposta dissuada o ofensor a reincidir no mesmo ilícito – Princípio do livre arbítrio judicial.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 2002.016083-6, da comarca de Itajaí, em que é embargante Marcos Francisco Heusi e embargado Banco do Brasil S.A.:

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, conhecer e improver os embargos infringentes.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Marcos Francisco Heusi, qualificado nos autos, por intermédio de advogado (procuração inclusa), postulou ação de indenização por perdas e danos materiais, morais e à imagem, contra Banco do Brasil S.A., também qualificado nos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

“Que o requerente tornou-se credor do Sr. Írio Silveira da quantia líquida e certa de R\$ 10.000,00, representada pelo cheque n. 000450, sacado contra o estabelecimento bancário requerido, agência 0305, conta corrente n. 4423040-0, de Itajaí – SC, no valor de R\$ 10.000,00, emitido pelo Sr. Írio Silveira, na praça de Florianópolis, em 10/12/1998;

“Que o requerente depositou o referido título em sua conta corrente, no banco Unibanco, diretamente com o gerente, e qual não foi sua surpresa, ao saber, por funcionária de sua empresa, que o gerente do Unibanco havia ligado, informando que o cheque havia sido devolvido, sem pagamento, com a aposição do carimbo de código/motivo ‘28’ – contra-ordem, interpretando-se como cancelamento por cheque roubado;

“Que para se sustar um cheque por roubo, há necessidade de se embasar esta alegação juntou ao banco, com um boletim de ocorrência policial, e o requerente, ao entrar em contato com as delegacias de polícia de Itajaí, constatou não haver registro de nenhum boletim de ocorrência informando o furto ou extravio de folhas de cheque do Sr. Írio Silveira;

“Que o requerente protocolou em 21/12/1998, na própria agência requerida, correspondência datada de 18/12/1998, solicitando informações relativas à devolução do referido cheque, bem como a cópia da referida contra-ordem e autorização acompanhada do devido boletim de ocorrência, mas até o presente momento não

houve nenhuma manifestação do estabelecimento requerido”.

Assim discorrendo, postulou a citação do estabelecimento requerido para contestar o pedido inicial, bem como a procedência deste para o fim de que o último seja condenado ao pagamento dos danos materiais em R\$ 20.000,00 e ao valor indenizatório moral de 1.800 salários mínimos, mais custas processuais e honorários advocatícios.

À inicial vieram os documentos de fls. 19/101.

Cumpridas todas as formalidades legais, o ilustre Magistrado *a quo*, julgou parcialmente procedente o pedido inicial para excluir da condenação do estabelecimento requerido os danos materiais, e condenar o estabelecimento bancário em 230 salários mínimos.

Inconformados com a prestação jurisdicional adotada, o Banco do Brasil S.A. postulou a reforma da sentença objetivando a improcedência da prefacial, enquanto que Marcos Francisco Heusi postulou a reforma do decisório para que a indenização por dano moral fosse fixada em 5.400 salários mínimos, mais custas processuais e honorários advocatícios.

Às fls. 301/311 a Primeira Câmara Civil do TJSC, por maioria de votos, negou provimento ao recurso do autor, vencido o Des. Carlos Prudêncio, que o provia para fixar os danos morais em 1.800 salários mínimos, danos materiais em R\$ 10.000,00 e honorários advocatícios em R\$ 1.000,00.

Às fls. 312/315 o eminente Des. Orli Rodrigues fez declaração de voto vencido, pelo qual deu provimento ao recurso para reformar a sentença de

fls. 226 a 233, com inversão do ônus da sucumbência, ficando prejudicado o recurso interposto por Marcos Francisco Heusi.

Às fls. 318/321 o eminente Des. Carlos Prudêncio, também em voto vencido, entendeu que a quantia arbitrada, a título de indenização por danos morais, em 230 salários mínimos, não cumpriu com a sua função de punir o lesante e representar ao ofendido uma satisfação que possa neutralizar os sabores sofridos, pelo que majorou a verba em 1.800 salários mínimos.

No tocante aos danos materiais, a verba indenizatória restou fixada em R\$ 10.000,00, e no tocante aos honorários advocatícios, a fixação foi de R\$ 1.000,00, em favor do procurador do estabelecimento requerido.

Às fls. 338/348 Marcos Francisco Heusi opôs embargos infringentes objetivando majorar a quantia arbitrada de 1.800 salários mínimos para 5.400 salários mínimos, bem como a fixação dos danos materiais em R\$ 10.000,00, e reduzir os honorários advocatícios em favor do advogado do Banco do Brasil S.A. para R\$ 1.000,00.

Por ocasião dos embargos infringentes vieram aos autos os documentos de fls. 350/358.

Às fls. 422/432 houve impugnação aos embargos infringentes, pela qual postulou-se o improvimento do recurso.

Os embargos infringentes foram conhecidos à fl. 434 e às fls. 436/437. Este Relator trouxe aos autos breve e necessário relatório.

É o relatório.

II — Voto

Estes embargos infringentes, partindo do pressuposto de que a indenização a título de danos morais é devida, limitam-se ao julgamento se o *quantum* indenizatório deve ser aumentado de 1.800 salários mínimos para 5.400 salários mínimos, ou se deve ser mantido em 230 salários mínimos, conforme entenderam o Juiz sentenciante e o eminente Des. Ruy Pedro Schneider; limitam-se igualmente à fixação dos danos materiais em R\$ 10.000,00, e à redução da verba honorária devida em favor do procurador do banco embargado à quantia de R\$ 1.000,00.

Traz-se aos autos entendimento jurisprudencial que entendo aplicável ao caso vertente:

“Devolvido o cheque por insuficiência de fundo quando havia saldo, o banco deve indenizar por dano moral, caracterizado pelos transtornos, incômodo e vexame social ao emitente” (rel. Min. Waldemar Zveiter, STJ, 3ª T., REsp n. 258411-MG, j. 12/2/2001).

Conforme o sempre respeitado entendimento do Des. Orli Rodrigues, “no caso em exame, repito, o fato narrado na inicial só justificaria a indenização pretendida pelo autor se provado estivesse o abalo moral sofrido” (fl. 315).

Em grau de apelação, e se componente da Primeira Câmara Civil do TJSC, meu voto acompanharia o entendimento esposado pelo eminente Des. Orli Rodrigues.

O autor conseguiu o benefício de 230 salários mínimos, sob o fundamento de que o estabelecimento requerido não opôs qualquer divergên-

cia contra o julgamento que fixou a quantia anteriormente referida a título de danos morais.

Se é verdade que o art. 530 do CPC é matéria de direito público, inarredável também é concluir-se que os direitos personalíssimos ou direitos morais possuem o mesmo caráter, com o acréscimo de serem absolutos.

A regra geral é de que todos os direitos são relativos, como os direitos obrigacionais, em que as partes da relação obrigacional são determinadas ou determináveis. Por exemplo, emitido um cheque nominal em favor de alguém, o credor é determinado, mas se o título creditício for ao portador, será determinável apenas no caixa do estabelecimento bancário. Os direitos personalíssimos ou morais não são relativos, mas absolutos, como o são igualmente os direitos à propriedade, pelos quais é possível opor o direito de seqüela, enfim, ajuizar ação contra quem quer que injustamente os possua. É o caso dos direitos morais, em que o ofendido pode ajuizar ação contra quem quer que injustamente tenha praticado ofensa.

Se a norma do art. 530 do CPC objetiva a segurança social, a satisfação do dano moral é a busca da justiça individual. Assim, todas as decisões judiciais ou estão fundamentadas na segurança social ou na justiça individual, mas infelizmente existem decisões que não correspondem nem aos princípios da segurança social nem aos da justiça individual.

Por outro lado, havendo conflito entre os princípios da segurança social e da justiça individual, deve prevalecer o último em detrimento do primeiro. É que o objetivo fundamental do ordenamento jurídico é a realização

da justiça, conforme se vê do preâmbulo da nossa Constituição Federal, de cunho jusnaturalista. O preâmbulo das constituições, a propósito, possui caráter cogente, de índole obrigatória, conforme ensina o jurista francês Georges Vedel.

O direito moderno passou de sua fase estruturalista e normativista para a fase pragmática e funcional, dando-se maior importância à prática que à teoria, como também maior relevo à função social que à generalidade da norma abstrata.

O pleito indenizatório por danos morais deve obedecer obrigatoriamente os parâmetros doutrinários e jurisprudenciais aceitos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Se a fixação dos danos morais é consequência do livre arbítrio judicial, independentemente de quaisquer procedimentos ou recursos, podem eles também ser fixados para mais ou para menos, por se tratarem de direito público e de caráter absoluto, conforme o posicionamento de que o direito deve ser realizado obrigatoriamente em atendimento a sua função social.

Passou a época em que o direito possuía caráter individualista e, em consequência, nos dias de hoje, todos os direitos devem estar subordinados ao interesse social, conforme as disposições do Código de Defesa do Consumidor e do Código Civil, devendo este último passar a ter vigência nos primeiros dias de janeiro de 2003.

Nesse diapasão é que os direitos devem ser deferidos com base na equidade e boa-fé, pois conforme já dizia Rudolph Von Ihering, “o direito deve regular o egoísmo humano”, e “a ética é a poesia do direito”.

Finalmente, ensina Eduardo J. Couture, *in* Interpretação das Leis Processuais, Rio de Janeiro, Ed. Forense, 4ª ed., pág. 10:

“Cumpra dar como admitido que interpretar a lei não é interpretar o direito. A lei está para o direito como a parte para o todo, e o que rege a conduta humana é o todo, não a parte”.

O eminente jurista Charrua ensina que a conduta humana é regida pelo todo e, assim sendo, a lei deve estar subordinada ao direito e este à justiça, daí o motivo pelo qual entendo que a fixação dos danos morais (para mais ou para menos) pode ser estabelecida em qualquer órgão jurisdicional de instância superior, independentemente dos recursos formulados.

Entretanto, com votos divergentes, o pedido prefacial foi julgado procedente, e em matéria de embargos infringentes a análise do feito deve ser limitada à divergência, seja ela parcial ou total.

Segundo o art. 530 do Código de Processo Civil, “cabem embargos infringentes quando não for unânime o julgado proferido em apelação e em ação rescisória. Se o desacordo for parcial, os embargos serão restritos à matéria objeto da divergência”.

A divergência, no caso *sub judice*, deve ser analisada em três aspectos diferenciados, razão pela qual serão tratados separadamente: a) quantificação dos danos morais; b) danos materiais; c) redução dos honorários advocatícios em favor do advogado do estabelecimento embargado.

A) *Quantificação dos danos morais*

A fixação dos danos morais está submetida à fiscalização do STJ,

conforme se depreende do entendimento jurisprudencial abaixo:

“O valor de indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, sendo certo que, na fixação da indenização a esse título, recomendável que o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível socioeconômico do autor e, ainda, ao porte econômico do réu, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom-senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso” (rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, REsp n. 240.441/MG, *in* DJU 5/6/2000, pág. 172).

Outro não tem sido o entendimento deste Relator, ao quantificar os danos morais em ações indenizatórias, conforme se vê do julgamento proferido pela Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:

“A quantificação dos danos morais pelo regime aberto deve ser fixada através do livre arbítrio judicial, tendo como parâmetros condições subjetivas e objetivas, entre as quais a análise da situação pessoal das partes, a ofensa recebida, o grau da ofensa e suas conseqüências, como também o aspecto teleológico de que o ofensor não reincida no ilícito praticado, através de pena pecuniária adequada às suas condições econômicas” (Ap. Cív. n. 2001.023585-4, de Itajaí).

Vejo no voto vencido do Des. Orli Rodrigues a solução judicial que deveria ter sido dada ao requerente e ora embargante – improcedência do

pedido inicial, pelas razões apontadas em seu competente trabalho.

Entretanto, no mesmo julgamento, o eminente Des. Carlos Prudêncio fixou a verba indenizatória, a título de danos morais, em 1.800 salários mínimos.

O Des. Rui Pedro Schneider, na mesma sessão de julgamento, fixou os danos morais em 230 salários mínimos, mantendo a sentença de primeiro grau.

Houve, portanto, dois votos adotando a procedência da inicial, com a condenação do estabelecimento requerido, em decorrência do ilustre Des. Orli Rodrigues passar a entender que a fixação dos danos morais em 230 salários mínimos devesse ser a mais correta.

Como os embargos infringentes objetivam exclusivamente a análise do objeto da divergência, pergunta-se: a fixação dos danos morais deve ser estabelecida em 230 salários mínimos ou em 1.800 salários mínimos?

A resposta é a de que o valor a ser fixado nestes embargos infringentes deve ser o de menor valor possível, ou seja, 230 salários mínimos, até porque o estabelecimento embargado não opôs qualquer inconformismo contra o valor anteriormente fixado.

Não bastasse o fato de a quantificação em 1.800 salários mínimos ter sido exagerada, o requerente e ora embargante postulou a majoração dessa quantia para 5.400 salários mínimos, mas ainda bem que o grande mestre Rudolph Von Ihering ensinou à classe jurídica que “o direito deve regular o egoísmo humano”.

Ora, se a quantia aludida de 1.800 salários mínimos foi extremamente exagerada, imagine-se aumentar o mencionado valor para 5.400 salários mínimos? Até nos Estados Unidos da América do Norte, onde se sabe que os danos morais são quantificados em grande vulto – acobertados por um sistema securitário que torna eficaz as decisões condenatórias – a procedência dos 5.400 salários mínimos seria de causar espécie.

À luz da sistemática processual civil vigente, os danos morais devem se quantificados em 230 salários mínimos, até que a jurisprudência, ideologicamente, diferencie os conceitos de lei, direito e justiça para fins de prestação jurisdicional.

B) Danos materiais

A segunda divergência diz respeito aos danos materiais sofridos pelo embargante, por não poder utilizar a quantia de R\$ 10.000,00 em razão do erro da instituição requerida em sustar o cheque emitido contra o banco embargado.

O embargante argumenta que se estivesse na posse da quantia estampada na cártula aludida, obteria lucro e que, portanto, o banco requerido, por ter-lhe impedido de dispor da quantia de R\$ 10.000,00, deve arcar com aquilo que efetivamente deixou de ganhar.

A responsabilidade do banco réu é questão que não deve ser apreciada nestes embargos infringentes, porquanto em relação a este tópico não houve recurso, que seria permitido, tão-somente, à instituição ré, que preferiu interpor recurso especial à Superior Corte de Justiça.

O voto dissidente escorou-se no art. 25, § 1º, do Código de Defesa do Consumidor, para o qual “havendo mais de um responsável pela causação do dano, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores”.

Pelo dispositivo *supra* é possível afirmar que a instituição requerida, por culpa sua, deverá responder solidariamente com o emitente do cheque, Sr. Irio Silveira, se procedente a indenizatória. Este, porém, não é o processo adequado para a satisfação do suposto crédito, mormente pelo fato de que o responsável solidário deverá integrar a lide para oferecer defesa, em respeito ao princípio do contraditório processual.

Não bastasse isso, o ora requerente e embargante ajuizou – anteriormente à indenização por danos morais – ação de execução contra o emitente do cheque, ação esta que tramitou na 3ª Vara Cível da Capital e que terminou em acordo homologado judicialmente em junho de 2000.

Por essa razão, neste tópico, mantém-se a sentença objurgada, na qual ficou consignado, com aplauso da maioria da Primeira Câmara Civil, que “os danos materiais não são devidos nestes autos, por ter o autor ajuizado contra o emitente do cheque Irio Silveira ação de execução forçada, conforme se depreende dos documentos juntados às fls. 122/134, pela qual persegue o valor integral de seu crédito” (fl. 231).

Em decorrência, nega-se provimento aos embargos infringentes no tocante aos supostos danos materiais requeridos.

C) Honorários advocatícios

A terceira divergência objeto destes embargos infringentes é a redução da verba honorária estipulada em favor do advogado do estabelecimento bancário embargado.

O autor, em seu pedido inicial, como nos embargos infringentes, requereu a procedência da indenizatória, com a quantificação dos danos morais em 5.400 salários mínimos. Entretanto, o embargante teve seu pleito indenizatório fixado em 230 salários mínimos.

Restam mantidos os honorários advocatícios do patrono do requerente, em decorrência dos ônus sucumbenciais, em 20% sobre o valor condenatório, baseado no art. 20, § 3º, do CPC.

Ocorreu sucumbência recíproca no caso *in specie*, tendo em vista que o requerente decaiu de parte do valor pretendido, pelo que impõe-se a manutenção da sentença apelada no tocante à sua condenação.

Conhece-se e nega-se provimento aos embargos infringentes no tocante aos honorários advocatícios fixados.

III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, à unanimidade, conhecer do recurso e improvê-lo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben, Jorge Schaefer Martins, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato de Souza e Antonio do Rêgo Monteiro Rocha.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2002.

Carlos Prudêncio,
Presidente, com voto;
Monteiro Rocha,
Relator.

JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

HABEAS CORPUS

HABEAS CORPUS N. 2002.024978-0, DA CAPITAL

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Habeas corpus. Roubo. Sentença condenatória. Réu preso em flagrante, oportunidade em que se identificou com nome de terceiro, e nessa condição é processado e condenado. Pretendida nulidade do processo, desde o início, em face da existência de erro na identificação do autor do crime, que se utilizou de qualificação de terceira pessoa, a qual foi vítima de furto de seus documentos. Mero erro material, passível de correção em segunda instância. Ordem concedida para determinar a retificação de todos os registros existentes em nome do paciente, referentes ao Processo Crime n. 023.00.019845-8, que tramitou na 3ª Vara Criminal da comarca da Capital.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.024978-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Jorge Luiz Leski Calmon Passos, sendo paciente Andrei Edmundo Roderjan Antunes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem para: resguardar o direito de Andrei Edmundo Roderjan Antunes, brasileiro, solteiro, estudante, residente e domiciliado na Rua Brigadeiro Franco, n. 1.630, Curitiba, Paraná, de não ser preso em decorrência da sentença condenatória prolatada nos autos de Processo Crime n. 023.00.019845-8 (ou 104/00), que tramitou na 3ª Vara Criminal da co-

marca da Capital (Florianópolis), servindo o presente como salvo-conduto; retificar a sentença condenatória no que diz respeito à qualificação do autor do crime, que passará a ser Milton José dos Santos, filho de Adelaide Vilina de Jesus; ser encaminhado, pelo juiz competente (3ª Vara Criminal e/ou Vara de Execução Penal), a todos os órgãos aos quais foi cientificada a condenação, o teor da retificação ora procedida, bem como ser retificada a Carta de Guia (art. 106, LEP); recolhimento do mandado de prisão (e suas cópias) devendo ser substituído por outro nos termos da retificação, sem menção ao nome de Andrei Edmundo Roderjan Antunes.

Na comarca da Capital, 3ª Vara Criminal, Andrei Edmundo Roderjan Antunes foi condenado à pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, mais 10 dias-multa, no valor mínimo cada um, com enquadramento no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. Determinado regime prisional semi-aberto. Da decisão foi intimado pessoalmente (fl. 131). Não houve recurso.

Por meio de *habeas corpus*, impetrado pelo Dr. Jorge Luiz Leski Calmon de Passos, em favor de Andrei Edmundo Roderjan Antunes, brasileiro, solteiro, estudante, residente e domiciliado na Rua Brigadeiro Franco, n. 1.630, Curitiba, Paraná, é pretendida a anulação “do processo criminal *in initio litis*, com a conseqüente exclusão do paciente do pólo passivo da demanda, e bem assim cancelar na folha de antecedentes e demais registros do paciente, perante todos os órgãos de estilo”. E, para tanto, é afirmado que o paciente teve seus documentos furtados em 5 de julho de 1999, consoante cópia do Boletim de Ocorrências que anexou, não sendo a pessoa que restou condenada na sentença, tudo indicando que seu documento de identidade, que fora furtado, foi utilizado indevidamente.

Com as informações, foram também remetidos os autos da ação correspondente.

Com vista, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pela necessidade de maiores esclarecimentos a serem prestados pela 3ª Vara Criminal. Caso contrário, a ordem deve ser denegada, “porquanto não demonstrado, de

plano, o constrangimento ilegal aventado”.

É o relatório.

Nos autos existem esclarecimentos suficientes para a análise do pedido, sendo desnecessária a diligência requerida.

Consta do Boletim de Ocorrência n. 260/99, de 5 de julho de 1999, sendo comunicante Andrei Edmundo Roderjan Antunes, o seguinte: “Compareceu nesta Delegacia da Barra da Lagoa o queixoso relatando que seu veículo estava estacionado na Praia da Barra da Lagoa; que quando retornou seu veículo de marca *Pick-up*, Corsa, placa AMI 9600, Curitiba/PR, tinha sido arrombado e levaram os seguintes documentos: Carteira de Identidade, Habilitação, Título de Eleitor, CPF, Carteira da Unimed, um cartão magnético do Banco Bandeirantes, um talão de cheques do Banco Banestado, documentos do veículo acima referido, uma folha de cheque no valor de R\$ 50,00, da Caixa Econômica Federal” (fl. 16). Com relação à Carteira de Identidade, por morar, à época, nesta Cidade, na Rua Servidão Serafim, n. 23, apartamento 13, Campeche, outra foi requerida, com base em certidão de nascimento, a qual foi expedida em 17 de setembro de 1999 (fl. 18). O roubo, em decorrência do qual um dos autores foi preso em flagrante, aconteceu no dia 14 de maio de 2000, quando se identificou como Andrei Edmundo Roderjan Antunes”. Leia-se: “que o declarante deteve este elemento que disse chamar-se Andrei Edmundo Roderjan Antunes. No auto de prisão em flagrante ainda constou: “Presente o conduzido Andrei Edmundo Roderjan Antunes, brasileiro, ama-

siado, natural de Curitiba/PR, nascido aos 9/2/76, com 23 anos de idade, filho de Joceli Carneiro Antunes e de Neusa Maria Rodrigues Antunes, com escolaridade primária, sabendo ler e escrever, de profissão mecânico, residente na rua ao lado do *Shopping Via Lagoa* – Lagoa da Conceição, sendo cientificado da imputação que lhe é feita, dos responsáveis pela sua prisão e da autoridade que preside estes autos, bem como de seus direitos constitucionais previstos no artigo 5º da Constituição Federal, disse: que não tem advogado e solicitou que fosse comunicada sua prisão ao seu irmão Arnaldo, através do telefone 998.14385, no que foi atendido, dizendo que irá prestar suas declarações somente na presença do MM. Juiz de Direito da Capital”.

Quando interrogado em Juízo, novamente houve referência ao telefone citado, e ao irmão Arnaldo (fl. 18). À fl. 87 consta cópia do ofício endereçado ao MM. Juiz de Direito pela Dra. Sandra Maria Pereira, Delegada de Polícia, de seguinte teor: “Venho através do presente comunicar a Vossa Excelência que conforme contato com o irmão do conduzido de nome Arnaldo Duarte da Silva (através do telefone celular n. 998.14385), foi informado que o mesmo chama-se Milton José dos Santos e não Andrei Edmundo Roderjan Antunes, vinculado ao nosso Auto de Prisão em Flagrante n. 168/00, o qual continua negando e não informando outros dados de qualificação que possam ser pesquisado seus antecedentes criminais em São Paulo/SP, onde existe suspeita de o mesmo encontrar-se foragido da Justiça daquele Estado”.

Diante dessa informação, o Dr. Juiz de Direito ouviu o denunciado, o

qual, reconhecendo ter um irmão de nome Arnaldo, asseverou que “quando foi adotado disse que seu nome era Milton, porém na realidade o seu nome é aquele que consta na denúncia”. A respeito nada mais foi deduzido no processo, restando o autor do roubo mencionado condenado com o nome de Andrei Edmundo Roderjan Antunes.

Do que foi coletado, dúvida não existe de que o impetrante não é o autor do roubo mencionado na sentença, pois consoante vários documentos anexados, principalmente a certidão de fl. 169, ele se encontrava morando em Curitiba, enquanto o outro estava preso em Florianópolis. Leia-se o contido na certidão de fl. 181: “Certifico, que revendo os livros de registro de autos desta Vara de Execuções Penais, verifiquei que contra Andrei Edmundo Roderjan Antunes, filho de Joceli Carneiro Antunes e de Neusa Maria Rodrigues Antunes, consta o Processo de Execução Criminal – PEC n. 2.950/00, referente à pena que lhe foi imposta nos autos de Processo Crime n. 104/00 (023.00.019845-8), da 3ª Vara Criminal da Capital, no qual restara condenado a 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 10 (dez) dias-multa, por infração ao artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal. Fixado o regime semi-aberto para o início do cumprimento da pena, a decisão condenatória transitou em julgado em 7 de agosto de 2000. Foi preso em 14 de maio de 2000 (em flagrante delito), sendo recolhido no Presídio de Tijucas e removido para o Presídio Masculino desta Capital, em 17 de maio de 2000, onde permaneceu até 18 de setembro de 2000, quando foi transferido para a Penitenciária de Florianópolis. Lotado na Co-

lônia Penal Agrícola de Palhoça. Empreendeu fuga em 6 de outubro de 2000. Situação atual: evadido da Colônia Penal Agrícola de Palhoça, com mandado de prisão expedido à Polinter, com prazo de validade até 5 de outubro de 2012, data prevista para a prescrição da pretensão executória do restante da pena”.

O fato de o autor do roubo não se chamar Andrei Edmundo Roderjan Antunes já era de domínio público, consoante notícia publicada na imprensa, à época: “A PM prendeu ontem de madrugada Milton José dos Santos, ferido com um tiro no calcanhar. Procurado por assaltos pela polícia paulista, Milton havia dado o nome falso de Andrey Edmundo Roderjan Antunes ao ser preso” (A Notícia, 15/5/2000).

Em virtude do ferimento referido, ele foi submetido a exame de lesões corporais, quando qualificado como Milton José dos Santos, filho de Adelaide Vilina de Jesus (fl. 72).

Tenha-se em conta que quando se identificou por ocasião da lavratura do flagrante não apresentou qualquer documento, tudo indicando que, de alguma forma (talvez autor do furto) teve conhecimento dos dados existentes nos documentos subtraídos do automóvel pertencente ao verdadeiro Andrei, memorizando-os.

Por evidente, não se trata de homônimo.

Portanto, se havia nos autos esclarecimentos quanto à efetiva qualificação do autor do roubo, ou pelo menos que não se chamava Andrei restando, inequivocamente, comprovado que foi utilizado indevidamente nome de terceiro, inclusive no que diz respeito à filiação, a sentença, ao na-

da mencionar e, principalmente, condenar o autor com nome que não lhe dizia respeito, incorreu, sem dúvida alguma, em erro material.

Acerca do assunto, nos diz Julio Fabbrini Mirabete: “Publicada a sentença não pode mais o juiz alterá-la. Completada a decisão com a publicação, a sentença se torna irretroatável, salvo as exceções legais. Prevê-se expressamente a possibilidade de alteração na hipótese de embargos declaratórios. Além disso, embora a lei processual seja omissa a respeito, se entende que nada obsta ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, que proceda à correção de pequenas inexatidões materiais ou erros de cálculo facilmente verificáveis. É a hipótese, por exemplo, do erro material referente à menção do dispositivo legal não correspondente ao que deveria ser escrito. Aliás, simples erro material da sentença não tem o condão de anular a decisão, nada obstando que seja ela corrigida em segunda instância. Os erros materiais, aliás, não passam em julgado, sendo passíveis de correção em qualquer momento, inclusive *ex officio* pelo juiz” (Processo Penal, Editora Atlas, 1998, pág. 467).

A respeito a seguinte decisão:

“Simples erro material da sentença não tem o condão de anular o decreto condenatório, nada obstando sua correção em segunda instância” (JTASP 43/371).

Em face do exposto, considerando a ocorrência de erro material no que diz respeito à identificação do autor do crime, a ordem é concedida para:

a) resguardar o direito de Andrei Edmundo Roderjan Antunes, brasilei-

ro, solteiro, estudante, residente e domiciliado na Rua Brigadeiro Franco, n. 1.630, Curitiba, Paraná, de não ser preso em decorrência da sentença condenatória prolatada nos autos de Processo Crime n. 023.00.019845-8 (ou 104/00), que tramitou na 3ª Vara Criminal da comarca da Capital (Florianópolis), servindo o presente como salvo-conduto;

b) retificar a sentença condenatória no que diz respeito à qualificação do autor do crime, que passará a ser Milton José dos Santos, filho de Adelaide Vilina de Jesus;

c) ser encaminhado, pelo juiz competente (3ª Vara Criminal e/ou Vara de Execução Penal), a todos os órgãos aos quais foi cientificada a condenação, o teor da retificação ora

procedida, bem como ser retificada a Carta de Guia (art. 106, LEP);

d) recolhimento do mandado de prisão (e suas cópias) devendo ser substituído por outro nos termos da retificação, sem menção ao nome de Andrei Edmundo Roderjan Antunes.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Sérgio Roberto Baasch Luz. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine

Florianópolis, 3 de dezembro de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente e Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.026363-5, DA CAPITAL

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus – Processo penal militar – Prisão preventiva – Excesso de prazo – Inquérito não concluído – Denúncia ainda não oferecida – Paciente preso por mais de dois meses – Constrangimento ilegal evidente – Ordem concedida.

Há constrangimento ilegal, por violação da garantia do devido processo legal quando, estando o indiciado preso, o inquérito policial militar, como garante o art. 20, caput, do CPPM, não é terminado no prazo de 20 (vinte) dias a contar da prisão e, em vez de denunciado o agente, o caderno é devolvido à autoridade policial militar para complementação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.026363-5, da comarca da Capital (Auditoria Militar), em que é impetrante Dr. Isael Marcelino Coelho, sendo paciente Jair Roberto Mafessoni:

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por votação unânime, conceder a ordem.

1. Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrada pelo Dr. Isael

Marcelino Coelho em favor de Jair Roberto Mafessoni.

O impetrante alega, em síntese, que inexistem provas e motivos suficientes para a manutenção da prisão preventiva do paciente, a qual foi decretada e vem sendo cumprida desde 21/10/02, por suspeita da prática dos delitos de aliciamento de menores, receptação, furto, dentre outros.

Requer, por fim, a concessão da ordem, para a revogação da prisão preventiva.

Prestadas as informações pela autoridade apontada como coatora (fls. 141/146), a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, manifestou-se pelo conhecimento e denegação da ordem.

É o relatório.

2. O paciente encontra-se preso preventivamente há mais de 70 (setenta) dias, desde 21/10/02, não tendo havido, até o presente momento, o oferecimento de denúncia contra ele, tampouco o encerramento do inquérito policial militar.

Os autos do inquérito retornaram à origem, para realização de diligências requeridas pelo Ministério Público (fls. 118/119), não tendo sido concluído no prazo de 20 (vinte) dias a que se refere o art. 20 do CPPM, especialmente estando o indiciado preso.

A respeito do assunto, José da Silva Loureiro Neto expõe que:

“O inquérito deverá terminar dentro de vinte dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão. O STF já decidiu que sofre

constrangimento ilegal e tem direito a *habeas corpus*, sem prejuízo do processo, o acusado preso, quando excedido sem justificativa imperiosa o prazo para oferecimento da denúncia, ultimação do processo, ou julgamento do recurso do Ministério Público: RTJ 43/659; 47/261; 47/544; 49/174” (Lições de processo penal militar. São Paulo: Saraiva, 1992, pág. 10).

Constata-se, assim, o evidente excesso de prazo na conclusão do inquérito, prazo este que não pode ser prorrogado, mesmo porque sua prorrogação só é cabível quando o indiciado estiver solto (art. 20, § 1º, do Código de Processo Penal Militar).

Evidente, portanto, o constrangimento ilegal que vem sofrendo o paciente, devido à inobservância do princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, LIV, da Constituição Federal), a ser sanado pela via do *habeas corpus*.

A ordem deve ser concedida, porquanto a manutenção da prisão do paciente sem conclusão do inquérito nem denúncia efetivamente ofende a garantia constitucional do devido processo legal, previsto no art. 5º, inciso LIV, da Constituição Federal, do qual o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a motivação e o juiz natural constituem aspectos complementares (José Carlos Barbosa Moreira, Aspectos Processuais Cíveis na Nova Constituição, *in* Revista de Direito da Defensoria Pública, n. 4, págs. 102/103).

José Afonso da Silva, ao tratar das garantias constitucionais individuais à luz da nova Carta, escreve:

“O princípio do devido processo legal entra agora no Direito Constitucional positivo com um enunciado que

vem da Magna Carta inglesa: ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal (art. 5º, LIV). Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude da defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e quando se fala em 'processo', e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica. E isso envolve a garantia do contraditório, a plenitude do direito de defesa, a isonomia processual e a bilateralidade dos atos procedimentais, conforme autorizada lição de Frederico Marques" ("Curso de Direito Constitucional Positivo", Malheiros, 9ª ed., 2º t., 1993, pág. 378).

Reconhece-se a evolução da garantia, que passou de caráter simplesmente processual, "destinada na origem a assegurar a regularidade do processo penal", para um postulado substantivo (*substantive due process*), capaz de condicionar, no mérito, a validade das leis e da generalidade das ações do poder público (Railda Saraiva, A Constituição de 1988 e o Ordenamento Jurídico-Penal Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 62).

Mas, na acepção puramente processual, o devido processo legal impõe "obediência estrita das normas processuais, de forma que o processo penal traduza iguais oportunidades das partes no plano processual, a ampla defesa como todos os recursos inerentes, o contraditório, as demais garantias do

juiz natural, publicidade e motivação dos atos judiciais" (Luiz Gustavo Grandinetti Castanho Carvalho, O Processo Penal em face da Constituição, Rio de Janeiro: Forense, 1992, pág. 49).

Para garantir o devido processo penal, a ação judiciária deve realizar-se "atrelada ao vigoroso e incindível relacionamento entre as preceituções constitucionais e as normas penais, quer de natureza substancial, quer de caráter instrumental, e de sorte a tornar efetiva a atuação da Justiça Criminal, tanto na inflicção e na concretização da pena, ou da medida de segurança, como na afirmação ao *ius libertatis*" (Rogério Lauria Tucci, Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro, São Paulo: Saraiva, 1993, pág. 71).

Nessa linha, vale lembrar que o art. 20 do Código de Processo Penal Militar estabelece, de forma cogente, que:

"O inquérito deverá terminar dentro em 20 (vinte) dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão; ou no prazo de 40 (quarenta) dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito.

"§ 1º Este último prazo poderá ser prorrogado por mais 20 (vinte) dias pela autoridade militar superior, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensáveis à elucidação do fato. O pedido de prorrogação deve ser feito em tempo oportuno, de modo a ser atendido antes da terminação do prazo".

Ora, em sendo improrrogável o prazo para o término do inquérito com

o indiciado preso (§ 1º do art. 20 do CPPM), resulta claro o constrangimento ilegal imposto ao paciente, especialmente com a baixa do inquisitório após a decretação da prisão, valendo citar que, em caso assemelhado (do processo penal comum), este egrégio Tribunal já decidiu:

“Processo penal – Prisão preventiva – Excesso de prazo – Retorno dos autos à delegacia de polícia para diligências – Denúncia ainda não oferecida – Paciente preso por mais de dois meses – Constrangimento ilegal evidente – Ordem concedida.

“Estando preso o paciente, seja em função de flagrante ou preventiva, os autos em princípio não devem retornar à Delegacia de Polícia para novas diligências; mas, uma vez necessárias, não pode exceder ao prazo do art. 10 do CPP, nada impedindo que a denúncia seja oferecida no prazo legal” (*Ha-*

beas Corpus n. 2000.013348-5, de Xaxim, deste Relator).

No mesmo sentido, o HC n. 2002.008639-3, de Tubarão, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, julgado em 4/6/2000.

3. Assim, ante o evidente excesso de prazo na últimação do inquérito com o indiciado preso, sem denúncia, concede-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 7 de janeiro de 2003.

Jorge Mussi,

Presidente, com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.028074-2, DE JOINVILLE

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus — Prisão em flagrante — Crimes ambientais e do Código Penal — Competência — Alegação de duplicidade na classificação — Exame incabível em sede de habeas corpus por demandar amplo exame da prova — Denúncia capitulando crimes cuja soma das penas mínimas exceda a 2 (dois) anos de prisão — Abuso de denúncia não demonstrado — Inafiançabilidade — Razão para prisão preventiva — Ordem denegada.

Os crimes ambientais, de regra, são competência da justiça comum estadual, salvo se demonstrada lesão a bens, serviços ou interesses da União, quando a competente será a justiça comum federal.

A via do habeas corpus não é adequada para o deslinde da classificação definitiva das condutas imputadas ao agente, por re-

clamar exame aprofundado das provas dos autos.

Se a classificação provisória do delito, feita pela autoridade policial no flagrante, é alterada ante nova capitulação atribuída na denúncia recebida (ou mesmo no curso do processo após a denúncia), passando de afiançável para inafiançável, a fiança deve ser cassada, nos termos do art. 339 do CPP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.028074-2, da comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), em que é impetrante Dr. Júlio César Freitas, e paciente João Nicoletti:

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Júlio César Freitas em favor de João Nicoletti, com pedido de liminar.

Aduziu estar o paciente sofrendo constrangimento ilegal, inicialmente em virtude de nulidade processual, decorrente da decretação de sua prisão preventiva sem a existência de despacho específico cassando a fiança arbitrada pela autoridade policial; na seqüência, em face de estar sendo vítima de denúncia abusiva por parte do Ministério Público, que lhe imputou outros crimes além dos que já haviam sido verificados pela autoridade policial por ocasião de sua prisão em flagrante; duplicidade de acusação tendo em conta o mesmo fato; incidentalmente, argúi a inconstitucionalidade da redação do § 1º do art. 180 do CP; atribuição de crime à pessoa física sem a concomitante responsabilização da pessoa jurídica, circunstância que determina o reconhecimento do perdão tácito; o paciente tem direi-

to à liberdade mediante fiança, mesmo em se considerando os crimes atribuídos, em face da presença de razões que justificariam reduções e, por fim, a revogação da prisão preventiva, ante a ausência de seus pressupostos.

A liminar restou indeferida, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Vilmar José Loef, opinado pela concessão parcial da ordem (fls. 60/64).

É o relatório.

1. Inicialmente, faz-se necessário fixar a competência para processar e julgar a ação penal, esclarecido que não há lesão a bem, serviço ou interesse da União.

Constata-se, pelos fatos imputados ao paciente, que tipificam crimes comuns do Código Penal, Lei n. 9.437/97, e crime contra o meio ambiente sem qualquer lesão a bens, serviços, ou interesses da União, como o que se fixa a competência da justiça comum estadual.

Aliás, nesse sentido decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal. *Habeas corpus* substitutivo de recurso ordinário. Crime ambiental. Competência.

“Ainda que se trate de possível crime contra o meio ambiente, indispensável para atrair a competência da Justiça Federal, que se demonstre a lesão a bens, serviços ou interesses da União. A ausência de comprovação

da origem da madeira, em tese, ilegalmente extraída e transportada, faz competente, pois, a Justiça Estadual para o processo e julgamento do feito. *Habeas corpus* concedido” (HC n. 18365/PA, rel. Min Félix Fischer, j. 16/10/2001, DJU 19/11/2001, pág. 298).

No mesmo sentido: HC n. 18366/PA, rel. Min. Vicente Leal, j. 5/3/2002, DJU 1º/4/2002, pág. 224, colhendo-se da ementa:

“Penal. Crime ambiental. Competência da Justiça Federal. Possível lesão a interesse de autarquia federal.

“Este Superior Tribunal de Justiça já consolidou o entendimento no sentido de que os crimes ambientais devem ser julgados, em regra, pela Justiça Estadual, surgindo a competência da Justiça Federal apenas quando houver configurado, em tese, violação a bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.

“Instaurada a ação penal com base em auto de apreensão lavrado por agentes do Ibama, sendo autuados o paciente e sua empresa pelo transporte de madeira sem a devida autorização da autarquia federal, resulta presente a possível ofensa a interesse da mesma entidade pública, o que atrai a competência da Justiça Federal para o processamento do feito. *Habeas corpus* denegado. Liminar revogada”.

2. Agora se faz retrospecto das circunstâncias fáticas que deram origem à ação penal instaurada contra o paciente e ao presente *habeas corpus*:

— Em diligência da Polícia Ambiental, o paciente foi surpreendido com:

“2.3.1. (...) um animal silvestre abatido da espécie quati, bem como fora encontrada uma arma de fogo, revólver calibre 38, marca Taurus, oxidado, n. NJ 131262, 26 cartuchos, calibre 38, sendo um deflagrado, 1 cartucho calibre 12 carregado, e uma certa quantia de palmito em conservas nas dependências da residência (quarto fechado), bem como foram apreendidas notas fiscais adulteradas e recibo de pedido que discrimina ‘com notas’ ‘Sem notas’, estas no interior do cofre.

“2.3.2. Na empresa Sport, anexa ao domicílio, foram encontrados um total de 6.899 vidros de conservas, destes 3.245 vidros apresentaram irregularidades tais como, sem rótulo, sem lacre, não litografado, bem como foi constatada uma certa quantia de vidros quentes, prova de que estava recém-cozido. Testemunharam este ato os Srs. Sabrina de Aguiar e Hilton Maurente (repórter RBS). Apreendidas ainda máquina de lacrar rótulos e grande quantia de tampas, material este de utilidade na industrialização de palmito em conservas e recolhidos documentos fiscais para averiguações.

“2.3.3. Empresa Sparta, depósito clandestino, foram encontradas as quantias totais de 5.243 vidros de palmitos em conservas, destes 5.051 vidros apresentaram irregularidades, tais como sem rótulo, sem lacre e não litografados, tendo sido recolhidos documentos fiscais para averiguação; constatado ainda que esta empresa funciona à porta fechada em depósito particular e não no endereço que versa no contrato social” (fls. 77/78 – TJSC. Histórico da ocorrência relatado pelo 1º Ten. PM Comandante do 4º PPP da Polícia Militar).

— Na delegacia de polícia, ao final da lavratura do auto de prisão em flagrante, a autoridade policial justificou capitulação provisória suficiente à concessão de liberdade provisória mediante fiança:

“MM. Juiz, por falta de outros elementos, autuo o conduzido no crime artigo 10, da Lei n. 9.437/97, tendo também o mesmo infringido, pelo que consta dos autos, os artigos 29 e 46 da Lei Ambiental. Salientando que, embora haja indícios de outros delitos, devem melhor serem investigadas, no meu entendimento, tendo portanto, arbitrado fiança nesta oportunidade” (*sic* — fl. 31).

Assim, o paciente foi posto em liberdade mediante pagamento da fiança arbitrada pela autoridade policial.

Em Juízo, os autos foram remetidos ao Ministério Público, sobrevivendo o oferecimento da denúncia contra o paciente, nestes termos:

“1. Em data de 7 de dezembro de 2001, por volta das 8 horas, a Polícia de Proteção Ambiental, munida de mandado judicial (fl. 213, APF), dirigiu-se à Rua São Paulo, n. 153 e galpão próximo, no Jardim Garuva, em Garuva, nesta Comarca, local em que estão situados a residência e um depósito, ambos de propriedade do denunciado João Nicoletti.

“2. Ali, o denunciado foi surpreendido, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, guardando produto oriundo da fauna silvestre, consubstanciado em ‘carne’ de um animal silvestre da espécie quati, conforme termo de apreensão de fl. 6 e perícia à fl. 20 do APF.

“3. Além disso, João Nicoletti, sem a autorização e em desacordo com determinação legal, possuía e mantinha sob sua guarda, em sua casa, uma arma de fogo de uso permitido – tratando-se de um revólver marca Taurus, calibre nominal 38 *Special*, com número de série NJ 131262 e munição correspondente (conforme termo de apreensão de fl. 6 e laudo pericial de fls. 93 a 96 do APF).

“4. Em continuidade da operação policial, o denunciado foi surpreendido tendo em depósito e mantendo sob guarda, sem licença válida, outorgada pela autoridade competente, *produtos de origem vegetal*, cuidando-se de 12.142 vidros de palmito em conserva, com as seguintes características:

“— 791 vidros de palmito em conserva com 1.800 gramas, 566 vidros de palmito em conserva com 1.200 gramas, 3.886 vidros de palmito em conserva com 300 gramas, de marca Sparta Distribuidora de Conservas Ltda.

“— 1.208 vidros de palmito em conserva com 1.800 gramas, 46 vidros de palmito em conserva com 1.200 gramas, 5.645 vidros de palmito em conserva com 300 gramas, de marca Sport Distribuidora de Conservas Ltda. (laudo pericial n. 312/02, à fl. 236 do APF).

“5. Em verdade, João Nicoletti, *no exercício de sua atividade comercial* e em proveito próprio, adquiriu e recebeu aquela quantidade de palmito, *in natura* (cerca de sete toneladas) – coisa que sabe ser produto de crime. E, posteriormente, transformou tais vegetais em conservas para comercialização.

“Veja-se que o denunciado é proprietário da firma ‘Distribuidora de Conservas Sport’ (João Nicoletti – ME) e gerente de ‘Sparta Distribuidora Ltda.’ e, através dessas empresas estava autorizado legalmente apenas à distribuição de conservas de palmito (produto industrializado, fabricado por empresas licenciadas).

“Entretanto, João Nicoletti utilizou das empresas mencionadas como ‘fachada’ para acobertar a recepção do palmito *in natura*, de origem criminosa: sempre furtados e/ou oriundos de delitos ambientais, ou seja, cortados, sem permissão de autoridade, em florestas e áreas de preservação permanente, mediante danificação ou destruição de floresta nativa, de Mata Atlântica, objeto de especial preservação.

“Através das ‘firmas distribuidoras’ o denunciado – justamente produzindo clandestinamente as conservas e utilizando os rótulos ‘Sport’ e ‘Sparta’ nos vidros – ‘esquentava’ o palmito, que havia sido recebido dos chamados ‘palmiteiros’ da região e depois o destinava à venda.

“6. Em virtude de ação da Polícia de Proteção Ambiental, naquela data de 7 de dezembro de 2001, as atividades da empresa pertencente ao denunciado, denominada ‘Distribuidora de Conservas Sport Ltda.’ bem como a empresa por ele gerenciada, chamada ‘Sparta Distribuidora de Conservas Ltda.’ foram embargadas administrativamente – ordem substanciada no Boletim de Ocorrência Ambiental n. 11899 (fl. 18 do APF) e Termos de Embargo e Interdição ns. 184475 e 184476, com intimação pessoal do infrator.

“Entretanto, o denunciado desobedeceu à ordem legal de funcionário público, do órgão ambiental competente, e prosseguiu com o desempenho das atividades embargadas. Assim, continuou – como continua – a, clandestinamente, produzir, receber e vender palmitos em conserva, sem qualquer autorização legal (como se depreende das cópias do Termos Circunstanciados ns. 038.02.036298-3, 038.02.036297-5 e 038.02.037013-7 e vidro de conserva de palmito remetido com o Ofício n. 757/4 PPA/2002).

“Assim agindo, o denunciado João Nicoletti violou, em concurso material de delitos (art. 69 do CP) o disposto no art. 46, *caput* c/c parágrafo único, art. 29, *caput* c/c § 1º, inciso III, da Lei n. 9.605/98 e art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, art. 180, § 1º, e art. 330, do Código Penal. Por essa razão se oferece contra ele a presente denúncia, que se requer seja recebida, determinando-se a citação. Julgada prova da exordial acusatória, requer-se seja condenado o denunciado, cumpridas as formalidades legais, com a oitiva das testemunhas abaixo arroladas” (fls. 34/37, TJSC).

A representante do Ministério Público, naquele ato do oferecimento da denúncia, requereu a prisão preventiva do paciente, em virtude do grande dano ambiental (orçado em R\$ 175.791,00) por ele provocado, pois que, mesmo com as empresas que possui e gerencia estando interditas, continuou a produzir, receber e vender palmitos em conserva; além do mais, a classificação jurídica aponhada na inicial da ação penal, com penas previstas entre 3 (três) e 8 (oito) anos de reclusão, é impeditiva da liberdade provisória mediante fiança.

Ao receber a denúncia, o Dr. Juiz de Direito assim se manifestou:

“É de se registrar que foram cerca de 7 toneladas de palmito apreendidas, conforme observou a Promotora de Justiça.

“De outro viso, conforme o laudo pericial juntado em autos de mandado de segurança, cuja cópia está à fl. 376, ‘Há um fato histórico-cultural a citar: os agricultores da região mantinham sem suas propriedades uma reserva de Palmitos Juçara que auxiliava na poupança para eventos futuros como casamentos, aposentadoria etc. Atualmente, devido aos furtos constantes, juntamente com os constrangimentos e ameaças, estão abandonando esta tradição. Quando efetuado o furto, tal poupança é perdida e não acontece ressarcimento do dano ao colono. Assim, muitos produtores rurais desanimam de manter e plantar, transformando as reservas de Juçara em culturas comuns para sobreviver’.

“Ademais, o réu possui péssimos antecedentes (certidões de fls. 441/2: processo por receptação e transporte ilegal de produto florestal nativo).

“Responde ainda mais três termos circunstanciados, ns. 038.02.036298-3, 038.02.036297-5 e 038.02.037013-7.

“O réu assim, além de causar temor na região, efetivamente vem desobedecendo as determinações das autoridades competentes, demonstrando total desrespeito à lei” (fl. 47, TJSC).

Impetrado o presente *habeas corpus*, o eminente Des. Jorge Schaefer Martins, ao analisar o pedido de liminar, ponderou:

“A autoridade policial, que presidiu o auto de prisão em flagrante, capitulou os crimes pretensamente cometidos pelo paciente como o do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97 e arts. 29 e 46 da Lei n. 9.605/98, concedendo-lhe o benefício da liberdade provisória com fiança.

“O Promotor de Justiça, ao ofertar a peça acusatória, entendeu configurados os crimes dos arts. 46, *caput* e parágrafo único e 29, § 1º, III, da Lei n. 9.605/98, art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, além dos crimes dos arts. 180, § 1º, e 330, ambos do Código Penal, requerendo a prisão preventiva.

“Ante a nova capitulação, constata-se que a soma das penas mínimas suplante o *quantum* previsto no art. 323, inciso I, como autorizador da benesse, e o Magistrado, acatando as ponderações do representante ministerial, sem mencionar a fiança, decretou a prisão preventiva.

“Sabe-se da existência de três momentos para a definição legal dos crimes: quando da expedição da nota de culpa por ocasião da prisão em flagrante; quando do oferecimento da denúncia e, por fim, quando da prolação da sentença criminal. Desta forma, não está o Promotor de Justiça adstrito à capitulação feita pela autoridade policial, assim como não fica o Juiz obrigatoriamente ligado à qualificação legal do ilícito quando da sentença, sendo-lhe dado, na forma que dispõe o art. 383 do CPP, dar-lhe nova definição.

“Tal possibilidade, faz com que tenha incidência a previsão contida no art. 338 do Estatuto Processual Penal, isto é, tem-se por admissível a pers-

pectiva de que se venha a reconhecer o incabimento da fiança” (fl. 14).

Com efeito, a respeito do hipotético excesso de denúncia alegado pelo impetrante, argumentando que a representante do Ministério Público imputou fatos não contidos no inquérito policial, bem como nas respectivas definições legais, releva lembrar que o *habeas corpus* não é via adequada para discussão aprofundada de prova; além do mais, é sabido que o réu defende-se dos fatos e não da classificação jurídica apontada na denúncia, ou seja, eventual discrepância entre o fato descrito e sua capitulação será resolvida na sentença (correlação).

Julio Fabbrini Mirabete, a propósito, consigna:

“Esse princípio da correlação entre a imputação e sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, significa ofensa a ele, acarretando a nulidade da decisão” (Processo penal. 9ª ed., rev. e atual., SP: Atlas, 1999, pág. 452).

Mais adiante o autor acrescenta:

“Cumpra observar, todavia, que no processo penal vigora também o princípio do *jura novit curia*, isto é o princípio da livre dicção do direito – o juiz conhece o direito, o juiz cuida do direito. Em outras palavras, vigora o princípio da consubstanciação *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). Isso significa que o réu não se defende da capitulação dada ao crime na denúncia e sim da sua descrição fática, dos fatos nela narrados” (ob. cit., pág. 453).

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“Processo penal — Direito de defesa — Correlação entre acusação e sentença — Condutas tipificadas descritas nos arts. 304 (uso de documento falso) e 308 (uso de documento alheio), ambos do CP — Descrição na denúncia — Hipótese de *emendatio libelli* (CPP, art. 383) — Aditamento à denúncia desnecessário.

“Quando os fatos estão descritos na peça inicial, pode o juiz dar-lhes, na sentença, definição jurídica diversa, pois o réu se defendeu daqueles fatos e não da capitulação inicial, ocorrendo a hipótese de *emendatio libelli*, prevista no art. 383 do CPP, ainda que tenha de aplicar pena por mais um crime” (Apelação Criminal n. 1999.019178-8, da Capital, deste Relator; no mesmo sentido: Ap. Crim. n. 1999.016488-8, de Timbó).

Diante disso, estando bem descritos os fatos imputados ao paciente, lastreados nos elementos contidos no inquérito, independente de sua classificação e até porque se trata de matéria probatória, não há razão para o pretendido trancamento da ação penal.

3. Quanto à alegada duplicidade de tipificação dos crimes descritos na denúncia, vale reiterar que a via estreita do *habeas corpus* não permite ampla reflexão sobre a prova, de maneira que os fatos narrados na denúncia e sua tipificação somente serão confirmados ou não por meio da análise de todo o conjunto probatório, na sentença.

Assim tem decidido o colendo Superior Tribunal de Justiça:

(...)

“O *habeas corpus*, pela sua magnitude constitucional como instrumento de proteção da mais relevante franquia democrática — o direito de locomoção —, não pode sofrer restrições descabidas. *Todavia, o seu rito especial, no qual não há espaço para dilação probatória, impossibilita a sua utilização para o deslinde de temas que envolvam longa indagação sobre matéria de prova (...)*” (RHC n. 12230/RJ, Sexta Turma, rel. Min. Vicente Leal, j. em 16/4/02).

No mesmo sentido, desta Corte:

(...)

“A via do *habeas corpus* não é adequada para o exame aprofundado das provas dos autos. Somente no processo, onde se entregará a prestação jurisdicional, condenatória ou absolutória, é cabível dissecar as provas” (HC n. 2002.009341-1, de Laguna, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz).

Ademais, ainda que possa haver indícios acerca da duplicidade de acusações, sabendo-se não ser o remédio heróico a via adequada para a discussão pelo menos neste momento, não há trancar a ação penal quanto ao crime em relação ao qual houve excesso, bem como desnecessária a discussão acerca da inconstitucionalidade do § 1º do art. 180 do CP, pois tudo depende da dilação probatória a ser desenvolvida a partir da proposta de acusação contida na denúncia. Somente após a instrução é que se examinará qual das acusações restou provada para, daí em diante conferir a classificação adequada. Antes não !!!

4. Em relação ao pretendido reconhecimento da causa extintiva de punibilidade preconizada pelo art.

107, V, do CP, decorrente do “perdão tácito”, também é totalmente inviável, pois, como bem esclareceu o Exmo. Des. Jorge Schaefer Martins, ao apreciar o pedido de liminar (fl. 15):

“O perdão é instituto aplicável somente aos processos de ação penal de iniciativa privada, pois está diretamente relacionado à instauração de processo crime em decorrência do recebimento de queixa-crime, como deixa bastante claro o art. 105 do mesmo diploma.

“A argumentação, a propósito, está fulcrada no princípio da indivisibilidade da ação penal. Todavia, o art. 48 do CPP o estabelece para as ações penais de iniciativa privada, e consoante se observa da doutrina (Jesus, Damásio E. de. Código de Processo Penal Anotado, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2002, pág. 62), não há extensão de tal obrigatoriedade para as ações penais públicas”.

5. No que pertine à pretendida convalidação da fiança fixada pelo Delegado de Polícia quando da lavratura do auto de prisão em flagrante, no qual, inclusive, consta: “...MM. Juiz, por falta de outros elementos, autuo o conduzido no crime do artigo 10, da Lei n. 9.437/97, tendo também o mesmo infringido, pelo que consta nos autos, o artigo 29 e 46 da Lei Ambiental. Salientando que, embora haja indícios de outros delitos, devem melhor serem investigados, no meu entendimento, tendo portanto, arbitrado fiança nesta oportunidade (fl. 31)” (*sic*), elucidativo o ensinamento de Eduardo Espíndola Filho:

“Se, no curso do processo, se altera a classificação do delito, fazendo-se a mudança de delito afinçável

para inafiançável, cassa-se a fiança concedida, quando o ato reclassificatório não foi recorrido, ou foi recorrido não suspensivamente, ou foi confirmado no recurso suspensivo. A desclassificação pode operar-se, no próprio despacho de recebimento da denúncia, o qual, legitimamente, cassa a fiança e faz expedir mandado de captura do réu” (Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, vol. III, 6ª ed., Rio de Janeiro: Borsói, 1965, pág. 516).

Em caso semelhante, decidiu-se:

“Recurso em sentido estrito. Prisão em flagrante. Autoridade policial que capitulou o delito como o do artigo 16 da Lei n. 6.368/76. Denúncia posteriormente oferecida, enquadrando o fato no artigo 12 da mesma Lei. Cassação da fiança anteriormente concedida, com fundamento no artigo 339 do CPP. Inconformismo da defesa. Improvimento.

“Verificando o Juiz ser a fiança incabível, ante a nova capitulação atribuída ao crime pelo douto Promotor de Justiça, deve a mesma ser cassada, eis que a classificação provisória do delito é a da denúncia, e não a da autoridade policial (RT 584/431)” (RC n. 1996.011050-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. José Roberge, julgado em 11/3/97).

Ora, se a classificação alterou, quando do oferecimento da denúncia, a anterior concessão de liberdade provisória mediante fiança não tem o condão de impedir posterior prisão decretada pelo juiz; seria absurda a inversão de autoridade.

6. Também não merece guarida a pretensão de revogação da prisão

preventiva, em face da alegada ausência de fundamentação, tendo sido espancada pela bem-lançada decisão monocrática que indeferiu a liminar à fl. 16:

“No que tange ao decreto de prisão preventiva, tenho que não pode ele vir a ser considerado, neste momento, como deficiente de fundamentação.

“Admite a materialidade dos crimes imputados, como a presença de suficientes indícios de autoria. Na seqüência, justifica o elevado volume do palmito apreendido, dizendo da utilização de empresas legalmente estabelecidas como ‘fachada’ para a prática de crimes, dando conta, ainda, da existência de antecedentes criminais. Compreendeu, por tais razões, estar configurado o fundamento da garantia da ordem pública.

“Ora, ressalvando a afirmação de que o paciente causa temor na região, que não está justificada, parece haver motivação adequada para o aprisionamento cautelar, de molde a permitir tenha ele validade até o julgamento final do presente *writ*.

“Claro é que, com as informações devidas por ventura existentes possam vir a ser sanadas, permitindo uma convicção mais completa sobre o caso (fls. 37/38, HC n. 2002.028020-3)”.

Ora, o MM. Juiz de Direito, ao decretar a custódia preventiva, bem desfilou as razões de seu convencimento, cumprindo do comando do disposto no art. 93, IX, da CRFB/88, não padecendo, portanto, de nenhuma nulidade.

7. Ademais não se demonstraram razões para revogação da prisão preventiva, pois, considerando o caso

em concreto e pela fundamentação expendida pela autoridade judiciária, vislumbra-se que a privação de liberdade do paciente é medida que se impõe, como forma de garantir a ordem pública, em que pesem existam, hoje, respeitáveis decisões advindas do colendo Supremo Tribunal Federal, acerca de somente a garantia da ordem pública não ser motivo suficiente para o decreto preventivo (leia-se: STF, HC n. rel. Min. Celso Mello, caso “Pimenta Neves”), pois a peculiaridade do caso indica como a mais adequada.

Vejamos: a polícia ambiental, munida de mandado de busca e apreensão e conforme se extrai do histórico da ocorrência acostado em fl. 75 (TJSC) “em vista grande números de denúncias e reclamações sobre o furto, receptação, fabricação e comércio de conservas de palmito, oriundo de propriedades rurais nas regiões com floresta atlântica no nordeste catarinense. Tendo em vista prejuízos econômicos e ambientais causadas a populares local, ao fisco e à saúde pública, tendo como principal suspeito o Sr. João Nicoletti e outros, residente no município de Garuva/SC”.

Naquela oportunidade foram apreendidas nas duas empresas do paciente (Sparta Distribuidora de Conservas e Sport Distribuidora de Conservas Ltda.) aproximadamente 7 (sete) toneladas de palmito, além da carne de um animal silvestre (quati), todos sem a devida licença ambiental.

As empresas acima citadas, segundo consta do pedido de prisão preventiva, foram interditadas administrativamente, mas o paciente, contudo, continuou a produção clandesti-

namente, resultando inclusive na apreensão de palmito embalado em abril de 2002.

Como se vê, o paciente é dado à prática reiterada do delito, não obedecendo ordens, de modo que a concessão de liberdade poderia resultar em uma maior degradação do meio ambiente.

Note-se que a quantidade de palmito que continha em depósito não é encontrada em qualquer bosque ou capão de mato, sendo necessário adentrar horas, as vezes dias, na mata para extraí-lo.

O palmito é árvore nativa encontrada em regiões da mata atlântica (o Estado de Santa Catarina contém a maior faixa de mata atlântica do território nacional), ou seja, área de preservação permanente, de importância ímpar ao ecossistema, pois é fonte de alimento para várias aves (dentre elas o tucano), isso sem contar que a receptação de palmito sem licença serve de estímulo à prática de outros crimes, prejudicando tanto os proprietários das terras de onde é furtado, como o fisco, além do meio ambiente.

A preocupação existente com as gerações futuras é tão grande e importante que a Constituição da República reservou capítulo especial ao meio ambiente, registrando no art. 225 que “Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações”.

Daí é importante frisar que a pessoa que industrializa palmito ile-

gal, ou desviado ou mesmo furtado, é quem alimenta toda esta cadeia criminosa.

8. Assim, diante do exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e lavrou o parecer, pela douda

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2003.

Jorge Mussi,

Presidente, com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 2003.000948-5, DE IBIRAMA

Relator: Des. Nilton Macedo Machado

Habeas corpus – Prisão preventiva — Advogado – Requerimento de prisão domiciliar com base na Lei n. 8.906/94 – Nova redação dada ao art. 295 do CPP – Prisão especial consistindo exclusivamente no recolhimento em local diverso da prisão comum – Ordem denegada.

Com a nova redação dada pela Lei n. 10.258/01 ao art. 295 do CPP, dispondo como prisão especial aquela cujo recolhimento dá-se exclusivamente em local diverso da prisão comum, sendo revogadas expressamente quaisquer disposições em contrário no CP “ou em outras leis”, resulta que o advogado preso provisoriamente (assim como ministros de Estado, magistrados, membros do Ministério Público e demais agentes arrolados no texto legal) não faz jus à custódia em sala de Estado-Maior ou prisão domiciliar.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2003.000948-5, da comarca de Ibirama (2ª Vara), em que é impetrante Nilo Marcos Andrade e paciente Alcides Freiberger:

ACORDAM, em Câmara Criminal de Férias, por votação unânime, denegar a ordem.

Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Nilo Marcos Andrade em favor de

Alcides Freiberger, alegando constrangimento ilegal em face do encaminhamento do paciente da prisão domiciliar onde estava no município de Presidente Getúlio, para sala de Estado-Maior a ser indicada pelo Comando-Geral da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina; assim, foi parar em sala do comando do Pelotão da Polícia Militar de Ibirama.

Sustenta o impetrante que foi decretada a custódia preventiva do paciente em 23 de outubro de 2002,

determinando-se a permanência em prisão domiciliar em face da inexistência de prisão especial, nos termos do art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94; que o processo seguia seu trâmite normal até que a autoridade coatora, após contado com o Comando-Geral da Polícia Militar, determinou sua transferência para um quartel daquela força, sem necessidade alguma, pois vinham sendo cumpridas as exigências da prisão domiciliar; finalmente, que as instalações oferecidas ao paciente não se coadunam com as que lhe são garantidas pela Lei n. 8.906/94, sem instalações sanitárias individuais, além de impor ônus à família de fornecer-lhe diariamente alimentação.

Requeru ao final a restituição do paciente à prisão domiciliar, bem como da não certificação nos autos diversos em que funcionava como procurador a circunstância da prisão, tampouco intimando os respectivos constituintes.

Indeferida a liminar, em decisão monocrática proferida pelo Des. Dionízio Jenczak, e prestadas as informações pelo Dr. Juiz Substituto em exercício na 2ª Vara da comarca de Ibirama, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer do Dr. Vilmar José Loef, opinou pela denegação da ordem.

É o relatório.

O paciente está sendo processado nos autos da Ação Penal n. 027.02.002495-5, juntamente com Nilson Bauner, Jaime Ribeiro Luiz, Valmir Barcellos e José Bonetti, acusado da prática dos delitos previstos nos art. 157, § 2º, I, II, e IV, c/c art. 288, todos do CP, tendo sua prisão

preventiva sido decretada em 22/10/02; no dia seguinte (23/10/02), foi deferido o pedido de prisão domiciliar ao paciente (fl. 11, TJSC), clausulando-se “sem prejuízo de seu encaminhamento, logo que possível, ao local adequado para sua custódia preventiva”; em 16/1/03 e havendo disponibilidade de prisão especial ao paciente, pela decisão de fls. 407/410 dos autos originais, considerando as novas disposições sobre prisão especial advindas com a Lei n. 10.258/01, foi determinada sua condução ao quartel da Polícia Militar na cidade de Rio do Sul, o que acabou cumprindo-se no Pelotão de Ibirama, sede da comarca.

A decisão atacada pelo remédio heróico não causa nenhuma ofensa à liberdade de locomoção do paciente, muito menos às prerrogativas inerentes ao advogado, constantes na Lei n. 8.906/94.

É que, conforme bem lançou a autoridade judiciária, a Lei n. 10.258/01 modificou as condições de prisão especial previstas no Código de Processo Penal, assim determinando:

“Art. 295. Serão recolhidos a quartéis ou a prisão especial, à disposição da autoridade competente, quando sujeitos a prisão antes da condenação definitiva:

(...)

“§ 1º. A prisão especial, prevista neste Código ou em outras leis, consiste exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum.

“§ 2º. Não havendo estabelecimento específico para o preso especial, este será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento.

“§ 3º. A cela especial poderá consistir em alojamento coletivo, atendidos os requisitos de salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana”.

Como se vê a nova redação dada ao art. 295 do CPP regula qualquer espécie de prisão especial prevista no Código ou em outra lei, tratando-se, portanto, de lei posterior que expressamente revogou toda e qualquer disposição legal em contrário, inclusive aquela especial da Lei n. 8.906/94.

Dessa forma, não subsiste mais a prerrogativa ou privilégio ao advogado preso provisoriamente de ser recolhido, antes da condenação transitada em julgado, em sala de Estado-Maior, pois a nova lei assegura apenas que deve ficar recluso em local distinto da prisão comum, servindo esta regra também para ministros de Estado, magistrados, membros do Ministério Público e demais agentes arrolados nos incisos do art. 295 do CPP.

Luiz Flávio Gomes, com bastante propriedade, comentou a inovação:

“O intuito básico deste texto legal foi o de acabar com todas as regalias do preso especial (horário de visita especial, vestimenta diferente, uso de celular, possibilidade de ter refeições distintas etc.). A lei cuidou (§ 1º) da prisão especial prevista no CPP ou em outras leis (Estatuto dos Advogados, por exemplo). Em que consiste a prisão especial doravante? *Exclusivamente no recolhimento em local distinto da prisão comum. Local distinto não significa necessariamente 'local físico distinto'. A prisão especial pode*

dar-se no mesmo conjunto arquitetônico onde se acham outros presos, desde que haja uma parte separada. E se não houver esse presídio especial? Por força do § 2º, o preso especial, nesse caso, será recolhido em cela distinta do mesmo estabelecimento, não havendo 'presídio especial', o preso será recolhido em 'cela especial' (distinta). A idéia central, portanto, é não colocar no mesmo espaço físico os presos comuns com os presos especiais.

“A cela especial pode ser coletiva (vários presos especiais no mesmo espaço físico, tal como ocorre hoje no 13º Distrito Policial em São Paulo, por exemplo). Requisitos mínimos dessa cela especial: ‘salubridade do ambiente, pela concorrência dos fatores de aeração, insolação e condicionamento térmico adequados à existência humana’. A cela onde está o Nicolau, por exemplo, não preenche esses requisitos.

(...)

“A lei da prisão especial, que veio com o intuito de acabar com suas regalias, como ocorre com muitas leis nesse país, não deixou de constituir mais uma oportunidade para a ampliação. A lei nova serviu de ‘trem da alegria’, para favorecer também os oficiais das Forças Armadas e os militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

“A prisão especial é um privilégio vergonhoso. Nenhum país europeu conta com esse tipo de distinção. Mas deve ser mantida nos termos em que foi publicada porque assegura um direito humano fundamental: a separação dos presos. Aliás, se já fosse cumprido o artigo 88 da Lei de Execu-

ção Penal (que assegura cela individual a todos os presos, com aeração, insolação etc.), poderíamos acabar com a prisão especial no Brasil” (Prisão especial sem regalias: notas sobre a Lei n. 10.258/01, de 12/7/01, www.ibccrim.org.br, 12/7/01).

Não menos autorizado é o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete, citado no parecer do ilustre Procurador de Justiça Dr. Vilmar José Loef:

“Tratando-se de advogado, que deveria ser recolhido em sala de Estado-Maior, com instalações e comodidades condignas, assim reconhecidas pela OAB, a prisão domiciliar era devida quando da falta daquelas acomodações (art. 7º, V, da Lei n. 8.906/94, de 4/7/1994). Entretanto, *diante da nova lei, não tem o profissional este direito; o novo diploma, em seu § 1º, estende suas normas à prisão especial previstas em ‘outras leis’*” (Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, pág. 730).

Ademais, em que pese a autoridade dos precedentes jurisprudenciais apresentados pelo impetrante, reconhecendo direito ao advogado a ser custodiado preventivamente em sala de Estado-Maior, tem-se que todas as decisões foram proferidas antes da vigência da Lei n. 10.258/01.

De outro lado, ainda há a peculiaridade de, no caso concreto, a autoridade judiciária ter concedido a prisão domiciliar, sem prejuízo do encaminhamento do *paciente* “logo que possível ao local adequado para sua custódia preventiva” (fl. 11), vale dizer, ao paciente foi reconhecido o privilégio de ficar em casa de forma condicionada; uma vez providenciado o local especial com o comando da

Polícia Militar, por evidente que não permaneceram os motivos para aquela prisão, culminando, acertadamente, com a remoção do paciente à prisão especial.

Por isso, a ordem deve ser denegada.

3. Merecem análise as alegações do impetrante para o fato de a família do paciente ser a responsável pela sua alimentação, conforme determina o art. 1º, V, da Portaria emitida pelo Comandante Interino do 13º Batalhão de Polícia Militar (fl. 16, TJSC) que “Regulamenta a guarda do preso especial Alcides Freiberger no Quartel de Ibirama”.

Muito embora seja matéria que não comporte análise em sede de *habeas corpus*, porquanto tratar-se de ato praticado pela autoridade prisional sujeita ao controle da autoridade judiciária local, impende salientar que o art. 295, § 5º, do CPP, prescreve que “os demais direitos e deveres do preso especial serão os mesmos do preso comum”; logo, o paciente encontra-se sob o regime da Lei de Execuções Penais, que se aplica igualmente aos presos provisórios (art. 2º, parágrafo único).

Dessa feita, tendo direito a assistência material (arts. 11, I, e 12 da LEP), é obrigação do estabelecimento onde o paciente estiver encarcerado fornecer-lhe alimentação; do contrário, caberá solução pelo juízo da execução responsável pela prisão e sua execução, e não mediante *habeas corpus*.

O Estado é responsável pela alimentação dos indivíduos que mantém presos!!!

4. De outro lado, quanto ao fato de a decisão determinar seja a prisão especial executada em Rio do Sul, e o paciente estar preso em Ibirama, na realidade o mandado de prisão já apontou para Ibirama, o que é correto em virtude de o paciente residir em Presidente Getúlio, município integrante da comarca de Ibirama, não produzindo nenhum prejuízo às visitas de seus familiares, por ser mais próximo que Rio do Sul.

Por fim, a determinação de intimação dos clientes do paciente nas ações que este patrocina não importa em qualquer limitação ao seu direito de ir e vir, não sendo, portanto, maté-

ria passível de análise pelo remédio heróico.

5. Diante do exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 28 de janeiro de 2003.

Jorge Mussi,

Presidente, com voto;

Nilton Macedo Machado,

Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.024464-9, DE ITAPEMA

Relator: Des. Carstens Köhler

Habeas corpus – Ação penal – Inépcia da denúncia – Inocorrência – Crime de autoria coletiva – Desnecessidade de pormenorização da conduta delituosa de cada agente – Postergação da especificação detalhada para a instrução criminal – Ampla defesa resguardada – Proemial acusatória que preenche os requisitos do art. 41 do CPP.

Ausência de justa causa para a ação penal – Não configuração – Denúncia lastreada em elementos indiciários – Vedação de aprofundado cotejo probatório na via estreita do writ.

Excesso de prazo – Contagem global – Inocorrência – Causa complexa com pluralidade de réus – Necessidade de expedição de precatórias para oitiva de acusado e de testemunhas – Demora no trâmite processual justificada – Princípio da razoabilidade.

Custódia preventiva devidamente fundamentada e necessária para a garantia da aplicação da lei penal – Paciente, ademais, acusado da prática de dois homicídios qualificados – Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.024464-9, da comarca de

Itapema, em que é impetrante José Geraldo Batista e paciente Adilson Batista:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar o *writ*.

I — Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado por José Geraldo Batista em favor de Adilson Batista, apontando como autoridade coatora a Juíza de Direito da comarca de Itapema, aduzindo, em síntese, na exordial (fls. 2/17), que:

— o paciente estaria preso preventivamente nos autos de n. 125.01.001766-0, desde 15/10/01, sendo dado como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos I e V — duas vezes — c/c arts. 29 e 69, todos do Código Penal;

— a denúncia seria inepta, por ter inobservado o art. 41 do CPP, não tendo o Ministério Público expressado os atos praticados por cada réu, tampouco descrito o procedimento criminoso do paciente;

— não haveria justa causa para a deflagração da ação penal, devido à ausência de motivos e de provas para o seu enquadramento nos dispositivos penais constantes da denúncia;

— as provas testemunhais arroladas pelo Ministério Público não teriam o condão de comprovar sua participação no cometimento dos delitos, sendo inservível para tal fim o depoimento de Cláudio Marcos, bem como o de Lucy Mary, que seria suspeito e não mereceria fé, pois o “Paulinho”, mencionado no depoimento desta, não teria sido encontrado, o que afastaria qualquer participação do paciente;

— teria ocorrido excesso de prazo, com o qual não teria contribuído a defesa;

— a prisão preventiva teria sido decretada irregularmente, sem qualquer fundamentação.

Arrematou com o pleito atinente, inclusive de concessão de liminar, juntando os docs. de fls. 18/131.

Indeferida a liminar pela Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta (fl. 133).

Juntada petição de aditamento à inicial, aduzindo o impetrante que o Ministério Público desistiu da oitiva da testemunha Lucy Mary Rahmeier, em cujo depoimento há remoto aceno de indício de sua participação, inexistindo, assim, qualquer elemento que possa lastrear a prisão preventiva.

Nova petição de aditamento, dessa feita reiterando o excesso de prazo e, conseqüentemente, o constrangimento ilegal.

A Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do ilustríssimo Procurador doutor Robison Westphal, opinou pela denegação da ordem (fls. 151/156).

Prestadas as informações às fls. 157/158, via fac-símile, tendo aportado os originais neste Sodalício em 5/12/02.

É o necessário escorço.

II — Voto

Primeiramente incumbe afastar a preliminar de inépcia da denúncia por não ter detalhado a conduta criminosa de cada agente, pois, segundo o entendimento deste Areópago estadual e do Superior Tribunal de Justiça, em crimes praticados por várias pessoas,

como no presente caso, não se faz necessária a descrição pormenorizada da conduta de cada agente, remetendo-se para a fase de instrução criminal a aludida especificação.

A propósito, da Primeira Câmara Criminal:

“Apelação criminal — Roubo — Preliminar de inépcia da inicial — Crime de autoria coletiva — Desnecessidade de individualização da conduta — Emprego de arma, concurso de agentes — Reconhecimento — Palavra da vítima — Condenação mantida — Recurso desprovido” (*in* Apelação Criminal n. 2001.005942-8, da Capital, Des. Solon d’Eça Neves, julgada em 21/8/01).

Não discrepa a orientação do Superior Tribunal de Justiça:

“No tocante à necessidade de individualização da conduta de cada acusado em crimes de autoria coletiva, ressaltado que não se faz indispensável, bastando a narrativa genérica do delito, sem que se tolha, evidentemente, o exercício da defesa. Este tem sido o posicionamento pacífico desta eg. Corte. — Precedentes do STF e STJ” (*in* REsp n. 218986, Min. Jorge Scartezinni, DJU de 18/12/00, pág. 353).

Na espécie, a peça acusatória (fls. 32/35) especificou os atos praticados por cada um dos agentes até a chegada no local do crime, uma casa alugada para tal finalidade, culminando por expressar: “em seguida, os denunciados Júnior Eurípedes dos Santos e Adilson Batista, este ao volante do veículo, conduziram as vítimas para uma casa neste município e comarca de Itapema, situada na rua 205, n. 43, adredemente alugada pelo próprio

Júnior e pela denunciada leda através da ‘Imobilária Paulo Xavier Imóveis’, local onde alvejaram as vítimas com inúmeros projéteis disparados por arma de fogo, produzindo-lhes a morte, consoante os autos de exame cadavérico de fls. 6 e 11)” (fl. 34).

Assim, a denúncia imputou aos fatos praticados pelos acusados as condutas delituosas previstas no art. 121, § 2º, incisos I e IV, c/c art. 69, *caput*, todos do CP, possibilitando a estes a ampla defesa, razão pela qual o afastamento da prefacial é medida que se impõe.

Deve ser rechaçada, igualmente, a preliminar de inépcia da vestibular acusatória devido à alegada ausência de provas da prática delituosa imputada ao paciente.

Isso porque o representante do Ministério Público ofertou a peça acusatória com base nos elementos constantes do inquérito policial, inclusive nos depoimentos de Cláudio Marcos (fls. 56/58) e de Luci Mary Rahmeier (fls. 44/53), sendo estes suficientes para demonstrar os indícios de autoria, os quais, aliados à materialidade, também presente, constituem requisitos mínimos para a *persecutio criminis*.

Nessa senda, destaco do Superior Tribunal de Justiça:

“Penal. Ação. Trancamento. Impossibilidade. Inépcia da denúncia. Concurso de agentes. Desnecessidade. Individualização. Conduta. Art. 41, CPP. 1 — Conforme luzidia corrente doutrinária e jurisprudencial, a justa causa apta a autorizar o trancamento da ação penal é aquela perceptível *ictu oculi*, onde a ilegalidade é patente e evidenciada pela simples enunciação

dos fatos a demonstrar a ausência de qualquer elemento indiciário que dê base à acusação. No entanto, se há descrição pelo MP de crime em tese, com apoio em suficientes elementos de prova, impõe-se o prosseguimento da ação” (in RHC n. 12704/BA, Min. Fernando Gonçalves, DJU de 11/11/02, pág. 296).

Outrossim, é cediço que a valoração aprofundada de provas por meio do presente *writ*, como objetiva o paciente, revela-se inviável, como têm decidido os Tribunais Pátrios.

A propósito, destaca-se do Superior Tribunal de Justiça:

“Descrevendo a denúncia fatos típicos e indícios suficientes da autoria, descabe o trancamento da ação penal porque qualquer outra ponderação envolveria o exame de provas não permitido pela via estreita do *habeas corpus*” (in HC n. 18411/DF, Min. José Arnaldo da Fonseca, DJU de 11/11/02, pág. 231).

Melhor sorte não assiste ao paciente quando afirma que o decreto de prisão preventiva seria nulo por falta de fundamentação, eis que a Magistrada *a quo* explicitou as razões de seu convencimento, bem como a presença dos requisitos indispensáveis à segregação preventiva, como se vislumbra de uma simples leitura do despacho ora acoimado de nulo (fls. 119/120).

Além disso, a Togada de origem, nas informações, teve o cuidado de asseverar: “ressalto, por fim, que o ora paciente é pessoa de alta periculosidade, que já foi condenado pelos arts. 14 e 18 da Lei de Tóxicos, é conhecido na região por envolvimento com tráfico, além de furto qualificado

e convive com quadrilha de traficantes e homicidas. A periculosidade do paciente e seus antecedentes, garantem S.M.J., se solto, não será mais encontrado para responder ao presente processo e sua execução” (fl. 161).

No caso, deve ser observado o princípio da confiança no juiz do processo, o qual, estando mais próximo dos fatos, possui melhores condições de aquilatar a necessidade da segregação.

Destarte, presentes os pressupostos do art. 312 do CPC, a prisão deve ser mantida, não se podendo olvidar, ainda, que foram imputados ao paciente dois homicídios qualificados, cujo julgamento pelo Tribunal do Júri exige a sua presença pessoal, merecendo ser salvaguardado o andamento do feito e a credibilidade no Estado-Juiz.

Por fim, não prospera a alegação de excesso de prazo, pois os lapsos temporais previstos para o término de cada procedimento, segundo orientação pretoriana, não devem ser contados de forma rígida, devendo ser consideradas as peculiaridades e complexidades de cada caso concreto.

Na hipótese em apreço, o paciente encontra-se preso preventivamente desde 15/10/01, contudo, a causa revela-se de grande complexidade desde a fase policial, havendo cinco réus, sendo expedidas várias cartas precatórias, e, como bem informou a Magistrada *a quo*, “todos os denunciados foram regularmente interrogados, sendo que um deles foi interrogado por carta precatória na comarca de Curitiba/PR, onde encontrava-se preso por um outro processo, o que, de certo modo, houve um certo atraso na tramitação regular do processo nesta fase processual”.

Ademais, colhe-se das informações que “das testemunhas arroladas pela acusação, apenas uma tem residência nesta Comarca, a qual já restou inquirida, sendo que, com relação às demais, expediu-se precatórias para suas inquirições, as quais já retornaram — duas sem o seu cumprimento, por não terem sido localizadas as testemunhas. Esclarece-se que uma delas, com endereço na comarca de Balneário Camboriú, por duas vezes, expediu-se precatória sem que a mesma tenha sido localizada e, por insistência do Ministério Público, informando-se um novo endereço, expediu-se uma outra carta àquela Comarca, a qual foi distribuída no último dia 25 de novembro.

“Aguarda-se, assim, o retorno da referida precatória para os atos processuais seguintes” (fl. 158).

Ora, como se vê, existem motivos relevantes e excepcionais que autorizam a extrapolação do prazo de segregação, tendo perfeita incidência, *in casu*, o princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Por aplicação do princípio da razoabilidade, tem-se como justificada eventual dilação de prazo para a conclusão da instrução processual, em hipótese de feito complexo, com pluralidade de réus, e diante da necessidade de observância às formalidades da expedição de carta precatória. Inexiste constrangimento ilegal quando o trâmite é regular e a demora não é provocada pelo Juízo ou pelo Ministério Público, mas, sim, decorrente de incidentes do feito e de diligências usualmente demoradas. O prazo de 81 dias para a conclusão da instrução

não é absoluto. O constrangimento ilegal por excesso de prazo só pode ser reconhecido quando a demora for injustificada. Ordem denegada”.

Ad argumentandum, a imputação ao paciente de dois homicídios qualificados, por tratar-se de crime hediondo, constitui óbice a sua liberdade provisória, consoante o art. 2º, inc. II, da Lei n. 8.072/90, e a Constituição Federal.

“*Habeas corpus* – Liberdade provisória – Paciente denunciado por infração ao delito do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal – Pretendida análise de prova – Matéria de mérito que demanda exame aprofundado dos elementos constantes nos autos – Impossibilidade na via angusta do *writ*.

“Crime erigido à categoria de hediondo (Lei n. 8.930/94) – Impossibilidade de concessão de fiança ou liberdade provisória (exegese do art. 2º, II, da Lei n. 8.072/90) – Constrangimento ilegal que não se faz presente – Ordem denegada” (*in HC n. 2002.011085-5, de Urussanga, Des. Souza Varella*).

III — Decisão

Diante do exposto, o *writ* se vê, por unanimidade, denegado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Robson Westphal.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.024980-2, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**Relator: Des. Carstens Köhler**

Habeas corpus – Delito de trânsito – Embriaguez ao volante – Art. 306 da Lei n. 9.503/97 – Transação penal – Aplicabilidade, mesmo não se tratando de crime de menor potencial ofensivo – Incidência do parágrafo único do art. 291 do CTB – Ausência da proposta pelo Ministério Público, antes do oferecimento da denúncia – Constrangimento ilegal caracterizado – Ordem concedida em parte.

Nulidade da ação penal a partir da denúncia – Inocorrência.

A ausência da proposta de transação penal (art. 76, caput, da Lei n. 9.099/95) não tem o condão de nulificar a ação penal deflagrada, porquanto caso aceita aquela, todos os atos já levados a efeito ficarão prejudicados e, no caso de rejeição ou de impossibilidade por inexistência dos requisitos legais, o processo terá seu curso normal, com a renovação da audiência para os fins do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.024980-2, da comarca de Balneário Camboriú, em que é impetrante o Dr. Francisco Luz Gottardi, e paciente Eduardo Correa Tavares:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conceder a ordem em parte, para determinar o cumprimento do artigo 76 da Lei n. 9.099/95, em consonância com o disposto no parágrafo único do art. 291 da Lei n. 9.503/97.

I — Relatório

Trata-se de *habeas corpus* impetrado pelo advogado Francisco Luz Gottardi, em favor do paciente Eduardo Correa Tavares, apontando como autoridade coatora o Juiz Substituto em exercício na Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú.

Alega o impetrante, em síntese, na inicial (fls. 2/8), que estaria sofrendo constrangimento ilegal por parte do Juiz Substituto em exercício na Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, em razão do não oferecimento da proposta de transação penal pelo representante do Ministério Público daquela unidade, o que infringiria o disposto no parágrafo único do art. 291 da Lei n. 9.503/97 – Código de Trânsito Brasileiro – ocasionando, por conseguinte, a nulidade da ação penal deflagrada.

Arrematou com os pleitos atinentes, juntando os docs. de fls. 9/127.

Prestadas as informações (fl. 64), a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do doutor Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pela concessão da ordem.

II — Voto

Tomo a liberdade de adotar como razões de decidir o parecer exarado pelo ilustre doutor Demétrio Constantino Serratine, Procurador de Justiça, que bem liquídificou a *vexata quaestio* (fls. 122/127):

“Entendemos que a ordem deve ser concedida.

“O delito de embriaguez ao volante cometido, em tese, pelo ora paciente encontra-se descrito pelo Código de Trânsito Brasileiro dentre aqueles passíveis de ser aplicado o previsto em seu artigo 291, o qual ordenou que fossem empregados os preceitos da Lei n. 9.099/95, ‘no que couber’. Igualmente, determina o parágrafo único do Código:

‘Aplicam-se aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante, e de participação em competição não autorizada o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995’.

“Os aludidos artigos tratam, respectivamente, da composição dos danos civis, que não é o presente caso; transação penal com aplicação imediata da pena de multa ou restritiva de direitos; e a necessidade de representação para a ação penal relativa aos crimes de lesões corporais leves e culposas, como condição de procedibilidade, que também não é o caso dos autos.

“Dessa forma, temos que está prevista na própria Lei dos Crimes de Trânsito a aplicação dos benefícios da Lei n. 9.099/95, em especial ao delito do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro.

“A respeito, Damásio E. de Jesus assevera:

‘Desde que presentes as condições da transação, o Ministério Público está obrigado a fazer a proposta ao autuado. A expressão, hoje, tem o sentido de dever. Presentes suas condições, a transação impeditiva do processo é um direito penal público subjetivo de liberdade do autuado, obrigando o Ministério Público à sua proposição’ (*in* Lei dos Juizados Especiais Criminais Comentada, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, pág. 80).

“Assim, mesmo não estando afeto ao Juizado Especial, ao crime previsto no artigo 306 do Código aplica-se a transação penal, e, nesse sentido, Julio Fabbrini Mirabete escreve:

‘De acordo com o art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro e o art. 71 da Lei n. 9.099/95, são considerados como infrações penais de menor potencial ofensivo os crimes previstos naquele estatuto em que a pena máxima não seja superior a um ano, sendo portanto de competência dos Juizados Especiais aqueles previstos nos arts. 304, 305, 307, 309, 310, 311 e 312. Em consequência, não estão na competência do Juizado, devendo ser objeto de processo perante o juízo comum, os crimes de homicídio culposo (art. 302), de lesão corporal culposa (art. 303), de embriaguez ao volante (art. 306) e de participação de corrida, disputa ou competição automobilística não autorizada (art. 308), pois em todos a pena máxima é superior a um ano de detenção. Entretanto, há disposição expressa que aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participa-

ção em competição não autorizada aplica-se o disposto nos arts. 74, 76, e 88 da Lei n. 9.099/95. Assim, mesmo perante o juízo comum, deve ser dada a oportunidade para se tentar a conciliação, com a composição dos danos e a transação, com a aceitação da proposta de aplicabilidade imediata de pena não privativa de liberdade' (*in* Crimes de trânsito têm normas gerais específicas, Boletim IBCCrim n. 61, dez./97, pág. 13).

"Ainda acerca da aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais às infrações de trânsito, Cezar Roberto Bittencourt assevera:

'Mas o legislador quis mais. De-sejou aplicar alguns institutos do Juizado Especial em outras infrações, mais graves, ou, pelo menos, com sanções mais graves, que, por isso mesmo, estarão fora da competência do Juizado Especial. Por isso, fixou, expressamente, a regra do parágrafo único do art. 291, que não está em antinomia com o *caput* do mesmo dispositivo. No parágrafo único não existe contradição ou superfetação em relação ao *caput*. Há, isso sim, em razão de defeituosa técnica legislativa, *impropriedade dogmática*, capaz de gerar alguma perplexidade, tornando-o de difícil execução. Mas isso não nos autoriza ignorar sua existência. Como lhe negar vigência? Como 'fazer de conta' que não existe? Como se afirmar que a sua previsão não se aplica aos crimes de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada, quando o texto legal afirma exatamente o contrário? A lei nem sempre é o primor de perfeição que desejamos, mas nem por isso estamos autorizados a negar ou ignorar a sua existência' (*in* RT 754, pág. 483).

"Igualmente, o egrégio Tribunal catarinense já decidiu:

'*Habeas corpus* – Delitos de trânsito – Embriaguez ao volante e condução sem habilitação – Prisão em flagrante – Irregularidade – Hipótese de lavratura de termo circunstanciado – Exegese dos arts. 291 e 301 do CTB – Infrações, ademais, com procedimento diferenciado – Transação penal – Ministério Público que não se manifestou sobre a possibilidade, antes do oferecimento da denúncia – Ofensa ao disposto no *caput* e parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro – Constrangimento ilegal evidenciado – Nulidade do processo *ab initio* declarada de ofício – Ordem concedida' (*Habeas Corpus* n. 1998.007179-8, de Criciúma, j. em 3/11/98).

"E ainda:

'(...) não se pode olvidar que o art. 291, *caput*, do mesmo diploma legal, estabeleça que os crimes cometidos na direção de veículo automotor, serão aplicáveis às normas gerais do Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei n. 9.099/95, de 26 de setembro de 1995.

'Assim, mesmo perante o juízo comum, deve ser dada a oportunidade para se tentar a conciliação, com a composição dos danos e a transação, com a aceitação da proposta de aplicação imediata de pena não privativa de liberdade (Mirabete, Julio Fabbrini, Boletim IBCCrim n. 61, dezembro/1997, págs. 13/14) (Revista dos Julgados das Turmas de Recursos e Tribunal de Justiça de SC, vol. 10, págs. 203/204)' (*Habeas Corpus* n. 7/98, de Indaial, j. em 1º/9/1998).

'Apelação criminal. Condenação. Crime previsto no artigo 306 da

Lei n. 9.503/97. Possibilidade de transação, consoante previsão no artigo 76 da Lei n. 9.099/95. Omissão. Prejuízo. Retorno dos autos à origem para que o Ministério Público, se assim o entender, apresente proposta de transação penal, suspensos os efeitos da sentença condenatória e exame do mérito recursal' (Ap. Crim. n. 2001.005216-4, de Xanxerê, j. em 8/5/2001).

'*Habeas corpus*. Prisão em flagrante. Embriaguez ao volante e falta de habilitação para dirigir (artigos 306 e 309 do CTB). Constrangimento ilegal caracterizado. Inteligência do artigo 291, c/c o art. 302 da Lei n. 9.503/97 (CTB). Ordem concedida' (*Habeas Corpus* n. 1999.022692-1, de Lauro Müller, j. em 31/1/2000).

"No corpo do v. acórdão, extrai-se:

'Aliás, no que respeita especificamente ao crime de 'embriaguez ao volante' (art. 306) manda aplicar, no que couber, as regras dos artigos 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, que tratam da composição civil dos danos, da transação penal e da representação para início da ação penal' (art. 291 do CTB).

"Daí o orientação, anotada em precedente da lavra do eminente Des. Jorge Mussi:

'Não obstante cuidar-se de infração punida com 'detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor', e portanto não elencada dentre aquelas consideradas de menor potencial ofensivo pela Lei n. 9.099/95 (art. 61), a doutrina e a mais recente orientação jurisprudencial inclinam-se pela lavratura de termo circunstanciado, nos casos de infração

ao art. 306 do CTB, mormente quando não houver vítimas, como, *in casu*, numa exegese do preceituado no art. 301 do mesmo Código (que diz que 'ao condutor de veículo automotor, nos casos de acidente de trânsito, não se imporá prisão em flagrante, nem se exigirá fiança, se prestar pronto e integral socorro àquela'), e ainda porquanto o suposto infrator será beneficiado com o instituto da transação – art. 76 da Lei n. 9.099/95, num segundo momento a ser proposta pelo órgão ministerial antes do oferecimento da denúncia'.

"Finalmente:

'*Habeas corpus*. Delito de trânsito. Lesão corporal culposa. Art. 303 do Código de Trânsito Brasileiro. Necessidade de representação. Exegese do parágrafo único do art. 291 do CTB. Ausência. Ordem concedida para declarar extinta a punibilidade pela decadência do direito de representação.

'*O parágrafo único do art. 291 do Código de Trânsito Brasileiro dispõe que aos crimes de trânsito de lesão corporal culposa, de embriaguez ao volante e de participação em competição não autorizada aplicam-se o disposto nos arts. 74, 76 e 88 da Lei n. 9.099/95, este último exigindo a representação como condição de procedibilidade da ação penal*" (*Habeas Corpus* n. 1999.014901-3, de Mafra, j. em 28/9/1999) (grifo nosso).

"Assim, evidente que, no caso *sub judice*, não se cumpriu as regras do art. 291, *caput*, e parágrafo único, do Código de Trânsito Brasileiro, que obrigam a aplicabilidade dos institutos da Lei dos Juizados Especiais Criminais na espécie, mais precisamente a realização da audiência preliminar pa-

ra a proposta da transação penal, ao contrário do que entendeu o ilustre Promotor de Justiça”.

Portanto, verificado encontra-se o constrangimento ilegal, tendo em vista que o douto representante do *Parquet* não possibilitou a proposta de transação penal antes do oferecimento da denúncia e da oferta de suspensão condicional do processo – esta última nos termos do art. 89 da Lei n. 9.099/95 – a ser aceita, ou não, pelo paciente, em audiência designada pelo Togado *a quo* para o dia 17/12/2002, às 14h40min.

Não obstante, mesmo ocorrendo o aludido constrangimento, o pedido de nulidade da ação criminal – desde o seu início – não prospera.

Nesse sentido destaco o contido no *Habeas Corpus* n. 2002.017652-0, também de Baileário Camboriú, cujo relator foi o eminente Des. Jaime Ramos:

“*Habeas corpus*. Embriaguez ao volante (art. 306 da Lei n. 9.503/97). Delito que admite a transação penal. Aplicação do art. 76 da Lei n. 9.099/95. Inteligência do art. 291, parágrafo único, do CTB. Omissão dessa providência. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida.

“Por força do que dispõe o art. 291, parágrafo único, da Lei n. 9.503/97 (CTB), o delito de embriaguez ao volante previsto no seu art. 306, embora não seja de menor potencial ofensivo, admite a transação penal prevista no art. 76 da Lei n. 9.099/95, sendo obrigatória a manifestação do Ministério Público a respeito, antes do oferecimento da denúncia.

“*Verificada a omissão após a instauração da ação penal e consequente suspensão condicional do pro-*

cesso, impõe-se que seja oportunizada a transação penal, que, se aceita, tornará prejudicados os atos já praticados, inclusive a denúncia, sendo que a rejeição ou a verificação de impossibilidade pela insatisfação de requisitos implicará na preservação da ação penal e na manutenção da suspensão condicional do processo. Essa é a solução que melhor consulta os interesses da economia processual” (grifei).

III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade de votos, conhecer e conceder parcialmente a ordem, determinando-se a suspensão da audiência designada para o oferecimento da proposta condicional de suspensão do processo – 17/12/2002, às 14h40min – até que seja proposta a transação penal, que, acaso seja aceita e cumprida, prejudicará a Ação Penal n. 005.01.011314-7, inclusive a denúncia. Não sendo aceita ou não permitida a transação, permanecerão incólumes os atos até então deflagrados, seguindo a ação o seu curso normal, renovando-se a designação da audiência para os fins do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

HABEAS CORPUS N. 2002.026380-5, DE ITAJAÍ**Relator: Des. Carstens Köhler**

Habeas corpus – Tráfico ilícito de entorpecentes c/c associação para a sua prática – Desnecessidade de mandado de busca e apreensão domiciliar – Crime permanente – Narcotraficância reiterada – Manutenção da ordem pública e conveniência objetiva da instrução criminal – Princípio da confiança no juiz do processo – Ordem denegada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.026380-5, da comarca de Itajaí, em que é impetrante Dr. Henrique Labes da Fontoura e paciente Thiago Foss:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar o *writ*.

I — Relatório

O advogado Henrique Labes da Fontoura impetrou o presente *habeas corpus* em favor de Thiago Foss, apontando como autoridade coatora o Juiz Substituto em exercício na 1ª Vara Criminal da comarca de Itajaí, aduzindo para tanto na exordial (fls. 2/16):

— o paciente, quando de uma “batida policial” realizada pela Agência de Inteligência da Polícia Militar, encontrar-se-ia visitando Josiel de Souza, em cuja residência foram apreendidos um pequeno torrão e outros dois volumes menores da substância vulgarmente conhecida como “maconha”;

— a “erva maldita” foi localizada num dos cômodos da casa, onde não estaria o paciente, o qual também não portava o entorpecente;

— na mesma data, policiais militares, em continuidade, localizaram na casa de propriedade de Artenir Tondorf duas “petecas” de crack;

— a quantidade apreendida não seria suficiente para demonstrar o comércio ilícito, além da inexistência dos mandados de busca e apreensão;

— a Magistrada de plantão liberou os quatro atuados em flagrante, inclusive Thiago Foss, por entender que a quantidade da droga seria insuficiente para delinear a tipificação dada pela autoridade policial – art. 12 da Lei n. 6.368/76;

— o relatório da polícia militar não indicaria o paciente como participe nos delitos;

— induzido pelo material fotográfico do relatório da “P-2”, o Ministério Público, além de ofertar denúncia, requereu a prisão preventiva dos oito denunciados, o que se verificou;

— a medida extrema não poderia prosperar pela ausência dos requisitos autorizatórios, bem como de indícios da autoria e materialidade;

— também não configurados os requisitos do flagrante;

— o laudo pericial teria dado negativo em parte — para cocaína — positivando tratar-se de farinha de trigo;

— o paciente teria ocupação lícita.

Arrematou com os pleitos atinentes, inclusive de liminar, com a final concessão da ordem e sua extensão aos co-réus, juntando os docs. de fls. 17/139.

A liminar foi negada pelo Des. Souza Varella (fl. 140v.) e o *Parquet* postou-se pela denegação da ordem (fls. 143/144).

É o necessário escorço.

II — Voto

A impetração imerece albergue.

De início, impende-me destacar que, a respeito do flagrante, nada mais resta a ser deliberado, pois as prisões dele decorrentes foram relaxadas (fls. 74/75) e, se constrangimento ilegal há, decorre da decretação da prisão preventiva.

Parte da substância apreendida trata-se de “maconha” (fls. 97/98) — maior porção da apreensão — pouco importando que a totalidade não seja entorpecente, o que por óbvio será sopesado quando da sentença.

De outra banda, os mandados de busca e apreensão são mencionados expressamente na denúncia e no relatório, inexistindo razão para que sejam juntados no caderno processual de origem — do qual não se tem a íntegra — não se perdendo de vista que provavelmente foram obtidos em procedimento preparatório.

E, se tanto não bastasse, o paciente e os co-réus também foram denunciados pela possível infração ao art. 14 da Lei n. 6.368/76 (fl. 25), que é delito permanente, podendo o ingres-

so em casa alheia verificar-se sem a adrede chancela judicial (*in* RT 532/383).

Outrossim, o paciente é expressamente citado no relatório detalhado da polícia militar de fls. 102/124, como um dos presos em flagrante (fl. 111), não se podendo aquilatar a sua participação nos delitos, bem como na quantidade da substância apreendida para caracterizar o tráfico, por importar em incursão profunda nas provas, tarefa própria do fluir da instrução, inviável na seara do remédio heróico, em face de seu caráter sumaríssimo (*in* DJU 19/6/92, pág. 9.521, STF, HC n. 69.034, rel. Ministro Celso de Mello).

Aliás, as fotografias também serão valoradas e liquidadas quando da apresentação da tutela jurisdicional.

Inexiste óbice para que o Estado-Juiz adote os motivos alinhavados pelo Ministério Público para a decretação da prisão preventiva, como ocorreu às fls. 92/94 (*in* DJU 20/8/01, pág. 510, STJ, HC n. 16.721/SP, rel. Ministro Félix Fischer).

Como já alinhabei em epígrafe, presentes indícios da autoria, aliada à materialidade.

A par disso, como assinalado pela ilustre Promotora de Justiça, a narcotraficância delinea-se como reiterada e até ostensiva.

O tráfico de entorpecentes deve ser contido já que se constitui num verdadeiro flagelo social, mostrando-se necessário o afastamento do paciente da ribalta social.

A ordem pública, evitando-se a reiteração criminosa, deve ser manti-

da, velando por ela o Estado-Juiz acima de qualquer interesse, sempre observado o *due process of law*, como se verificou na espécie.

Lançando uma pá de cal na *questio*, há informações seguras que a família vizinha de um dos locais de apreensão (fl. 111), por ameaças, evadiu-se e, por incrível que possa parecer, abandonou o estabelecimento comercial, quadro que não poderá repetir-se, sob pena de que ações deletérias embarcaram sobremaneira a busca da verdade real e a conseqüente apuração das responsabilidades criminais.

Diante da onda de criminalidade que assola o País, inclusive os pagos catarinenses, deve ser prestigiado o princípio da confiança no juiz do processo, o qual, próximo dos fatos e das pessoas nele envolvidas, tem melhores condições de aquilatar a necessidade da medida cautelar (*in JC 60/226 e 66/451*).

Já se decidiu:

“Processual penal. *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Ordem pública.

“1. A prisão preventiva, fundada na garantia da ordem pública, tem

por escopo evitar a prática de novos crimes, inclusive pedindo que a coletividade, dada a gravidade do delito, venha a se sentir desprotegida e atemorizada.

“2. Impetração conhecida como substitutiva de recurso ordinário mas denegada” (*in DJU 15/9/97*, pág. 44.453, STJ, HC n. 5.896/PR, rel. Ministro Fernando Gonçalves).

III — Decisão

Diante do exposto, o *writ* se vê, por unanimidade, denegado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Carstens Köhler,
Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.007614-2, DE BLUMENAU

Relator Designado: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Estupro praticado mediante violência ficta. Alegada inexistência de provas. Confissão e declarações da

vítima atestando a ocorrência de conjunção carnal. Coerência e harmonia. Materialidade e autoria amplamente demonstradas. Recurso desprovido.

Havendo prova nos autos tanto da menoridade da vítima, quanto da ocorrência de frequentes relações sexuais entre ela e o acusado, resta configurado o crime de estupro, praticado com violência presumida, mostrando-se irrelevante a circunstância de a ofendida ter consentido ou a particularidade de já não ser virgem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.007614-2, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Charles Sidnei Cristofolini e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

O representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Charles Sidnei Cristofolini, imputando-lhe a prática do crime capitulado no art. 213, combinado com o art. 224, alínea a, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória, *verbis*:

“Consta, do incluso auto de prisão em flagrante, que a menor S. da C., 11 anos de idade, residia nesta cidade, à Rua Pinheiro, bairro Itoupava Central, sendo vizinha do denunciado Charles Sidnei Cristofolini, 23 anos, residente naquela mesma rua, imóvel de n. 50.

“Moradores da mesma rua, não demorou para que surgisse uma amizade entre o denunciado e a menor, a qual, por volta do mês de agosto do corrente ano, transformou-se em um namoro às escondidas, mesmo porque tinha, o denunciado, conhecimen-

to da pouca idade da vítima e sabia, de antemão, que não haveria permissão dos familiares da menor frente aquela situação.

“Conquistada a confiança da menor, Charles Sidnei, sempre sob juras de amor eterno e até casamento, passou a manter relações sexuais com a vítima, fato praticado repetidamente e que perdurou até o dia 11 de novembro do corrente ano, data em que foi flagrado por J. P., mãe de S., quando esta encontrava-se em sua residência.

“Consta, ainda, que após o início do ‘namoro’, S., com sua genitora, passou a residir na Rua Sarandi, imóvel de número 54, fato que não impediu o acusado de continuar a manter relacionamento sexual com a menor, induzindo-a, inclusive, a faltar as aulas para com ele permanecer e manter relações sexuais.

“Há notícias, por fim, de que S. da C. teria sido vítima de estupro praticado por um parente identificado como Francisco, após o que manteve relacionamento com adolescentes, fato que, chegando ao conhecimento do denunciado, facilitou sua ação criminosa e até o incentivou ao trabalho de captação de vontade para, a final, manter relações com a vítima” (fls. 2/3).

Interrogado o réu, foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 84/91) e na defesa prévia (fls. 104/105, 111/112 e 120). Não havendo as partes requerido diligências complementares, apresentaram, por intermédio de memoriais, as suas deradeiras alegações.

Entregando a prestação jurisdicional, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente a denúncia e condenou o réu ao cumprimento de 6 (seis) anos de reclusão, integralmente em regime fechado.

Inconformado, apelou o vencido, alegando a ausência de provas para sustentar o decreto condenatório, postulando, por isso, a absolvição.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a este Tribunal.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O conjunto de provas coligido aos autos não autoriza a aspirada absolvição.

Com efeito, da análise do processo exsurgem como fatos incontroversos tanto a ocorrência de conjunção carnal entre o réu e a vítima, quanto a menoridade desta — que à época do flagrante contava onze anos de idade —, dados suficientes à configuração do crime de estupro, praticado mediante violência presumida, pelo qual foi o apelante condenado.

No seu interrogatório (fls. 67/69), Charles, confirmando as informações amealhadas durante o inquérito — declarações prestadas pelo in-

diciado (fl. 11) e pela vítima (fls. 9/10) —, confessou que o namoro de três ou quatro meses que manteve com S. incluía freqüentes relações sexuais, ocorridas, por vezes, na residência da ofendida, sempre que a mãe desta ausentava-se, e por outras na do ofensor, ocasiões em que S. deixava de ir à escola para encontrar-se com o denunciado.

A confissão do réu encontra respaldo, ainda, nas diversas cartas de amor que enviou à S. (fls. 22/33) e, principalmente, na prova testemunhal produzida a requerimento do representante do Ministério Público (fls. 84/91), a qual compreende as declarações prestadas pela vítima, na qualidade de informante (fls. 90/91), corroborando integralmente os elementos que evidenciam a caracterização do delito capitulado no art. 213, combinado com o art. 224, alínea a, do Código Penal.

Ora, estando comprovadas tanto a ocorrência de conjunção carnal, quanto a menoridade da vítima (certidão acostada à fl. 93), tornam-se irrelevantes quer a sua experiência sexual, quer a anuência que haja prestado à prática da conjunção carnal, porquanto, em hipóteses que tal, “o legislador presume a violência, tendo em vista as circunstâncias concretas dentro das quais a vítima não pode, validamente, dar seu consentimento” (Jesus, Damásio E. de, Curso de direito penal, 10ª ed., rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 132).

A respeito, proclamou a jurisprudência:

“Estupro — Caracterização — Violência presumida — Consentimento da menor — Irrelevância para a confi-

guração do delito — Recurso não provido.

“Tratando-se de violência presumida, o consentimento da menor é irrelevante à configuração do delito de estupro” (LEX 165/323).

No mesmo sentido:

“Menor. Experiência sexual. Presunção de violência contra a vítima. Art. 224, a, do CP.

“Ainda que a vítima possua anterior experiência sexual, não fica desfigurada a presunção de violência prevista no art. 224, a, do CP” (RT 693/383).

Em face disso, por mais precoce que seja a iniciação sexual dos adolescentes no mundo hodierno, não se pode firmar a tese de que uma garota de onze anos de idade, cuja compleição física encontra-se em desenvolvimento (veja-se as declarações judiciais que prestou, revelando haver “ficado mocinha” após o início do relacionamento com o réu — fl. 90), seja mentalmente capaz de autodeterminar-se no tocante à sua sexualidade, notadamente à míngua de prova técnica que permitisse inferir o desenvolvimento psíquico avançado da menor, razão pela qual deve prevalecer a presunção de violência instituída pela lei.

Em hipótese assemelhada, proclamou a Suprema Corte:

“Mesmo que se admita a presunção *juris tantum* de violência no estupro ficto, deve-se concluir que o crime subsiste ainda com o consentimento da menor, que não tem maturidade em termos de consciência crítica. O que caracteriza o crime de estupro é a ausência ou incapacidade do consentimento, não sendo elemen-

tos do crime a inocência, a honestidade e a virgindade da vítima” (RT 646/364).

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 13 de agosto de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator designado.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz:

Dissenti da douta maioria pelos motivos que passo a expor:

No caso em tela, ressalta-se a questão referente à presunção de violência.

O ponto principal é saber se a presunção de violência é inafastável, sendo que aos operadores do direito restaria apenas considerar a idade das partes e a ocorrência da prática sexual, para proclamar a ocorrência do estupro. Todavia, numa hipótese de sexo consentido, a idade inferior a 14 anos que a mulher ostenta obriga a entender absoluta a presunção do artigo 224, a, do Código Penal?

Nos dias de hoje, em que os meios de comunicação revelam amplo conhecimento das atividades sexuais, bastando ao indivíduo ligar o televisor numa determinada hora e canal, ou, com o avanço da tecnologia, conec-

tando-se à internet, deparará com programas, *sites*, artigos de revistas, todos abordando temas relacionados ao sexo.

Portanto, a menor de 14 anos do século XXI é plenamente conhecedora dos seus desejos íntimos e capaz de decidir sua pretensão, muito diferente daquela jovem desprotegida e desamparada da época da promulgação da lei penal substantiva, passados já mais de 50 anos.

Em função dessas transformações é que a presunção de violência não deve ser entendida como absoluta, dependendo da análise do caso concreto.

Para Julio Fabbrini Mirabete, a presunção de violência, consubstanciada no artigo 224, *a*, do Código Penal, é relativa, pelo seguinte:

“Discute-se na doutrina a natureza da presunção pela idade da vítima. Para Bento de Faria trata-se de presunção absoluta (*juris et de jure*). A maioria dos doutrinadores, porém, inclina-se pela existência de presunção relativa (*juris tantum*) (...) Alinham-se a favor da tese de que a presunção é relativa os seguintes fundamentos: as outras duas alíneas (*b* e *c*) tratam de presunções relativas, e não seria de se excluir a alínea *a*; a prevalecer a opinião oposta, a menor seria mais protegida até que o insano mental, que não tem nenhuma possibilidade de consciência; não há na lei menção expressa sobre a natureza da presunção, dando Hungria seu testemunho de que foi eliminada do anteprojeto a expressão ‘não se admitindo prova em sentido contrário’, que caracterizaria a presunção absoluta. É essa, a nosso ver, a melhor solução. Na juris-

prudência, aliás, é praticamente pacífico de que se trata de presunção relativa (RT 410/118, 127, 466/331, 492/292, 494/297, 501/347, 544/423; RJTJERGS 151/171, 156/114, 160/135-136, 147/148, 161, 164/74; JCAT 70/434). Não se caracteriza o crime, por essa razão, quando a menor de 14 anos se mostra experiente em matéria sexual (RT 713/380, 666/334, 564/378, 542/322, 430/319); já havia mantido relações sexuais com outros indivíduos (RT 714/343, 481/403)” (*in* Manual de direito penal. 10ª ed., São Paulo: Atlas, 1996, vol. 2, pág. 470).

Sobre o tema, já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Recurso especial. Estupro. Vítima menor de 14 anos de idade. Violência presumida. Presunção relativa.

“1. É relativa a presunção de violência contida na alínea *a* do artigo 224 do Código Penal.

“2. Recurso conhecido e improvido” (REsp n. 172860/PR, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro).

E, deste Sodalício:

“Crime contra a liberdade sexual – Estupro – Recurso ministerial pretendendo a condenação.

“Violência presumida – Relatividade da presunção – Vítima que consentiu livremente à prática do ato – Absolvição mantida – Recurso desprovido” (Ap. Crim. n. 2000.015354-0, rel. Juiz Torres Marques).

O fundamento da *innocentia consilii* do sujeito passivo está relacionado à completa inocência da vítima sobre assuntos sexuais, de modo que não se poderia dar valor algum ao seu consentimento para o ato sexual, ten-

do o ordenamento jurídico criado a presunção de violência, uma ficção de ocorrência de violência, visando a proteger a menor de 14 anos.

Entretanto, deixa de existir a presunção legal de violência sempre que constatado que a ofendida, embora menor de 14 anos, revele ciência ou experiência da vida sexual.

O doutrinador Magalhães Noronha destaca que:

“(...) é relativa a presunção do art. 224, letra a. Nossos tribunais têm muitas vezes assim decidido. Ocasão há, entretanto, em que firmam em suas ementas a tese em contrário, mas observa-se a influência do caso que julgaram (...). Os que batem pela presunção absoluta devem lembrar-se que, mesmo entre os práticos, os mais severos admitiam a prova em contrário. (...) O futuro código deve baixar o limite da presunção. Nos dias que correm vai-se tornando difícil falar-se em *innocentia consilii* da menor de 14 (catorze) anos (...) É que está de acordo com a realidade dos nossos dias, a evolução dos costumes tem-se processado com bastante rapidez, de modo que a moça de hoje não é mais ignorante, crédula e inocente de trinta anos atrás” (*in* Direito Penal, vol. 3, págs. 230/231).

Nesse sentido, entende a jurisprudência:

“Estupro — Violência presumida — *Innocentia consilii* — Incompatibilidade da conduta da vítima para o seu reconhecimento — Absolvição decretada — Recurso provido” (Ap. Crim. n. 127.011-3/SP, rel. Gonçalves Nogueira, *Lex* 178/295).

Portanto, a doutrina e a jurisprudência já firmaram entendimento

acerca da relatividade da presunção de violência, nos crimes sexuais perpetrados contra menor de 14 anos, quando comprovado que a vítima não era ingênua ou mal esclarecida em matéria de sexo à época do delito, cabendo aos magistrados analisarem cada caso concreto, para que não cometam nenhuma injustiça, principalmente quando não constatado, nos autos, elementos que indiquem ter havido violência real.

No presente caso, inexistiu ameaça efetiva para a perpetração do crime de estupro. A imputação e a condenação basearam-se unicamente na presunção legal de violência.

O auto de exame de corpo delicto (conjunção carnal) acostado à fl. 13 atestou a ausência de qualquer tipo de violência no momento da consumação do ato sexual, respondendo dessa forma aos seguintes quesitos:

“(...) 2) Se há ruptura do hímen – Sim; 3) Se a ruptura himenal é recente – Não; 4) Se há vestígios de violência, e no caso afirmativo, qual o meio empregado – Não; 5) Se da violência resultou para a vítima, incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 dias, ou perigo de vida, ou debilidade ou deformidade temporária ou permanente, ou perda ou inutilização do membro, sentido ou função ou incapacidade para o trabalho, ou enfermidade incurável, ou aceleração de parto ou aborto (resposta especificada) – Não”.

Do conjunto de provas colhidas, emerge a convicção de que a vítima, embora possuindo quase 12 anos de idade, não era ingênua e inexperiente para assuntos relacionados ao se-

xo, possuindo maturidade e discernimento acerca do ato perpetrado.

Tal conclusão decorre dos depoimentos da vítima, ao aduzir ter mantido relações sexuais com outros dois indivíduos antes mesmo de iniciar seu namoro com o acusado.

Na fase policial (fls. 9/10) a menor declarou:

“que conhece o conduzido há alguns meses, desde que moravam no antigo endereço, pois eram vizinhos; que começaram a se conhecer e ele, o conduzido, lhe disse que queria namorá-la; que não contou para sua mãe e começou a namorar o conduzido, (...); *que não sabe precisar quantas vezes teve relação sexual com o conduzido, pois o mesmo pedia para fazer sexo com a vítima e a mesma acabava concordando; (...); que na data de hoje, ao invés de ir para o colégio, foi para a casa do conduzido, onde foi encontrada por sua mãe deitada na cama em companhia do conduzido, sendo que o mesmo a abraçou e beijou, e a mesma acabou adormecendo em companhia do conduzido; (...); que a vítima relata que antes de ter relações sexuais com o conduzido, também manteve relação sexual com o ex-vizinho de nome G., menor adolescente; que manteve relações sexuais com outro menor adolescente de nome E., ex-vizinho*” (grifo nosso).

Em Juízo (fls. 90/91), confirmou as afirmações dadas perante a autoridade policial:

“Que a declarante começou a namorar o acusado, não se lembrando da data do começo do namoro, (...). *Que na época dos fatos a declarante gostava de C., hoje ‘acha que*

não gosta mais’. *Que é verdade que faltou à escola por quase uma semana para encontrar-se com C., na casa deste, na época em que C. foi preso.* *Que às vezes ficou com C., nesta dita semana, porque ‘tinha preguiça de permanecer em aula’, por outras vezes porque C. insistia. (...).* *Que antes de C., a declarante teve relações sexuais com dois outros adolescentes”* (grifo nosso).

Pelo descrito acima, restou evidente o namoro entre a vítima e o acusado, fato este confirmado pela menor em seus depoimentos; aduzindo, também, que, na época do referido relacionamento amoroso, possuía um sentimento de afeto pelo acusado, inclusive deixou de assistir a vários dias de aula, faltando à escola para com ele encontrar-se, dirigindo-se, muitas vezes, para a residência do acusado.

Com certeza, pode-se afirmar que a vítima procurava o acusado para com ele manter um relacionamento íntimo, amoroso, considerado normal entre um casal de namorados.

Outrossim, evidenciou-se uma harmonia, uma conformidade entre os depoimentos da vítima e do acusado, tendo este último relatado, de maneira clara e precisa, o relacionamento de namoro que persistiu entre ele e a vítima.

Em seu interrogatório, o réu C. S. C., respondeu (fls. 67/68):

“VII – que o interrogando esclarece que o interrogando foi vizinho da vítima, S. da C., por aproximadamente três meses, sendo que moravam próximos, todos moradores da Rua Pinheiro, Bairro Itoupava Central, nesta Cidade; que o interrogando manteve um relacionamento de namoro de três a quatro meses; que a partir do namo-

ro, o interrogando começou a freqüentar a casa da vítima; (...); que a vítima, também freqüentava a casa do interrogando, (...); que efetivamente manteve relações sexuais com a vítima, o que se dava esporadicamente, o que ocorreu em todo o período de namoro; (...); que segundo o interrogando, apenas manteve relações sexuais 'normais', isto é, cópula vagínica, não praticando qualquer outro ato libidinoso diverso; que segundo o interrogando, a vítima consentia que com ele mantivesse relações sexuais, sendo que não a forçava ao congresso carnal; que segundo o interrogando, antes do mesmo dar início ao relacionamento de namoro com a vítima, esta já teria mantido relações sexuais, com dois vizinhos da mesma, G. e A.; (...); que foi o interrogando o autor dos documentos encartados aos autos, de fls. 22 *usque* 33; que a partir dos documentos de fl. 30 é que o interrogando veio a redigir os demais, antes já referidos acostados aos autos; que segundo o interrogando, a vítima S. também remetia cartas para o mesmo, sendo que continha o mesmo teor das enviadas pelo interrogando à S.”.

O apelante aduziu ter existido o consentimento da vítima quando da prática sexual, bem como o fato de que, anteriormente, esta já havia-se relacionado sexualmente com outros dois indivíduos, confirmando, portanto, a narração feita pela menor em seu depoimento.

Presencia-se uma hipótese de atividade sexual consentida, espontânea, ainda que precoce. Entretanto, atualmente tal fenômeno tem ocorrido com maior freqüência.

Vale ressaltar ainda que, para a configuração do delito de estupro, um outro elemento é necessário, a violência. Esta não restou demonstrada, inexistindo qualquer tipo de violência (física ou moral) grave, exercida de modo a impossibilitar a resistência da vítima.

Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial:

“É indispensável para a caracterização do estupro que tenha havido constrangimento da mulher mediante violência ou grave ameaça. Exige-se que a vítima se oponha com veemência ao ato sexual, resistindo com toda sua força e energia, em dissenso sincero e positivo” (RT 533/326).

Constatou-se que a vítima possuía experiência sexual, posto que há muito não era mais virgem, e, embora não parecesse ter vida desregrada ou formação distorcida, já que afirmou que antes dos fatos tinha-se relacionado sexualmente apenas com dois outros jovens, evidente que tinha pleno conhecimento e discernimento sobre o sexo, não transparecendo qualquer tipo de traumatismo psicológico advindo desse relacionamento.

Finalmente, da lavra do Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal, Francisco Rezek, quando do julgamento do *Habeas Corpus* n. 73.662-9/MG, extraem-se as seguintes ponderações, *in verbis*:

“O que me leva, embora muito consternado, a acompanhar o voto do Ministro relator, concedendo a ordem de *habeas corpus*, é a convicção de que não concedê-la significa proferir, no Supremo Tribunal Federal, uma tese jurídica de extremo risco: a de que a máquina judiciária está dispensada

de raciocinar quando a pura e simples consideração da idade das partes transforma o sexo consentido em estupro. Proclamássemos essa tese e o resultado seria, eventualmente, classificar como crime hediondo aquela situação em que uma jovem às vésperas de completar 14 anos, mas com pleno desenvolvimento físico e vida sentimental precoce, decide iniciar sexualmente um jovem que acaba de completar 18 anos, de quem gosta e cuja timidez de algum modo a comove. Essa situação, não tão rara, seria entretanto, pelos defeitos da nossa ordem jurídica, classificada como estupro, vítima a moça, *criminoso hediondo* o rapaz.

“Falta em nossa lei penal uma figura mais flexível e abrangente, que enquadrasse condutas reprováveis como o assédio sexual (sobretudo no ambiente de trabalho), e as várias for-

mas de abuso resultante da falta de escrúpulos, como o envolvimento consentido com menor de 14 anos; condutas que não têm, contudo, a gravidade do estupro, nem se ajustam ao molde legal da sedução e da corrupção de menor”.

Dessa forma, não poderia permanecer a sentença condenatória proferida contra o apelante, pois, apesar de reprovável sua conduta, esta não está subsumida a qualquer figura penal. Não restou devidamente caracterizado o crime em questão.

Por essas razões, votei pelo conhecimento e provimento do recurso interposto, para absolver o apelante, com base no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

É o meu voto!

Sérgio Roberto Baasch Luz

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.013454-1, DE PORTO UNIÃO

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Roubo qualificado. Versão da vítima. Prova inquinada de insuficiente para sustentar a condenação. Declarações firmes e coerentes, que encontram ressonância no conjunto probatório. Alegação improcedente.

“Tendo o ilícito acontecido às escondidas e à revelia de testemunhas, figurando como protagonistas do fato apenas o agente e a pessoa ofendida, reveste-se de especial valor probatório a palavra da vítima, que deve prevalecer sobre a do réu, quando firme e amparada pelos demais elementos coligidos” (Ap. Crim. n. 33.157, da comarca da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli), pois, “‘relatando o proceder de desconhecidos, nenhum interesse teria em incriminar eventuais inocentes’ (TACrimSP, AC, rel. Lourenço Filho, j. 5/6/1996, RJTACrim 32/280)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior,

José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 2.620).

Aspirada absolvição. Impossibilidade. Confissões dos réus corroboradas pelos demais elementos constantes dos autos. Res furtiva apreendida em seu poder. Autoria e materialidade amplamente comprovadas.

Se os réus admitem haver praticado o delito e as confissões harmonizam-se com os demais elementos de convicção constantes dos autos, torna-se impossível o acolhimento das pretensões absolutórias deduzidas nos apelos.

Embriaguez. Fator que não exclui a imputabilidade quando não decorrente de caso fortuito ou força maior, ex vi do art. 28 do Código Penal. Pretensão repelida.

“Não há exclusão de imputabilidade se o delito é cometido sob efeito de embriaguez voluntária e não em decorrência de caso fortuito ou força maior” (RT 773/691).

Coação irresistível. Art. 22 do Código Penal. Circunstância que não encontra respaldo nos autos. Agentes que admitem haver concorrido voluntariamente para o ilícito penal. Argumento repelido.

“Inadmissível o reconhecimento da excludente de coação irresistível quando não comprovada em todos os seus requisitos, máxime tendo o agente participação ativa e independente na execução do crime” (TACrimSP, AC, rel. Haroldo Luz, RJD 11/144)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1: parte geral, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 355).

Pretendida desclassificação para furto. Impossibilidade. Subtração praticada mediante violência e grave ameaça. Art. 157 do Código Penal. Emprego de arma por apenas um dos acusados. Irrelevância. Circunstância objetiva, que na hipótese de concurso de agentes, estende-se a todos os co-réus. Recursos desprovidos.

Comete roubo e não furto aquele que, mediante violência ou grave ameaça, subtrai objetos da residência da vítima, sendo irrelevante o fato de apenas um dos co-réus portar arma, eis que, em se tratando de circunstância objetiva, comunica-se a todos os partícipes do evento delituoso.

Pena. Dosimetria. Causas especiais de aumento. Art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP. Majoração em 3/8, atentando-se para o critério progressivo. Adequação de ofício.

A jurisprudência predominante consagrou o entendimento consoante o qual a pena a ser infligida pelo cometimento do crime de roubo duplamente qualificado deve ser majorada em 3/8.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.013454-1, da comarca de Porto União (1ª Vara), em que são apelantes Alaércio Pereira da Silva, Wilson Melo de Araújo, Francisco Ribeiro dos Santos e Eduardo Pereira da Silva, apelada a Justiça, por seu Promotor, e interessado Vanderlei da Maia:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, negar provimento aos recursos, e, de ofício, adequar as reprimendas.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Porto União (1ª Vara), Alaércio Pereira da Silva, Wilson Melo de Araújo, Francisco Ribeiro dos Santos, Eduardo Pereira da Silva e Vanderlei da Maia foram denunciados como incurso nas sanções do art. 157, § 2º, incisos I e II, c/c art. 29, ambos do Código Penal, em razão dos fatos assim descritos:

“Em data de 23 de janeiro, por volta das 22h, os denunciados Alaércio Pereira da Silva, Wilson Melo de Araújo, Eduardo Pereira da Silva, Francisco Ribeiro dos Santos e Vanderlei da Maia, acima qualificados, em

comunhão de esforços e vontades, se dirigiram até a residência da vítima Mário Litwinski, localizada no Alegro — nesta cidade e comarca de Porto União/SC e, após se apresentarem como policiais, induziram a vítima a abrir a porta, momento no qual invadiram sua residência.

“Ato contínuo, o denunciado Vanderlei da Maia, sacou de uma faca e investiu contra a vítima ao tempo em que os outros denunciados lhe solicitaram dinheiro, tendo a vítima entregue aos mesmos apenas a quantia de R\$ 10,00 que possuía em sua carteira. Em seguida, os denunciados revis-taram a residência e subtraíram uma espingarda de pressão, constante no auto de fl. 25.

“Não satisfeitos, após saírem da residência, utilizando-se de uma cortadeira, fizeram uma valeta pela qual esvaziaram um tanque de peixes da propriedade, de onde subtraíram 80kg (oitenta quilos) de peixes, tipo ‘carpa’, causando à vítima um prejuízo de R\$ 320,00 (trezentos e vinte reais), conforme auto de avaliação de fl. 26” (fls. 2/3)

O MM. Juiz de Direito suspendeu o processo e o curso do prazo prescricional, à luz do art. 366 do Código de Processo Penal, em relação ao réu Vanderlei da Maia, eis que, citado por edital (fls. 54 e verso), não compareceu em Juízo para ser interrogado, nem constituiu advogado, tendo sido decretada a sua revelia (fl. 85).

Os outros réus foram interrogados (fls. 67/68, 69/70, 71/72 e 73/74) e apresentaram defesa prévia (fls. 76/77, 78/79, 80/81 e 82/83). Na seqüência, foram inquiridas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa (fls. 92/94), intimando-se, após, as partes para os fins a que alude o art. 499 do Código de Processo Penal (fl. 91).

Apresentadas as derradeiras alegações (fls. 100/106 e 107/111), sobreveio a sentença, por meio da qual o Dr. Juiz de Direito condenou os réus às penas de 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão, para cujo cumprimento estabeleceu o regime semi-aberto, e 25 (vinte e cinco) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por infração ao delito capitulado no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal.

Irresignados, os réus apelaram pretendendo a absolvição, ao argumento de que a prova produzida não seria suficiente para sustentar a condenação, visto que, à míngua de testemunhas oculares, limita-se às declarações da vítima.

Sustentam que estavam embriagados e que somente praticaram o crime em face da coação sofrida do denunciado Vanderlei, o qual, além de

ter sido o idealizador do roubo, estava armado.

Alternativamente, postulam a desclassificação do crime para furto, e, como corolário, a aplicação do princípio da insignificância, tendo em vista o baixo valor da *res furtiva*.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Paulo Antônio Günther, pelo conhecimento e desprovemento dos recursos.

É o relatório.

Revela-se inadmissível a pretendida absolvição, em face da contundente prova, quer da materialidade — demonstrada por meio do termo de apreensão (fl. 28) e do boletim de ocorrência (fl. 27) —, quer da autoria do delito — que emerge do auto de prisão em flagrante (fls. 6/20), das confissões dos réus, tanto à autoridade policial (fls. 9/20) quanto ao MM. Juiz *a quo* (fls. 67/68, 69/70, 71/72 e 73/74), sufragadas pelos depoimentos dos policiais que promoveram a diligência (fls. 6/7 e 93/94), bem como pelas declarações da vítima (fls. 8/9 e 92).

Com efeito, nas fases investigatória e judicial, a vítima relatou que, no dia dos fatos, vários homens bateram em sua porta, invocando a condição de policiais, sendo que, ao abri-la, invadiram a residência. Enquanto um dos acusados o ameaçava com uma adaga, os outros reviraram a casa em busca de objetos para roubarem, tendo logrado em encontrar uma espingarda de pressão, uma espingarda calibre 36, um cinturão de cartucho calibre 36, algumas ferramentas e R\$ 10,00 (dez reais). Na seqüência, fo-

ram até a parte exterior da propriedade, onde estouraram o tanque de peixes, mataram algumas galinhas e fugiram levando a *res furtiva* (fls. 8/9 e 92).

Ora, é cediço que, nos crimes contra o patrimônio, as declarações prestadas pela vítima possuem especial relevância, no rumo da pacífica jurisprudência pátria:

“Tendo o ilícito acontecido às escondidas e à revelia de testemunhas, figurando como protagonistas do fato apenas o agente e a pessoa ofendida, reveste-se de especial valor probatório a palavra da vítima, que deve prevalecer sobre a do réu, quando firme e amparada pelos demais elementos coligidos” (Ap. Crim. n. 33.157, da comarca da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli), pois, “relatando o proceder de desconhecidos, nenhum interesse teria em incriminar eventuais inocentes’ (TACrimSP, AC, rel. Lourenço Filho, j. 5/6/1996, RJTACrim 32/280)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2: parte especial, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 2.620).

Ademais, em que pese a existência de algumas divergências nos depoimentos dos acusados, todos confessaram perante a autoridade policial (fls. 10/11, 15, 17, 19) e em Juízo (fls. 67/74) a participação no ilícito penal, sendo, destarte, patente a manutenção do *decisum*.

Com efeito, entre os requisitos intrínsecos apontados pela doutrina

para reputar-se válida a confissão, arrola Julio Fabbrini Mirabete, “a *verossimilhança*, ou a probabilidade de o fato ter ocorrido como confessado; a *certeza*, ou a ciência advinda da evidência dos sentidos por parte do julgador; a *clareza*, a circunstância de que está despida de obscuridades, ambigüidades, não apresentando fatos inexplicáveis; a *persistência*, ou seja, a repetição; e a *coincidência* com os demais elementos probatórios e circunstâncias do fato” (Processo Penal, 10ª ed. rev. e atual., São Paulo, Atlas, 2000, pág. 287), especificando os formais nesses termos: “ser *pessoal*, não se admitindo a produção por mandatário ou defensor; ser *expressa*, e logo reduzida a termo ou auto; ser feita perante o *juiz competente*; ser *livre e espontânea*, ou seja, sem coação ou erro; ter o confidente *saúde mental*” (*idem*).

Note-se que as confissões dos apelantes atenderam a todas as exigências *supra*, de modo que se presume isentas dos vícios de vontade e inteligibilidade, ostentando, como corolário, valor absoluto, especialmente porque corroboradas pelos demais elementos de persuasão contidos nos autos.

Se não bastasse, parte dos objetos furtados foram apreendidos em poder dos acusados, indício que, de per si, seria suficiente para alicerçar o veredicto, máxime porque os crimes contra o patrimônio são cometidos, não raro, na clandestinidade, constituindo, em razão disso, indicativo seguro da autoria a apreensão dos bens em poder daquele que os detém sem justificação plausível.

De outra banda, não merece guardada o argumento de que os acusa-

dos estavam embriagados no momento da execução do crime, visto que a embriaguez, voluntária ou culposa, pelo álcool ou substâncias de efeitos análogos, não exclui a imputabilidade penal, *ex vi* do art. 28, II, do Código Penal. Ora, a embriaguez voluntária ocorre quando o sujeito ingere substância alcoólica com intenção de embriagar-se, conquanto não queira cometer o delito; já a culposa, ocorre quando o agente não objetiva embriagar-se, porém, diante do excesso imprudente, tal circunstância vem a ocorrer.

Ao contrário, consoante o art. 28, §§ 1º e 2º, do Digesto Penal, somente a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, exclui a pena do agente. Todavia, sabe-se que a embriaguez proveniente de caso fortuito dá-se somente quando o agente desconhece o efeito inebriante da substância que ingere; enquanto a proveniente de força maior ocorre quando, por exemplo, o agente é obrigado a ingeri-la.

Na espécie, além de não se ter notícia do grau da alegada embriaguez dos acusados, decerto que não era proveniente de caso fortuito ou força maior, mas voluntária ou culposa. Ademais, ainda que os apelantes argumentassem em sentido contrário, não fizeram prova, como lhes incumbia a teor do art. 156 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido, já se decidiu:

“Não há exclusão de imputabilidade se o delito é cometido sob efeito de embriaguez voluntária e não em decorrência de caso fortuito ou força maior” (RT 773/691).

Também não procede o argumento de que praticaram o crime em

face de coação sofrida do co-denunciado Vanderlei, eis que a particularidade não foi invocada pelos réus na oportunidade de seus interrogatórios, os quais afirmaram tão-somente que aquele idealizou o delito, ao qual aderiram voluntariamente (fls. 67/74).

Outrossim, mostra-se inacreditável que apenas o co-réu Vanderlei conseguisse sozinho — ainda que estivesse empunhando uma faca — coagir os quatro apelantes a cometerem a infração, notadamente porque o art. 22 do Código Penal prescreve que somente a coação “irresistível” exclui a culpabilidade.

Ademais é “inadmissível o reconhecimento da excludente de coação irresistível quando não comprovada em todos os seus requisitos, máxime tendo o agente participação ativa e independente na execução do crime” (TACrimSP, AC, rel. Haroldo Luz, RJD 11/144)” (Franco, Alberto Silva; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar; Guastini, Vicente Celso da Rocha, e Ninno, Wilson, Código penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1: parte geral, 7ª ed. rev., atual. e ampl., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2001, pág. 355).

Igualmente, não pode ser atendida a pleiteada desclassificação do delito para furto, eis que a subtração foi praticada mediante violência e grave ameaça — art. 157 do Código Penal (fls. 8/9, 67/74 e 92), afigurando-se irrelevante o detalhe de apenas o co-réu Vanderlei estar armado quando da execução do roubo, pois, em se tratando de circunstância objetiva, comunica-se a todos os partícipes do evento delituoso.

Por último, como a fixação da pena na terceira fase da dosimetria deve observar o critério progressivo, por força do qual o acréscimo variará, conforme o número de causas de aumento, entre o mínimo de 1/3 (um terço) e o máximo de 1/2 (um meio), a presença de duas delas importará na majoração em 3/8, na trilha da orientação jurisprudencial predominante (*vide* RJTACrim 36/304).

Diante disso, atendendo às circunstâncias do art. 59 do Código Penal, mantém-se as penas-base fixadas na sentença em 4 (quatro) anos de reclusão. Na segunda fase, procede-se à compensação da agravante correspondente à condição de idoso da vítima (art. 61, inciso II, alínea *h*, CP) com a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, alínea *d*, CP), confirmando-se, por isso, a quantificação anterior.

Na terceira etapa, havendo duas causas de aumento — concurso de agentes e emprego de arma —, acres-

ce-se-a de 3/8 (três oitavos) — equivalentes a 1 (um) ano e 6 (seis) meses —, tornando-a definitiva em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, permanecendo inalterada a pena pecuniária arbitrada em 25 (vinte e cinco) dias-multa, cada qual à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ante o exposto, negou-se provimento aos recursos e, de ofício, promoveu-se a adequação das reprimendas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 5 de novembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.019637-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

Relator: Des. Sérgio Paladino

Apelação criminal. Interceptação telefônica. Inocorrência. Policial que atende ao celular apreendido em poder do réu. Inexigibilidade de autorização judicial. Prova válida.

O fato de policial atender ao celular apreendido em poder do réu não caracteriza interceptação telefônica, que, em sentido amplo, significa “a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles” (Grinover, Ada Pellegrini; Fernandes; Antonio Scarance e Gomes Filho, Antonio Magalhães, As nulidades no processo penal, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 174),

não se subsumindo, por isso, às prescrições da Lei n. 9.296/96, configurando, sobretudo, procedimento investigatório escorregado, que não se desenvolveu às escondidas e conferiu primazia ao interesse público, em detrimento do direito individual à intimidade.

Busca domiciliar. Tráfico ilícito de entorpecentes. Crime permanente. Desnecessidade de mandado judicial. Prova válida.

“Em tema de comércio clandestino de entorpecentes, tratando-se de crime permanente, inexistente ilegalidade na busca e apreensão em residência ou veículo, ainda que não disponham os agentes de competente mandado” (TACrimSP, rel. Baptista Garcia, JUTACrimSP 40/21)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 959).

Inépcia da denúncia. Inocorrência. Preenchimento de todos os requisitos arrolados no art. 41 do CPP. Descrição circunstanciada dos fatos que, em tese, revela a prática de porte ilegal de arma.

“Não se pode imputar inepta a denúncia que contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas, preenchendo assim todos os requisitos do art. 41 do CPP” (STF, HC, j. 26/11/96, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa, DJU 21/2/97)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 1.030).

Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecentes. Art. 12 da Lei n. 6.368/76. Pretendida absolvição ou desclassificação para uso próprio. Autoria e materialidade comprovadas. Impossibilidade.

Prática a infração tipificada no art. 12 da Lei n. 6.368/76 a aquele que traz consigo ponderável quantidade de substância entorpecente.

Concurso material. Porte ilegal de arma. Art. 10 da Lei n. 9.437/97. Revólver apreendido na residência do réu. Ausência de registro ou autorização legal para uso. Conduta típica. Crime caracte-

rizado. Recurso desprovido.

“Configura o crime do artigo 10 da Lei n. 9.437/97 possuir em casa arma de fogo sem o respectivo registro” (Ap. Crim. n. 2000.000454-5, de Biguaçu, rel. Des. Amaral e Silva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.019637-7, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Moacir Sebastião Pereira e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Balneário Camboriú, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Moacir Sebastião Pereira e Fabiana Soares, considerando o primeiro incurso nas sanções do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.347/97, bem como nas do art. 12, *caput*, combinado com o art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/76; imputando à segunda apenas a prática deste último delito, narrando assim os fatos, *ipsis verbis*:

“No dia 2 de abril do ano de 2001, por volta das 4 horas, policiais militares receberam, via Copom, notícias de que um casal se encontrava brigando no interior do veículo Opala, de placa LZQ 3088, nas imediações da Rua 3.146, nesta cidade, ocasionando perturbação do sossego alheio.

“Chegando ao local, verificaram que o veículo não mais se encontrava, razão pela qual empreenderam diligências quanto à sua localização. Assim é que às 4h45min, nas proximidades da Rua 3.148, em frente ao n. 430, nesta, o veículo restou localizado

e abordado pelos milicianos, estando ambos os denunciados em seu interior.

“Dando prosseguimento à abordagem, os policiais militares realizaram uma revista no veículo, tendo encontrado, no interior de um porta CDs, duas porções da substância entorpecente cocaína (=petecas), pesando aproximadamente 1g (um grama) cada, envoltas individualmente por um plástico preto, sendo por conseqüência encaminhados os denunciados à Delegacia de Polícia, para melhor investigação dos fatos.

“Em lá chegando, após uma revista pessoal, logrou-se encontrar em poder do denunciado Moacir, ocultas em sua cueca, outras 24 (vinte e quatro) porções da substância entorpecente cocaína (=petecas), embaladas individualmente, cada qual com 1 grama, também este estupefaciente envolto em um plástico preto.

“Foram apreendidas também em poder do denunciado as quantias de R\$ 289,00 (duzentos e oitenta e nove reais) em papel moeda, U\$ 2,00 (dois dólares) e três folhas de cheques de ns. 524768, 52404 e 524809, conta corrente n. 07795-2, do Banco Itaú, agência de Blumenau/SC, a bem demonstrar a narcotraficância empreendida.

“Evidenciou-se assim, dada a quantidade, qualidade e envasamento da droga, além da pecúnia *supra*, que se destinava a cocaína à *mercancia*,

guardando-a os denunciados consigo, com o fito de *alienação*.

“Como se não bastasse, ainda na Delegacia de Polícia, a denunciada Fabiana começou a receber diversas chamadas em seu telefone, um aparelho celular Ericsson, modelo KF788, registrado com o n. 99526481, momento em que o policial civil Vinicius Wilton da Silva, ao atender, fez-se passar por amigo da acusada, ocasião em que os interlocutores se apresentaram como usuários, encomendando estes o fornecimento de entorpecente. Constatou-se, assim, que o referido telefone era utilizado como contato para a venda de drogas, o que bem demonstra a adesão da denunciada ao ideal delitivo do acusado Moacir.

“Pondo termo à diligência, policiais civis encaminharam-se à residência do denunciado, localizada na Rua Agrolândia, n. 170, Bairro dos Municípios, nesta, onde apreenderam um revólver *marca Rossi*, calibre 38, série n. D872958, municiado de 5 (cinco) cartuchos intactos; um *telefone celular Ericsson*, modelo DH668, registrado com o n. 99978585, *produto de furto*; e uma *balança marca diet escale*, tamanho pequeno, petrecho típico dos traficantes, que a utilizam para a pesagem da droga.

“Cabe destacar que o denunciado Moacir tinha sob sua propriedade e guarda uma arma de fogo, qual seja, o revólver Rossi 38 *supra*, sem que gozasse ele da competente autorização administrativa para tal mister, tampouco possuindo o convencional título aquisitivo, como exigido pela legislação de regência.

“Em assim sendo, os denunciados mantinham consigo ponderável

quantidade de cocaína, destinada à alienação do universo de dependentes, agindo ambos em associação delitiva, sendo certo que a cocaína é capaz de causar dependência física e/ou psíquica aos seus usuários” (fls. 2/3).

Interrogados os réus (fls. 56/58 e 59/61), ambos apresentaram, conjuntamente, defesa prévia (fls. 71/78).

Na seqüência, foram inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 91/98) e três das indicadas pelos réus (fls. 99/101), registrando-se a desistência do procurador quanto à remanescente.

Deferida a realização de exame de dependência toxicológica no acusado Moacir (fl. 102) — autuado em apenso —, o Dr. Juiz de Direito suspendeu o processo e concedeu liberdade provisória a Fabiana (fl. 103).

Retomada a marcha processual, vieram aos autos os laudos periciais referentes à arma de fogo (fls. 110/115) e à substância entorpecente apreendidas durante o flagrante (fls. 123/126).

Os antecedentes criminais dos réus, requeridos por intermédio de carta precatória, foram acostados às fls. 127/128.

Ofertadas as alegações finais, por memoriais e na ordem legal (fls. 142/154 e 156/164), o Dr. Juiz de Direito proferiu sentença, absolvendo Fabiana Soares da imputação que lhe assacou a denúncia, e condenando Moacir Sebastião Pereira ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime integralmente fechado, e 50 (cinquenta) dias-multa — cada um equivalente ao valor mínimo previsto no art. 38, § 1º, da Lei n. 6.368/76 —, pelo delito tipifi-

cado no art. 12, *caput*, do apontado diploma, e 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, em regime semi-aberto, e 30 (trinta) dias-multa — cada unidade à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do crime —, por infração ao art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

Inconformado com o veredicto, apelou o condenado, suscitando, preliminarmente, a nulidade da interceptação telefônica que alega haver ocorrido durante a lavratura do auto de prisão em flagrante, bem como da busca domiciliar, diligências realizadas à revelia das prescrições legais. Ainda à guisa de prefacial, argúi a inépcia da denúncia, porquanto, no tocante ao crime de porte ilegal de arma, o Promotor de Justiça deixou de indicar em qual das modalidades previstas na norma incriminadora enquadrar-se-ia a sua conduta.

Relativamente ao mérito, pleiteou a absolvição, ao argumento de que inexistem provas suficientes para alicerçar o decreto condenatório, afirmando que as evidências demonstram estar configurado, no máximo, o delito de uso (art. 16 da Lei n. 6.368/76), não o de tráfico ilícito de entorpecentes, requerendo, por isso, e alternativamente, a respectiva desclassificação. No que concerne ao porte ilegal de armas, sustenta a atipicidade da sua conduta, haja vista não existir comprovação nos autos de que pretendesse lesionar qualquer dos bens protegidos pela ordem jurídica, não havendo a circunstância de manter uma arma em casa provocado situação de perigo que justificasse a intervenção do poder público.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Corte.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Preliminarmente, destaque-se que o fato do policial ter atendido ao celular apreendido em poder do réu durante o flagrante não caracteriza interceptação telefônica, não se subsumindo, por isso, às prescrições da Lei n. 9.296/96, não padecendo a prova assim obtida de qualquer eiva.

Lenio Luiz Streck define interceptação telefônica como “a intervenção de terceiro, que grava a conversa que duas pessoas mantêm telefonicamente, informaticamente ou, ainda, telematicamente, consoante o alcance do art. 1º e seu parágrafo único” (As Interceptações Telefônicas e os Direitos Fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a Lei n. 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997, pág. 87).

Ada Pellegrini Grinover, Antônio Scarance Fernandes e Antônio Magalhães Gomes Filho, por sua vez, explicam:

“Entende-se por interceptação a captação da conversa por um terceiro, sem o conhecimento dos interlocutores ou com o conhecimento de um só deles. Se o meio utilizado for o ‘grampeamento’ do telefone, tem-se a interceptação telefônica; se se tratar de captação de conversa por um gravador, colocado por terceiro, tem-se a interceptação entre presentes, também chamada de interceptação am-

biental” (As nulidades no processo penal, 7ª ed., rev. e atual., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 174).

Adiante, gizam estes últimos autores:

“O que importa salientar, dado o diverso tratamento jurídico conferido às interceptações (telefônicas ou ambientais), é que a configuração destas exige sempre a intervenção de um terceiro (a *terzietà* dos italianos), ocorrendo a escuta e/ou gravação enquanto a conversa se desenvolve: até porque, etimologicamente (de *inter capio*), interceptar quer dizer colher durante a passagem a conversa de outros” (obra citada, pág. 175).

Idêntico entendimento é compartilhado por Damásio E. de Jesus, o qual explicita que “na interceptação telefônica há três protagonistas: dois interlocutores e o interceptador, que capta a conversação sem consentimento daqueles” (RT 735/460).

Diante disso, percebe-se claramente que a conduta do policial Vinicius Wilton da Silva não se amolda ao conceito de interceptação de conversa telefônica, configurando, outrossim, procedimento policial escorreito, que não se desenvolveu às escondidas e conferiu primazia ao interesse público, em detrimento do direito individual à intimidade invocado pelo réu.

A respeito da prevalência dos interesses relacionados à administração da justiça, José Carlos Barbosa Moreira, citado por Damásio E. de Jesus, profere lição digna de referência, *verbis*:

“Deve atuar aqui, todavia, como alhures, o princípio de que os meios se proporcionam de modo necessário aos fins colimados. O direito

à preservação da intimidade sujeita-se ao sacrifício na medida em que a sua proteção seja incompatível com a realização dos objetivos que se têm primariamente em vista. Nessa medida, o ordenamento o tolera ou mesmo o impõe; além dela, não. Cumpre observar um critério de proporcionalidade, com o auxílio do qual se possa estabelecer adequado ‘sistema de limites’ à atuação das normas suscetíveis de pôr em xeque a integridade da esfera íntima de alguém, participante ou não do processo’ (Processo civil e direito à preservação da intimidade, in Temas de direito processual, São Paulo, 1980, 2ª série, págs. 9/10; Direito aplicado cit., pág. 170)” (RT 735/459).

Nesse mesmo sentido, Luiz Francisco Torquato Avolio assevera:

“No concerto das liberdades públicas há de se ter presente uma harmonia global, que impeça o exercício de uma delas em detrimento das liberdades alheias ou da ordem pública” (Provas ilícitas: interceptações telefônicas e gravações clandestinas, atualizada em face da Lei n. 9.296/96 e da jurisprudência, 2ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 1999, pág. 20).

Em face dessas razões, considerando-se idôneo o meio utilizado pelo policial para desvelar as reais atividades desenvolvidas pelo apelante, reputa-se plenamente válida a prova assim obtida.

Esta Câmara já decidiu hipótese semelhante, constando do acórdão da lavra do eminente Des. Maurílio Moreira Leite:

“Assim, de nenhuma pertinência a alegada nulidade, haja vista não se tratar de prova obtida por meio ilícito

to. As decisões apontadas dizem respeito às provas produzidas a partir de interceptações telefônicas sem autorização judicial, o que efetivamente nulifica o conjunto probatório. Todavia, não é o caso dos autos, onde ocorreu ‘mero procedimento policial de atender a chamado telefônico recebido por pessoa detida por suspeita de prática de crime de tráfico de drogas, feito à frente e com o pleno conhecimento dela, não havendo, assim, procedimento sub-repitição ou imoral que justifique invocar a nulidade da prova apurada nos autos’ – fl. 115” (Ap. Crim. n. 2001.013475-6, de Balneário Camboriú).

De outro vértice, como o tráfico de drogas é delito permanente, tampouco padece de nulidade a busca domiciliar, a despeito de haver sido realizada sem autorização judicial, pois, consoante a orientação jurisprudencial predominante, “em tema de comércio clandestino de entorpecentes, tratando-se de crime permanente, inexistente ilegalidade na busca e apreensão em residência ou veículo, ainda que não disponham os agentes de competente mandado’ (TACrimSP, rel. Baptista Garcia, JUTACrimSP 40/21)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 959).

Outrossim, a argüição de inépcia da denúncia carece de sustentação, porquanto, diversamente do alegado, referida peça contém todos os requisitos enumerados no art. 41 do Código de Processo Penal. Com efei-

to, a narrativa circunstanciada dos fatos elaborada pelo Promotor de Justiça descreve, em tese, a prática de porte ilegal de arma, na modalidade de “propriedade e guarda” (fl. 3), permitindo o exercício do direito à ampla defesa do acusado.

Nesse rumo, proclamou o Supremo Tribunal Federal:

“Não se pode imputar inepta a denúncia que contém a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, a classificação do crime e o rol das testemunhas, preenchendo assim todos os requisitos do art. 41 do CPP” (STF, HC, j. 26/11/96, 2ª T., rel. Min. Maurício Corrêa – DJU 21/2/97)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 1.030)

De resto, não procede a pretensão absolutória deduzida pelo apelante no tocante ao delito de tráfico, tendo em vista que os autos desvelam, de forma cristalina, tanto a materialidade — comprovada pelo boletim de ocorrência (fl. 22), termo de exibição e apreensão da droga (fl. 24), laudo de constatação (fl. 26) e definitivo (fls. 123/126) —, quanto a autoria da aludida infração — evidenciada principalmente pela prova testemunhal produzida a requerimento do representante do Ministério Público, a qual demonstra, à saciedade, que na data constante da denúncia, o réu foi surpreendido na posse de 19,53g (dezenove gra-

mas e cinqüenta e três decigramas) de cocaína, devidamente acondicionada em vinte e seis “petecas”, duas das quais encontradas no automóvel do apelante, e as demais sob suas vestes (fls. 91, 92, 95/96 e 97/98).

Nem se diga que esses elementos de convicção, consistentes em depoimentos prestados por policiais que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente, não se prestam para alicerçar a condenação, em virtude da condição funcional que ostentam.

A propósito, pontificou o Supremo Tribunal Federal:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais — especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório — reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal.

“O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar — tal como ocorre com as demais testemunhas — que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC n. 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU 18/10/96, pág. 39.846)

Não bastasse a quantidade e a forma como estava embalada a substância apreendida para evidenciar o exercício do comércio ilícito pelo acusado — 19,53g (dezenove gramas e cinqüenta e três decigramas) divididos em 26 (vinte e seis) pacotinhos de

plástico preto —, evidencia-se como prova da traficância o fato de o policial Vinicius Wilton da Silva, ao atender o telefone celular pertencente ao réu, ouvir do interlocutor que a razão do telefonema era a aquisição de cocaína (fls. 11 e 95/96).

Registre-se, por fim, que a posse do estupefaciente foi admitida pelo réu em seu interrogatório (fls. 59/61), embora tenha negado que se destinasse à venda, afirmando-se usuário. Contudo, como o exame toxicológico concluiu tratar-se de dependente em grau leve (fls. 8/10 dos autos em apenso), não persuade o argumento de que consumia em torno de dez papétes diariamente (fl. 13).

Em face da harmonia do conjunto probatório, que converge no sentido da responsabilidade penal plena do acusado pelo delito de tráfico de drogas, inviabiliza-se a aplicação do brocardo *in dubio pro reo*.

Tampouco merece acolhimento a pretendida desclassificação para o crime de uso de entorpecentes, porque a grande quantidade da droga e a forma como estava acondicionada indicam que se destinava ao comércio.

Ressalte-se, outrossim, que a particularidade do apelante não ter sido flagrado negociando a droga não descaracteriza o delito de tráfico, pois “trazer consigo” configura uma das condutas descritas no *caput* do art. 12 da Lei n. 6.368/76.

Assinala Aluizio Bezerra Filho ao dissecar as diversas manifestações de comportamento referidas na norma *supra*:

“*Omissis...*”

"j) *Trazer consigo* — constitui a conduta de transportar pessoalmente, quer nas mãos, vestes, maleta, carteira, pasta, pacote etc." [Lei de tóxicos anotada e interpretada pelos tribunais (doutrina, jurisprudência e processo penal), Curitiba, Juruá, 1999, pág. 49].

Em hipótese assemelhada, decidiu esta Corte:

"Incide nas sanções do art. 12 da Lei n. 6.368/76 não só quem vende, expõe à venda, oferece ou fornece, ainda que gratuitamente, mas, também, quem traz consigo substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica" (JC 22/543).

De outra banda, emerge dos autos que o acusado possuía arma de fogo, sem autorização e em desacordo com a lei, conduta que tipifica o delito de porte de arma, descrito no art. 10 da Lei n. 9.437/97, cuja materialidade avulta do termo de apreensão (fl. 25) — o qual atesta haver sido encontrado na casa do recorrente um revólver calibre 38 —, constituindo-se em provas da autoria a confissão judicial (fl. 61) e as declarações prestadas pelos policiais que realizaram a busca domiciliar, a qual resultou na apreensão da aludida arma (fls. 93/94 e 95/96).

Nem se diga que a particularidade da arma ter sido encontrada no interior da residência do réu descaracterizaria a infração, pois as condutas típicas descritas no preceito *supra* consistem em "possuir, deter, portar, fabricar, adquirir, vender, alugar, expor à venda ou fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda

e ocultar arma de fogo, de uso permitido, sem a autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar".

A respeito, proclamou esta Corte que "configura o crime do artigo 10 da Lei n. 9.437/97 possuir em casa arma de fogo sem o respectivo registro" (Ap. Crim. n. 2000.000454-5, de Biguaçu, rel. Des. Amaral e Silva).

No mesmo sentido: Ap. Crim. n. 2000.022743-9, de Fraiburgo, rel. Des. Jorge Mussi.

Ante o exposto, negou-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva. Vencido em parte o Relator, que anulava *ab initio* a ação penal no tocante ao crime de porte ilegal de arma, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 29 de outubro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente e Relator, vencido em parte.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino:

Dissenti da douda maioria, por entender que impedia declarar a nulidade *ab initio* da ação penal, no concernente ao crime de porte ilegal de arma, porquanto a denúncia, ao lastrear a imputação em busca domiciliar realizada ao arrepio das prescrições legais, fundou-se em prova ilícita, circunstância que a maculou irremediavelmente.

Em hipótese assemelhada, a jurisprudência assentou:

“É nula a ação penal quando a denúncia vem embasada em provas obtidas por meio ilícito, ou seja, através de requisição do Ministério Público, sem a necessária autorização judicial, de informações que importam em quebra do sigilo bancário, que é uma garantia constitucionalmente prevista no art. 5º, X e LVI, da CF” (TFR 2ª Reg., rel. Ney Magno Valadares, RT 745/670)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, vol. 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 1.053).

No caso concreto, em que pese o fato de o apelante ter sido surpreendido com quantidade e qualidade de substância entorpecente idôneas para configurar o crime definido no art. 12, *caput*, da Lei n. 6.368/76, a autoridade policial decidiu, *ex officio*, determinar a realização de busca domiciliar, a qual foi executada em desconformidade com as regras inscritas nos arts. 241 e 245 do Código de Processo Penal.

Segundo as declarações prestadas pelos policiais que a executaram (fls. 93/94 e 95/96), bem como pelo Delegado que a ordenou (fls. 97/98), a diligência foi realizada sem mandado judicial, no período noturno, com arrombamento da porta de entrada, à revelia de testemunhas — apesar da ausência do seu proprietário — e, ao final, não se lavrou o auto circunstanciado referido na lei processual, não

obstante se tenha efetuado a apreensão de bens, dentre eles um revólver calibre 38, para cuja posse não apresentou o réu a autorização legal.

Percebe-se, assim, que essa prova, consubstanciando verdadeiro descaso às cautelas estabelecidas no Código de Processo Penal, padece de nulidade insanável, comprometendo também a denúncia que a adotou como único fundamento para imputar ao réu a prática do delito descrito no art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

A respeito da busca domiciliar e da necessária observância da forma prescrita na lei, proclamou a jurisprudência:

“Sendo a casa asilo inviolável de seu morador é absolutamente ilegal o procedimento de investigadores sem mandado e sem a presença de autoridade, invadindo o domicílio do cidadão, à noite, em desacordo com as prescrições dos arts. 241 e 245 do CPP a pretexto de ali apreender droga ou entorpecentes. A prova assim produzida em desrespeito à Lei não tem valor algum, sendo nula ou mesmo inexistente” (TACrimSP, Ap., rel. Geraldo Ferrari, JUTACrimSP 24/405)” (Franco, Alberto Silva; Mañas, Carlos Vico; Choukr, Fauzi Hassan; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Feltrin, Sebastião Oscar; Bicudo, Tatiana Viggiani, e Ninno, Wilson, Código de processo penal e sua interpretação jurisprudencial, volume 1, 1ª ed., 2ª tir., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2001, pág. 960).

“O Código de Processo Penal exige, para regularidade e validade da busca domiciliar, seja lavrado, uma vez finda a diligência, auto circunstanciado, e é indispensável seja ela as-

sistida por duas testemunhas, que, juntamente com os executores, subcrevam referido auto' (TJSP, rel. Alves Braga, RJTJSP 25/538)" (obra citada, pág. 959).

Diante disso, impunha-se a declaração de nulidade da ação penal inaugurada com base em prova obtida por meio ilícito, mas unicamente no

que tange ao crime de porte ilegal de arma, porquanto a ilegalidade da busca domiciliar não contaminou os demais termos do processo criminal, instaurado também para apurar a responsabilidade do apelante pelo delito de tráfico ilícito de entorpecentes.

Sérgio Paladino

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.020060-9, DE IBIRAMA

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Estupro. Direito de representação. Decadência com relação a três dos delitos.

Violência presumida. Ausência de violência ou grave ameaça. Vítima que não era totalmente desinformada em matéria de sexo, que trabalhava em estabelecimento conhecido como ponto de encontros amorosos. Presunção que, por ser relativa, desaparece diante da peculiaridade do fato. Absolvição com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Demonstrando a prova dos autos que a vítima de estupro, ainda que menor de catorze anos à época do fato, já demonstrava conhecimento acerca de sexo, com desenvolvimento mental além do normal para a idade, desaparece a presunção de violência constante do artigo 224, alínea a, do Código Penal e, em consequência, a tipicidade da conduta, pois inócua a violência real ante o consentimento às relações sexuais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.020060-9, da comarca de Ibirama, em que é apelante Ovaceli de Jesus Prestes e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e acatar a preliminar de decadência do direito de repre-

sentação com relação aos três primeiros delitos, e, por maioria de votos, absolver o réu quanto aos remanescentes, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Custas legais.

Na comarca de Ibirama, Ovaceli de Jesus Prestes foi denunciado pela prática do delito definido no artigo 213, combinado com os artigos 224,

alínea a, e 71 (cinco vezes), todos do Código Penal.

Relata a denúncia que “aproximadamente, em meados do mês de março de 1997, num sábado à tarde, por volta das 13 horas, quando a vítima Z. B., com 12 anos de idade (1º/7/84), dirigia-se para a doutrina em Presidente Getúlio, foi seguida pelo ora denunciado Ovaceli de Jesus Prestes, tendo o mesmo lhe oferecido uma carona em seu carro, dizendo que a deixaria no local da doutrina.

“Após entrar no veículo, o denunciado, ao invés de deixar a vítima no local combinado, a levou para uma gruta (ou pedreira) nos arredores daquele município, mesmo diante dos protestos da mesma.

“Chegando ao referido local, o denunciado Ovaceli, primeiramente, fez declarações de amor à vítima, para, em seguida, após deitar o banco do motorista, passar a agarrá-la e, segurando-a com força, tirar-lhe as vestes, além de também despir-se.

“Ato contínuo, fazendo uso de ameaças e promessas que mataria o pai da vítima, que é paraplégico, constrangeu a menor a com ele manter conjunção carnal (laudo pericial de fl. 5).

“Tal fato repetiu-se por diversas vezes no decorrer do ano de 1997 e início de 1998, até o fato chegar ao conhecimento da genitora da vítima.

“Usando do mesmo argumento, o denunciado Ovaceli de Jesus Prestes, poucos dias após, constrangeu a menor vítima a com ele manter congresso carnal, em sua própria casa, situada na Rua Niterói, n. 100, município de Presidente Getúlio, nesta Comarca.

“Um mês após, aproximadamente, o denunciado Ovaceli de Jesus Prestes levou a vítima à força e, diante do mesmo argumento que mataria seu pai paraplégico, a obrigou a com ele manter relações sexuais, em uma gruta localizada nos arredores do município de Dona Emma, nesta Comarca.

“No mês de março de 1998, em dia e hora a serem apurados no decorrer da instrução criminal, em uma pequena rua, onde há muito mato, situada nas proximidades do CTG de Presidente Getúlio, o denunciado Ovaceli de Jesus Prestes, novamente prometendo matar o pai paraplégico da vítima, a obrigou a manter relações sexuais consigo.

“No dia 24 de abril de 1998, em horário não precisado, novamente sob ameaça e promessa de que mataria o pai da pequena vítima, o denunciado Ovaceli de Jesus Prestes, a levou no Motel Lagos, em Ibirama, onde mais uma vez a obrigou a com ele manter relações sexuais” (fls. 2/4).

No momento procedimental pertinente, resultou condenado ao cumprimento de dez anos e oito meses de reclusão, em regime integralmente fechado, pelos fatos noticiados na denúncia.

Inconformado, recorreu, arguindo, em preliminar, decadência do direito de representação, pelo que restaria extinta a punibilidade do réu, bem como a nulidade no depoimento da vítima, porque prestado sem a presença de curador ou representante legal, ensejando “suspeição do tomador das declarações, inclusive em interpretar a forma de expressar-se da vítima, e mais o envolvimento emocional

de quem toma as declarações”. No mérito, busca a absolvição, porquanto não há falar, na hipótese, em presunção de inocência, quando o réu desconhece a verdadeira idade da vítima, que “tinha aparência de ser uma pessoa maior de idade na época dos fatos”. Também freqüentava o bar de seus pais, destinado a encontros amorosos, pelo que não era inexperiente em matéria de sexo. As relações, segundo alega, só ocorreram por duas vezes, e foram consentidas, sendo que, antes disso, já havia se relacionado com outros namorados. Finalmente, aponta a ocorrência de erro de tipo, pelo “fato de a vítima ter compleição física compatível com idade superior a 14 anos, aparentando ter mais de 18 anos”.

Em contra-razões, a representante do Ministério Público requereu a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Valdir Vieira, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do apelo.

É o relatório.

Razão, em parte, assiste à defesa no que diz respeito à decadência do direito de representação. Segundo esclareceu a representante, “que no ano passado, não lembrando o mês, alguns conhecidos da declarante vieram lhe contar que sua filha estava saindo com um *cara*; que a declarante então perguntou à Z. sobre o que haviam lhe contado, mas Z. negou; que dias após, a Diretora do colégio onde estudava Z. chamou a declarante e lá ficou sabendo que Z. estava faltando às aulas; que lá no colégio, a professora contou à declarante que Z. estava saindo com um rapaz que tinha um carro azul, sendo um SP2 e que, de

imediatamente, a declarante ficou sabendo que se tratava do soldado Prestes que estava saindo com sua filha; que a partir daí, a declarante procurou o Conselho Tutelar nesta Cidade e lá relatou os fatos à Conselheira Andréia, dizendo que Z. estava faltando às aulas e posteriormente comunicou que o policial Prestes estava perseguindo Z.; que, até então, a declarante não tinha conhecimento de que sua filha estaria sendo vítima do crime de estupro” (fls. 12/13 — grifado). Essas declarações foram prestadas em audiência realizada no mês de setembro de 1997, tendo em vista o contido no depoimento prestado por Marlete Hobus, representante do Conselho Tutelar, constante à fl. 15. Em decorrência, abrangidos pela decadência do direito de representação os relacionamentos sexuais ocorridos em abril de 1997 (gruta, Presidente Getúlio e casa do réu), maio de 1997 (gruta da cidade de Dona Emma), subsistindo os acontecidos em março de 1998 (rua do CTG) e abril de 1998 (motel de Ibirama). A exclusão das três conjunções carnavais terá influência na fixação da pena, se mantida a condenação com relação às duas remanescentes, pois admitida a continuidade delitiva com aumento de um terço.

Quanto à alegação de nulidade ante a ausência de curador na audiência de inquirição da vítima, que era menor à época dos fatos, razão não lhe assiste. A exigência dos artigos 15, 194 e 262 do Código de Processo Penal diz respeito exclusivamente ao réu menor, não se estendendo, em hipótese alguma, à vítima ou testemunhas. Ademais, no caso, quando a vítima foi inquirida, esteve presente o defensor do acusado, que inclusive

formulou perguntas (fls. 57/58), pelo que nenhuma irregularidade existiu. Ademais, a teor do artigo 202, do diploma citado, qualquer pessoa pode ser testemunha, inclusive os menores de vinte e um anos, sem a exigência da presença de curador. Assim, também se aplica a regra à vítima, cujo depoimento, nos crimes contra os costumes, assume relevante valor probatório. Leia-se: “Nos delitos de natureza sexual, a palavra da ofendida, dada a clandestinidade da infração, assume preponderante importância, por ser a principal se não a única prova de que dispõe a acusação para demonstrar a responsabilidade do acusado. Assim, se o relato dos fatos por vítima menor é seguro, coerente e harmônico com o conjunto dos autos, deve, sem dúvida, prevalecer sobre a tímida e isolada inadmissão de responsabilidade do réu” (TJSP, RT 671/305-6).

Analisadas as preliminares, segue-se à análise do mérito.

À fl. 9 consta o laudo pericial atestando rotura himenal. De fato, a materialidade restou incontestada, tendo o réu afirmado que manteve relações sexuais com a vítima, mas com o seu consentimento. E é essa a realidade que se extrai dos autos.

A menor Z., na fase indiciária, após dizer que manteve relações sexuais com o réu pela primeira vez sob ameaça de que este mataria seu pai, que é paraplégico, afirmou que “a declarante então dirigiu-se para casa, mas não contou nada à sua mãe; que, após uma semana, aproximadamente, a declarante novamente encontrou-se com Ovaceli no mesmo bar e lá o mesmo deixou um bilhete à decla-

rante, pedindo que a mesma não pegasse o ônibus até seu colégio e que a declarante deveria lhe esperar; que a declarante esperou Ovaceli e quando o mesmo chegou, a declarante embarcou em seu carro, tendo os dois se dirigido até a casa de Ovaceli; que, ao chegarem lá, não havia ninguém, tendo Ovaceli levado a declarante até o seu quarto; que já no quarto, Ovaceli mandou a declarante deitar sobre a cama onde novamente fez declarações de amor à declarante; que a declarante respondeu que também estava lhe gostando e novamente mantiveram relações sexuais, com a permissão da declarante; que após este fato, Ovaceli deixou a declarante no colégio; que passado um mês, aproximadamente, Ovaceli procurou a declarante no colégio, e, sob ameaça, fez com que a mesma entrasse novamente no carro; que dali do colégio, a declarante seguiu com Ovaceli até a gruta na cidade de Dona Emma e lá, com a permissão da declarante, mantiveram relações sexuais dentro do carro; que lá ficaram por umas três horas e Ovaceli posteriormente deixou a declarante no colégio onde a mesma estuda, em Dalbérgia; que alguns desses fatos, a declarante contou às suas colegas F. e J., que residem em Presidente Getúlio; que novamente, no mês de março do corrente, a declarante saiu com Ovaceli, indo até o CTG de Presidente Getúlio, onde tinha uma pequena rua, com muito mato e lá mantiveram relações sexuais dentro do carro; que, na sexta-feira, dia 24 de abril, a declarante novamente encontrou-se com Ovaceli na entrada do colégio onde estuda a declarante e esta foi com ele até o Motel Lagos, em Ibirama, tendo ambos no-

vamente mantido relações sexuais (...)” (fls. 10/11). Em Juízo repetiu a versão apresentada, dizendo, entretanto, que, no primeiro encontro, “o acusado não fez nenhuma ameaça à informante ou a seus familiares” (fls. 55/58). Novamente, à fl. 137, afirmou que “após conhecer o acusado, passou a gostar do mesmo e a manter relações sexuais consentidas”. A testemunha Marcelino Fernandes, ouvida logo em seguida, relatou que “foi procurado pela vítima e por sua mãe, que as aconselhou a dizerem a verdade; que, na ocasião, a vítima teria afirmado que não teria sido ameaçada e manteve relações com o acusado porque gostava do mesmo” (fl. 138).

Dessa forma, conclui-se que os encontros entre réu e vítima eram programados com antecedência, sendo que esta o aguardava antes do início das aulas, sendo por ele deixada no colégio em seguida, a fim de acobertar os fatos. Tudo com a conivência da vítima, ressalte-se, cujo depoimento, em sede de crime contra os costumes, é de grande valia.

E suas palavras guardam total consonância com os depoimentos testemunhais. F. M. K., colega de aula, declarou que tinha conhecimento dos encontros entre réu e vítima, sendo que, em 24 de abril de 1998, “à noite, a declarante viu uma Kombi branca dirigida por um homem, e essa mesma Kombi seguia em direção ao colégio onde estudam a declarante e Z.; que alguns minutos depois, Z. encontrou-se com a declarante e contou que havia saído com Prestes e que estavam voltando de um motel; que Z. disse à declarante que aceitou ir ao motel com Prestes” (fl. 22). Outra colega, J. B. B., também afirmou ter conheci-

mento dos fatos, acrescentando que, no caminho do colégio, Prestes parava o carro e entregava bilhetes à Z., marcando os encontros, com declarações de amor, sendo que esta “chegou a dizer para a declarante que estava gostando de Prestes” (fl. 23). Alguns bilhetes foram encontrados por Marlene Siegle Schonrock, Diretora do Colégio à época, que passou a indagar Z. Esta lhe respondera que “estava namorando o policial e que o mesmo a levava para muitos lugares bonitos” (fl. 24).

J., em Juízo, foi mais esclarecedora: “soube dos fatos por intermédio da vítima, que dizia que saía com o acusado por vontade própria, não sendo obrigada; que a depoente nunca viu o acusado e a vítima juntos; que a vítima dizia que faltava às aulas para sair com o acusado; que a depoente sempre ia com F. M. K. para a escola, sendo que algumas vezes a vítima as alcançava para ir junto com elas; que a vítima andava um pedaço juntamente com a depoente e com F., para que seus pais pensassem que ela estava indo para a escola, sendo que, em determinados momentos, ela parava para se encontrar com o acusado; que a vítima nunca contou o que acontecia nos encontros que tinha com o acusado; que a vítima contava que manteve relação sexual com o acusado; que a vítima nunca disse que tinha sido forçada a manter relação sexual com o acusado; que a depoente não sabe precisar se a vítima faltava muito à aula, porque muitas vezes não iam juntas para a escola; que a depoente nunca viu o acusado abordando a vítima; que a vítima dizia que gostava do acusado; que a vítima disse que uma vez manteve relação se-

xual com o acusado em uma gruta em Dona Emma (...) que a depoente conhece a vítima desde que eram pequenas, porque eram vizinhas; que quando a vítima tinha doze anos, ela estava começando a ter seios (...) que a vítima aparentava ser uma moça quando possuía doze anos (...) a vítima contou que antes do acusado, manteve relações sexuais com outras pessoas; que a vítima trabalhava no bar do pai dela; que o bar funcionava até tarde, mas a depoente não sabe precisar o horário; que haviam outras mulheres que trabalhavam no bar do pai da vítima (...)” (fls. 67/68).

O bar onde a vítima trabalhava, de propriedade de seu pai, era reconhecidamente destinado a encontros amorosos, consoante o narrado pela testemunha defensiva Vilmar Voigt (fl. 76): “o bar de propriedade dos pais da vítima é um bar comum, mas também destinava-se a encontros amorosos; que não se podia dizer que tal bar era uma casa de prostituição, mas havia moças ali que se prostituíam; que tem conhecimento desses fatos porque, na época, era taxista e passava pelo local; que a vítima, já em 97, sempre pegava carona com qualquer um que oferecesse (...) a vítima era conhecida como uma guria de programa; que tem conhecimento que a vítima mandava bilhetes amorosos para o acusado; (...) viu a vítima pegar carona com homens umas duas ou três vezes; que não sabe dizer quem eram tais homens; que não sabe qual era o motivo da carona (...) que na época dos fatos narrados na denúncia, a vítima já era uma menina bastante avantajada, parecendo que tinha uns dezesseis anos”. Na mesma esteira, as palavras de Joarez Rodrigues de Abreu (fl.

77): “atualmente, a vítima é conhecida como garota de programa”. E, ainda para complementar, cabe transcrever as palavras de Josué Alves: “veio morar em Presidente Getúlio em 1997, quando então foi morar defronte à casa da vítima, época essa em que a conheceu; que, naquela época, a vítima aparentava ter uns 14 ou 15 anos; que, desde que foi morar em Presidente Getúlio, os pais da vítima já possuíam um bar, o qual fica na estrada que liga Presidente Getúlio a Ibirama; que o bar dos pais da vítima não é uma ‘boca’, mas dá para dizer que encontros amorosos acontecem lá; que nesse bar sempre havia moças e a vítima sempre estava lá (...) era comum outras pessoas darem carona para a vítima (...) já viu a mesma no pátio da fecluaría dentro de um veículo com um homem; que o homem, naquela ocasião, não era o acusado; que tal fato ocorreu no ano de 1997; que quando o depoente chegou em Presidente Getúlio, a vítima já tinha fama de sem-vergonha; que a vítima dava em cima de homens (...) já ouviu comentários de que a vítima mandasse bilhetes; que a vítima mandava recado pelas primas do depoente ao mesmo, ocasiões em que perguntava se poderia ir até sua casa; que tais recados tinham relação com encontros amorosos (...)” (fls. 78/79). Os depoimentos de Luiz Carlos Chappo e Marcemino Fernandes (fls. 80/83), ratificam, *in totum*, as declarações supratranscritas.

Tanto a vítima, como seus pais, confirmaram que esta trabalhava no bar, no período noturno. E, segundo depoimentos testemunhais, referido estabelecimento era destinado a encontros amorosos, sendo, inclusive, o

local onde réu e vítima se conheceram. Dessa forma, diante dessas circunstâncias, conclui-se que o comportamento da vítima era avançado em matéria de sexo para a idade, bem como sua compleição física, consoante a declaração da testemunha J. Não era Z. totalmente inocente. Tinha pleno conhecimento do que poderia ocorrer no momento em que passou a encontrar-se com o réu, o que fez, aliás, por livre e espontânea vontade, eis que marcava com ele os locais onde aquele a deveria buscar, fato este que não escondia das amigas, e que era do conhecimento de sua mãe, até mesmo da Diretora do colégio que frequentava. Se verdadeiras fossem as acusações de ameaça, poderia ter buscado ajuda, inclusive no Conselho Tutelar, que foi a seu encontro a fim de prestar auxílio. Mas não o fez. Ao contrário, nutriu o relacionamento amoroso por mais de dois anos. A representação somente foi desencadeada no momento em que sua mãe teve notícia da existência de relações sexuais entre sua filha e o réu. É afastada, portanto, a violência real, seguindo-se ao exame da presumida. Esta, no entanto, não é absoluta, consoante nos diz Nelson Hungria: “Segundo justamente opina Magalhães de Noronha, a presunção estabelecida na letra a do art. 224 não é absoluta, mas relativa. É decisivo em tal sentido o *elemento histórico*. A supressão (propositada, como posso dar testemunho, na qualidade de membro da Comissão Revisora) da cláusula ‘não se admitindo prova em contrário’, do art. 293 (posteriormente 275) do Projeto Alcântara (que se inspirava no art. 539 do Código Italiano), visou justamente abolir a inexorabilidade da pre-

sunção. Há também a ilação da exegese sistemática: o Código não transige, em caso algum, com a *responsabilidade objetiva*. *Nulla poena sine culpa*” (Comentários ao Código Penal, Ed. Forense, 4ª ed., vol. VIII, pág. 239). Ou, como nos diz Celso Delmanto: “Se a vítima não é maior de 14 anos. Tanto na doutrina como na jurisprudência, a tendência é emprestar valor relativo, e não absoluto, à presunção (a favor: Hungria, Comentários ao Código Penal, 1959, vol. VIII, pág. 239; Magalhães de Noronha, Direito Penal, 1986, vol. 3, pág. 133; Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 1986, vol. II, pág. 437; Paulo José da Costa Jr., Comentários ao Código Penal, 1990, vol. 3, pág. 130; Márcio Bártoli, ‘A capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção de violência’, in RT 678/410). Assim, a presunção pode ceder, por exemplo, se a ofendida já era corrompida, aparentava idade superior pelo seu desenvolvimento etc.” (Código Penal Comentado, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, pág. 481).

Nesse sentido orientação jurisprudencial, em que pese decisão em contrário. Leia-se: “Estupro — Violência presumida — Conjunto probatório produzido nos autos a demonstrar desajuste no comportamento da menina e sua permissividade em matéria sexual. Apelo provido. Réu absolvido” (TJRS — ACr 697216323/RS — 1ª Câm. Crim. — rel. Des. José Antônio Hirt Preiss — j. 1º/4/1998); “Apelação criminal — Estupro — Violência presumida — Menor de comportamento sexual desregrado comprovado — Recurso provido — Absolvição decretada — Extraindo-se da prova

testemunhal e pericial produzidas no curso da instrução criminal que a adolescente, menor de catorze anos, muito antes de manter relacionamento sexual com o recorrente, estava acostumada a tal prática com outros, demonstrando desenvoltura e segurança no seu depoimento, arreda-se a presunção de violência não compatível com o tipo de desregramento comportamental da vítima” (TJMS — ACr — Classe A — XII — n. 58.965-3 — Bela Vista — 1ª T. — rel. Des. Gilberto da Silva Castro — j. 16/6/1998).

Na mesma esteira, o entendimento do Supremo Tribunal Federal: Publicação: “Estupro — Configuração — Violência presumida — Idade da vítima — Natureza. O estupro pressupõe o constrangimento de mulher à conjunção carnal, mediante violência ou grave ameaça — artigo 213 do Código Penal. A presunção desta última, por ser a vítima menor de 14 anos, é relativa. Confessada ou demonstrada a aquiescência da mulher e exurgindo da prova dos autos a aparência, física e mental, de tratar-se de pessoa com idade superior aos 14 anos, impõe-se a conclusão sobre a ausência de configuração do tipo penal. Alcança dos artigos 213 e 224, alínea a, do Código Penal” (HC n. 73662/MG, rel. Min. Marco Aurélio, j. 21/5/1996 — Segunda Turma — DJ 20/9/96, pág. 34.535).

E mais: “O princípio do contraditório e a presunção que não admite prova em contrário, *juris et de jure*, são noções antitéticas. Assim, a Constituição de 1988 não recepcionou a presunção *juris et de jure* para a exegese do art. 224, a, do CP. Violência ficta haverá, sim, quando a vítima, na faixa etária cogitada, for mesmo in-

capaz de consentir. Muitas vezes, essa presunção exsurge nítida, preto no branco, em relação, por exemplo, a uma vítima de dez ou onze anos. Todavia, há uma área cinzenta, em que não pode desconsiderar a prova favorável ao acusado” (TJDF, RT 733/629). “O consentimento da vítima, tratando-se de menor de vida desregada e conduta moral comprometida, exclui a presunção de violência, que admite prova em contrário, como decidiu o TJRS” (TJAL, RT 713/381).

Sendo exatamente esse o quadro dos autos, não existindo qualquer violência ou grave ameaça para a prática das conjunções carnis, a absolvição é medida que se impõe.

Diante de todo o exposto, portanto, o presente recurso é conhecido e provido para, por unanimidade, ser declarada a decadência do direito de representação com relação aos três primeiros delitos, já mencionados e, por maioria, absolver o réu quanto aos remanescentes, com fundamento no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, que mantinha a condenação. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 29 de outubro de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente;

Maurílio Moreira Leite,

Relator.

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva:

Ousei divergir dos meus pares quanto ao mérito do recurso defensivo.

A materialidade do crime perfectibilizou-se pelo auto de exame de conjunção carnal, que atestou a rotura himenal (fl. 9). A autoria foi confessada pelo apelante, alegando que a vítima consentiu com a relação sexual.

E aí está o nó górdio da *quaestio* que, no entendimento da douta maioria, excluiu a responsabilidade do apelante pelo ato praticado.

Data venia, em matéria de violência ficta, por ser a vítima menor de 14 anos, como no caso, não há cogitar da real coação ou constrangimento, pois o próprio legislador quis se considerasse como havida violência contra aqueles sujeitos apontados no art. 224, alíneas *a*, *b*, e *c*, exatamente pela condição de supremacia física, emocional e de autodeterminação que as contemplam. Sabido é que a doutrina empresta valor relativo, e não absoluto, à presunção, podendo esta ceder se, por exemplo, a menor tinha vida regrada, ou outra condição que levasse o agente a pressupor que seu comportamento implicasse livre arbítrio sobre os atos praticados. Mas tal não alcança a situação em apreço. Querer desconstituir a incapacidade da criança para perceber os contornos luxuriosos do relacionamento, atribuindo-lhe responsabilidades pelo envolvimento libertino, é pretender tenha uma menina de 12 (doze) anos capacidade para constituir uma relação amorosa, com suas implicações sexuais, coisa que muitos adultos têm dificuldade de fazê-lo, a contento.

É da natureza infanto-juvenil, sobretudo, feminina, idealizar, com romantismo, o relacionamento afetivo, projetando, na esfera das fantasias, um ideal de parceiro, uma vida repleta de sonhos. Mesmo entre as jovens oriundas das camadas mais desfavorecidas da população, essas fantasias são recorrentes e servem, no mais das vezes, como subterfúgio para atenuar a dura realidade em que vivem.

Da jurisprudência:

“O consentimento da menor de 14 anos não tem relevo, nem pode elidir a configuração do crime de estupro. Irrelevante, também, partir ou não da vítima a iniciativa ou provocação para o ato sexual. A menos que se trate de pessoa de vida inteiramente dissoluta, a presunção de violência prevalece, porque o consentimento da menor não se pode ter por consciente e válido, traduzindo um querer espontâneo, livre e cabal” (AC — rel. Dantas de Freitas — RJTJSP 4/303).

Nesse contexto, não há dar guarida ao argumento de que a vítima, uma menina de 12 (doze) anos de idade, de um município no interior da comarca de Ibirama, virgem e curiosa com as coisas do sexo, que não possuía formação moral e de caráter consolidadas, tenha consentido validamente para a prática das relações sexuais, a pretexto de desclassificar a presunção de violência. E isso é tanto mais nítido quando se extrai da manifestação da menina, que declarou que o acusado lhe fazia declarações de amor, dizendo que a amava e que lhe daria tudo (fls. 10/11). Por outro lado, o acusado, com 37 anos de idade, separado judicialmente, soldado da polícia militar e pai de 4 (quatro) filhos, de-

veria saber, mesmo que a vítima tenha investido sexualmente contra si (do que não há prova nos autos, a não ser a palavra do réu), que não deveria levar adiante a situação.

Dessarte, a decisão condenatória deveria ser mantida.

Essas as razões da divergência.

Florianópolis, 22 de outubro de 2002.

Irineu João da Silva

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.010228-3, DE PALMITOS

Relator: Des. Irineu João da Silva

Processual penal — Apelação — Defensor constituído — Razões não oferecidas — Conhecimento — Extensão.

A ausência de razões ao recurso de apelação interposto por defensor constituído não impede seu conhecimento, impondo ao órgão julgador o exame de todas as argumentações e provas despendidas até a sentença.

Crimes contra o patrimônio — Estelionatos — Cártulas dadas para pagamento futuro que desconfiguram a natureza do documento — Questão a ser demandada na esfera cível — Cártulas utilizadas para a quitação à vista — Sustação do pagamento mediante falsa comunicação de furto — Capitulação no art. 171, § 2º, inciso VI, CP.

O cheque é documento que se caracteriza pela liquidez imediata e destinado a pagamentos à vista. Quando exerce função de garantia de pagamento futuro, assume função de promissória e desconfigura o crime previsto no art. 171.

A frustração do pagamento de cheque utilizado para compra à vista, mediante a sustação na entidade sacada, com base em comunicação falsa perante a autoridade policial, constitui crime de estelionato previsto no art. 171, § 2º, VI, CP.

Continuidade delitiva — Configuração das situações previstas no art. 71 do CP (três vezes) — Comprovação — Recurso não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.

2002.010228-3, da comarca de Palmitos, em que é apelante Cladenir

Augusto Friebel, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Palmitos (Vara Única) o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cláudio Augusto Friebel, dando-o como incurso nas sanções do art. 171, *caput*, c/c o art. 299, *caput*, na forma do art. 69, todos do Código Penal, porque:

“O apelante, em 18 de novembro de 1996, na cidade de Caibi, obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Joaçaba Pneus Ltda., mediante fraude. Ao agir, o denunciado realizou pagamento no valor de R\$ 1.192,00 (um mil, cento e noventa e dois reais), referente à compra de seis pneus (nota fiscal de fl. 9), emitindo os cheques ns. 346.062 e 346.063, cada um no valor de R\$ 596,00 (quinhentos e noventa e seis reais), da conta n. 13.193-8, da agência do Banco do Brasil S.A., de Caibi (fls. 38 e v.). A vítima, ao tentar descontar os cheques, teve frustrado o recebimento, por ter o denunciado revogado as ordens de pagamento emitidas, sofrendo, assim, um prejuízo de R\$ 1.192,00 (um mil, cento e noventa e dois reais).

“Na mesma data e Cidade, novamente, obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Renovadora de Pneus Maravilha Ltda., mediante fraude. Ao agir, o denunciado realizou o pagamento no valor de R\$ 1.140,00 (um mil, cento e quarenta reais), referente à compra de dois pneus (nota fiscal de fl. 12), emitindo o

cheque n. 346.061, da conta n. 13.193-8, da agência do Banco do Brasil S.A., de Caibi (fl. 37). A vítima, ao tentar descontar o cheque, teve frustrado o recebimento, por ter o denunciado revogado a ordem de pagamento emitida, sofrendo, assim, um prejuízo de R\$ 1.140,00 (um mil, cento e quarenta reais).

“Em 8 de novembro de 1996, na cidade de Palmitos, obteve, para si, vantagem ilícita, em prejuízo da vítima Marcon Comércio de Pneus e Acessórios Ltda., mediante fraude. Ao agir, o denunciado realizou o pagamento no valor de R\$ 1.320,00 (um mil, trezentos e vinte reais), referente à compra de dois pneus (nota fiscal de fl.15), emitindo os cheques ns. 346.036, 346.049, 346.050 e 346.051, o primeiro no valor de R\$ 296,00 (duzentos e noventa e seis reais) e os demais, na quantia de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), todos da conta n. 13.193-8, da agência do Banco do Brasil S.A., de Caibi (fl. 40). A vítima, ao tentar descontar os cheques, teve frustrado o recebimento, por ter o denunciado revogado as ordens de pagamento emitidas, sofrendo, assim, um prejuízo de R\$ 1.320,00 (um mil, trezentos e vinte reais).

“Em 19 de novembro, na Delegacia de Caibi, o denunciado fez inserir, em documento público, declaração falsa, alterando fato juridicamente relevante, com o fim específico e predefinido de prejudicar direito de terceiro, afirmando que lhe haviam sido subtraídos os cheques ns. 346.049 a 346.051 e mais um talonário de cheques com 20 folhas, de ns. 346.061 a 346.080, da conta de sua titularidade, de n. 13.193-8, da agência do Banco

do Brasil S.A., de Caibi, todos em branco.

“O boletim de Ocorrência Policial (fl. 17) teve o fim específico de revogar o pagamento das cédulas previamente emitidas, e, assim, prejudicar o direito das vítimas, Joaçaba Pneus Ltda., Renovadora de Pneus Maravilha Ltda. e Marcon Comércio de Pneus e Acessórios Ltda.” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente quanto ao delito do art. 171, *caput* (três vezes), *c/c* o art. 71, *caput*, ambos do Código Penal, absolvendo, o Juiz *a quo*, o apelante, do crime capitulado no art. 299 do Estatuto Penal – falsidade ideológica – com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal, restando condenado à pena de 1 (um) ano, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, no importe de 1/30 do valor do salário mínimo vigente à época dos fatos, aplicando-se-lhe os preceitos do art. 44, § 2º, segunda parte, do Código Penal (fls. 204/205).

Inconformado, o réu apelou, aduzindo o interesse de arazoar na Superior Instância. Regularmente intimado, deixou transcorrer *in albis* o prazo para tanto.

Notificado, o representante do Ministério Público posicionou-se pela remessa dos autos a este Grau de Jurisdição, subindo a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso.

É o relatório

1. O recurso é conhecido, por que próprio e tempestivo, não merecendo, contudo, provimento.

Inicialmente, destaque-se que, embora ausentes as razões recursais, não há óbice ao conhecimento da apelação. Como é sabido, “a ausência de razões ao recurso de apelação interposto por defensor constituído não impede seu conhecimento, impondo ao órgão julgador o exame de todas as argumentações e provas despendidas até a sentença” (Ap. Crim. n. 2000.016442-9, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 19/12/2000).

2. Do crime de estelionato

Tanto a materialidade (existência do fato lesivo), quanto a autoria, bem como sua relação de causalidade, restaram provadas nos autos.

A materialidade ressalta das cédulas devidamente preenchidas e assinadas pelo apelante, relativas à conta n. 13.193-8, de sua titularidade, do Banco do Brasil S.A., agência de Caibi, consoante as cópias que se encontram nos autos (fls. 37, 38, 39 e 40), cujas emissões correspondem às compras objeto de 3 (três) notas fiscais, também em apenso (fls. 9, 12 e 15) e a uma composição de pagamentos vencidos e não adimplidos (fl. 22).

A autoria, com efeito, também sobressai comprovada, sendo fato inconsteste terem sido, as referidas cédulas, emitidas pelo apelante por ocasião da compra de pneus, circunstância confirmada em suas declarações.

O apelante, que em sede de inquérito foi ouvido por carta precatória, por estar morando na cidade de Cascavel, no Ceará, declarou que, “no ano de 1996, era proprietário, em Caibi, de uma borracharia e venda de

pneus, acabando com o comércio porque o proprietário pediu o terreno de volta. Dias antes de sair da cidade, havia comprado vários pneus, num valor de aproximadamente R\$ 900,00 (novecentos reais), que foram pagos com dois cheques pré-datados. Como as pessoas a quem o apelante havia vendido os pneus não cumpriram com o acordo feito, não teve dinheiro para cobrir aqueles cheques, indo ao banco pedir seus cancelamentos, viajando para Cascavel, onde mora seu genitor.

“Acrescentou que pediu ao seu advogado para efetuar o pagamento dos cheques, o que deveria ser feito por semana, tendo mandado, inclusive, três parcelas de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais e que não tinha intenção de enganar aquela firma, tanto que, ao sair, seu advogado ficou certo de resolver” (fl. 29).

Interrogado, em sede judicial, Cladenir Augusto Friebe negou as acusações que lhe eram imputadas, lembrando que, em outubro ou novembro de 1996, havia comprado pneus da firma Joaçaba Pneus Ltda., não lembrando quantos. Também da firma Renovadora de Pneus Maravilha havia comprado dois pneus, pagando com cheque pré-datado, tendo-os devolvido um ou dois dias depois, ao funcionário Orivaldo Arózio, pois não tinha tido tempo de entregá-los ao comprador, do que não lhe foi passado o recibo.

Acrescentou que resolveu viajar para a cidade de Cascavel, no Ceará, porque fechou a microempresa de sua propriedade, tendo decidido isto “de uma hora para outra”.

Declarou, também, que, na mesma época, comprou pneus, não lembrando quantos, da firma Marcon Comércio de Pneus e Acessórios de Veículos Ltda., pagando com cheques pré-datados, mas que a devolução dos pneus só se deu com relação à firma Renovadora de Pneus Maravilha.

Após as aquisições mencionadas, não sabendo precisar quanto tempo depois, desapareceu, do escritório de sua microempresa, o talonário de cheques utilizado para as referidas compras, contendo, ainda, algumas folhas em branco. Ao comunicar à autoridade policial o desaparecimento do referido talonário, foi aconselhado a dar contra-ordem para o pagamento dos cheques já emitidos. Assegurou que o furto realmente existiu, não sendo coisa inventada.

Mais tarde, foi procurado por um advogado que representava as firmas Joaçaba e Marcon, fazendo uma composição para pagar três prestações no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), depositando os valores na conta do referido advogado, sendo que os respectivos comprovantes de depósito teriam sido anexados ao processo em Palmitos. Ainda segundo o apelante, o advogado reclamou que os depósitos não haviam sido feitos, ao que ele mandou os comprovantes originais para que sua mãe tirasse xerox e entregasse ao advogado, que mandaria anexar ao processo.

Por fim, registrou que de há mais de três anos negociava com as ditas empresas e que todos os pagamentos eram efetuados, não sendo verdade que tivesse mentido sobre o

furto dos cheques nem que quisesse prejudicá-las (fls. 65/66).

As vítimas, ao registrarem o boletim de ocorrência, declararam ter realizado as vendas de pneus para o próprio apelante, que as pagou com cheques de sua titularidade.

Em sede de inquérito, Renato Mattia, sócio-gerente da empresa Joaçaba Pneus Ltda., declarou que, no dia 18 de novembro de 1996, havia vendido 6 (seis) pneus para o apelante, recebendo, em pagamento, dois cheques, de ns. 346.062 e 346.063, do Banco do Brasil S.A., agência de Caibi, no valor de R\$ 596,00 (quinhentos e noventa e seis reais) cada um, preenchidos e assinados pelo próprio apelante, correspondentes à Nota Fiscal n. 000729. Dois dias depois, tomou conhecimento que Cladenir havia-se evadido da cidade de Caibi, procurando, então, o Banco do Brasil S.A., agência local, constatando que o pagamento dos cheques havia sido cancelado por motivo de ocorrência de furto, comparecendo, então, à delegacia para registrar a ocorrência" (fl. 19).

Assim, também, declarou Renato Sadi Bauermann, sócio-gerente da firma Renovadora de Pneus Maravilha Ltda., "que, no dia 18 de novembro de 1996, vendeu 2 (dois) pneus de caminhão, no valor total de R\$ 1.140,00 (um mil cento e quarenta reais), referentes à Nota Fiscal n. 011451, que foram pagos com o cheque n. 346.061, do Banco do Brasil S.A., agência de Caibi, preenchido pelo próprio apelante, na presença do depoente. Indo até a cidade de Caibi para descontar o cheque, na agência do Banco do Brasil S.A., para sacar o

dinheiro, foi então informado que o mesmo havia sido cancelado por motivo de furto, sendo informado que ele havia se evadido da cidade. Em seguida, foi até a delegacia registrar a ocorrência" (fl. 18).

Irineu Hilário Döhl, vendedor da firma Marcon Comércio de Pneus e Acessórios para Veículos Ltda., declarou que "vendeu ao apelante pneus no valor total de R\$ 1.320,00 (um mil trezentos e vinte reais), descritos na Nota Fiscal n. 000031, pagos com três cheques no valor de R\$ 440,00 (quatrocentos e quarenta reais), de ns. 346.049, 346.050 e 346.051, do Banco do Brasil S.A., agência de Caibi, emitidos pelo próprio apelante. Tendo tido notícias que Cladenir havia fugido da cidade, na posse dos três cheques e ainda outro, de n. 346.036, relativo a uma venda feita a ele no dia 25 de outubro de 1996, compareceu à agência do Banco do Brasil S.A., constatando que os três cheques haviam sido cancelados por motivo de furto e o outro estava sem a devida provisão de fundos" (fl. 20).

Nara Regina Endrigo Gassen, comerciante, declarou que "por diversas vezes, vendeu pneus para o apelante, sempre com pagamentos feitos através de cheques pré-datados emitidos por ele, sendo que, até 18 de novembro de 1996, não tinha havido nenhum problema. Nesta data, ele procurou-a para fazer um acerto financeiro, trocando os cheques vincendos que ela tinha em seu poder, por outros, também pré-datados, de ns. 346.064, 346.065 e 346.066, emitidos por ele próprio, contra o Banco do Brasil S.A., agência de Caibi. No dia 20 de novembro de 1996, vindo a saber que naquele dia Cladenir havia fu-

gido da cidade, dirigiu-se ao banco, sendo informada que os três cheques tinham sido cancelados por motivo de furto” (fl. 22).

Quatro foram as testemunhas arroladas pela defesa. Duas nada souberam informar sobre o crime.

Josenildo Luiz Zamboni, ouvido em Mato Grosso do Sul, mas à época dos fatos residente em Caibi, relatou que “o apelante havia comprado alguns pneus de automóvel – em torno de seis — de vários tamanhos, e deixado em sua oficina por uns dois dias, pegando logo em seguida, não sabendo o que fez com eles nem como os adquiriu. Sobre o furto dos talões de cheque, afirmou que nada ouviu sobre o assunto” (fl. 124).

Marcelo Farsen, que trabalhou em companhia do apelante desde 1995, em Santa Catarina e, depois, no Ceará, relatou “que soube que o apelante teria emitido três cheques na compra de pneus e que, não tendo podido quitar o terceiro, pois não havia conseguido revendê-los, devolveu a mercadoria. Sabe que esta é a primeira vez que ele se envolve em questão judicial e que, sobre a sua pessoa, considera-o ‘muito querido e honesto’” (fl. 161).

Ante os fatos relatados, identifica-se o tipo previsto no inciso VI do § 2º do art. 171, mas, somente com relação àqueles cheques dados como forma de pagamento à vista, pois, relativamente às demais cártulas, utilizadas para efetivação de pagamento futuro, como, muito pertinentemente, proclamou a ilustre Promotora de Justiça, em uníssono, com o douto Procurador, constitui obrigação a ser executada na esfera civil, uma vez que,

segundo repisado entendimento doutrinário e jurisprudencial, têm desvirtuada sua finalidade, perdendo os cheques sua característica peculiar de ordens de pagamento à vista, para se constituírem em garantia de pagamento futuro, equivalentes a notas promissórias ou duplicatas.

Relativamente a esse entendimento, doutrina Celso Delmanto:

“Não há crime se o cheque não tiver sido dado como ordem de pagamento à vista” (Código Penal Comentado, 5ª ed., RJ: Renovar, 2000, pág. 366).

Também, nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci:

“O título de crédito tem por característica principal ser uma ordem de pagamento à vista. Por isso, quando alguém aceita o cheque para ser apresentado futuramente, em data posterior à sua emissão, está recebendo o título como mera *promessa de pagamento*. Caso não seja compensado, por falta de suficiente provisão de fundos, é apenas um ilícito civil, mas não um crime. É posição atualmente tranqüila, na doutrina e na jurisprudência” (Guilherme de Souza Nucci. Código Penal Comentado, SP: RT, 2000, pág. 498).

A jurisprudência desta Corte tem navegado, de forma pacífica, no mesmo rumo:

“Estelionato — Emissão de cheques sem fundos — Forma pós-datada — Descaracterização do documento, que deixa de ser uma ordem de pagamento à vista — Atipicidade — Apelo provido para absolver a ré. O cheque pós-datado, dado para pagamento futuro, por ter sido descaracterizado como verdadeiro cheque,

não tipifica o delito do artigo 171, § 2º, VI, do CP” (Ap. Crim. n. 1997.010230-5, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, j. em 27/11/97).

E, já sumulado:

“Se o cheque é pré-datado, emitido em garantia de dívida, não se configura ilícito criminal, nem o do art. 171, § 2º, do CP, nem o *caput* do mesmo artigo, a teor da jurisprudência sumulada do STF (Súmula 246)” (RT 580/460).

Relativamente às cártulas oferecidas aos comerciantes, como forma de pagamento à vista, resta evidente a intenção fraudulenta do agente, *ab initio*, de elidir o seu pagamento, obtendo, para si, vantagem indevida, mediante a simulação de circunstância irreal, valendo-se da boa-fé das vítimas para a aquisição das mercadorias.

A comunicação falsa, da ocorrência de furto em sua borracharia, visando a gerar um instrumento hábil a elidir os pagamentos na agência bancária, é o corolário de sua ação delituesa, indicador inequívoco do dolo antecedente que o acometia.

Presente, assim, o elemento subjetivo do crime, que, por inerente ao ânimo fraudulento, permeia toda a ação delituesa: o *dolo*, neste caso, o *específico* (de fraudar e, com isso, obter vantagem ilícita). No delito de estelionato, imprescindível se faz apurar que a *intenção* de fraudar o terceiro esteja presente em toda a ação ou omissão e seja *anterior* a ela.

Manso é o entendimento doutrinário e jurisprudencial, acerca da subsunção do fato em apreço ao previsto pelo artigo 171, em seu parágrafo 2º, inciso VI, que estabelece o crime de

estelionato mediante fraude ao pagamento por meio de cheque:

“Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

“Pena: reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa (...).

“§ 2º. Nas mesmas penas incorre quem:

(...)

“VI – emite cheque, sem suficiente provisão de fundos em poder do sacado, ou lhe frustra o pagamento”.

Senão vejamos o que preleciona a doutrina sobre o delito transcrito.

Ensina Celso Delmanto:

“Comete, ainda, o crime, conforme o art. 171, § 2º, VI, segunda parte, quem frustra indevidamente o pagamento do cheque que emitiu providenciando uma contra-ordem no banco sacado” (Código Penal Comentado, 5ª ed., RJ: Renovar, 2000, pág. 1.139).

Guilherme de Souza Nucci também leciona a respeito:

“Sustação de cheque: quando indevida, porque sem qualquer motivo justo, configura a modalidade prevista na segunda parte do inciso: *frustrar o pagamento*” (Código Penal Comentado, 1ª ed., SP: RT, 2000, pág. 498).

Esta Corte tem entendimento tranqüilo sobre a ocorrência do delito de estelionato na modalidade do inciso VI, parágrafo 2º, do artigo 171. Assim, colhemos alguns julgados:

“Estelionato – Cheque – Frustração de pagamento – Condenação

mantida – Agente que faz jus ao *sur-sis* – Recurso parcialmente provido.

“Tendo o agente emitido cheque com suficiente provisão de fundos e depois frustra seu pagamento, sem comprovar a ocorrência de motivo relevante, manifesto que praticou o delito de estelionato previsto na parte final do artigo 171, § 2º, VI, do Código Penal” (Ap. Crim. n. 1997.001991-2, de Blumenau, rel. Des. Souza Varella, j. em 27/10/98).

E, também:

“Estelionato – Cheque – Agente que frustra o pagamento mediante sustação sem, no entanto, comprovar a ocorrência de motivo relevante – Ônus que lhe competia – Conjunto probatório que converge no sentido da responsabilidade criminal do acusado – Absolvição impossível – Condenação mantida – Recurso defensivo improvido” (Ap. Crim. n. 2000.008087-0, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 6/2/2001).

Nesse rumo, corroboram as consistentes e vigorosas manifestações do Ministério Público, que apontaram o fato delituoso como aquele capitulado pelo art. 171, § 2º, VI, do Diploma Penal, pois o elemento objetivo do tipo – frustração do pagamento de cheque – e o subjetivo – dolo específico de fraudar e obter vantagem ilícita – restaram cabalmente comprovados.

Assim, também, é tranqüilo o entendimento de outros tribunais.

Do Tribunal de Alçada de Minas Gerais:

“A fraude no pagamento por meio de cheque não consiste unicamente na falta de provisão de fundos em poder do sacado, podendo tal

frustração também ocorrer quando há uma contra-ordem ao banco para que não pague o cheque emitido ou, ainda, quando o agente bloqueia sua conta” (RT 624/358).

Dessarte, inexistindo nos autos demonstração da real e efetiva veracidade da subtração das mencionadas cédulas, nem havendo a comprovação do ajuste havido com uma das vítimas, no sentido de equacionar o ressarcimento do débito, mas, antes, pelo contrário, restando delineado o ânimo, *ab initio*, de não prestar o equivalente econômico e, assim, obter, para si, vantagem indevida em detrimento de patrimônio alheio, tem-se definida a conjugação de circunstâncias necessárias para a perfeita identificação do ilícito penal consagrado no § 2º, inciso VI, art. 171, do Diploma Penal.

3. Da continuidade delitiva

Apurada pelas circunstâncias de tempo, lugar, *modus operandi* e outras exteriores, tendo o agente praticado o expediente criminoso por 3 (três) vezes, sobressai caracterizada a conduta como aquela prevista no Código Penal, em seu artigo 71, constituindo-se em causa de especial aumento.

4. Da pena

A reprimenda, por sua vez, de 2 (dois) anos, 2 (dois) meses e 12 (doze) dias, aplicada pelo digno Magistrado sentenciante, configura-se adequada. Contudo, laborou em equívoco quanto à multa arbitrada em 10 (dez) dias, uma vez que as penas pecuniárias devem sofrer a majoração correspondente àquela aplicada à pena privativa de liberdade, o que equivale a dizer que, aplicando-se a majorante de um

quinto à pena-base, também se o aplicará à pena de multa inicialmente estipulada. Não obstante, tendo sido aquela fixação mais benéfica ao réu, fica assim mantida.

Procedente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ensejando a aplicação das diretrizes do artigo 44 e incisos do Código Penal.

Incorreu, contudo, o ilustre Magistrado, em equívoco quando, ao determinar a substituição por duas penas restritivas de direitos, fixou, uma delas, a de prestação pecuniária, em dias-multa, quando, no que respeita a esta restritiva, deveria ser fixada em salários mínimos, nos moldes do que dispõe o § 1º do art. 45 do Código Penal. Não obstante, tendo esta, como limite inferior, 1 (um) salário mínimo,

permanece na sua estipulação mais benéfica ao réu, em respeito ao princípio da *reformatio in pejus*. Faz-se a observação em nome do rigor técnico.

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2002.

Maurílio Moreira Leite,

Presidente com voto;

Irineu João da Silva,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.015296-5, DE CRICIÚMA

Relator: Des. Irineu João da Silva

Crimes contra a fé pública – Falsidade material (CP, art. 298) – Falsidade ideológica (CP, art. 299) – Agentes que apõem carimbo falso em recibo de entrega de declaração de imposto de renda e inserem contrato de trabalho inverídico em CTPS e em recibos salariais, com o objetivo de obter visto no consulado norte-americano – Prova documental – Confissão dos agentes – Testemunhos – Recursos não providos – Reclassificação dos delitos e adequação das penas – Medidas que se impõem, de ofício.

Concerne a falsidade ideológica ao conteúdo, e não à forma. Quando esta própria é alterada, forjada ou criada, a falsidade a identificar-se será a material. Distingue-se o falso ideológico do material porque neste o agente imita a verdade, por meio de contrafação ou alteração, enquanto naquele o documento é perfeito em seus requisitos extrínsecos, em sua forma, e emana realmente da pessoa

que nele figura como seu autor.

“Quando a própria forma é alterada, forjada ou criada, a falsidade a identificar-se será a material” (RT 513/367).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.015296-5, da comarca de Criciúma (1ª Vara Federal), em que são apelantes João Hipólito Alves Garcez e Jeferson Freitas, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar-lhes provimento e, de ofício, reclassificar os delitos adequando as reprimendas, condenando Jeferson Freitas e João Hipólito Alves Garcez à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma (1ª Vara Federal), o representante do Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Jeferson Freitas e João Hipólito Alves Garcez, dando, o primeiro, como incurso nas sanções dos arts. 299, 298 e 304 do Código Penal, todos em continuidade delitiva e o segundo, nos arts. 298 e 299 do Código Penal, todos, também, em continuidade delitiva, porque:

“Jeferson Freitas, objetivando obter visto consular norte-americano, assinou recibo de entrega de Declaração de Ajuste Anual – pessoa física, ano-calendário 1996, bem como recibos de pagamentos, documentos com informações que sabia serem ideolo-

gicamente falsas e que foram inseridos nos mesmos pelo ora, também, apelante, João Hipólito Alves Garcez, mediante carimbo, da empresa Márcio Morona – ME, obtido por Jeferson e aposto por João Hipólito.

“João Hipólito Alves Garcez além de inserir, nos recibos de pagamentos assinados por Jeferson, declarações sabidamente falsas, inseriu e assinou, na condição de suposto empregador (Empresa Márcio Morona – ME), contrato de trabalho e registro de opção pelo FGTS, fictícios, em sua Carteira de Trabalho e Previdência Social.

“Na Declaração de Ajuste Anual, inseriu informações inverídicas, assim como apôs carimbo falso, atestando a recepção da Declaração, pela Agência da Receita Federal, em Criciúma” (fl. 4).

Concluída a instrução criminal no juízo estadual de primeiro grau, uma vez que, pertinentemente, o digno Juiz da 1ª Vara Federal, circunscrição judiciária de Criciúma, alegou incompetência *ratione materiae* para o julgamento do feito, a denúncia restou julgada parcialmente procedente para condenar Jeferson Freitas à pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 23 (vinte e três) dias-multa, pelas infrações previstas no art. 298 c/c ao arts. 71 e 299, todos do Código Penal, substituída por duas penas restritivas de direitos, e João Hipólito Alves Garcez, à pena de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 25 (vin-

te e cinco) dias-multa, pelas infrações previstas nos arts. 298 e 299, ambas em continuidade delitiva, todos do Código Penal, substituída por duas penas restritivas de direitos.

Inconformados, os réus apelaram pretendendo a absolvição, à guisa de desconhecem a ilicitude dos atos praticados, bem como não haver provas a justificar o decreto condenatório.

Nas contra-razões, manifestou-se o Ministério Público pelo não provimento das apelações, subindo os autos a esta instância, na qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo conhecimento e não provimento dos recursos.

É o relatório.

1. Os recursos são conhecidos porque próprios e tempestivos, não merecendo, contudo, provimento.

Tanto a materialidade (existência da lesão de direito), quanto a autoria, bem como a relação de causalidade, restaram comprovadas nos autos.

A materialidade exsurge dos documentos trazidos à apreciação jurisdicional, quais sejam, a Declaração de Rendimentos com o conteúdo inverídico, seu comprovante de entrega com falso carimbo de recepção, a Carteira de Trabalho e Previdência Social com a inserção de falso contrato de trabalho e registro de opção pelo FGTS, e os recibos de pagamento fictícios (fls. 12,13, 79, 80 e 81).

A autoria restou confirmada não só pelo encadeamento lógico dos fatos, como, também, pela confissão dos apelantes, vindo a formar um todo coerente e harmônico, afastando

qualquer dúvida sobre as práticas delituosas.

Jeferson de Freitas, na fase de inquérito, em declarações prestadas no Departamento da Polícia Federal, “confirmou serem de sua autoria as assinaturas constantes da declaração de imposto de renda (fls. 12/13), assim como a de seu passaporte apreendido (fl. 17), e que a declaração, quando assinada, já estava preenchida com a relação de bens e rendimentos tributáveis nela constantes, os quais, na verdade, não possuía, tendo sido tal preenchimento de responsabilidade de João Hipólito Alves Garcez.

“Relatou que, no início do ano de 1997, tinha planos para viajar aos Estados Unidos e dirigiu-se à Agência Trópicos Turismo, em Criciúma, onde obteve a relação dos documentos necessários à obtenção do visto. Procurou por João Hipólito no intuito de saber se ele tinha condições de providenciá-los, ao que este respondeu afirmativamente, uma vez que já havia feito esse tipo de trabalho para outras pessoas que queriam viajar para os Estados Unidos, solicitando-lhe, então, sua carteira de identidade, CTPS, CPF e outros documentos dos quais não se recordava.

“Na posse da Carteira de Trabalho, João Hipólito procedeu ao registro fictício do contrato de trabalho com a empresa Márcio Morona – ME, de propriedade do tio do declarante e onde já havia, efetivamente, trabalhado, cujo carimbo acreditava ter sido apostado pelo próprio tio. Também foram confeccionados, por João Hipólito, 3 (três) recibos de pagamento salarial fictícios, assinados por Jeferson.

“Jeferson esteve por várias vezes no escritório de João Hipólito, para saber sobre os documentos ou assiná-los, sendo que, da última vez, foi para buscá-los, indo, depois, até a Agência Trópicos Turismo acompanhado de João Hipólito para dar encaminhamento aos documentos, pagando, por isso, a taxa de R\$ 100,00 (cem reais).

“Pelo serviço efetuado, Jeferson pagou a João Hipólito a quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

“Acrescentou que não mais voltou à agência de viagens porque veio a saber, por intermédio de uma tia, que a polícia havia estado em sua casa, procurando-o.

“Tão logo tomou conhecimento de que a Polícia Federal estava investigando o episódio, procurou por João Hipólito para saber como se portar, caso viesse a ser interrogado, ao que foi orientado por ele e por sua irmã, que é advogada, que ‘caso viessem atrás dele ou recebesse intimação para comparecer na polícia, não dissesse quem tinha feito e que era para ficar calado’.

“Sobre João Hipólito, afirmou saber tratar-se de contador que realizava cálculos de ações indenizatórias trabalhistas, na Justiça do Trabalho de Criciúma, sendo pessoa bastante influente perante as autoridades públicas da cidade, trabalhando em escritório adjacente ao de um cunhado que é advogado, e está afastado das atividades forenses por denúncias de irregularidades nas ações trabalhistas que movia em nome de seus clientes” (fls. 61/63).

Em Juízo, somente acrescentou os motivos que o levaram a proce-

der de tal forma, relatando que vinha de um rompimento sentimental que muito o abalara, e, por ter uma prima vivendo em Boston (EUA), resolveu ir em busca de uma nova vida, uma vez que já estava desempregado há cerca de um ano, tendo consciência de que sua conduta era errada, não tendo, porém, conhecimento das possíveis conseqüências (fls. 105/106).

Por sua vez, João Hipólito Alves Garcez, ao ser interrogado em sede policial, negou veementemente que tivesse tido qualquer participação no feito, contestando a autoria das anotações na CTPS de Jeferson, bem como a dos documentos referentes à declaração de imposto de renda e dos recibos de salários, reconhecendo, contudo, certa semelhança nas assinaturas.

“Afirmou ter sido consultado por Jeferson sobre a possibilidade de fazer a documentação necessária, ao que respondeu não estar interessado, não tendo recebido qualquer documento ou pagamento por parte daquele” (fls. 67/69).

Por serem totalmente discrepantes as declarações entre Jeferson e João Hipólito, procedeu a autoridade policial federal à acareação, ocasião em que ambos mantiveram suas declarações (fls. 77/78).

Entretanto, um dia após prestar o depoimento em inquérito, João Hipólito retornou à delegacia da Polícia Federal de Criciúma para retificar as declarações oferecidas, dizendo-se arrependido por não tê-las prestado de forma verdadeira.

Ainda em sede de inquérito, foram tomadas as declarações de Celestino Morona, Márcio Morona e João

Morona, proprietário de fato, proprietário de direito e contador da empresa Márcio Morona – ME, respectivamente, quando afirmaram não ser verdadeiro o vínculo empregatício de Jefferson Freitas com aquela empresa e que, não obstante ser verdadeiro o carimbo apostado na CTPS daquele, este registro não foi efetuado por nenhum deles e tampouco tinham conhecimento de quem teria feito (fls. 83/86).

A oitava das testemunhas arroladas na denúncia foi dispensada pelo Ministério Público, no âmbito judicial.

As testemunhas de defesa de João Hipólito Alves Garcez, Antônio Zatta Borges e Arilto Miranda, ouvidas em Juízo, nada conheciam dos fatos, sendo meramente abonatórias de sua conduta.

A constatação das condutas ilícitas teve seu nascedouro por força da consulta realizada pelo Consulado Norte-americano, em São Paulo, à Delegacia da Receita Federal, em Florianópolis, decorrente da expressiva incidência de documentos falsos encaminhados por agências de viagens de Criciúma àquele órgão diplomático, objetivando a obtenção de visto de entrada naquele país.

Inicialmente, imperioso se faz estabelecer a distinção entre os delitos de falsidade material e ideológica, previstos no título que cuida dos crimes contra a fé pública, no qual o sujeito passivo é, em primeiro plano, o Estado, podendo, secundariamente, ser a pessoa prejudicada pelo falso.

Reza o art. 298 do Código Penal, incorrer em falsificação de documento particular aquele que “falsificar, no todo ou em parte, documento parti-

cular, ou alterar documento particular verdadeiro”. Reporta-se, portanto, ao falso material, ou seja, à alteração da forma do documento, seja ela no todo ou em parte, ou por meio da criação de novo documento.

Assim manifesta-se Julio Fabbrini Mirabete acerca do tema, afirmando que a conduta em nada difere daquela prevista no art. 297, tendo, apenas, como objeto material, o documento particular, que é elaborado por particular, sem a interferência de funcionário público:

“Duas são as formas de condutas inscritas no tipo do art. 297. A primeira delas é a de falsificar, que significa criar materialmente, fabricar, formar, contrafazer o documento, ou integralmente ou acrescentando algo a um escrito, inserindo dizeres em espaço em branco. A segunda ação é alterar o documento verdadeiro, excluindo termos, acrescentando dizeres, substituindo palavras etc. É indiferente que a falsificação se dê em todo o papel ou parte deste, uma ou todas as vias que formam o documento” (Código Penal Interpretado, SP: Atlas, 1999, págs. 1.587/1.588).

Já o teor do art. 299 do Diploma Penal, prevê que o crime de falsidade ideológica é aquele que se subsume no procedimento de “omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante”.

Nos dizeres de Celso Delmanto, três são as modalidades alternati-

vamente previstas para a tipificação da falsidade ideológica:

“a) Omitir declaração que dele devia constar. A conduta é omissiva. O agente omite (silencia, não menciona) fato que era obrigado a fazer constar. b) Inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. O agente, diretamente, insere (faz constar, coloca) declaração falsa ou diversa da que devia ser consignada. c) Fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita. O comportamento é semelhante, mas o agente atua indiretamente, fazendo com que outrem insira a declaração falsa ou diversa” (Código Penal Comentado, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pág. 532).

Assim, “na falsidade material o que se falsifica é a materialidade gráfica, visível, do documento; na ideológica é o seu teor ideativo ou intelectual” (STF, RTJ 122/557), ou, ainda, “a falsidade ideológica concerne ao conteúdo, e não à forma. Quando esta é alterada, forjada ou criada, a falsidade a identificar-se é a material” (TJSP, RT 519/363).

Na falsidade ideológica, como ensina Sylvio do Amaral, “não há rasura, emenda, acréscimo ou subtração de letra ou algarismo. Há, apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo verdadeiro, isto é, realmente escrito por quem seu teor indica” (Falsidade Documental, 2ª ed., São Paulo: RT, 1978, pág. 53).

Na concepção de Guilherme de Souza Nucci, os elementos normativos do tipo penal, “falsa e diversa do que devia ser escrita”, são elementos da valoração jurídica, pois cada docu-

mento possui informes esperados. A introdução de algo que não corresponde à realidade compõe a falsidade (ex.: incluir na carteira de trabalho um vínculo empregatício inexistente) e a inserção de declaração não compatível com a que se esperava fosse colocada, compõe a outra situação (ex.: inserir valor de salário diverso do real)” (Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, pág. 754).

“Assim, enquanto na falsidade material o crime é apurado pelo exame do escrito para se verificar se houve contrafação ou alteração, na ideológica somente pode ser constatado pela verificação dos fatos a que se refere o documento” (Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, 5ª ed., São Paulo: Atlas, 1991, vol. 3, pág. 240).

Analisando acuradamente o caso *sub judice*, depreende-se, primeiramente, que, no que respeita à documentação referente à Declaração de Ajuste Anual e seu respectivo Recibo de Entrega, trata-se, em verdade – declaração e recibo de entrega –, de um único documento tão-somente, uma vez que a declaração de bens, rendimentos e direitos não tem existência jurídica nem produz efeitos fiscais sem a sua respectiva entrega aos órgãos competentes, da mesma forma que o recibo de entrega está vinculado, umbilicalmente, a uma correspondente declaração. Ambos, isoladamente, são inócuos e não possuem qualquer efeito de relevância jurídica. Tem-se, assim, um documento único, muito embora composto, no caso em apreço, de duas folhas independentes.

A aposição de carimbo, cuja inautenticidade foi atestada pela Dele-

gacia da Receita Federal em Florianópolis (fls.10/11), alocado no campo destinado à comprovação de recebimento, transforma-o em um documento falsificado e não num documento contendo declarações ideologicamente falsas. A falsificação material antecede a falsa declaração, e, sendo falso o documento, inócuo se perquirir da veracidade ou não de seu conteúdo.

Assim, repisando o ensinamento de Julio Fabbrini Mirabete:

“É indiferente que a falsificação se dê em todo o papel ou parte deste, uma ou todas as vias que formam o documento” (Código Penal Interpretado, SP: Atlas, 1999, págs. 1.587/1.588).

E arremata Guilherme de Souza Nucci:

“A falsificação pode produzir um documento inteiramente novo (construído pelo agente) ou apenas alterar um documento verdadeiro, introduzindo-lhe pedaços não autênticos” (ob. cit., pág. 755).

Em que pese, em regra, o delito de falsidade material exigir prova técnica para sua comprovação, *in casu*, isso não ocorre. O próprio órgão arrecadador, competente para verificar a regularidade fiscal dos contribuintes, atestou, não somente que o CPF de Jeferson não constava como declarante do exercício de 1997, como, também, não conferir o carimbo com aquele utilizado pela agência da Receita Federal, em Criciúma.

Resta caracterizado, dessarte, o delito previsto como falsidade material pelo Diploma Penal, tendo como sujeitos ativos, em co-autoria, ambos os apelantes, impondo-se a desclassi-

ficação do delito do art. 299 para o do art. 298, do Diploma Repressivo.

Entretanto, com relação às inverídicas averbações feitas na Carteira de Trabalho e Previdência Social de Jeferson Freitas, relativamente a contrato de trabalho inexistente e decorrente opção por FGTS, bem como à inserção em 3 (três) recibos de pagamento salarial, de ganhos não ocorrentes, o contrário do que identificou a insigne Juíza se verifica. Trata-se, aqui, de documentos verdadeiros, como verdadeiros são a CTPS e os recibos confeccionados, aptos a comprovar ganhos salariais, contendo, porém, informações que não correspondem à verdade.

A CTPS foi expedida pelo órgão competente para fazê-lo, o Ministério do Trabalho, por intermédio de sua agência delegada, contendo, inclusive, dados da vida profissional pregressa do apelante Jeferson, assim como os recibos são documentos eletrônicos de uso corrente, hábeis a receber informações funcionais relativas à percepção salarial e seus ajustes, como acréscimos e deduções.

A conduta típica descrita no art. 298 contém dois verbos. O primeiro é falsificar – que significa criar materialmente, fabricar, forjar o documento – no todo ou em parte ou acrescentar algo inserindo dizeres em espaço em branco. O segundo é alterar o documento verdadeiro, excluindo termos, acrescentando dizeres, substituindo palavras.

A prova produzida nos autos demonstra que o agente, na realidade, não alterou qualquer documento. Na verdade, o conteúdo é que é falso, ou seja, as declarações neles averbadas é que não são verdadeiras.

Da nossa jurisprudência, retira-se:

“I — Falsidade ideológica — Artigo 299, Código Penal.

“O delito de falsidade ideológica reside na alteração da autenticidade do documento em seu aspecto substancial. O que se considera, neste caso, é seu conteúdo intelectual (ideal), de modo que o documento no seu aspecto externo é formalmente perfeito, sem contrafação ou alteração, mas contém em seu conteúdo alguma inverdade.

“Seguindo sua classificação doutrinária, é crime comum (pode ser praticado por qualquer pessoa), tendo como seu sujeito passivo principal o Estado e secundário aquele que sofre ou pode sofrer o dano referido no tipo; é delito formal, não exigindo a produção de qualquer dano, bastando que a conduta se apresente capaz de produzir prejuízo a terceiro” (Ap. Crim. n. 1996.008653-6, de Turvo, rel. Des. Álvaro Wandelli, j. 5/8/1997).

Analisando a figura penal do art. 299, preleciona o ínclito Julio Fabbrini Mirabete:

“Uma coisa é criar materialmente o documento ou parte dele, outra é declarar um juízo inverídico em lugar da verdade em documento que, materialmente, é verdadeiro. Concerne a falsidade ideológica ao conteúdo, e não à forma (RT 513/367). Assim, enquanto na falsidade material o crime é apurado pelo exame do escrito para se verificar se houve contrafação ou alteração, na ideológica somente pode ser constatado pela verificação dos fatos a que se refere o documento” (ob. cit., pág. 240).

Nesse rumo temos 2 (dois) delitos de falsidade ideológica praticados: um, quanto às informações inverídicas anotadas na CTPS e outro, no preenchimento dos 3 (três) recibos laborais, cujos dados não conferem com a realidade. Note-se que a reprodução de 3 (três) recibos não configura a ocorrência de 3 (três) delitos independentes, sobretudo para efeitos de cálculo da continuidade delitiva. Tendo sido objeto de execução única, como se depreende dos autos, indiferente sejam 1 (um) ou 3 (três) os recibos, pois a ação teve aspecto temporal uno.

Sabe-se que o crime de uso de documento falso, previsto pelo art. 304 do CP, é tido como exaurimento do crime de falso por majoritária corrente jurisprudencial, *ex vi* do que tem julgado este egrégio Tribunal:

“Se o próprio autor ou co-autor da falsificação faz uso do documento, responderá por crime único. O uso é, nesse caso, fato posterior não punível” (RT 530/395).

Colhe-se, também, de elucidativo voto vencido inserto na RT 441/375:

“A concepção de crime progressivo visou apenas a evitar o *bis in idem*, ou seja, o duplo castigo, pela edição e pelo uso do falso, mas isso melhor se consegue reservando-se a figura do art. 304 do CP para quem use sem ter criado o falso documento. É o sistema italiano e é, *data venia*, o melhor (Hungria, Código Penal 9/300) (Des. Acácio Rebouças)”.

Dessa forma, aflorando dos autos um contexto factual harmônico e coerente, em que a confissão dos apelantes é recepcionada pelos documen-

tos exibidos, demonstrada está, sem obscuridades, a ocorrência das práticas delituosas.

Sendo assim, caracterizados os delitos de falsidade material e falsidade ideológica, cabe, *ex officio*, com base no princípio *jura novit curia*, ou seja, o princípio da livre dicção do direito, expresso nos artigos 383 e 617 do Código de Processo Penal, dar nova definição jurídica aos fatos aqui relatados (*emendatio libelli*).

Dispõe o art. 617 do CPP:

“O Tribunal, Câmara ou Turma atenderá nas suas decisões ao disposto nos arts. 383, 386 e 387, no que for aplicável, não podendo, porém, ser agravada a pena, quando somente o réu houver apelado da sentença”.

2. Adequação da Pena

Comprovada a inclusão de afirmação de falso conteúdo em documento materialmente genuínos, a desclassificação do delito do art. 298 para o do art. 299 é medida que se impõe. Da mesma maneira, urge a reclassificação do crime de falsidade ideológica para o de falsidade material, no que respeita à inserção de carimbo falso em documento de informação de rendas.

Ante o exposto, opera-se de ofício a *emendatio libelli* para adequar as capitulações e as penas atribuídas pela digna Juíza de Direito *a quo*, nos seguintes termos, para ambos os apelantes:

Mantêm-se a pena-base atribuída de 1 (um) ano e 10 (dez) dias-multa, para o delito previsto no art. 298 (falsificação de documento particular), pela aposição de carimbo falso

no recibo de entrega de declaração de imposto de renda, que, por se tratar de documento indissociável, conta-se uma única vez. Assim, também mantêm-se a pena-base atribuída de 1 (um) ano e 10 (dez) dias-multa, para o delito previsto no art. 299 (falsidade ideológica), pela anotação na CTPS e confecção de recibos salariais, acrescida em 1/6 (um sexto) pela dupla ocorrência, resultando, em face do concurso material, na pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidas as demais cominações da sentença.

3. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar-lhes provimento e, de ofício, reclassificar os delitos e adequar as reprimendas, condenando Jeferson Freitas e João Hipólito Alvez Garcez à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 21 (vinte e um) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baach Luz, e exarou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 17 de dezembro de 2002.

Maurílio Moreira Leite,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.018047-0, DE SÃO DOMINGOS**Relator: Des. Irineu João da Silva**

Crime contra a pessoa — Homicídio qualificado — Motivo fútil — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Desproporcionalidade entre a ação do ofendido e a reação dos réus — Recurso não provido.

A intervenção da vítima em favor daquele que impede a prática de algazarra em seu restaurante não é motivo relevante para provocar a agressão dos “baderneiros”, a ponto de lhe espancarem e desferirem vários tiros contra ela, que já estava prostrada ao chão, até a morte, revelando a desproporcionalidade entre a ação anterior e a reação, e, portanto, a futilidade do motivo. A questão, evidentemente, seria passível de ser dirimida por outros meios.

Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 2002.018047-0, da comarca de São Domingos, em que são apelantes Luiz Alves de Almeida e Ulisses Castro Neto e apelada a Justiça Pública, por seu promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São Domingos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Luiz Alves de Almeida, Valdemar Alves de Almeida, Ulisses Castro Neto e Júnior de Lima Damásio, dando-os como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, inc. II, e, por duas vezes, o art. 121, § 2º, inc. II, c/c art. 14, inc. II, todos do Código Penal, porque:

“No dia 18 de novembro do corrente ano (2001), os denunciados, to-

dos naturais e provenientes do Estado do Paraná, que fixaram residência nesta Cidade e Comarca aproximadamente três meses antes dos fatos, em razão do exercício laboral conjunto, destinado à construção de uma barragem entre os municípios vizinhos de São Domingos e Ipuauçu (todos empregados da Firma Consórcio Quebra-Queixo, responsável pela realização da obra), deslocaram-se, por volta das 21 horas, até o estabelecimento comercial denominado Restaurante Pedrotti, localizado na Rua Benjamim Constant, centro, nesta Cidade, de propriedade de Vincelino José Pedrotti.

“Já na referida casa de comércio, e dada à inexistência momentânea de valores por quaisquer dos denunciados, trataram de gestionar junto ao proprietário do restaurante, Sr. Vincelino, o consumo de bebidas alcoólicas para posterior pagamento. Assim permitidos, foram todos à parte exter-

na do estabelecimento e passaram a consumir algumas cervejas.

“Transcorrido certo espaço de tempo, os denunciados deslocaram-se de sua posição primeira — parte externa do restaurante — e lá adentraram, posicionando-se em uma mesa próxima ao balcão do estabelecimento. Em dado momento, deram início a atitudes desrespeitosas e notoriamente impróprias à oportunidade e local (considerando que, naquele momento, o interior do restaurante tinha suas mesas ocupadas por vários outros populares), na medida em que, em tom de algazarra, passaram a jogar cervejas uns aos outros, atingindo o líquido, ainda, em terceiros, que, pacífica e ordeiramente, divertiam-se no interior do restaurante, dentre estes, a notar, as pessoas de Sidnei de Carvalho, Orlei Reis e o casal Áureo Prestes dos Santos e Mariza Carvalho.

“Desgostosos, então, com a atenção dos denunciados, Orlei e Áureo contataram o proprietário do restaurante, sugerindo solicitação deste aos desoderdeiros para a cessação dos indevidos atos. Atendendo ao pedido, o Sr. Vincelino José Pedrotti, proprietário da casa, abordou os denunciados, pedindo-lhes que respeitassem o local, bem como os demais clientes, à condição de serem retirados do estabelecimento.

“Surpreendentemente foi que, então, dada à condição paralela de não pagantes e desordeiros admitida pelos denunciados, o proprietário do estabelecimento viu sua solicitação resistida, quando eles, mostrando-se contrariados, passaram a lançar expressões/frases desafiadoras ao Sr. Vincelino. Posta a situação, e motiva-

dos pelos fatos narrados acima e pela condição de inferioridade do Sr. Vincelino frente à ação desafiadora e ameaçadora dos denunciados, Sidnei, Orlei e Áureo aderiram às razões do proprietário do estabelecimento e, é de se frisar, sempre de forma pacífica, uniram forças ao Sr. Vincelino, tendentes a convencer os desordeiros a se retirarem do restaurante.

“Após momentâneo debate, Vincelino, Sidnei, Orlei e Áureo viram, a princípio, exitosa a solução pacífica do impasse quando, mesmo que contrariados, os denunciados deram início à retirada do local. Todavia, quando se encontraram todos já junto à porta de saída do restaurante, os denunciados, inconformados com a desagradável situação, frisa-se, por eles mesmos criada, e, agora merecendo maior destaque, encorajados pelo fato de que todos os quatro, na oportunidade, portavam armas de fogo (condição comum que era de prévia ciência de todos os denunciados), voltaram a proferir expressões desafiadoras, ameaçadoras e, sobretudo, provocadoras às pessoas de Vincelino José Pedrotti, Sidnei de Carvalho, Orlei Reis e Áureo Prestes dos Santos, paralelamente à proposital amostra do dito porte de arma de fogo, o que faziam com a atitude de levar à mão, seguidamente, e mesmo que por sobre a camisa, junto às suas cinturas.

“Assim é que, conseguindo os denunciados aflorar nova discórdia/discussão entre os envolvidos, deram início às ações covardes e direcionadas contra as pessoas de Sidnei Carvalho, Orlei Reis e Áureo Prestes dos Santos.

“De fato, no calor do entrevero, os denunciados, primeiramente, investiram com socos, garrafadas e cadeiradas, contra Sidnei, Orlei e Áureo e, em momento imediatamente subsequente, passaram a agir direcionados à extinção da vida de seus desafetos. Foi que, então, o denunciado Ulisses Castro Neto, ignorando a tentativa de defesa de Mariza de Carvalho, esposa de Áureo, que tendia a obstacularizar a ação homicida, segurando-o pela cintura, desvencilhou-se dela e, sacando a arma de fogo – revólver – que trazia consigo, desferiu dois ou mais tiros seguidos contra a vítima Áureo Prestes que, por sua vez, atingido, veio à imediata queda. Neste mesmo intervalo, o denunciado Valdemar Alves, com o intuito único de retirar a vida da vítima Orlei Reis, e se valendo, também, da arma de fogo que portava no momento, desferiu vários tiros contra este último, dentre os quais, apenas um o atingiu. Por sua vez, aderindo à ação conjunta de todos os denunciados contra a vida de Sidnei, Orlei e Áureo, o denunciado Júnior de Lima Damásio sacou, também, de sua arma de fogo e disparou diversas vezes contra a pessoa de Sidnei Carvalho, não conseguindo, todavia, atingi-lo.

“Instalado o tumulto e pânico (lembramos que o restaurante, no momento dos fatos, era freqüentado por diversas outras pessoas), as vítimas Orlei Reis e Sidnei de Carvalho, o primeiro, mesmo que atingido pelo disparo de arma de fogo, conseguiram fugir da mira dos homicidas, adentrando ao reservado da cozinha, localizando na parte dos fundos da casa.

“Mesma oportunidade, porém, não teve a vítima Áureo Prestes dos

Santos que, ainda com vida, porém, baleado e caído ao chão, não pôde fugir do local, ficando à mercê do *animus necandi* dos denunciados. Percebendo a cena foi que, por fim, os denunciados Ulisses e Valdemar agrediram violentamente a cabeça de Áureo, desferindo-lhe golpes com hastes de madeira (pés da cadeira), tudo, seguido do ato fatal praticado pelo denunciado Luiz Alves de Almeida, que, empunhando sua arma de fogo (revólver), aproximou-a a uma distância de cerca de 1m (um metro) da cabeça da vítima e, indiferente com o pedido do terceiro Maxoel Bicca da Rosa, que, assistindo à cena, clamava por compaixão, desferiu o último e certo tiro em Áureo Prestes dos Santos.

“Os atos criminosos acima narrados foram a causa eficiente da morte de Áureo Prestes dos Santos, decorrente das lesões descritas no laudo de exame cadavérico de fls. 222/227, bem como das lesões corporais sofridas pelas vítimas Sidnei de Carvalho e Orlei Reis, descritas, respectivamente, nos autos de exame de corpo de delito de fls. 32/33.

“Cabe gizar, ainda, que, terminada a ação conjunta e homicida, os quatro denunciados saíram do local do crime, portando suas armas de fogo, vindo, logo após, quando já perseguidos pela atuante força policial local, a trocarem tiros com os policiais militares, fugindo para lugar ignorado.

“De último, certo é que, com relação às vítimas Orlei Reis e Sidnei Carvalho, os denunciados não conseguiram perfectibilizar seus intentos, repetimos, a extinção de suas vidas, por circunstâncias alheias às suas vontades, uma vez que, apesar da fú-

ria e ações múltiplas dos denunciados dirigidas a este fim, as vítimas foram eficientes na fuga defensiva da cena do crime. Por outro lado, inegável a caracterização da futilidade tocante à motivação que ensejou as práticas criminosas, dada à notória desproporção entre as ações ilícitas e sua causa moral” (fls. 2/7).

Concluída a instrução criminal, os acusados restaram pronunciados, nos termos da denúncia e, submetidos a julgamento pelo Tribunal do Júri, a denúncia foi julgada parcialmente procedente para:

— Condenar Valdemar Alves de Almeida à pena de cumprimento de 7 (sete) anos de reclusão, em regime semi-aberto, pela prática de crimes de homicídio simples contra a vítima Áureo Prestes e tentativa de homicídio simples contra Sidnei de Carvalho, e absolvê-lo da prática do crime de homicídio tentado contra Orlei Reis;

— Absolver Júnior de Lima Damásio em relação aos delitos praticados contra Áureo Prestes e Orlei Reis e desclassificar a infração cometida contra Sidnei Carvalho para o crime do art. 129, *caput*, do Código Penal;

— Condenar Ulisses Castro Neto Almeida à pena de cumprimento de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de crimes de homicídio qualificado contra a vítima Áureo Prestes, tentativa de homicídio qualificada contra Sidnei Carvalho e tentativa de homicídio simples contra Orlei Reis;

— Condenar Luiz Alves de Almeida à pena de cumprimento de 14 (quatorze) anos de reclusão, em regime fechado, pela prática de cri-

mes de homicídio qualificado contra a vítima Áureo Prestes, lesões corporais leves contra Sidnei Carvalho e tentativa de homicídio simples contra Orlei Reis.

Inconformados, Luiz Alves de Almeida e Ulisses Castro Neto apelaram, com fulcro no art. 593, inciso III, letra *d*, do Código de Processo Penal, haja vista que a decisão dos jurados, que reconheceu a qualificadora do motivo fútil, contrariou a prova dos autos.

Após as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, opinou pelo não provimento do recurso.

É o relatório.

1. Os apelantes pretendem a anulação do julgamento, sob o argumento de que o reconhecimento da qualificadora do motivo fútil caracterizou decisão contrária à prova dos autos, invocando o art. 593, III, *d*, do Código de Processo Penal.

Julio Fabbrini Mirabete, comentando o dispositivo, explica:

“A final, o art. 593, III, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando for manifestamente contrária à prova dos autos. Trata-se de hipótese em que se fere justamente o mérito da causa, em que o *error in iudicando* é reconhecido somente quando a decisão é arbitrária, pois se dissocia integralmente da prova dos autos, determinando-se novo julgamento. Não se viola, assim, a regra constitucional da soberania dos veredictos. Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento.

Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada. É lícito ao Júri, portanto, optar por uma das versões verossímeis dos autos, ainda que não seja eventualmente essa a melhor decisão” (Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., SP: Atlas, 2000, pág. 1.252).

A jurisprudência é pacífica sobre a matéria:

“Nos precisos termos do art. 593, III, d, do CPP, somente caberá apelação das decisões do Tribunal do Júri quando a conclusão dos jurados for manifestamente contrária à prova dos autos. E, segundo iterativa jurisprudência, é pacífico, hoje, que o advérbio ‘manifestamente’(…) dá bem idéia de que só se admite seja o julgamento anulado quando a decisão do Conselho de Sentença for arbitrária, por se dissociar inteiramente da prova dos autos. E não contraria esta a decisão que, com supedâneo nos elementos de convicção neles constantes, opte por uma das versões apresentadas” (RT 593/349).

“Caracteriza-se a decisão manifestamente contrária à prova dos autos somente quando destituída de qualquer fundamento e apoio no processo, não ensejando a anulação do julgamento a opção por uma das versões apresentadas, em face da fragilidade do conjunto probatório” (RT 742/619).

2. A materialidade do crime de homicídio qualificado perpetrado contra a vítima Áureo Prestes restou comprovada pelo laudo de exame cadavérico de fls. 231/247.

No tocante à autoria, aliás, não contestada, não há dúvida de que os

apelantes, Luiz Alves de Almeida e Ulisses Castro Neto, concorreram para a morte da vítima Áureo Prestes, conforme narraram na fase investigatória (fls. 248/249 e 258/259) e em Juízo (fls. 299/301 e 304/305).

Em verdade, o recurso objetiva, tão-somente, a exclusão da qualificadora do motivo fútil, e, para tal análise, é necessário tecer algumas considerações teóricas.

Motivo é a causa moral da conduta humana, é a razão que conduz o homem a agir. No direito penal brasileiro, segundo estrutura das figuras típicas, os motivos determinantes do homicídio podem ser classificados em morais e imorais, sociais e anti-sociais.

Ao mesmo tempo em que os motivos sociais e os motivos morais privilegiam o homicídio, as motivações anti-sociais e imorais o qualificam, isto é, configuram sua modalidade mais grave. São hipóteses de homicídio por motivação imoral aqueles praticados mediante paga ou promessa de recompensa, para assegurar a execução, a ocultação, ou a impunidade de outro crime, e aqueles cometidos por motivo torpe. Homicídio por motivação anti-social é o cometido por motivo fútil, pequeno, sem importância, que se caracteriza pela desproporção entre a causa moral da conduta e o resultado morte por ela operado no meio social.

Fútil vem do latim *futilis*, que quer dizer “o que não tem autoridade, o que é vão, leviano, frívolo. Do ponto de vista penal, motivo fútil é o motivo, relativa e objetivamente, insignificante, que não podia por si, *in concreto*, ou no comum dos casos, explicar a ação praticada. É assim que a futilidade

de do motivo só é tal quando pomos em confronto o fato que determinou a ação criminosa e esta ação mesma; se a desproporção entre os dois fatos é muito grande, se para o fato irrelevante da vítima há o fato enorme do agente surge e se caracteriza a futilidade do motivo: para um sorriso malicioso, por causa de um cruzeiro que não foi pago, por um ato inofensivo qualquer, um tiro de revólver, uma punhalada, a lesão, a morte. É evidente, pois, que este motivo deve ser encarado, sempre, do ponto de vista de sua força psíquica, e não pelo aspecto da sua moralidade, isto é da sua condição de bom ou mau” (Pedro Vergara, Das Penas Principais e sua Aplicação, Rio de Janeiro: Boffoni, 1948, pág. 312).

Segundo Anibal Bruno, motivo fútil é “aquele pequeno demais para que na sua insignificância possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta. O que acontece é uma desconformidade revoltante entre a pequenez da provocação e a grave reação criminosa que o sujeito lhe opõe. A um leve gracejo de um companheiro o agente responde com uma faca que o mata; vê uma criança colhendo uma laranja em seu quintal e abate com um tiro. O que o Código toma em conta é essa estranha insensibilidade, esse desprezo pela vida alheia, que o agente revela na incoerente motivação do seu comportamento” (Crimes Contra a Pessoa, RJ: Forense, 1975, pág. 78).

No mesmo sentido a jurisprudência:

“Fútil é o motivo sem importância, frívolo, leviano, a ninharia que leva o agente à prática desse grave crime, na inteira desproporção entre o

motivo e a extrema reação homicida” (RT 404/366).

Sob esse prisma deve ser analisada a ocorrência ou não de decisão contrária à prova dos autos no reconhecimento da qualificadora do motivo fútil.

Na comarca de São Domingos, no dia 18/11/2001, por volta das 21 horas, no Restaurante Pedrotti, localizado na Rua Benjamim Constant, naquela Cidade, de propriedade de Vincelino José Pedrotti, os denunciados, após combinarem o pagamento posterior das bebidas que consumiriam, em tom de algazarra, passaram a jogar cervejas uns nos outros, atingindo o líquido, ainda, em terceiros, que, pacífica e ordeiramente, divertiam-se no interior do restaurante, dentre estes, Sidnei de Carvalho, Orlei Reis e o casal Áureo Prestes dos Santos e Mariza Carvalho.

Ato contínuo, o proprietário do estabelecimento comercial, alertado por Orlei Reis e Áureo Prestes dos Santos, pediu-lhes que parassem com as brincadeiras, caso contrário seriam retirados do local. No entanto, diverso do que era de se esperar de pessoas de boa índole, os denunciados passaram a agredir verbalmente o Sr. Vincelino, com o que reagiram pacificamente em seu favor Sidnei, Orlei e Áureo, tentando convencê-los a se retirarem.

Todavia, quando já estavam na porta de saída do restaurante, os denunciados, novamente, proferiram ameaças ao Sr. Vincelino e seus defensores, mostrando, propositadamente, as armas que carregavam, culminando com a investida a socos, garrafadas e cadeiradas contra Sidnei, Orlei e Áureo. Na ocasião, Ulisses

Castro Neto, não obstante a tentativa de apartar a briga feita por Mariza de Carvalho, que o segurou pela cintura, desvencilhou-se dela e, sacando de um revólver, desferiu tiros contra a vítima Áureo Prestes, sendo acompanhado na ação homicida pelo denunciado Valdemar Alves, que, também, desferiu vários tiros contra aquele. Por sua vez, o denunciado Júnior de Lima Damásio sacou de sua arma de fogo e disparou diversas vezes contra Sidnei Carvalho, sem, contudo, atingi-lo.

Enquanto as vítimas Orlei Reis e Sidnei de Carvalho conseguiram fugir, Áureo Prestes dos Santos, que continuava caído, mas, ainda com vida, foi agredido violentamente, na cabeça, pelos denunciados Ulisses e Valdemar, que lhe desferiram diversos golpes com os pés da cadeira. Não satisfeito, Luiz Alves de Almeida, aproximando-se de Áureo, desferiu um tiro derradeiro em sua cabeça.

As agressões sofridas pela vítima Áureo Prestes foram a causa eficiente de sua morte, conforme a descrição dos peritos, no laudo de exame cadavérico de fls. 231/247, incluindo fotografias, bem como das lesões corporais sofridas pelas vítimas Sidnei de Carvalho e Orlei Reis, descritas, respectivamente, nos autos de exame de corpo de delito de fls. 41/42.

Nesse contexto, a intervenção da vítima em favor daquele que impede a prática de algazarra em seu restaurante não é motivo relevante para provocar a agressão por parte dos

apelantes, a ponto de lhe espancarem e desferirem vários tiros contra ela, que já estava prostrada ao chão, até a morte, revelando a desproporcionalidade entre a ação anterior e a reação e, portanto, a futilidade do motivo. A questão, evidentemente, seria passível de ser dirimida por outros meios.

Dessarte, há um mínimo a indicar o motivo fútil, que, como se sabe, “é aquele pequeno demais para que na sua insignificância possa parecer capaz de explicar o crime que dele resulta. O que acontece é uma desconformidade revoltante entre a pequenez da provocação e a grave reação criminosa que o sujeito lhe opõe” (RJTJSP 111/529).

O veredicto que reconheceu a qualificadora do motivo fútil, portanto, não se dissociou do contexto probatório, devendo ser mantido *in totum*.

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 19 de novembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Irineu João da Silva,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.008122-7, DE LAGES**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

Apelação criminal — Adulteração de sinal identificador de veículo automotor — Art. 311 do CP — Princípio do livre convencimento do juiz — Consideração de indícios que, concatenados, levam à certeza da condenação — Adulteração e remarcação comprovadas — Corrupção ativa — Validade do depoimento prestado pelos policiais — Presunção juris tantum de veracidade — Ausência de qualquer suspeita — Ônus probatório da defesa — Sentença mantida — Recurso desprovido.

A prova realizada por meio de indícios e que permite a presunção é prevista no processo penal. Este adota o princípio do livre convencimento motivado (art. 157), na apreciação do conjunto probatório pelo julgador, não existindo, portanto, hierarquia entre meios de prova, o que significa que a conclusão, acerca da existência do fato, far-se-á pela análise de todo o material probatório colhido, não se vinculando o juiz a qualquer prova individualmente considerada ou avaliada em termos de exclusividade ou preponderância.

“A sucessão de indícios coerentes e concatenados indicando a autoria com uma dose de certeza pode fundamentar a condenação, ainda mais no sistema do livre convencimento do julgador” (Apelação Criminal n. 2000.002582-8, de Ituporanga, relator Des. Nilton Macedo Machado).

“Os servidores públicos, inclusive policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fielmente cumprirem seus deveres funcionais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem escorreitamente, não se podendo ofensivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em documentos oficiais, oferecem a seus superiores e à Justiça sejam ideologicamente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes.” (RT 411/266).

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas legais.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.008122-7, da comarca de Lages, em que é apelante Carlos Antônio Munaretto, e apelada a Justiça, por seu Promotor:

I — Relatório

Na comarca de Lages (3ª Vara Criminal), Carlos Antônio Munaretto foi denunciado como incurso nas sanções do art. 311, *caput*, e art. 333, *caput*, ambos do Código Penal, porque, consoante se infere da exordial acusatória de fls. 2/5:

“Na noite de 6 de dezembro de 2000, por volta das 22 horas, policiais civis da Central de Plantão Policial receberam comunicação anônima, via telefone, de que localizado na Avenida Duque de Caxias, em Lages, algumas pessoas estariam desmontando um caminhão, numa operação conhecida como desmanche, isto é, o aproveitamento de peças de um veículo de origem ilícita que é desmontado, sendo alterados seus sinais identificadores para dificultar seu posterior reconhecimento.

“Referidos policiais civis dirigiram-se até referido barracão, de propriedade do denunciado, que lá se encontrava, encontrando também um grande número de peças, partes e motores de caminhões, dentre os quais os seguintes:

“a — uma (1) cabine de trator da marca Scania, de cor verde, sem plaquetas de identificação e com a etiqueta de identificação de chassi raspada, sem vidros, sem acabamento do volante, sem tacógrafo e sem capô;

“b — uma (1) redução traseira, marca Scania, cor cinza, com numeração ilegível na carcaça, fraudada por lixamento, e com o n. 4316 na ponta do pinhão;

“c — uma (1) redução traseira, marca Scania, cor cinza, com nume-

ração ilegível na carcaça, fraudada por lixamento, e com o n. 732 na ponta do pinhão;

“d — um (1) motor, faltando turbina e coletor de escape, marca Scania, cor verde, não cadastrado na BIN, apresentando sinais de lixamento na numeração do motor (n. 3018209);

“e — um (1) motor, faltando coletor de admissão, marca Volvo, cor verde, não cadastrado na BIN, tendo sido fraudada a numeração original através de esmerilhamento e puncionada a seqüência TD 122F 1357 30568;

“f — um (1) motor, faltando coxim traseiro de ambos os lados, marca Volvo, cor verde, com a numeração original fraudada por esmerilhamento;

“g — um (1) bloco de motor, marca Scania, cor verde, com numeração 4087700, cadastrado na BIN como referindo-se a um automóvel Fiat Uno Eletronic, chassi 9BD1460005324849, constando placa CBQ 5969, proveniente de São Bernardo do Campo—SP;

“h — um (1) bloco de caixa de câmbio, marca Scania, cor verde, sem plaqueta ou número de identificação.

“Além desse material, apreendido pela equipe de investigação da Polícia Civil, foram por esta apreendidos os instrumentos com os quais o denunciado fraudava a numeração e outros sinais de identificação dos veículos, a saber:

“I — uma (1) caixa de plástico de cor preta, contendo vinte e sete (27) pinos de ferro, com aproximadamente sete (7) centímetros de comprimento, contendo numa das pontas de cada um deles as letras: A B C D E F

G H I J K L M N O P Q R S T U V X Y
Z &;

“II — uma (1) caixa de plástico de cor amarela com tampa verde, contendo nove (9) pinos de ferro, com aproximadamente sete (7) centímetros de comprimento, contendo em uma das pontas de cada um deles os números: 0 1 1 2 3 4 6 7 7;

“III — uma (1) caixa de plástico de cor azul, contendo nove (9) pinos de ferro, com aproximadamente oito (8) centímetros de comprimento, contendo em uma das pontas de cada um deles os números: 0 1 2 3 4 5 6 7 8.

“Após a constatação de que o denunciado adulterara e remarcaria os sinais de identificação daqueles componentes de caminhões de origem desconhecida, por certo ilícita, valendo-se dos instrumentos por último enumerados ou lixando ou esmerilhando as numerações originais, os policiais prenderam-no em flagrante e providenciaram seu encaminhamento à delegacia de polícia para a lavratura do respectivo auto. Assim, na viatura da polícia civil de placa MAR 0275, os policiais civis Ari dos Santos e Carlos Manoel Mendonça conduziram o denunciado até a mencionada delegacia. No trajeto, o denunciado, dizendo saber das dificuldades sofridas pelos policiais, dispôs-se a ajudá-los materialmente, sem especificar a forma, desde que o deixassem livrar-se solto. Com esta última atitude, o denunciado na verdade ofereceu vantagem indevida para os referidos policiais deixassem de prendê-lo, ato que era de sua obrigação funcional e que, efetivamente, cumpriram, não aceitando o suborno”.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado, Carlos Antônio Munaretto, à pena de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, por infração ao art. 311, *caput*, do Código Penal, e 1 (um) ano de reclusão e 20 (vinte) dias-multa, por infração ao disposto no art. 333, *caput*, do mesmo estatuto repressivo, cada dia-multa, em ambos os casos, fixado no valor de 50% do salário mínimo vigente à época dos fatos; foi-lhe negado o benefício da substituição da pena por restritiva de direitos, e concedido o direito de recorrer em liberdade.

Irresignado com o *decisum* prolatado, o réu, por meio de seu defensor, interpôs recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, isso porque não restou preenchido o tipo penal caracterizador do art. 311 do CP, já que não se comprovou ter sido o acusado quem, efetivamente, adulterou os sinais identificadores dos veículos apreendidos.

Asseverou, ainda, que não poderá prevalecer a condenação quanto ao delito de corrupção ativa, porque o depoimento dos policiais militares não poderá prevalecer sobre o do acusado. Pugnou, por fim, pela absolvição, lastreado nas disposições do art. 386, IV, do CPP.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta egrégia Corte, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, com o parecer da lavra do eminente Procurador Moacyr de Moraes Lima Filho, pelo desproviamento do apelo.

II — Voto

Trata-se de apelação criminal interposta por Carlos Antônio Munaretto contra decisão exarada pelo douto togado monocrático da comarca de Lages, que, julgando procedente a denúncia aforada pelo representante do Ministério Público, condenou-o ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 3 (três) anos de reclusão e ao pagamento de vinte dias-multa, por infração ao disposto no art. 311 do Código Penal, bem como a 1 (um) ano de reclusão e, igualmente, ao pagamento de vinte dias-multa por infração ao disposto no art. 333, *caput*, do Código Penal, cada dia-multa, em ambos os casos, fixado no valor de 50% do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O apelante propugna pela absolvição, sustentando ausência de comprovação da autoria do delito de adulteração de sinal identificador de veículo automotor, bem como que a condenação pelo delito descrito no art. 333, *caput*, não poderá subsistir, porque consubstanciada, tão-somente, em depoimento prestado pelos policiais militares envolvidos no caso.

Assim é que, por tratar-se de análise de duas teses apelatórias, passaremos a estudá-las de forma destacada.

a) Adulteração de sinal identificador de veículo automotor — art. 311, *caput*, do CP.

Quanto ao delito previsto no art. 311 do Código Penal, é de apontar, apesar da tese apelatória, que as provas amealhadas durante a instrução processual demonstram a configuração do tipo penal incriminador!

Prescreve referido dispositivo:

“Adulterar ou remarcar número de chassi ou qualquer sinal identificador de veículo automotor, de seu componente ou equipamento:

“Pena — reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa”.

Comentando o supramencionado dispositivo, Luiz Régis Prado e Cezar Roberto Bittencourt asseveram:

“São duas as condutas típicas alternativamente incriminadas: *adulterar* (falsificar, mudar, alterar por meio de qualquer modificação) ou *remarcar* (tornar a marcar alterando, pôr marca nova em). Os elementos objetivos são: números de chassis (estrutura de aço sobre a qual a carroceria do veículo é montada) ou qualquer sinal identificador (marca ou traço que possibilita autenticar ou reconhecer alguma coisa, como, por exemplo, placa, plaqueta) de veículo automotor, de seu componente (parte elementar) ou equipamento” (*in* Código Penal Anotado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, pág. 911).

As condutas descritas no tipo penal são, dessa forma, duas, adulterar e remarcar, condutas que, repita-se, restaram perfeitamente configuradas.

Argumenta-se, desde logo, que, diversamente do apontado pela douta defesa em suas razões recursais, os indícios poderão servir como valoroso elemento de convicção e, por certo, são perfeitamente válidos para a prolação de decreto condenatório.

Assim é que o artigo 239 do CPP dá perfeita validade aos indícios ao defini-los:

“Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, ten-

do relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”.

Comentando o valor probatório dos indícios, discorre Julio Fabbrini Mirabete:

“Diante do sistema de livre convencção do juiz, encampado pelo Código, a prova indiciária, também chamada circunstancial, tem o mesmo valor das provas diretas, como se atesta na Exposição de Motivos, em que se afirma não haver hierarquia de provas por não existir necessariamente maior ou menor prestígio de uma com relação a qualquer outra. Assim, indícios múltiplos, concatenados e impregnados de elementos positivos de credibilidade são suficientes para dar base a uma decisão condenatória, máxime quando excluem qualquer hipótese favorável ao acusado. É claro, porém, que a prova indiciária pode ser invalidada não só por contra-indícios, como por qualquer outra e que nem sempre é ela suficiente para a condenação. Não são suficientes para fundamentar uma decisão condenatória, indícios isolados, que permitem uma explicação diferente, ou seja, de que o acusado poderia não ter praticado o crime” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 7ª ed., Atlas, SP, 2000, pág. 532).

Válida, por certo, a sentença lastreada em série de indícios que, juntos, chegam à certeza da condenação.

No ensinamento de Humberto Theodoro Júnior, citando João Monteiro, a prova não é apenas um fato processual, “mas ainda uma indução lógica, é um meio com que se estabelece a existência positiva ou negativa do

fato probando, e é a própria certeza dessa existência”.

E, ainda:

“Com relação aos fatos, a prova pode ser direta ou indireta. Direta é a que demonstra a existência do próprio fato narrado nos autos. Indireta, a que evidencia um outro fato, do qual, por raciocínio lógico, se chega a uma conclusão a respeito dos fatos dos autos. É o que se denomina prova indiciária ou por presunção. (...) O processo moderno procura solucionar os litígios à luz da verdade real e é, na prova dos autos, que o juiz busca focalizar essa verdade” (*in* Curso de Direito Processual Civil, pág. 413, vol. I, 14ª ed., Forense, 1994).

A prova realizada por meio de indícios e que permite a presunção é prevista no processo penal. Este adota o princípio do livre convencimento motivado (art. 157), na apreciação do conjunto probatório pelo julgador, não existindo, portanto, hierarquia entre meios de prova, o que significa que a conclusão, acerca da existência do fato, far-se-á pela análise de todo o material probatório colhido, não se vinculando o juiz a qualquer prova individualmente considerada ou avaliada em termos de exclusividade ou preponderância.

Certo é que os indícios integram o sistema de articulação de provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP).

Por outro lado, a quantidade e sucessão, do que ora se está denominando indícios, têm força condenatória, e a situação, examinando-a pela ótica da defesa deste julgamento, é semelhante àquela apontada por

Adalberto José Camargo Aranha, quando fala em indício condenatório:

“Embora não leve à certeza, a jurisprudência tem admitido a condenação quando a prova indiciária for veemente ou então quando várias pequenas circunstâncias sejam concordes até em detalhes. (...)

“Por indício veemente entende-se aquele que, dada a sua natureza, permite razoavelmente afastar todas as hipóteses favoráveis ao acusado.

“Às vezes uma sucessão de pequenos indícios, coerentes e concatenados, igualmente podem dar a certeza exigida para a condenação. (...)

“Em tal hipótese não encontramos um indício que possa ser classificado como veemente, porém a sucessão e a coerência indicam a autoria com uma dose de razoabilidade bem marcante” (*in* Da Prova no Processo Penal, Ed. Saraiva, 2ª ed., pág. 162).

No sistema processual prevalece o princípio do livre convencimento, inexistindo critérios de valoração das provas. Assim, pode o magistrado livremente optar por qualquer delas, pois, nos dizeres de José Frederico Marques:

“tudo depende das circunstâncias do caso, como aliás sempre acontece, quando se focaliza a livre convicção. Se os indícios e elementos circunstanciais do *factum probandum* foram tais que gerem convicção de que a instrução provisória realizada na polícia espelha e reflete a verdade dos acontecimentos, pode o juiz invocar um ou outro desses elementos, para fundamentar, completamente, a sua decisão. Notadamente quando os

fatos apurados no inquérito se entrosam, como dados circunstanciais, à prova colhida na fase judicial da instrução” (*in* Elementos de Direito Processual Penal, vol. 1, pág. 160).

O que se exige é que se baseie nos elementos constantes dos autos e que se justifique suficientemente a decisão, sendo exatamente o que aconteceu no caso, em que os elementos de prova (ausência de justificativa plausível da adulteração das marcações das peças) levam à certeza moral pela condenação do apelante.

Por certo, “desde os primórdios do Direito, ou seja, da mais remota antiguidade, os indícios e presunções sempre foram admitidos em doutrina como elementos de convicção” (RDJTACRIM 5/169), podendo a sentença sim embasar a condenação única e exclusivamente na prova indiciária (RT 395/309-10).

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais, em acórdão do Juiz Francisco Brito, *in* RT 673/357, a respeito da prova indiciária assim se posicionou:

“Prova indireta. Livre convencimento do juiz. É válido, de acordo com o sistema adotado pelo Código de Processo Penal, que o juiz forme sua convicção através de prova indireta, ou seja, a partir de indícios veementes que induzam àquele convencimento de maneira induvidosa (...). Já se decidiu que ‘em matéria criminal, dado o sistema do livre convencimento que o Código adota, o valor da prova indiciária mostra-se em tudo igual ao da prova indireta’ (acórdão do TJPR, *in* RT 261/342). Também o Tribunal de Justiça de nosso Estado manifestou-se no sentido de que ‘pode o magistrado

calçar seu veredicto em indícios e circunstâncias do *factum probandum*, se os mesmos são de tal monta a gerar convicção da verdade' (JMineira 71/160), bem como que 'a prova indireta, indiciária, circunstancial, poderá gerar a mesma convicção que a prova direta' (Minas Forense 30/135). 'Na hipótese, a falta de testemunhas oculares não tem nenhuma influência no sentido de beneficiar o réu, porque há indícios veementes de que só pode ter sido ele o agressor. Somente quando existem contra-indícios, trazendo eles profundas e fundadas dúvidas quanto à incriminação, é que não se pode condenar; mas, no caso, não há contra-indícios e tudo leva a crer, sem qualquer dúvida, que o autor dos ferimentos produzidos na vítima foi o acusado' (RT 611/397)".

E, de nosso Tribunal:

"A sucessão de indícios coerentes e concatenados indicando a autoria com uma dose de certeza pode fundamentar a condenação, ainda mais no sistema do livre convencimento do julgador" (Apelação Criminal n. 2000.002582-8, de Ituporanga, relator Des. Nilton Macedo Machado).

Assim, por certo os indícios coletados não apenas podem como devem fazer parte da convicção do juiz para a prolação de eventual decreto condenatório ou absolutório.

Nesse desiderato, conclui-se que, no caso, as provas e os indícios coletados levam à certeza pela manutenção da condenação imposta ao apelante, sendo certo que estes integram o sistema das provas e valem por sua idoneidade e pelo acervo de fatores de convencimento (art. 239 do CPP), possuindo a mesma eficácia

probante que qualquer outra prova, em face do princípio do livre convencimento.

In casu, percebe-se que o douto Togado proferiu o decreto condenatório, senão menos, em decorrência de uma série de indícios que, juntos, deram-lhe a certeza necessária para a prolação da condenação.

Assim é que os policiais que lavraram o flagrante apontaram que, por meio de denúncias anônimas, souberam que num barracão próximo ao Supermercado Myatã estavam desmanchando um caminhão, sendo que uma equipe para lá se dirigiu e constatou, segundo o policial Carlos Manoel Mendonça, que "havia veículos e motores e que um dos elementos que se encontravam no local, de nome Carlos Antônio Munaretto, já é conhecido nos meios policiais como suspeito de adulteração de veículos" (fl. 294).

O policial Carlos Manoel Mendonça, em seu depoimento prestado na fase judicial, asseverou:

"no dia dos fatos foi recebida uma comunicação de desmanche de veículos no barracão do acusado; que o depoente acompanhado de outros policiais foi até o local e verificou que havia várias pessoas em seu interior e várias peças de caminhão desmontadas e algumas adulteradas. Que foi chamado o perito de plantão o qual comprovou a adulteração motivo pelo qual foi dado voz de prisão ao acusado" (fl. 294).

Igualmente, a sentença apontou que, principalmente, há a militar em desfavor do acusado a apreensão de pinos utilizados para a remarcação de chassi e numeração de motor.

Salienta-se que, a corroborar a tese de que houve adulteração da numeração dos motores, a perícia, de forma clara, demonstrou que encontrados no local não apenas veículos com a numeração de identificação raspada, mas também modificada.

Ademais, por economia, é de se transcrever a fundamentação espositiva pelo togado:

“Vê-se, pois, que havia no barracão do acusado, no momento de sua prisão, peças de veículos adulteradas bem como objetos próprios para a adulteração.

“Os senhores peritos comprovaram a adulteração em pelo menos quatro das peças encontradas no barracão do acusado (fls. 72 a 74).

“O acusado, em seu interrogatório, relata que possui uma oficina e no mesmo barracão tem um comércio de venda de peças usadas.

“Na oficina, segundo alega, trabalha, juntamente com dois mecânicos, a partir das 18h até as 22h e compra caminhões das marcas Scania e Volvo batidos e os refaz vendendo-os posteriormente:

‘que esses veículos batidos o depoente os compra em Curitiba, Porto Alegre, São Paulo, Florianópolis, todos em leilão ou de pessoas particulares, que não têm seguro’ (fls. 110v. e 111)”.

Efetivamente, a defesa reconhece a existência de peças adulteradas no estabelecimento mas aponta que quando foram compradas de leilões já se encontravam raspadas e/ou adulteradas.

Entretanto, a tese por ela adotada, de que as peças eram compradas

em leilões bem como de que todas possuíam notas fiscais que comprovam a origem lícita, não poderá ser aceita!

Primeiro não ficou demonstrado que as peças eram adquiridas em leilões, e as notas fiscais acostadas, além de não particularizarem as peças a que se referem, citando, de forma genérica, a compra de “motor”, algumas não têm como destinatário do produto comprado quer a firma individual do acusado — Carlos Antônio Munaretto—ME, quer a denominação do estabelecimento — Recuperadora Planalto. Algumas das notas trazem como destinatário a Belamar Trucks Center Ltda., pessoa estranha à relação processual e, afirma-se, com endereço comercial distinto do das empresas do acusado.

Ainda que se levasse em consideração que os indícios ora apontados não serviriam como base suficiente para a condenação do acusado, há de asseverar que há prova, irrefutável, de que era realizada a remarcação de peças no estabelecimento do acusado.

Conforme acima exposto, uma das figuras típicas apontadas pelo art. 311 do Código Penal é a remarcação de qualquer dos sinais identificadores do veículo.

Segundo o depoimento de Moacir Antônio Munaretto, pessoa que estava no interior do estabelecimento do acusado, nele trabalhando, quando perguntado, tanto na fase policial quanto na judicial, acerca do porquê da presença, naquele local, dos pinos para marcação de numeração, assim respondeu:

“que os pinos encontrados no local podem ser adquiridos em qual-

quer loja sendo que os que estavam no barracão *eram usados pelo acusado para remarcar as peças* que ele próprio vendia para não haver prejuízos acaso alguém trouxesse alguma peça estragada e dissesse que havia adquirido dele” (fl. 161) (grifo nosso).

Ora, há prova, além da adulteração operada, de que o acusado remarcava as peças, para venda.

Ocorre que o tipo penal incriminador se perfaz, também, com a simples remarcação das peças, independentemente do resultado a que vise o violador. Constatada a remarcação das peças, perfectibilizado restará o tipo penal.

Ademais, é de esclarecer que, diversamente do apontado pelo apelante, para caracterização do ilícito não é necessária a demonstração da origem ilícita das peças, isso porque a transgressão à figura típica descrita já restou concretizada com a violação dos tipos fundamentais *adulterar* ou *remarcar*, senão vejamos o entendimento de Julio Fabbrini Mirabete:

“Como a adulteração e remarcação desses números ou sinais são proibidos em si mesmos, não há qualquer necessidade de que o sujeito tenha conhecimento de que se trata de veículo objeto de crime” (*in* Manual de Direito Penal, 14ª ed., Atlas, SP, 2000, pág. 288).

Por fim, quanto ao depoimento de Cláudio Fabiano Bosquirolí Burigo, a que veementemente a defesa tenta dar credibilidade, acerca da origem ilícita das peças e do estado em que se encontravam, qual seja, adulteradas, é de apontar que houve menção, tão-somente, à proveniência da cabine, não às demais peças apreendidas

e adulteradas/renumeradas descritas no laudo pericial de fls. 71/74; então, mesmo que verdadeiro o depoimento, continua a prevalecer a ausência de justificativa para as demais peças.

Assim, correta a condenação operada pelo douto togado monocrático, do que é de se negar, nesse particular, provimento ao recurso interposto.

b) Corrupção ativa — art. 333, *caput*, do CP

Propugna a defesa, igualmente, pela absolvição do acusado, sob o fundamento de que não está devidamente comprovada nos autos a autoria delitiva.

Nesse aspecto, cumpre notar que o *decisum* condenatório está fundamentado nos depoimentos prestados pelos policiais Carlos Manoel Mendonça e Ari dos Santos, que assim asseveraram:

“que no trajeto do barracão até a delegacia, se encontram no interior da viatura o depoente e o policial Ari ocasião em que o acusado ofereceu a importância de dez mil reais para ser liberado, diante a negativa, o mesmo insistiu” (Carlos Manoel Mendonça, à fl. 156).

“O acusado disse que sabia das dificuldades que enfrentavam os policiais e que os mesmos também sabiam que ele iria arrumar recibos frios, motivo pelo qual ofertou dez mil reais para tudo ser esquecido” (Ari dos Santos, à fl. 159).

De outro norte, não há olvidar a importância da palavra dos agentes policiais, pois não raro, especialmente em delitos da espécie que se trata, são os únicos a presenciar a consu-

mação do ilícito, *in casu* classificado como delito formal, consumando-se com a mera exigência da vantagem indevida. Caso contrário, despicienda seria a sua oitiva em juízo.

Nesse sentido:

“Corrupção ativa. Delito que, embora negado pelo apelante, foi confirmado pelos depoimentos firmes e coerentes das vítimas. Prova válida, ainda mais em se tratando as vítimas de policiais, dos quais o depoimento deve ser considerado como o de qualquer outro cidadão. Delito formal que se consuma com o simples oferecimento da vantagem ao funcionário. Condenação mantida” (Apelação Criminal n. 99.009753-6, rel. Des. Genésio Nolli).

“Corrupção ativa — Recurso defensivo — Pleito absolutório — Negativa de autoria — Depoimento de policiais — Validade — Comprovação dos elementos que configuram a tipicidade — Condenação mantida — Recurso desprovido” (Apelação Criminal n. 99.004701-6, de Indaial, relator Juiz Torres Marques).

“O testemunho dos policiais que efetuaram o flagrante é perfeitamente válido, ainda mais quando isento de suspeita ou má-fé e concorde com a prova coligida. As pequenas divergências havidas nesses depoimentos, desde que não alterem a essência dos fatos, são perfeitamente compreensíveis e não elidem a robustez da prova” (Apelação Criminal n. 99.019377-2, relator Des. Genésio Nolli).

Sabe-se que nenhum impedimento legal existe ao testemunho de investigadores e pessoas ligadas à polícia, seus depoimentos devem ser considerados, examinados e pesados

como os de outra testemunha qualquer, nunca, porém, rejeitados em decorrência de sua condição funcional, devendo por isso merecer valor probante, salvo casos de suspeição ou má-fé, o que deve ser provado.

Nesse sentido a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Ademais, estes depoimentos não podem ser invalidados como elemento de prova apenas pela condição funcional, eis que como reiteradamente vem entendendo a jurisprudência os depoimentos prestados por policiais, assim como os de outras testemunhas, têm, a princípio, presunção *juris tantum* de veracidade e boa-fé, cabendo à parte contrária demonstrar e comprovar a existência de motivos para duvidar dos mesmos, até porque em nenhum momento os depoimentos policiais prestados foram contraditados. Daí por que estes testigos merecem crédito quando mostram-se firmes e contundentes pois, como bem ensina a doutrina, ‘não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha’” (*in* Processo Penal, 4ª edição, SP : Atlas, 1995, pág. 303).

In casu, percebe-se que os policiais militares realizaram o flagrante em relação ao delito descrito no art. 311 do Código Penal, dirigindo-se para a residência do acusado em razão de denúncia anônima.

Ressalta-se, ainda, que os policiais e acusado não se conheciam anteriormente, como salientaram em seus depoimentos.

A parte, a seu tempo, pretende desqualificar o depoimento dos policiais, sob o fundamento de que não há prova da autoria delitiva, apresentando, também, versão distinta dos fatos, afirmando que desapareceu de seu estabelecimento, na ocasião do flagrante lavrado pelos policiais, a quantia de R\$ 700,00 (setecentos reais).

Entretanto, não indicou ou apon-tou que os responsáveis tenham sido os policiais que lavraram o flagrante, nem mesmo informou qualquer suspeita quanto a suas idoneidades.

Certo é que o *onus probandi* da má-fé ou parcialidade dos depoimen-tos policiais, *in casu*, cabia ao apelante, em função da inversão da regra procedimental. O apelante, entretanto, nada trouxe aos autos que pudesse atacar a versão dos policiais, restando esta última inabalada no processo.

E, não se registrando evidência de inimizade capital entre o acusado e os policiais, cabia à defesa a produ-ção de prova eficiente para desconstituição das declarações colacionadas, fato que não se concretizou. Nota-se que em nenhum momento os depoi-mentos policiais prestados foram con-traditados. Conseqüentemente, válidos os testigos dos policiais como prova da autoria do ilícito atribuído ao apelante.

Repita-se que pacífico o enten-dimento pretoriano no sentido de que os agentes de polícia não estão impe-didos de depor tão-somente em razão da condição funcional que ostentam, valendo seus depoimentos como os de qualquer outra pessoa, salvo se suspeitos ou eivados de má-fé, visto que a polícia tem muitos mais objeti-

vos a cumprir do que engendrar fla-grantes contra inocentes cidadãos.

Essa assertiva é justificada po-is que “os servidores públicos, inclusi-ve policiais, empossados que são após formal compromisso de bem e fi-elmente cumprirem seus deveres funci-onais, têm, no desempenho de suas atuações, presunção de que agem es-correitamente, não se podendo ofen-sivamente presumir que os informes que, em testemunhos ou em docu-mentos oficiais, oferecem a seus su-periores e à Justiça sejam ideologica-mente falsos, tendo por vil escopo inculpar inocentes” (RT 411/266).

Assim, por possuir o depoimen-to dos policiais presunção *juris tantum* de veracidade, cabendo ao ora ape-lante o ônus da prova acerca de even-tual mácula a eivar o depoimento por eles lavrados, a realidade encontrada nos autos, nos quais não há nenhuma situação em que recaia suspeita ou mesmo indício de que os policiais agissem com má-fé na lavratura dos flagrantes, leva à conclusão de tê-los como válidos e suficientes para a pro-lação do decreto condenatório.

Por outro lado, a corrupção ati-va, como delito formal ou de mera conduta, não deixa vestígios materiais, pois consuma-se no instante em que a promessa ou oferecimento da vanta-gem ilícita chega ao conhecimento do destinatário, mesmo que haja recusa.

Dispõe o tipo penal do art. 333 do Código Penal: “Oferecer ou prome-ter vantagem indevida a funcionário público, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício”.

A conduta imputada ao agente diz respeito ao “oferecimento” de “propina” (vantagem material), a fim de

que os funcionários (servidores públicos), ou seja, os policiais militares, omitissem-se na elaboração da prisão em flagrante do agente, pela prática, em tese, do delito descrito no art. 333 do Código Penal. O dolo foi dirigido ao retardo da ação legítima do poder de polícia, resultando na possível obtenção da vantagem ilícita, não fosse o procedimento escorreito dos agentes policiais. Por isso, restaram preenchidos os elementos configuradores do tipo penal do art. 333 do Código Penal.

Nesse norte:

“Corrupção ativa — Prisão em flagrante — Oferecimento de dinheiro a policiais militares para liberação — Crime caracterizado.

“O tipo do art. 333 do Código Penal é de mera conduta; o agente que, preso em situação de flagrância, oferece dinheiro a policiais militares objetivando ser liberado e não conduzido à delegacia comete o delito de

corrupção ativa” (Ap. Crim. n. 97.014287-0, rel. Des. Paulo Gallotti).

Diante disso, deve ser mantida a condenação nos termos em que foi prolatada.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, é de negar-se provimento ao recurso interposto, mantendo-se incólume a bem-lançada decisão objugada.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 10 de dezembro de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente, com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.010029-9, DE ITAIÓPOLIS

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

Apelação criminal — Inversão da ordem cronológica de faturas municipais — Autoria e materialidade devidamente preenchidas — Ausência de comprovação de existência de efetivo interesse público bem como de sua publicação — Crime, ademais, de mero perigo — Sentença mantida — Recurso desprovido.

— Ausente nos autos comprovação de que houve justo motivo representado por relevantes razões de interesse público que respaldem a inversão da ordem cronológica de pagamento das faturas municipais, bem como que esta justificativa restou devidamente publicada, restará tipificado o delito descrito no artigo 92, in fine, da Lei n. 8.666/93.

— *Despicienda será a comprovação de efetivo prejuízo ao erário público por parte do Ministério Público, titular da persecutio criminis, caso o acusado esteja sendo processado por crime definido no artigo 92, segunda parte, da Lei n. 8.666/93, isso porque, crime de perigo que é, aperfeiçoa-se sem sua efetiva incidência.*

— *A conveniência e oportunidade do ato administrativo, em que pese não poderem ser submetidos à apreciação do Poder Judiciário, poderão ser a ele submetidos, caso o requisito da legalidade não esteja suficientemente preenchido.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.010029-9, da comarca de Itaiópolis, em que é apelante Alois Zator e apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso interposto.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Itaiópolis (Vara Única), Alois Zator restou denunciado por infração ao disposto no art. 92 da Lei n. 8.666/93 e art. 71 do Código Penal, consistente na quebra da ordem cronológica para pagamento de faturas municipais de forma continuada, conforme se depreende da peça acusatória constante às fls. 2/6.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente para condenar o acusado como incurso nas sanções do art. 92 da Lei n. 8.666/93 c/c art. 71 do Código Penal, à pena de três anos de detenção e ao pagamento de quinze dias-multa no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos consistentes em

prestação pecuniária (10 salários mínimos) e multa (um salário mínimo), ambas a serem pagas ao FIA — Fundo da Infância e Adolescência de Itaiópolis, concedido o benefício de recorrer em liberdade.

Irresignado com o teor do *decisum* prolatado, o réu interpôs recurso de apelação, por seu defensor, com fulcro no art. 593, I, do Código de Processo Penal, pugnando por sua absolvição, ao argumento de que inexistem provas nos autos que comprovem a quebra da ordem cronológica de pagamento de empenho, isso porque todos pagos pela ordem de liquidação.

Argumentou que não agiu com dolo ou houve qualquer prejuízo ao erário público, bem como argumentou que apresentou razões ao pagamento fora da ordem cronológica, razões estas concernentes à autonomia municipal.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta Superior Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça por seu conhecimento e improvimento.

É o relatório.

II — Voto

Pugna o ora apelante pela inversão do julgamento, entendendo

que não restou caracterizado o tipo penal incriminador pois não pagou fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, bem como ausente dolo ou efetivo prejuízo ao erário público, argumentando que não foram levadas em consideração as razões que o levaram a efetuar o pagamento fora da alegada ordem cronológica, razões estas que dizem respeito à autonomia municipal.

Entretanto, aponte-se, é de ser rechaçado o recurso interposto!

Um dos pré-requisitos fundamentais para que seja efetuado um pagamento pelos entes públicos é, senão menos, que os pagamentos devidos pela Administração atentem para a ordem cronológica de suas exigibilidades.

Nesse desiderato, é que a norma ditada pelo artigo 5º da Lei n. 8.666/93 assevera:

“Todos os valores, preços e custos utilizados nas licitações terão como expressão monetária a moeda corrente nacional, ressalvado o disposto no art. 42 desta lei, devendo cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realização de obras e prestação de serviços, obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada” (grifo nosso).

A norma é clara, e sua infração acarreta a aplicação do artigo 92 do mesmo diploma legal.

Nesse sentido é que o ora apelante restou processado e condenado por infração ao artigo 92 da Lei n. 8.666/93, sendo-lhe imputado o pagamento de obrigação concernente à municipalidade fora da ordem cronológica de suas exigibilidades.

Importante frisarmos que a lei, criada com seus rigorismos e silogismos, previu hipótese de exceção, substanciada na preemência de interesse público associado à demonstração de efetiva justificativa a ser publicada para conhecimento da população em geral.

Salienta-se que a defesa apresentada não nega que desobedeceu a inscrição da ordem cronológica, isso porque, em seu depoimento prestado em Juízo, o acusado Alois Zator asseverou:

“que quando assumiu a Prefeitura de Santa Terezinha no mês de janeiro de 1997 encontrou um valor significativo de dívidas já empenhadas inclusive a folha de pagamento integral do mês de dezembro/96, parte do 13º salário e férias de servidores; viu-se forçado a efetuar o pagamento de tais valores pelo que administrou o município com muitas dificuldades; que foi em razão dessas dificuldades financeiras e não com intenção deliberada de prejudicar qualquer fornecedor é que realmente pagou os empenhos relacionados às fls. 5/6 na denúncia fora da ordem cronológica dos vencimentos; reitera que tomou tal atitude exclusivamente no interesse maior do município sendo que optou por pagar empenhos com vencimentos mais recentes para que fornecedores de serviços e materiais essenciais à continuidade da administração não in-

terrompessem os fornecimentos, tais como, combustível, transporte escolar, compra de pneus, oficinas mecânicas, luz, água, telefone e além das folhas de pagamento etc.” (fl. 73).

Importante frisarmos, nessa fase, que a argumentação exarada pela defesa, de que não houve quebra ou inversão da ordem cronológica de pagamento das faturas consubstanciada na tese de que deve ser levado em conta a data em que os valores foram apresentados para liquidação, assim compreendida a data em que verificada a efetiva entrega do bem ou da prestação do serviço, não poderá ser aceita!

Incontestável, nesse desiderato, a argumentação despendida pelo douto Togado monocrático que assim exarou:

“A argumentação central consiste na afirmação de que ocorreu a quebra da ordem cronológica dos pagamentos em virtude da apuração, na fase de apuração, na fase de liquidação (a verificação da efetiva entrega do bem ou da prestação do serviço) de que tal ordem não teria sido obedecida, razão pela qual a quebra da ordem estaria justificada.

“Não fez a prova do quanto alega, ônus que lhe cabia.

“Por outro lado, como assentado pela acusação, ‘a nota de empenho n. 869/97, emitida em 4 de junho de 1997, com vencimento para 31 de dezembro de 1997, só foi paga em 21 de outubro de 1998. O credor era a empresa M.D.M. Com. De Peças Ltda. Cópia daquela nota de empenho está à fl. 103. Dela se verifica que foi emitida em 4 de junho de 1997. Não havia indicação de qualquer prazo de

vencimento da dívida por ela representada. A dívida foi oriunda da compra de diversas peças, como indica a nota fiscal cuja cópia está à fl. 104, emitida no dia 2 de junho de 1997. O valor da nota fiscal e da nota de empenho é de R\$ 1.482,00 (um mil, quatrocentos e oitenta e dois reais). Veja-se que na nota fiscal se indica que o vencimento da fatura correspondente era no dia 30 de junho de 1997 nem mesmo em 31 de dezembro daquele ano, como indica o quadro do Tribunal de Contas, às fls. 35/36, repetido na inicial.

‘Consta da cópia da nota fiscal um carimbo indicando que o material nela referido havia sido recebido em 4 de junho de 1997. Nessa data, portanto, a mesma da emissão da nota de empenho, ocorreu a liquidação da dívida representada por aquela nota fiscal, com a verificação de que efetivamente as mercadorias adquiridas haviam sido entregues.

‘Sem embargo, e à míngua de qualquer explicação, a mencionada nota de empenho só foi paga no dia 21 de outubro de 1998, como indica o quadro do Tribunal de Contas, repetido na petição inicial e que em nenhum momento foi impugnado. Antes dessa data, porém, já haviam sido pagas as notas de empenho de números 1778/97, 12/97, 1000/97 e 1155/97, todas emitidas em data posterior à de número 869/97, como se vê do quadro elaborado pelo Tribunal de Contas e reproduzido, em outra ordem, na inicial.

‘Como a liquidação da dívida já havia ocorrido desde 4 de junho de 1997, nada justificava o pagamento da nota de empenho em data anterior,

apenas muito depois do pagamento de outras, emitidas mais recentemente’.

“Sintomático, também, o pagamento efetuado fora da ordem para Leopoldo Blonkowski (empenho n. 100/97), cidadão que era o Chefe do Gabinete do suplicado.

“Vários outros exemplos de pagamentos fora da ordem cronológica, sem justificativa, foram relacionados na impugnação de fls. 225/227, sendo desnecessária a transcrição de todas elas” (fls. 266/267).

Além de toda a argumentação exposta pelo douto Togado e aqui transcrita, é de acrescer-se as lições de Vicente Greco Filho, que aduz:

“Quanto à data de apresentação ou da exigibilidade, devemos entender que se trata do momento da apresentação, desde que exigível. Ou seja, e o pagamento é exigível, porque superada a data marcada para ele, mas a fatura não foi apresentada, não se pode falar em preterição, como, também, se a fatura é apresentada, mas ainda não chegou a data contratual de seu pagamento. Ambas as circunstâncias, portanto, devem estar presentes — a exigibilidade e a apresentação” (ob. cit., fl. 29).

Ora, as faturas encadeadoras da presente denúncia e constantes no relatório são, em sua maioria, independentes de liquidação, não necessitando de constatação de suas efetivas entregas, isso porque, por natureza, devem ser prestadas, desde logo, como bem constam nos carimbos apostos às notas fiscais, nas quais constata-se que a data de emissão confere com a do recebimento da mercadoria pela Prefeitura Municipal.

Assim, inócua a defesa apresentada nesse peculiar, já que os argumentos por ela expostos não encontram qualquer respaldo pelas provas amealhadas.

É de levar-se em consideração, ainda, que o pagamento fora da ordem cronológica possui respaldo legal, desde que obedecidos os requisitos legais preexistentes que darão validade à inversão operada.

Assim é que, para que seja possível a inversão, necessária a presença de *relevantes razões de interesse público*, bem como *prévia justificativa da autoridade competente*, que deve ser *publicada*.

Nesse desiderato, aliás, apontam as lições de Vicente Greco Filho, que assim aduz a respeito do tema:

“A segunda incriminação, pagamento de fatura com preterição da ordem cronológica, é sancionatória da disposição do art. 5º, que estabeleceu o dever de cada unidade da Administração, no pagamento das obrigações relativas ao fornecimento dos bens, locações, realizações de obras e prestação de serviços, de obedecer, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas de suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada” (*in* Dos Crimes da Lei de Licitações, Saraiva, 1994, SP, págs. 27/28).

Mais adiante, acrescenta:

“Quanto à possibilidade de alteração da ordem desde que presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente pu-

blicada, é óbvio que, se ocorrida a hipótese, há exclusão do crime. Havendo justa causa na alteração da ordem, consubstanciada na descrição do art. 5º, não há antijuridicidade” (ob. cit., fl. 29).

Igualmente, Paulo José da Costa Júnior, assim salienta:

“Poderá ainda a vantagem consistir no pagamento da fatura, com preterição da ordem cronológica de sua apresentação. Com o processo inflacionário brasileiro, o pagamento da fatura antes da data devida configura vantagem econômica indiscutível em favor do adjudicatário.

“Dita incriminação, do pagamento de fatura com preterição da ordem cronológica, configura corolário do art. 50 desta lei, que estabeleceu o dever de cada unidade da Administração pagar as obrigações relativas ao fornecimento de bens, locações, realizações de obras e prestação de serviços, obedecendo, para cada fonte diferenciada de recursos, a estrita ordem cronológica das datas e suas exigibilidades, salvo quando presentes relevantes razões de interesse público e mediante prévia justificativa da autoridade competente, devidamente publicada.

“Evidentemente, embora alterada a ordem de pagamento, presentes razões de interesse público e mediante justificativa, devidamente publicada, da autoridade competente, não há que se falar em crime.

“Uma vez celebrado o contrato com o Poder Público, nenhuma modificação poderá ser feita, a menos que haja autorização legal. Se as cláusulas contratuais padecerem alguma modificação que venha a beneficiar o

adjudicatário, aperfeiçoa-se o crime licitatório previsto no art. 92 da Lei n. 8.666” (in Direito Penal das Licitações, Saraiva, 1994, SP, págs. 31/32).

Caso presente nos autos relevantes razões de interesse público, necessária, igualmente, a publicação desse ato, com a justificativa do porquê preteriu-se a ordem cronológica, não sendo suficiente, tão apenas, a alegativa judicial de que há sua superveniência.

Nessa linha de raciocínio é que fica rechaçada a argumentação do apelante, já que por demais ressabido que é interdito ao Judiciário a avaliação do mérito, oportunidade, conveniência, e justiça do ato administrativo, *in casu* representado pelas supostas justificativas por ele apresentadas para a quebra da ordem cronológica de pagamento.

Entretanto, consabido que essa regra não é absoluta, isso porque a averiguação da legalidade do ato, a inexistência de abuso de poder etc., estes, sim, estão submetidos à apreciação do Poder Judiciário.

Ora, o presente caso é, senão menos, concernente à tipificação de ato ilegal, consistente na inversão da ordem cronológica de pagamento de despesas sem que respeitadas as devidas legalidades, *in casu*, representada pela publicidade desta preterição.

Assim é que, apesar de expor seus fundamentos, mesmo que concernentes a mérito administrativo que, conforme apontado, não restaram comprovados, tão apenas alegados (art. 156 do CPP), é de ser afastada a alegação proposta, isso porque, efetivamente, mesmo que presentes as relevantes razões de interesse público, o princípio da estrita legalidade, que

deve respaldar os atos administrativos e públicos em geral, não restou preenchido.

Por fim, é de ressaltarmos que a necessidade de comprovação de efetivo prejuízo ao erário público é dispensável no crime descrito no artigo 92, *in fine*, da Lei n. 8.666/93, isso porque, como crime de perigo que é, a mera possibilidade de existência de dano ao erário já o caracteriza, não havendo necessidade de comprovação de qualquer prejuízo concreto.

Nesse sentido, ademais, são as palavras de Diógenes Gasparini, que aponta:

“(…) Na segunda parte, quando for feito o pagamento do crédito com preterição da ordem cronológica das exigibilidades. Em qualquer das situações, o crime é de perigo, isto é, aperfeiçoa-se ainda que não ocorra qualquer prejuízo para a Administração Pública” (*in Crimes na Licitação*, Editora NDJ Ltda.; 1ª ed., 1996, SP, pág. 110).

Igualmente, o entendimento de Rui Stoco, que assim assevera:

“Objeto material é a modificação ou concessão indevida de vantagem ao adjudicatário.

“Não se exige a ocorrência de dano material para o Poder Público. Basta a admissão e a permissão para que se obtenha vantagem indevida ou

mesmo a sua efetiva causação para a incidência da norma.

(…)

“Trata-se de crime formal ou de mera conduta, bastando a preterição da ordem para perfeccionar-se.

“O crime é comissivo, pois o ato de pagar fora da ordem traduz uma ação” (*in Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial*, 7ª ed., RT, SP, 2001, págs. 2.573 e 2.574).

Igual entendimento é esposado por Paulo José da Costa Júnior, e Vicente Greco Filho nas obras já citadas, aquele à fl. 33 e este à fl. 31.

III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, é de negar-se provimento ao recurso interposto.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke, e lavrou o parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 8 de outubro de 2002.

Sérgio Paladino,

Presidente com voto;

Sérgio Roberto Baasch Luz,

Relator.

APELAÇÕES CRIMINAIS NS. 2002.014076-2 E 2002.020865-0, DE JOINVILLE

Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz

*Tráfico ilícito de entorpecentes — Negativa de autoria —
Delação de co-ré aliada aos depoimentos harmônicos dos policiais
federais que procederam à ampla investigação — Conjunto proba-*

tório suficiente para lastrear condenação. Associação estável e organizada para o cometimento de tráfico ilícito — Crime descrito no art. 14 da Lei n. 6.368/76 configurado.

A delação de co-réu corroborada por outros elementos de prova, como o depoimento de policiais e outros indícios colhidos na fase inquisitorial formam conjunto probatório seguro a fundamentar decreto condenatório.

Presente o ânimo associativo de caráter estável, elementar do crime autônomo da associação, tipificado no art. 14 da Lei n. 6.368/76, não é possível excluir sua incidência, nem mesmo para reconhecer a ocorrência da causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, III, da mesma lei, a qual se verifica nos casos de mera convergência ocasional de vontades, para prática transitória e eventual de um delito.

Confisco de bens — Prova que não conduz à certeza de que alguns destes bens eram costumeiramente utilizados para prática do delito ou que foram adquiridos com o dinheiro proveniente do tráfico — Restituição — Recurso provido em parte.

Embargos de terceiro — Veículo adquirido em caráter oneroso de concessionária — Boa-fé da adquirente que não pode ser atingida pelo confisco — Recurso provido para restituir-lhe o bem.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.014076-2 e 2002.020865-0, da comarca de Joinville, em que são apelantes Maureli Silvério Negreiros e outros e Eliete Chaves Dias e outro, respectivamente, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos recursos de Mauri Silvério Negreiros e de Elisângela da Silva Miranda; prover, em parte, o recurso de Maureli Silvério Negreiros, apenas para afastar a pena de confisco em relação aos imóveis de sua proprie-

dade, e dar provimento ao recurso de Eliete Chaves Dias para restituir-lhe o veículo seqüestrado.

Custas legais.

I — Relatório

Na comarca de Joinville (2ª Vara Criminal), Luciana da Silva Miranda, conhecida como “Lu”, Elizângela da Silva Miranda, conhecida como “Ângela”, Maureli Silvério Negreiros, conhecido como “Li” e Mauri Silvério Negreiros, conhecido como “Nino”, foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 12, 13 e 14 da Lei n. 6.368/76, sendo o réu Maureli, em particular, denunciado como incurso

nas sanções do art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97, tudo em decorrência dos fatos descritos na exordial acusatória de fls. 2/6.

Concluída a instrução criminal, a denúncia foi julgada parcialmente procedente, para absolver Luciana da Silva Miranda, com base no art. 386, VI, do CPP, e condenar Elisângela da Silva Miranda à pena de 4 (quatro) anos de reclusão e 66 (sessenta e seis) dias-multa; Maureli Silvério Negreiros à pena de 7 (sete) anos de reclusão e 140 (cento e quarenta) dias-multa e Mauri Silvério Negreiros à pena de 6 (seis) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa, todos por estarem incurso nas sanções dos artigos 12 e 14 da Lei n. 6.368/76, negando-lhes, ainda, o direito de recorrer em liberdade.

Na mesma decisão, declarou o Magistrado a perda, em favor da União, dos bens seqüestrados e de outro imóvel, todos pertencentes ao réu Maureli Silvério Negreiros, rejeitando embargos de terceiro interposto por Eliete Chaves Dias, que argumentava ter adquirido um dos veículos seqüestrados de concessionária pertencente a Airton Thomaz, estando de boa-fé.

Irresignados com o teor do *desisum*, os réus interpuseram apelação criminal. Os réus Maureli e Mauri postulam por suas absolvições por insuficiência de provas, bem como pugnam pela restituição dos bens apreendidos. Por sua vez, Elizângela requereu o reconhecimento de sua absolvição no que tange ao delito descrito no art. 14 da Lei de Tóxicos, e, alternativa-mente, o afastamento do delito do art. 14, para serem aplicadas as disposições do art. 18, inciso III, ambos da

Lei n. 6.368/76, majorando-lhe a pena em 1/3.

Eliete Chaves Dias e Airton Thomaz também apelaram, argumentando que a decisão recorrida seria nula na parte em que decretou o confisco do veículo adquirido por Eliete, eis que não lhe foi oportunizada a produção de prova, caracterizando cerceamento de defesa, pelo que requerem a declaração da nulidade e a restituição do automóvel, por estar demonstrado tratar-se de terceira de boa-fé.

Contra-arrazoados os recursos, os autos ascenderam a esta Superior Instância, onde manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento apenas e tão-somente ao recurso interposto por Maureli Silvério Negreiros, para excluir da condenação o confisco dos bens.

É o relatório.

II — Voto

1. *Do recurso dos acusados Mauri e Maureli*

Iniciam os apelantes, argumentando acerca da irregularidade da prisão em flagrante, afirmando não estarem presentes no local em que foram apreendidas as substâncias entorpecentes, e seguem negando a autoria do delito de tráfico, aduzindo serem insuficientes as provas colhidas para imputar-lhes a prática de tal delito, tendo a condenação baseado-se unicamente no depoimento da co-ré Elisângela, a qual somente os acusara com o intuito de inocentar a irmã Luciana.

Sem razão, no entanto.

Verifica-se do relatório apresentado pelo Delegado da Polícia Federal que a investigação policial ini-

ciou em razão de que denúncias anônimas apontavam a autoria de tráfico ilícito de entorpecentes pelo acusado Maureli, obtendo mandados de busca e apreensão, cujo cumprimento culminou com a prisão em flagrante dos envolvidos.

Nessas diligências foram apreendidas 794 gramas de *crack*, 52 gramas de haxixe, uma balança digital, calculadora, celular, fita, bicarbonato de sódio e rolos de plástico, tudo em poder da acusada Elisângela; além de maconha em uma chácara de propriedade do acusado Maureli, onde encontrava-se o acusado Mauri.

A acusada Elisângela, no seu primeiro interrogatório em Juízo, negou qualquer envolvimento seu ou dos demais acusados com a droga, afirmando que teria recebido as sacolas em que foram encontradas de seu namorado Paulo, mas que não sabia onde este poderia ser encontrado.

Após ter constituído novo defensor, solicitou a designação de novo interrogatório, oportunidade em que afixou:

“Que afirma que quem comandava o tráfico ilícito de entorpecentes era o acusado Maureli Silvério Negreiros. Vulgo Ni. Que o procedimento adotado era o seguinte: Maureli adquiria o entorpecente não sabendo a interroganda de quem e entregava a mesma para que ela fizesse a distribuição. Que então, ao comando de Maureli, entregava para os motoqueiros a quantidade que era designada para cada um. Que um desses motoqueiros que recebia a droga da interroganda e efetuava a distribuição era o co-réu Mauri Silvério Negreiros, vulgo Nino. (...) Que esclarece a interroga-

da, que o acusado Maureli lhe entregava todo dia a sacola com entorpecentes. Que não sabe neste momento informar o peso do entorpecente que recebia, porém anotava num caderno. Que neste caderno também quando lhe eram fornecidos nomes, anotava os nomes das pessoas para quem deveriam ser entregues os entorpecentes. Que traficavam *crack*” (fls. 366/367).

A prova testemunhal confirma a participação dos apelantes.

O policial federal Rodrigo Del Rio asseverou:

“Que por várias denúncias anônimas souberam que Maureli estava comandando uma rede de entrega de *crack*; que a denúncia indicava vários endereços onde Maureli estava agindo e que a gerência ‘da boca’ era feita por uma tal de Ângela; que por denúncia souberam que Maureli tinha uma grande quantidade de maconha e cocaína escondida em uma chácara, numa vicinal que leva a São Francisco do Sul; que a partir desta denúncia passaram a seguir os passos de Maureli e investigaram; que seguindo Maureli nos endereços da denúncia foram confirmados como sendo locais que o acusado freqüentava; que em dois destes locais tinha um grande movimento de moto; que diante disto foi requerido mandado de busca nos endereços mencionados nas denúncias anônimas; que de posse do mandado de busca foi feita uma operação e campanas em vários endereços; que o depoente ficou responsável pela campana em uma casa amarela; que o movimento de motos naquele local era bem forte; que no final da manhã um motoqueiro parou em fren-

te à casa amarela entrou e saiu; que por rádio solicitaram que o motoqueiro fosse seguido e foi até o mercado do povo, Rua Boemerwaldt; que lá se encontrou com outro rapaz e de lá tomaram direções opostas sendo que o colega do depoente que o seguia, perdeu de vista; que na manhã desse dia foi deferida a busca e os policiais federais, inclusive o depoente, ficaram de campana a manhã inteira, e somente próximo ao meio-dia entraram na casa; que entrando na casa encontraram as acusadas Elisângela e Luciana nos fundos da mesma limpando peixe; que na cozinha foi encontrado sobre a mesa e cadeira vários sacos com *crack*, balança e um caderno de anotações, embalagens plásticas e outros utensílios que estão no termo de apreensão; que deram voz de prisão aos acusados; que nesse meio tempo receberam comunicado por telefone de que o acusado Maureli estava se dirigindo à casa amarela onde o depoente estava; que o depoente estava com os outros policiais escondido dentro da casa; que o depoente viu quando Maureli chegou na frente da casa e talvez estivesse desconfiado de alguma coisa; que Maureli estava com uma camioneta preta; que continuaram a fazer as buscas na casa e depois por telefone souberam que Maureli foi preso em outro endereço que também foi objeto de busca” (fls. 416/417).

O depoimento do agente Francisco Torres de Moraes Filho é do mesmo teor:

“Que desde o início do ano receberam várias denúncias por telefone alegando que Maureli era o chefe de uma quadrilha de traficantes; que as informações demonstravam que a

operação da quadrilha se dava através de motoqueiros; (...) que diante das investigações foi requerido mandado de busca e apreensão nos endereços mencionados; que por volta do meio-dia foram contactados pelo agente Tinoco de que uma moto vermelha tinha saído da casa de Luciana; que a moto foi seguida e foi verificado na frente do mercado do povo o encontro do condutor da moto e uma pessoa não identificada; encontro caracterizado suspeito pelo depoente pelo modo como ocorreu; que perderam contato visual com a moto e por volta das 13 horas receberam contato do agente Luna para fazer abordagem em Maureli; que quando foram até a casa de dona Terezinha verificaram a saída da mesma moto em disparada; que mais tarde foi identificado o piloto da moto como sendo o acusado Mauri; que o depoente fez a abordagem na casa de Terezinha e saíram quase que imediatamente; que a equipe do agente Luna ficou na casa de Terezinha concluindo as diligências; que Maureli foi preso na casa de Terezinha; que Maureli foi preso pelo fato de que anteriormente já havia sido apreendida droga na casa de Luciana, e Maureli ter-se dirigido até esta casa e notado algo estranho e saído em disparada; (...) que o policial Onesio que presenciou o encontro do motoqueiro na frente do mercado do povo acredita que houve a passagem de um volume” (fls. 418/419).

Os agentes da Polícia Civil ouvidos às fls. 420 e 421 confirmaram que também receberam denúncias anônimas indicando que um tal de “Li” estaria vendendo drogas na cidade, tendo repassado a informação à Polí-

cia Federal, com maiores recursos para proceder à investigação.

O policial militar Miraci José Montibeller, em seu depoimento de fls. 445/446, informou que no mês de maio recebeu denúncia de que um veículo Corsa acabara de sair da casa de Maureli, onde seus ocupantes teriam adquirido droga; então efetuaram a abordagem do veículo, tendo encontrado cem ou duzentos gramas de crack, objeto de outra ação penal. Afirmou também que ao verificar o telefone celular de um dos ocupantes percebeu que a última ligação que aquele havia efetuado era para o celular posteriormente apreendido em poder de Maureli pelos policiais federais.

Finalmente, Anastácio Carneiro, anterior proprietário da chácara adquirida pelo acusado Maureli, afirmou que presenciou a apreensão da droga vulgarmente conhecida como maconha, naquela propriedade, local em que se encontrava o acusado Mauri (fls. 466/467).

Portanto, de toda a operação policial realizada, extraem-se fortes indícios a corroborar a versão dada pela co-ré Elisângela, no sentido de que os apelantes estavam associados para a prática de tráfico, sendo Maureli o líder da organização e Mauri um dos motoqueiros responsável pela distribuição do entorpecente.

No seu primeiro interrogatório em Juízo o acusado Mauri afirmou estar exercendo a função de “mototáxi”, bem como que a droga encontrada na chácara de propriedade de Maureli lhe pertencia, contudo, disse que esta se destinava a consumo próprio por ser dependente (fls. 302/303). Durante a instrução solicitou sua reinquiri-

ção, quando afirmou que somente se declarara viciado por orientação de seu defensor, que lhe dissera que assim poderia desclassificar a infração, afirmando que os policiais teriam “plantado” a substância entorpecente no local.

No entanto, essa última informação restou isolada das demais evidências, sendo contrariada pelos depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante, agentes públicos que não têm interesse em incriminar pessoas inocentes e cujas assertivas têm presunção *juris tantum* de veracidade.

Acerca do tema, Julio Fabbrini Mirabete adverte que “não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha” (Processo Penal, 4ª ed., SP, Atlas, 1995, pág. 303).

Aliás, remansoso é o entendimento de que “Os depoimentos de policiais devem ser cridos até prova em contrário. Não teria sentido o Estado credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e ao depois negar-lhe crédito quando fossem dar conta de suas tarefas no exercício de funções precípuas” (RDJTJRJ 7/287).

Sabe-se, de outro lado, que a autoria do tráfico ilícito de entorpecentes pode ser comprovada por indícios outros, não havendo necessidade de ser o agente colhido no ato da mercancia, e, no caso, há o depoimento da co-ré Elisângela, que explicou com detalhes como ocorria a prática ilícita,

depoimento este corroborado pelas evidências reunidas nas investigações procedidas pela Polícia Federal, formando conjunto probatório suficiente para lastrear a condenação.

Acerca do valor da delação, extraímos da doutrina os seguintes ensinamentos:

“A clássica chamada do co-réu implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz. Por conseguinte, a primeira condição necessária para que ela seja verdadeira, é que verdadeira seja a confissão, a segunda é que não seja inspirada em razões de ódio e a terceira é que não mascare o escopo oculto de atenuar a responsabilidade própria. De um modo geral, pode, portanto, afirmar-se que, quando concorrem estas três condições, a chamada do co-réu é um elemento probatório de confiança” (Altavilla, *in* Psicologia Judiciária, Coimbra, trad. de Fernando Miranda, vol. 3, págs. 177/8).

“Na confissão pode ocorrer também a delação, ou seja, na afirmativa feita pelo acusado, ao ser interrogado em juízo ou na polícia, e pela qual, além de confessar a autoria de um fato criminoso, igualmente atribui a um terceiro a participação como seu comparsa. Trata-se de prova anômala, admissível, sem qualquer previsão ou regulamentação legal. (...) Não há dúvida, porém, que a delação é de grande valor probatório, podendo servir de suporte para a condenação, principalmente quando harmoniosa e coerente, encontrando apoio na prova circunstancial” (Mirabete, Julio Fabbrini. Processo Penal, 4ª ed., São Paulo : Saraiva, 1995, pág. 286).

No mesmo norte é o entendimento jurisprudencial:

“Penal e processual — Tráfico — Cocaína — Prova — Depoimentos de policiais corroborados pelas declarações dos co-réus — Validade — Materialidade e autoria comprovadas — Associação eventual de agentes — Majorante caracterizada — Condenação mantida — Recurso não provido.

“A autoria do tráfico de drogas pode ser comprovada por indícios e circunstâncias, principalmente a chamada dos co-réus e os depoimentos de policiais coerentes e isentos de má-fé.

“Pequeno desencontro de informações referentes a acontecimentos periféricos não invalida a prova.

“A causa de especial aumento de pena descrita no inciso III do art. 18 da Lei de Tóxicos equivale ao concurso de agentes do Código Penal.

“Para o reconhecimento da co-autoria não é necessário que todos os agentes pratiquem atos de execução expressos no núcleo do tipo penal, basta que de qualquer modo concorram para o crime.

“Concorrer significa, voluntária e conscientemente, contribuir, influir, cooperar, colaborar, ajudar, auxiliar” (Ap. Crim. n. 00.024921-1, da Capital, rel. Des. Amaral e Silva).

“Alegado constrangimento ilegal ao depor perante a autoridade policial. Inocorrência. Confissão corroborada pelos depoimentos das vítimas e de co-réus.

“A clássica chamada do co-réu, que implica a confissão da responsabilidade por parte de quem a faz, principalmente quando acompanhada de

indícios e circunstâncias que confirmam o delito, constitui valioso elemento de prova.

“Condenação mantida” (Apelação Criminal n. 00.024907-6, de Urusanga, rel. Des. Genésio Nolli).

“Apelação criminal — Tráfico ilícito de entorpecentes — Princípio da identidade física do juiz — Inaplicabilidade ao processo penal — Autoria e materialidade comprovadas — Concurso de agentes do art. 14 da Lei de Tóxicos — Associação estável — Confissão de co-réu — Declaração que, de forma desinteressada e desapaixonada, incrimina seu comparsa — Palavra coerente, harmoniosa e apoiada na prova circunstancial colhida nos autos — Validade probatória da delação reconhecida — Crime consumado — Adequação da reprimenda — Exasperação demasiada pela reincidência — Minoração que se impõe — Crime equiparado a hediondo — Regime integralmente fechado — Recurso parcialmente provido” (Ap. Crim. n. 2002.009179-6, de Piçarras, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

“Prova — Delação de co-réu — Validade — A delação de co-réu, quando feita sem o escopo liberatório do delator, reconhecendo sua dose de culpabilidade na ação delituosa, é elemento probatório de inequívoca validade na formulação da convicção do Julgador, em relação à conduta do delatado” (RJDTACrim 18/77).

“O Código de Processo Penal vigente abandonou o critério da prova legal, para acolher o princípio do livre convencimento do julgador, não estando mais este preso ao cipoal de pequenas regras, as quais, isoladamente, pouco ou nada significam.

Assim, desde que alguns indícios levem à conclusão lógica de autoria imputada a alguém, o senso crítico do magistrado pode organizá-lo de forma a concluir legitimamente que o fato e sua autoria são certos” (TACrimSP — Ap. n. 138.327, rel. Juiz Chiaradia Netto).

2. Do recurso da ré Elisângela

Reclama a acusada Elisângela de sua condenação como incurso nas sanções do art. 14 da Lei n. 6.368/76, alegando que não passava de mera “empregada” do acusado Maureli, não se podendo concluir houvesse verdadeira associação entre eles.

Dispõe o art. 14 da Lei n. 6.368/76: “Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 12 e 13 desta lei”.

Para sua configuração, segundo Damásio de Jesus *in* Lei Antitóxicos Comentada, Saraiva, 1999, pág. 72, há necessidade dos seguintes elementos: “1º) duas ou mais pessoas; 2º) acordo dos parceiros; 3º) vínculo associativo; 4º) finalidade de traficar tóxicos”.

Como já decidiu o Supremo Tribunal Federal, “para o crime de associação previsto no art. 14 da Lei n. 6.368/76 exige-se acordo para uma duradoura atuação em comum e não transitória e ocasional participação” (HC n. 64.840, 1ª Turma, j. 19/6/87, Min. Néri da Silveira, RT 622/368).

Da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal colhe-se:

“O crime do artigo 14, em se tratando de tráfico de entorpecentes, equivale ao crime de bando ou quadri-

Iha previsto no Código Penal, com a diferença de que, para a tipificação do crime previsto no art. 14, bastam dois envolvidos, exigindo-se, todavia, para a realização do tipo, a estabilidade da associação” (*Habeas Corpus* n. 69.031/MS, rel. Min. Paulo Brossard, julgado em 17/12/91, STF, Segunda Turma, *in* RTJ 139/226).

No caso está comprovado, consoante já analisamos, que a substância entorpecente encontrada em poder de Elisângela foi-lhe repassada pelo acusado Maureli e se destinava a ser distribuída pelos motoqueiros, dentre eles o acusado Mauri, aos consumidores finais, em esquema adremente combinado. Assim, não há negar que existia um acerto entre os agentes para a prática do crime de tráfico, e esta associação não era meramente eventual, eis que a Polícia Federal, em suas investigações, pôde apurar que tal prática já ocorria há meses, sendo que a polícia militar já recebera denúncias há mais de ano.

Não é possível, pois, excluir a condenação pelo delito tipificado no art. 14 da Lei n. 6.368/76, nem mesmo para reconhecer a causa de especial aumento de pena prevista no art. 18, III, da mesma lei, eis que presente o ânimo associativo de caráter estável, elementar do crime autônomo da associação.

Com efeito, do depoimento da própria apelante depreende-se que não ocorreu mera convergência ocasional de vontades, para prática transitória e eventual de um delito, mas sim que se tratava de atividade organizada e permanente, em que cada qual dos agentes era encarregado de tare-

fa específica, sendo liderados pelo acusado Maureli.

Acerca da prova da ocorrência do delito em estudo, pertinente o seguinte precedente do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Associação para fins de tráfico de drogas. Não revogação do art. 14 da Lei de Tóxicos. Prova testemunhal robusta. Relevância dessa prova. Condenação. Crime não legalmente definido como hediondo. O art. 14 da Lei n. 6.368/76 não foi revogado pelo art. 8º da Lei n. 8.072/90, que alterou apenas o sancionamento daquele delito. Única interpretação razoável para vencer a confusão criada pelo legislador penal. Posição do STJ. *Pela própria natureza do crime, que não deixa vestígios e é marcado pela clandestinidade, assume especial relevância a prova oral, assim como a prova indiciária sendo que comentários generalizados, especialmente num bairro delimitado ou numa pequena comunidade, constituem indícios veementes da prática delituosa.* Entretanto, o crime de associação não está legalmente definido como hediondo, uma vez que o art. 2º, *caput*, da Lei n. 8.072/90 faz referência apenas ao tráfico ilícito de entorpecentes, conduta que se enquadra no art. 12 da Lei de Tóxicos, não se podendo aplicar dispositivo penal por analogia. Conseqüentemente, não há restrição à progressão do regime carcerário no caso vertente. Apelos parcialmente providos (13 fls.) (grifo nosso) (Apelação Criminal n. 70002973626, rel. Des. Manuel José Martinez Lucas, julgado em 28/11/01).

Não socorre a apelante o fato de ter, na organização, menor poder de decisão, ficando subordinada à li-

derança de Maureli, posto que é inerente ao tipo a existência de divisão de tarefas e, comprovado o esforço comum para o sucesso da empreitada criminosa, todos responderão.

A conduta da ré Elisângela, portanto, não pode ser considerada atípica, nem retira a característica de estabilidade da associação, para configurar, então, mero concurso de agentes, pelo que, deve-se manter, também, nesta parte, a decisão objurgada.

3. Do confisco de bens

Insurge-se, também, o réu Maureli, contra o confisco de seus bens pessoais, afirmando inexistirem provas de terem sido adquiridos com o produto do tráfico ou de que seriam utilizados na prática de tal delito.

Para Cezar Roberto Bitencourt, “o confisco, na nossa legislação atual, não é pena, mas simples efeito da condenação, e limita-se aos instrumentos ou produtos do crime. Instrumentos do crime são os objetos, isto é, são as coisas materiais empregadas para a prática e execução do delito; produtos do crime, por sua vez, são as coisas adquiridas diretamente com o crime, assim como toda e qualquer vantagem, bem ou valor que represente proveito, direto ou indireto, auferido pelo agente com a prática criminosa.

“Confisco, enfim, é a perda ou privação de bens do particular em favor do Estado. Declarada procedente a ação penal, surge a perda em favor da União dos *instrumenta et producta sceleris*, como efeito automático da condenação, que se aplica também aos crimes culposos, pois nosso Código não faz qualquer restrição nesse

sentido” (Manual de Direito Penal — Parte Geral, 4ª ed., SP: RT, 1997, pág. 652).

Para que se decrete o confisco, portanto, deve haver a prova de que os bens apreendidos foram adquiridos com o produto do ilícito ou tenham sido utilizados na sua prática.

Para facilitar a compreensão, analisaremos separadamente a situação de cada bem seqüestrado no caso concreto.

Em relação à chácara situada na Rua Cidade de Luziana, Joinville (SC), que o acusado Maureli adquiriu de Anastácio Carneiro, este prestou depoimento às fls. 466/467, informando que recebeu em pagamento um sítio localizado na cidade de Garuva (SC) e o saldo de R\$ 40.000,00 Maureli pagaria quando o vendedor desocupasse o sítio, o que ainda não ocorrera.

Do interrogatório de Maureli (fls. 300/301) extrai-se que este teria trabalhado como motorista para a empresa Carrocerias Nielsen de 1989 a 1994, após o que foi dono de uma mercenaria, a qual teria vendido para comprar uma lanchonete, que por sua vez vendeu para adquirir o sítio em Garuva.

Portanto, parte do pagamento da chácara teve origem lícita e o restante ainda não se efetivara, o que leva à conclusão de que não pode ser decretada a perda desta para a União, por não haver prova suficiente de ser produto do tráfico, nem de estar sendo utilizada de modo constante e reiterado para a prática de tal delito, embora tenha sido apreendida substância entorpecente no local.

Sobre o assunto, nosso egrégio Tribunal de Justiça já se manifestou:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico de entorpecentes. (...) Confisco de bens.

‘(...) O confisco deve recair tão-somente sobre os objetos direta e intencionalmente usados como instrumentos do crime e não sobre os que ocasionalmente estejam ligados à conduta incriminada’ (Ap. Crim. n. 29.759, de Biguaçu, rel. Des. José Roberge, j. em 3/9/93)” (Ap. Crim. n. 00.017466-1 (Réu Preso), de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

A casa localizada na Rua Adolfo da Veiga (fotografias de fls. 103/104) também foi adquirida há mais de 5 (cinco) anos, consoante se depreende do depoimento do acusado Maureli e também da testemunha Nilto Manoel da Silveira (fl. 460), que era o anterior proprietário, o qual informou que recebeu pela venda um veículo, uma motocicleta e mais R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais) em dinheiro. Anotando-se que a testemunha ouvida à fl. 459 informou ter permutado com o acusado uma casa, que depois soube havia sido novamente negociada por ele.

Não há prova, novamente, pois, de ser o imóvel produto do tráfico, uma vez que não se investiga delito ocorrido há mais de cinco anos, nem de ser utilizado para tanto, já que quem residia no imóvel, segundo testemunhas ouvidas, seria a ex-mulher do acusado, a qual não foi sequer inculpada pela prática de tal delito.

Já em relação aos veículos, a situação é diversa, posto que a caminhonete D20 foi adquirida pelo acusado apenas 1 (um) mês antes de sua prisão, tendo entregado, segundo ale-

gou, como parte do pagamento, um Ford Ka, assumindo mais dez prestações de R\$ 1.500,00 (notas promissórias de fls. 432/435), sendo que, segundo a investigação procedida pela Polícia Federal, tanto a caminhonete como o Ford Ka eram utilizados na prática do tráfico.

Também a motocicleta registrada em nome da mãe do apelante Maureli, este confessou que pelo menos metade lhe pertencia, observando-se que foi apurado que a entrega da droga aos consumidores finais se dava por intermédio de motoqueiros.

Do depoimento de Rodrigo M. Del Rio extrai-se:

“(…) que sabe que Maureli utilizava como veículos uma camionete preta, um Ford Ka bordô e uma motocicleta” (fl. 417).

O policial Francisco Torres de Moraes Filho afiançou:

“que desde o início do ano receberam várias denúncias por telefone alegando que Maureli era o chefe de uma quadrilha de traficantes; que as informações demonstravam que a operação da quadrilha se dava através de motoqueiros” (fl. 418).

Esta também a versão apresentada pela co-ré Elisângela, a qual confessou que recebia a droga de Maureli, e entregava aos motoqueiros para a distribuição, pelo chamado serviço de “talentrega de *crack*”, consoante já verificamos.

Além disso, não comprovou o apelante Maureli tivesse atividade lícita que lhe permitisse adquirir bens, que não fosse com os recursos advindos do tráfico, posto que, embora tenha alegado em seu interrogatório

possuir uma loja em que venderia peças para motocicletas — “Negreiros Moto Peças”, do depoimento de seu sobrinho Jean Paulo Custódio (fl. 141) extrai-se que referida loja estaria funcionando há apenas um mês:

“(…) que, em realidade, tanto a loja quanto a oficina foram inauguradas há um mês, logo, acredita que não exista a contabilidade da mesma, tampouco registro nos órgãos competentes”.

Alegou, também, em seu interrogatório, que exercia a atividade de vendedor autônomo de automóveis, gado e até imóveis, mas nada trouxe aos autos para comprovar tal alegação, observando-se que a testemunha de defesa, Milton Pereira Júnior, alegou conhecer o réu há 5 anos e “que Maureli sempre lhe falou que trabalhava na venda de produtos de emagrecimento”, bem como “que sabe que há pouco tempo abriu um negócio de motos” (fl. 462).

Assim, não há dúvida de que foi correto o decreto de perda em favor da União, tanto da moto, reiteradamente utilizada na prática do delito, como da caminhonete D20, que além de ser utilizada como instrumento do crime, foi adquirida com o valor auferido de tal atividade, tudo na forma do disposto no art. 34 da Lei n. 6.368/76 e art. 91, II, b, do Código Penal.

4. Em relação ao veículo Ford Ka, nos autos do incidente de seqüestro, em apenso, há recurso de apelação interposto por Airton Thomaz e Eliete Chaves Dias, insurgindo-se contra a decisão que rejeitou os embargos de terceiro interpostos pela segunda, relativamente à apreensão do citado veículo.

Alegam que referido veículo teria sido dado à concessionária de propriedade de Airton como parte do pagamento da D20 adquirida pelo réu Maureli e, posteriormente, revendida à Eliete Chaves Dias, a qual, portanto, seria compradora de boa-fé.

O MM. Juiz *a quo* rejeitou os embargos interpostos por Eliete, afirmando que esta já teria feito um acerto com a concessionária quando da entrega do veículo e, portanto, não sendo mais possuidora, não teria mais legitimidade para a propositura dos embargos.

Chegou a essa conclusão, o magistrado, em função de que o Sr. Airton, proprietário da concessionária, ao prestar depoimento à autoridade policial, informou:

“que sabedor do fato de que tal veículo é objeto de ordem de seqüestro determinada por Juiz Estadual Criminal desta comarca, o declarante compromete-se a entregar tal automóvel nesta Delegacia, na data de amanhã, inclusive já está fazendo as tratativas com a adquirente de tal bem, acreditando que consiga resolver este problema dentro do prazo estipulado” (fl. 430, autos principais).

Como o veículo realmente foi entregue no dia seguinte, presumiu o Magistrado que a compradora teria feito um acerto com a concessionária. No entanto, em momento algum disse o Sr. Airton que as tratativas importariam em desfazimento do negócio e não poderia o Magistrado ter decidido com base em suposição.

O Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso, apontando diversas incongruências, especialmente o fato de a venda do veí-

culo caminhonete D20 ter ocorrido em abril/2001 e o veículo Ford Ka, dado como parte do pagamento, somente ter sido entregue em julho de 2001, após a prisão de Maureli e do decreto de seqüestro.

No entanto, tais argumentos poderiam demonstrar a má-fé do proprietário da concessionária, mas não se prestam a comprovar a má-fé da adquirente.

Assim, tendo a apelante Eliete demonstrado que adquiriu o veículo da Santa Catarina Automóveis e não do acusado, a presunção é de que estivesse de boa-fé. Não sendo produzida prova que refutasse tal presunção, deve ser-lhe restituído o veículo apreendido.

Anota-se que o fato de não ter a embargante providenciado a junta da do documento de transferência do veículo para Santa Catarina Automóveis, assinado pelo réu Maureli, o que poderia esclarecer que referida assinatura ocorrera anteriormente à sua prisão, não é suficiente para afastar a citada presunção de boa-fé, posto que, como o reconhecimento de firma em tal documento deve ser feito na presença do vendedor, certamente ocorreu antes de sua prisão, a qual se deu em maio/2001, e, embora a expedição do novo Certificado de Registro somente foi providenciada em agosto/2001, portanto, fora do prazo de 30 dias estabelecido pelo Código Nacional de Trânsito, art. 123, I, § 1º, observa-se que referida expedição pode ser feita fora do prazo, apenas com o pagamento de multa.

É, pois, de ser restituído o automóvel à compradora.

Acerca do tema, esclarecedora a lição extraída de nota na obra Códico

Penal e sua Interpretação Jurisprudencial:

“O próprio texto legal ressalva o direito do lesado e do terceiro de boa-fé, que não pode ser atingido pelo confisco. É evidente que o produto do crime deve ser restituído à vítima, ou ao terceiro de boa-fé. O mesmo se pode dizer dos objetos utilizados para a prática do crime e não pertencentes ao réu, mas a terceiros, desde que seu fabrico, alienação, uso, porte ou detenção não sejam ilícitos. Diz, com efeito, Cezar Roberto Bittencourt ‘que o confisco pode recair somente em objeto pertencente a quem participou na prática do delito. O lesado e o terceiro de boa-fé não podem ser prejudicados pelo confisco. Os efeitos específicos da sentença condenatória não podem atingir a quem não participou da relação processual’ (Lições de Direito Penal, 3ª ed., 1995, pág. 285)” (Franco, Alberto Silva, *et alli*. Vol. 1. Tomo I. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997, pág. 1.408).

A jurisprudência não discrepa:

“O confisco de bens, instrumentos ou objetos utilizados em prática delituosa somente pode ocorrer se os mesmos pertençam ao agente da infração e nunca a pessoas estranhas à lide penal, pois, terceiro não pode ser prejudicado por esta medida” (RJD 29/69).

III — Decisão

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos de Mauri Silvério Negreiros e de Elisângela da Silva Miranda; provê-se, em parte, o recurso de Maureli Silvério Negreiros, apenas para afastar a pena de confisco em relação aos imóveis de sua pro-

priedade, e dá-se provimento ao recurso de Eliete Chaves Dias para restituir-lhe o veículo seqüestrado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 19 de novembro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente com voto;
Sérgio Roberto Baasch Luz,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.020291-3, DE JARAGUÁ DO SUL

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal – Porte de entorpecente para uso próprio – Pequena quantidade de maconha (2,77g) – Agente absolvido em face do princípio da insignificância – Comparação dos efeitos sociais do uso da maconha com o de outras substâncias permitidas como o álcool e o fumo – teses írritas – Tipo penal do art. 16 da Lei Antitóxicos que já leva em conta a pouca quantidade da droga – Autoria e materialidade comprovadas – Condenação indeclinável – Recurso ministerial provido.

Quem traz consigo pequena quantidade de maconha, para uso próprio, comete o delito tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/76, que se distingue do tráfico de entorpecente, quando ausente a prova do intuito de comercialização, justamente pelo ínfimo montante da droga, daí por que não é possível adotar o princípio da insignificância para a absolvição do agente, pois não se cuida de simples bagatela que poderia justificar a isenção de pena, até porque não se pode considerar uma ninharia o tanto de maconha apreendida.

Enquanto não houver a descriminalização que alguns juristas defendem, o porte de maconha para uso próprio continua sendo infração reprimida pela lei penal, e, em consequência, não há absolver o agente ao argumento de que outras substâncias de uso legalmente permitido, como o fumo e o álcool, são tão perniciosas à saúde quanto aquela, cuja nocividade dos efeitos pessoais e sociais do porte e do uso também é inegável.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.020291-3, da comarca de Jaraguá do Sul (Vara Criminal e da

Infância e Juventude), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Waldemar Vieira:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo de Direito da comarca de Jaraguá do Sul, o Ministério Público promoveu ação penal contra Waldemar Vieira, como incurso nas sanções do art. 12 c/c o art. 18, III, ambos da Lei n. 6.368/76.

Narra a peça acusatória:

“No dia 14 de março de 2001, por volta das 20 horas, o denunciado, acompanhado dos adolescentes M. A. G., com 14 anos de idade, P. C. V., com 17 anos de idade e L. G. V., com doze anos de idade, encontrava-se nas proximidades do viaduto da Av. Presidente Epitácio Pessoa, Jaraguá do Sul/SC, quando foi abordado por policiais militares que constataram que o mesmo *trazia consigo*, em forma de tablete, envolta em um plástico branco, uma certa quantidade da substância entorpecente *Cannabis Sativa Lineu*, classificada pela Portaria n. 344/98, do Ministério da Saúde, como causadora de dependência física e psíquica, estando, assim, em desacordo com determinação regulamentar, conforme atesta o laudo de constatação de fl. 14.

“Igualmente, ao se realizar a abordagem, a força policial verificou que o denunciado *forneceu gratuitamente* a droga apreendida aos adolescentes que se encontravam na sua companhia, tendo, todos, solidariamente se utilizado da substância entorpecente, fato este que se repete com habitualidade.

“Por fim, a conduta de fornecer gratuitamente a substância entorpe-

cente, ora imputada ao denunciado, vem qualificada pela circunstância de ter visado menores de vinte e um anos, já que M. A. G., P. C. V. e L. G. V., possuem, respectivamente, 14, 17 e 12 anos de idade”.

Concluída a instrução criminal, sobreveio a sentença que, embora reconhecendo a possibilidade de desclassificação para a infração do art. 16 da Lei n. 6.368/76, julgou improcedente a denúncia e, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal, absolveu Waldemar Vieira da acusação que lhe foi feita.

Inconformado, o Ministério Público apelou, requerendo a condenação de Waldemar Vieira, pelo delito previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Com as contra-razões do recurso, ascenderam os autos a esta Superior Instância, perante a qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de que Waldemar Vieira seja condenado pelo delito previsto no artigo 16 da Lei de Tóxicos.

É o relatório.

Merece guarida o recurso interposto.

Não obstante a conduta descrita na denúncia, a condenação pelo delito do artigo 16 da Lei n. 6.368/76 é medida imperativa.

A materialidade do delito tipificado no art. 16 da Lei n. 6.368/76 está consubstanciada no termo de exibição e apreensão (fl. 17), no laudo de constatação provisório (fl. 18), e no laudo pericial definitivo (fls. 56/59), que constatou ser *Cannabis Sativa Lineu*, mais conhecida por maconha, a substância entorpecente apreendida, que

é capaz de causar dependência física e/ou psíquica, daí por que se trata de droga proibida em todo o território nacional, conforme a Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

A autoria está comprovada pela confissão do acusado que, no interrogatório judicial de fl. 50, admitiu que na ocasião dos fatos estava fumando maconha juntamente com três adolescentes inimputáveis, e que, além disso, trazia consigo, no bolso, certa quantidade de maconha, para uso próprio, sendo apreendida pela polícia.

No mesmo sentido, são os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a abordagem, a apreensão da maconha em poder do acusado, e a prisão deste (fls. 68/69). De igual teor são as declarações dos adolescentes que acompanhavam o réu na ocasião dos fatos (fls. 70/72).

Colhe-se dos depoimentos dos adolescentes, que além de estarem fumando em conjunto com o acusado, a maconha encontrada em poder deste foi cedida a ele, anteriormente à ação policial, pelo menor P. C. (fl. 71).

O crime previsto no art. 16 da Lei n. 6.368/76 configura-se quando o agente traz consigo, guarda ou tem em depósito, substância entorpecente para seu próprio consumo, o que ocorreu no caso.

Com efeito, os policiais militares não presenciaram o apelante vendendo ou cedendo drogas aos menores, de modo que não se pode falar em tráfico de entorpecente, pela ausência de prova quanto ao intuito de comercialização, porém encontraram com ele uma bucha com 2,77g de maconha (apreensão de fl. 17 e laudo pe-

ricial de fl. 57). O fato de trazer consigo a substância entorpecente em causa, para uso próprio, configura a infração do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Nesse diapasão cita-se:

“Narcotráfico — Apreensão de substância tóxica dispensada pelo acusado — Farta prova testemunhal no tocante à propriedade da droga — Absolvição impossível — Dúvida, porém, quanto ao destino do material estupefaciente — Anemia probatória tangente à mercancia — Apelante que se declarou usuário — Desclassificação do crime para o menos grave (art. 16) que se impõe — Recurso defensivo parcialmente provido” (TJSC — Apelação Criminal n. 2001.000707-5, de Itajaí, rel. Des. Jorge Mussi, julgada em 24/4/2001).

É justamente o fato de ser ínfima a quantidade de maconha apreendida que, na ausência de prova do intuito de comercialização, caracteriza o crime de porte ilegal de entorpecente para uso próprio, segundo o disposto no art. 37 da Lei Antitóxicos antes citada.

Não há falar, pois, em crime de bagatela, que pela moderna orientação doutrinária e jurisprudencial (não pelo sistema legal) seria impunível, porque a insignificância é que, no caso, distingue o delito em causa daquele relativo ao tráfico de entorpecentes.

Aliás, bagatela é ninharia. E ninharia, segundo o Dicionário Aurélio – Século XXI, é “coisa sem préstimo ou valor; insignificância”. Ninguém pode olvidar que o porte de maconha, qualquer que seja o montante, ainda que mínimo, não pode ser considerado uma “ninharia”, no sentido acima dado. E, na hipótese dos autos, a quanti-

dade de maconha apreendida é de 2,77 gramas, suficiente para aprontar alguns “baseados”. Não há falar, portanto, em bagatela.

Tem decidido esta Corte de Justiça, ao afastar a tese da isenção de pena para o agente flagrado com pequena quantidade de maconha:

“Crime contra a saúde pública. Ínfima quantidade. Crime de bagatela. Circunstância que não exclui a ilicitude. 1 — A pequena quantidade da droga apreendida em poder do réu, para seu uso, não exclui, só por si, a ilicitude penal, porque pune-se pela previsão do art. 16 o fato de portar material entorpecente, qualquer que seja a sua quantidade sem se indagar se contém ou não capacidade de gerar dependência. 2 — Os direitos e garantias individuais não outorgam ao agente a liberdade de praticar ato vedado em lei sob o argumento de que enquanto o uso da droga não atinja terceiros, permanece como conduta privada não punível” (TJSC — Apelação Criminal n. 30.625, de Imbituba, rel. Des. José Roberge).

E mais recentemente, em caso também provindo da comarca de Jaraguá do Sul, como o presente:

“Tóxico — Uso próprio — Agente flagrado com ‘um toco’ (6,16g) de maconha — Materialidade comprovada — Crime de perigo abstrato — Infração configurada — Sentença absolutória acolhedora do princípio da insignificância reformada — Apelo acusatório provido. A conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, por ser qualificada como de perigo abstrato, não comporta a aplicação do princípio da insignificância, uma vez que a simples posse de substância entorpecen-

te, para uso próprio, já é considerado ilícito penal. Muito menos comportará esse temperamento se a quantidade apreendida e que o agente admite ser sua, pelo seu peso (1,6g) e conformação (um cigarro) não é, jamais, de ser considerada como ínfima, porque suficiente ao fim a que se destina” (TJSC — 1ª Câ. Crim. — unân. — Ap. Crim. n. 2002.000249-6, de Jaraguá do Sul, publ. DJSC n. 11.062, de 25/10/2002, pág. 17).

No mesmo sentido é a orientação do egrégio TJMS “o fato de o agente portar pequena quantidade de droga não obriga que seja absolvido por pretensa irrelevância do ato criminoso” (RT 683/340).

O crime de porte de entorpecente para uso próprio é de perigo abstrato para a saúde pública, e a simples posse da substância proscrita, ainda que de ínfima quantidade, já caracteriza a infração penal.

Nesse sentido:

“Penal. Posse de substância entorpecente. Pequena quantidade. Princípio da insignificância. Inaplicabilidade. Crime de perigo abstrato. 1 — A conduta prevista no art. 16 da Lei n. 6.368/76, por ser qualificada como crime de perigo abstrato, não comporta a aplicação do princípio da insignificância (pequena quantidade apreendida), visto que a simples posse de entorpecente, para uso próprio, já é considerado ilícito penal. 2 — Recurso especial conhecido em parte e nesta improvido” (STJ – Recurso Especial n. 2959/MG, rel. Min. Fernando Gonçalves).

Não obstante os movimentos que têm feito alguns juristas e políticos, no sentido da descriminalização do porte de maconha para uso pró-

prio, a lei penal ainda o recrimina, de modo que não é possível a absolvição de quem, comprovadamente, traz consigo, para seu consumo, erva dessa natureza, independentemente do montante.

Então, se o porte de maconha para uso próprio é proibido, e quem o faz deve ser apenado, é despiciendo afirmar que a comercialização e o uso de outras substâncias legalmente permitidas, como o álcool e o fumo, têm efeitos sociais e pessoais tão funestos quanto os relativos à maconha. A comparação não autoriza a absolvição. Independentemente da consciência que todos têm acerca da nocividade das bebidas alcoólicas e do cigarro, para a saúde das pessoas, é inegável a perniciosidade da maconha no meio social, não só pelas conseqüências pessoais que ela ocasiona, como também pelo perigo de disseminação entre as pessoas que cercam o usuário portador, e pela sempre corrente possibilidade de este vir a praticar outros crimes, mormente contra o patrimônio, para obter os recursos financeiros necessários à manutenção do vício.

Prova de que o porte de maconha traz perigo à saúde pública está nos autos: na ocasião dos fatos o acusado fumava maconha na companhia de seus dois sobrinhos e outro adolescente, com idades de 17, 14 e 12 anos de idade.

Portanto, a condenação é medida que se impõe.

O artigo 16, da mencionada lei especial, tipifica como crime a conduta daquele que adquire, guarda ou traz consigo, para uso próprio, substância tóxica, fixando a pena privativa

de liberdade de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos de detenção e pagamento de 20 a 50 dias-multa.

A culpabilidade foi normal a esse tipo de delito. O réu registra múltiplos antecedentes criminais (fls. 39/43). Registra condenações anteriores, por sentenças transitadas em julgado mais de cinco anos antes da prática do crime destes autos, não se sabendo em que data expiraram as sanções respectivas, de modo que não é possível considerá-lo reincidente. A conduta social não pode ser tida como das melhores, tendo em vista que costumava fumar maconha, e o fazia na companhia de menores. Personalidade malformada. Os motivos, as circunstâncias e as conseqüências foram normais ao crime.

Assim, analisadas as circunstâncias do art. 59 do CP, fixa-se a pena-base pouco acima do mínimo legal, em face dos antecedentes do acusado, ou seja, em 7 (sete) meses. É reconhecida a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), pois o apelante admitiu em Juízo a posse da droga, atenua-se a pena-base em 1 (um) mês. Ausentes causas especiais de aumento ou redução da pena, é tornada definitiva a reprimenda em seis (6) meses de detenção, a ser cumprida em regime inicial aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos consistente de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, na forma prescrita na lei penal e segundo for determinado pelo Juízo da Execução Penal.

A pena de multa é fixada em vinte (20) dias-multa, ao valor unitário

mínimo legal, na forma do art. 38, § 1º, da Lei n. 6.368/76.

Ante todo o exposto, dá-se provimento ao recurso ministerial, para condenar o apelado às penas retrocominadas, por infração do art. 16 da Lei n. 6.368/76.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Desa. Maria do Rocio Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Ge-

ral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 5 de novembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.017957-0, DE BLUMENAU

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal – Homicídio culposo na direção de veículo automotor – Atropelamento de pedestres em travessia na faixa de segurança – Réu absolvido por insuficiência de provas quanto à sua culpa – Conduta culposa, entretanto, devidamente comprovada – Desatenção e excesso de velocidade – Condenação que se impõe – Recurso do assistente do Ministério Público provido.

Age com culpa, pelas modalidades de negligência e imprudência, o motorista que, trafegando desatento e em velocidade incompatível para o local, o tempo e as condições climáticas (neblina), pela esquerda da pista dupla, atropela três pedestres que tentavam atravessar a rua partindo da direita, sobre a faixa de segurança em cruzamento não sinalizado por semáforo, dada a preferência deles na travessia (CTB, art. 70), tanto que o veículo que transitava pela pista da direita parou no local para dar-lhes passagem. É irrelevante, no caso, que as vítimas tenham feito a travessia açodada e apressadamente. Considera-se previsível a travessia de pedestres, a qualquer momento, em faixa de segurança a eles destinada.

O condutor de veículo automotor deve dirigir com a atenção e o cuidado indispensáveis à segurança do trânsito (CTB, art. 28). Considera-se desatento o motorista que, sem tê-las visto antes do choque, atropela três pessoas que atravessavam a rua em faixa de segurança, e já haviam percorrido mais da metade da travessia.

Imprime velocidade excessiva o motorista que atropela as vítimas em via urbana, e após conduzi-las com o veículo, por certo trecho, projeta uma delas a cerca de 40m (quarenta metros) do ponto inicial do impacto.

A má visibilidade provocada pela neblina e pela fraca iluminação do local não eximem de culpa o motorista, que deve trafegar com as luzes do veículo acesas e dobrar suas cautelas.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.017957-0, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante o assistente do Ministério Público, sendo apelados a Justiça, por seu Promotor, e Jonas Juarez Junkes:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

O Ministério Público, na 1ª Vara Criminal de Blumenau, moveu ação penal contra Jonas Juarez Junkes, por infração aos arts. 302, parágrafo único, II (duas vezes), 303 e 306 do Código de Trânsito Brasileiro, c/c o art. 70 do Código Penal.

Colhe-se da denúncia que, em 15/5/1999, por volta das 21 horas, Jonas Juarez Junkes trafegava pela Rua das Missões, em Blumenau, no sentido centro-bairro, dirigindo o veículo Passat placa MAL 2799, quando, num trevo de passagem de pedestres, de frente à Transportadora Itanorte, atropelou Argeu Gabriel de Oliveira, de sete anos de idade, Priscila das Graças de Oliveira Chaves, com quatorze anos de idade, e Terezinha Aparecida de Oliveira Chaves, maior. As duas primeiras vítimas faleceram, ao passo que a última sofreu lesões corporais. O denunciado teria causado o fato

com imprudência e imperícia manifestas, porque avistara as vítimas quando estava a cerca de dez metros de distância delas, e também porque transitava em velocidade incompatível com a segurança do local, principalmente devido à baixa visibilidade causada pela neblina e pela fraca iluminação. Além disso, atropelou as vítimas sobre a faixa de segurança. Ele também estaria dirigindo o veículo sob o efeito de bebida alcoólica, registrando-se no teste do bafômetro o equivalente a 2,5 decigramas de álcool por litro de sangue.

Recebida a denúncia, o feito foi instruído e, na sentença, o réu foi absolvido por insuficiência de provas quanto à sua culpa no acidente.

O assistente do Ministério Público interpôs apelação, argumentando que o denunciado agiu com culpa ao causar o acidente, porque dirigia em velocidade incompatível com a segurança do local, em face da baixa visibilidade causada pela neblina, e porque era previsível o surgimento de pedestres no local.

Nas contra-razões, o Ministério Público e o denunciado pugnaram pela manutenção da sentença absolutória.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do apelo.

É o relatório.

O recurso deve ser provido.

O réu foi denunciado por infração aos arts. 302, parágrafo único, II, 303 e 306 da Lei n. 9.503/97. A denúncia foi rejeitada quanto ao crime do art. 306, conforme a decisão de fls. 82/83 e, como não houve recurso dessa decisão, ocorreu o trânsito em julgado. Também não se pode conhecer da matéria relativa ao delito do art. 303 do CTB, porque, como bem frisou a representante do Ministério Público (fl. 186), não houve a representação da ofendida como exige o art. 88 da Lei n. 9.099/95. A matéria deste recurso, portanto, restringe-se aos homicídios culposos cometidos em concurso formal.

A autoria e a materialidade dos delitos são incontestáveis. O próprio réu confessou, no auto de prisão em flagrante (auto de fls. 5/7) e em Juízo (fls. 87/88), que causou a morte de Argeu Gabriel de Oliveira e Priscila das Graças de Oliveira Chaves no acidente de trânsito ocorrido em 15/5/1999. O auto de exame cadavérico de fl. 14 atestou que Argeu Gabriel apresentava fratura de crânio com otorragia à direita e esquerda e escoriações abrasivas em membros superiores e na face, tendo falecido por traumatismo crâneo-encefálico. Já a vítima Priscila das Graças faleceu devido a choque neurogênico por traumatismo crâneo-encefálico, segundo o auto de exame cadavérico de fl. 15.

Quanto às circunstâncias do acidente, o exame do conjunto probatório leva à conclusão de que o acusado, por volta das 21h30min do dia 15/5/1999, transitava na Rua das Missões, pela pista da esquerda, no sen-

tido centro-bairro. Essa rua tem quatro pistas de rolamento, sendo duas em cada sentido (croqui de fl. 27). No trecho próximo ao cruzamento com a Rua Henrique Reiff e à transportadora Itanorte, onde há uma faixa de pedestres com canteiro central, o acusado atropelou as três vítimas, arrastando-as por alguns metros. A visibilidade do local era ruim, devido à fraca iluminação e possivelmente também à neblina. Os fatos foram assim descritos pelo próprio acusado, no interrogatório (fls. 87/88), e pelas testemunhas Luciane Jacinto (fl. 103), Joseani Beatriz Scheuer (fls. 104/105) e Edson Augusto Portela (fls. 108/109). As duas primeiras trafegavam no mesmo sentido do réu, pela pista da direita, e acabavam de entrar, vindas da Rua Henrique Reiff, na Rua das Missões, que é preferencial. Já Edson Portela trafegava na Rua das Missões pela pista esquerda no sentido bairro-centro, oposto ao do réu. O croqui de fl. 27 também confirma que os fatos ocorreram na forma descrita.

Sentenciando, o Magistrado *a quo* julgou improcedente a denúncia e absolveu o réu com fulcro no art. 386, VI, do Código de Processo Penal, ao entendimento de que não restou suficientemente provada a culpa do acusado pelo acidente. Registrou na sentença: “diante da prova alhures esmiuçada predomina a dúvida acerca de ter ou não o réu concorrido com culpa para a consumação do duplo homicídio e lesões de terceira pessoa. Tudo que se viu foi que o acusado transitava em velocidade compatível com o local dos fatos, na sua mão de direção, na pista de rolamento e com os faróis de seu carro acesos numa noite de muita neblina. Também se

apurou que a faixa de pedestres não era visível. De outra parte, colheram-se evidências de que as vítimas, nada obstante atravessassem correndo, talvez até de inopino, o faziam por sobre a faixa de pedestres. (...) Portanto, não há como ser afirmado, com a certeza que requer um decreto condenatório, que o episódio foi causado pela imprudência do acusado em dirigir o seu veículo de forma desatenta, justo que o acervo probatório não propicia a formação de um seguro juízo de convicção a este respeito” (fl. 128).

Com o devido respeito, a prova dos autos, ao contrário do que asseverou o Magistrado, conduz indubitavelmente à conclusão de que o réu agiu com culpa no trágico evento.

É verdade que as vítimas, segundo o relato das testemunhas, atravessaram a rua de maneira pouco cuidadosa. Luciane Jacinto, que trafegava no mesmo sentido do acusado, na pista da direita, afirmou no inquérito que as vítimas passaram pela frente de seu carro correndo, mas não conseguiram chegar ao canteiro central, porque foram atingidas pelo réu, que transitava na pista da esquerda (fl. 11). Em Juízo, ela confirmou que viu as vítimas atravessarem a rua “caminhando rapidamente” (fl. 104).

Josiani Beatriz Scheuer, que estava no carro de sua amiga Luciane, disse ter visto “que uma mulher ‘caminhando apressadamente, de mãos dadas com duas crianças’, atravessou a Rua das Missões, pela faixa de segurança (...)” (fl. 106).

Edson Augusto Portela, que guiava na Rua das Missões no sentido oposto ao do réu e de Luciane e Josiani, também declarou, no inquéri-

to, que viu as vítimas adentrarem a pista correndo, passando em frente de um primeiro veículo (justamente o carro das outras duas testemunhas, que havia parado para dar-lhes passagem) e foram colhidas pelo segundo veículo (o Passat do réu – fl. 12). Tal testemunha frisou que provavelmente teria atingido as vítimas, se o réu não as tivesse atropelado antes (fl. 12). Em Juízo, Edson repetiu que vira uma mulher e duas crianças atravessarem correndo a Rua das Missões (fl. 108).

Realmente, a prova testemunhal é uníssona no sentido de que as vítimas saíram correndo da calçada, ou, pelo menos, “caminhando apressadamente”, de maneira pouco cuidadosa.

O réu alegou, no interrogatório, que não viu as vítimas antes da colisão (fl. 88). Luciane Jacinto, no inquérito, confirmou que o réu nem chegou a frear o veículo, porque ele não avistara as vítimas, parando seu carro somente após o impacto (fl. 11).

É justamente no fato de não ter visto as vítimas que reside a culpa do réu. Afinal, ele transitava pela faixa esquerda da pista, e as vítimas tentaram atravessar a Rua das Missões partindo da direita. Isso quer dizer que, antes de terem sido atropeladas, as vítimas cruzaram toda a faixa de rolamento da pista da direita. Ora, considerando que a Rua das Missões tem mais de 10m (dez metros) de largura em cada sentido, segundo o croqui de fl. 27, então Terezinha Aparecida e seus dois filhos percorreram no mínimo 5m (cinco metros) antes de terem sido atropelados, e, ressalte-se, nem chegaram a ser vistos por Jonas, embora a motorista do veículo que pa-

rou no local e sua companheira as tenham visto em travessia.

Mesmo considerando que as vítimas saíram da calçada correndo (ou, como disseram as testemunhas, “caminhando apressadamente”), o mínimo que se pode esperar de um motorista atento é que perceba a movimentação de pedestres tentando atravessar a rua. Especialmente em se tratando de três pessoas de mãos dadas, que inclusive já haviam percorrido, dentro da pista de rolamento, quase quatro metros, como se expôs. Se o réu realmente transitava a cerca de cinquenta quilômetros por hora, como alegou no interrogatório, não há escusar o fato de ele não ter percebido os pedestres que adentravam a rua.

Também não pode socorrer o réu o argumento de que havia muita neblina e de que a iluminação do local era muito fraca. O laudo pericial de fl. 22 atestou que o tempo era bom e nada referiu à existência de neblina. De qualquer forma, quando o motorista dirige sob neblina, deve dobrar a atenção, justamente para evitar acidentes como esse em que se envolveu. Além disso, o art. 27 do Código de Trânsito Brasileiro impõe ao motorista que, antes de colocar o veículo em circulação nas vias públicas, verifique as boas condições de funcionamento dos equipamentos de uso obrigatório. Os equipamentos de uso obrigatório são aqueles indicados pelo art. 105 do CTB, além de outros estabelecidos pelo Contran; na Resolução n. 14, de 6/2/1998, o Contran estabeleceu, no art. 1º: “Art. 1º. Para circular em vias públicas, os veículos deverão estar dotados dos equipamentos obrigatórios relacionados abaixo, a serem constatados pela fis-

calização e em condições de funcionamento: (...) 7) faróis principais dianteiros, de cor branca ou amarela”. Por isso, mesmo em face da neblina e da fraca iluminação do local, os faróis do veículo do réu deveriam ter-lhe proporcionado visibilidade suficiente para avistar as vítimas.

As fotografias de fls. 68/69 demonstram que o Passat do réu, com o impacto do acidente, foi amassado em toda a sua dianteira, ou seja, nas extremidades direita e esquerda e no centro. Frisa-se: uma das vítimas foi atingida na extremidade dianteira esquerda do veículo, bem na frente do banco do motorista. Tal fato representa mais um indício de que o réu guiava sem a devida atenção, porque ele próprio disse que não chegou a ver as vítimas antes da colisão. Ora, como pode um motorista atento e cuidadoso, com as luzes de seu veículo acesas, por mais fraca que esteja a iluminação e por mais neblina que haja no local, não perceber três pessoas bem à frente de seu carro? Atenta-se também para o seguinte: se uma das vítimas foi atingida pelo extremo esquerdo do carro do réu, então ela quase conseguiu chegar à “ilha” de proteção do centro da Rua das Missões; isso quer dizer que ela percorreu, antes de ser atropelada, a distância de quase 10m (dez metros). Realmente, não se pode admitir a alegação do réu no sentido de que não tenha percebido uma pessoa deslocar-se pela distância de quase dez metros, ainda que ela tenha saído correndo da calçada. Ainda mais quando não era só uma pessoa, mas três, de mãos dadas.

Não fora isso, é possível concluir, da análise do croqui de fl. 27, que uma das vítimas foi encontrada a

cerca de 40m (quarenta metros) do local do impacto. Essa distância, bem se vê, é muito maior do que os dez metros mencionados pelo réu quando se lavrou o auto de prisão em flagrante (fl. 6). E essa distância também reforça a constatação de que o réu agiu de maneira culposa no acidente. Ele alegou, quando foi preso, que guiava a cerca de sessenta quilômetros por hora (fl. 6), e, em Juízo, disse que sua velocidade era de mais ou menos cinqüenta quilômetros horários (fls. 87/88). Há motivos para não acreditar que essa tenha sido realmente a velocidade imprimida pelo apelado na ocasião do acidente. A testemunha Luciane Jacinto, no inquérito, disse que ele trafegava a mais ou menos sessenta a setenta quilômetros por hora. Além disso, o próprio fato de uma das vítimas ter sido encontrada a cerca de quarenta metros do local de impacto demonstra que o réu estava certamente trafegando em velocidade superior aos cinqüenta quilômetros por hora alegados e aos sessenta quilômetros por hora permitidos naquela via. Sua culpa, assim, é evidente, porque as fracas condições de visibilidade lhe impunham mais moderação ao guiar seu veículo.

Deve ser ressaltado ainda o fato de que todas as outras três testemunhas, Joseani, Luciane e Edson, apesar da neblina e da fraca iluminação, chegaram a avistar as vítimas, antes do choque. Edson, aliás, estava na pista de sentido contrário ao do acusado, após a “ilha” de proteção de pedestres, e mesmo assim afirmou ter percebido “as vítimas adentrarem a pista correndo (...)” (fl. 12). Ora, se Edson, que se encontrava mais distante das vítimas do que o réu, ainda

assim pôde vê-las, então não há qualquer justificativa para a alegação do réu no sentido que não as avistara antes do choque. Assim, era exigível do réu conduta diversa, porque outras três pessoas no mesmo local foram capazes de perceber a movimentação dos três pedestres, e ele não foi. Por isso, ele incidiu em ação culposa.

O art. 28 do Código Brasileiro de Trânsito dispõe: “Art. 28. O condutor deverá, a todo momento, ter domínio de seu veículo, dirigindo-o com atenção e cuidados indispensáveis à segurança do trânsito”. Se o próprio réu alega não ter percebido as vítimas que foram avistadas, nas mesmas circunstâncias, por outras três pessoas, que, como ele, também ocupavam veículos em trânsito, então só se pode concluir que ele dirigia seu veículo sem a atenção e o cuidado indispensáveis à segurança do trânsito, além da velocidade incompatível para o local e as circunstâncias temporais e climáticas. A infringência à regra de conduta do aludido preceito configura a culpa imputável ao réu. Agiu com imprudência e negligência, que caracterizam sua culpa *stricto sensu*.

Se o réu houvesse avistado as vítimas, como era lícito esperar, então poderia ter freado o carro, para ao menos suavizar o impacto, se não fosse possível evitá-lo.

Por fim, também não elide a culpa do réu a provável culpa concorrente das vítimas, porque no direito penal, como se sabe, não há compensação de culpas; assim, só a culpa exclusiva das vítimas, que não ocorre neste caso, poderia afastar a culpabilidade do réu.

O art. 70 do Código de Trânsito Brasileiro estabelece que os pedestres têm prioridade de passagem nas faixas de segurança onde não houver semáforo, como no caso. O réu, portanto, deveria ter respeitado a preferência dos pedestres, que foram colhidos em cima da faixa de segurança. Aliás, a condutora do outro veículo, que trafegava do mesmo sentido e adentrou na Rua das Missões vindo da Rua Henrique Reiff, tomou essa cautela e estancou seu carro defronte a faixa de segurança, a fim de permitir a travessia das vítimas. A travessia de pedestres pelas faixas de segurança é fato previsível, devendo o motorista estar preparado para breçar seu veículo a qualquer instante, atentando para a movimentação de pessoas no local.

Em situação semelhante à dos autos, este Tribunal decidiu:

“Homicídio culposo. Acidente de trânsito. Atropelamento de pedestre. Réu que conduz veículo sem a devida atenção, dando causa ao evento danoso. Culpa demonstrada. Recurso ministerial provido.

“Age com culpa, na modalidade de imprudência, o agente que, em razão de falta de atenção, em via de intenso movimento de pedestres, atropela pessoa idosa que tenta atravessar a via, colhendo-a quando já concluíra a travessia” (TJSC – 2ª Câm. Crim. – Apelação Criminal n. 1999.015156-5, de Itajaí, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 26/10/1999).

Do exposto, deflui-se que o denunciado, pelo fato de não ter avistado as vítimas e imprimir velocidade incompatível com o local, o tempo e as condições climáticas, agiu com culpa, nas modalidades de imprudência e

negligência, enquadrando-se no crime do art. 302 do Código de Trânsito Brasileiro.

Passa-se, assim, à aplicação da pena. São dois os homicídios culposos de trânsito praticados com uma única ação, portanto, em concurso formal. Nas circunstâncias judiciais, nada há que desabone o réu, motivo pelo qual se fixa a pena-base no mínimo legal, em 2 (dois) anos. Embora uma das vítimas fosse criança, não há documento a comprovar essa circunstância, pelo que não cabe acolhimento da agravante prevista no art. 61, II, *h*, do Código Penal. Incide, contudo, a atenuante da confissão espontânea (CP, art. 65, III, *d*), que não tem o condão de alterar a pena-base já estabelecida no seu mínimo legal. Na terceira fase, aumenta-se a pena em um terço, com base no inciso II do parágrafo único do art. 302 da Lei n. 9.503/97 (atropelamento em faixa de pedestres), ou seja, em 8 (oito) meses. Sobre a pena daí resultante, de dois anos e oito meses, incide a causa geral de aumento de pena do art. 70 do Código Penal (concurso formal) que se estima em um sexto. Fixa-se a pena definitiva, assim, em 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de detenção, em regime aberto, e na suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor, pelo prazo de 4 (quatro) meses (CTB, art. 293).

Sendo o crime culposo, em face da primariedade do réu (fl. 35), desde já a pena de detenção é substituída por duas restritivas de direitos consistentes de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, na forma do art. 46 e parágrafos do Código Penal; e pela prestação pecuniária a ser paga para à mãe das ví-

timas, no valor equivalente a dez (10) salários mínimos, em dez (10) prestações mensais, deduzindo-se tal quantia do montante indenizatório civil (CP, art. 45, § 1º).

Pelo exposto, o recurso é provido para condenar o acusado Jonas Juarez Junkes, por violação ao art. 302, parágrafo único, II (duas vezes), c/c o art. 70 do Código Penal, ao cumprimento das penas acima discriminadas.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon

d'Eça Neves. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 8 de outubro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.020710-7, DE TUBARÃO

Relator: Des. Jaime Ramos

Apelação criminal – Veículo apreendido em inquérito policial – Laudo pericial que detecta numeração do motor adulterada – Suspeita de montagem com componentes de origem criminosa – Restituição definitiva ao último possuidor – Impossibilidade – Necessidade de manutenção sob depósito pelo menos até o final do processo criminal – Leilão desaconselhável – Nomeação do último possuidor como depositário – Recurso provido em parte.

A restituição definitiva do veículo apreendido em inquérito policial por estar com numeração de motor adulterada, com suspeita de que se trata de carro montado com componentes de origem criminosa, importaria em autorização para que o possuidor dele disponha como quiser, sem vincular-se ao desfecho do processo criminal. Por isso, é conveniente que se mantenha o veículo depositado, pelo menos até a sentença criminal, não só por conveniência da instrução do feito (novas perícias, investigações, inspeções e coleta da prova oral), como pela possibilidade de o proprietário do componente adulterado vindicar sua devolução, até mesmo no juízo cível (CPP, art. 120, § 4º), sob a comprovação de seu direito (CC, art. 521).

Embora não seja aconselhável o leilão do veículo, para se evitar deterioração e transtornos à administração policial, é de se no-

mear como depositário judicial o possuidor em poder do qual foi apreendido, que haverá de firmar compromisso e responsabilizar-se pela guarda e conservação, bem como pelos danos que eventualmente vier a causar, desde que se revele pessoa idônea.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.020710-7, da comarca de Tubarão, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Antônio Galdino Martins:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

No Juízo da Vara Criminal da comarca de Tubarão, Antônio Galdino Martins, alegando ser proprietário e ter adquirido de boa-fé o veículo camioneta Toyota Hilux 4CD DLX, ano e modelo 1998, chassi 8AJ33LNA3W9307927, placa CWK 2381/SC, cor branca, cabine dupla, movida a diesel, que foi apreendido pela autoridade policial, requereu, com fundamento nos arts. 118 e seguintes do Código de Processo Penal, a restituição do referido bem, o que foi deferido pelo digno Magistrado.

Inconformado, o Ministério Público apelou, sustentando que, pelas adulterações atestadas pela perícia técnica, o documento de propriedade apresentado pelo apelado não corresponde ao veículo que pretende ver restituído, porque diversos são os seus componentes que possuem sinal de identificação adulterados ou destruídos, daí por que a propriedade não é invidiosa; que se trata, portanto, de um veículo com composição mesclada pela inserção de agregados de outros veículos, por certo, de origem cri-

minosa; que, por essa razão, a melhor solução é a realização de leilão público do veículo apreendido, conforme prevê o art. 120, § 5º, do CPP, com posterior depósito judicial da quantia levantada, que será destinada às possíveis ações de indenização *ex delicto* das eventuais vítimas lesadas e dos terceiros de boa-fé, conforme previsto no art. 122, parágrafo único, do CPP; que não se pode identificar, com precisão, o proprietário do bem, eis que sofreu profundas alterações em sua estrutura e composição; que o *periculum in mora* está presente no fato de que a restituição foi deferida de maneira pura e simples, sem a inclusão de qualquer gravame ou garantia, até porque o próprio apelado requereu, alternativamente, que fosse nomeado como fiel depositário do bem.

Com as contra-razões, ascenderam os autos, e nesta Superior Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, a fim de que o veículo seja mantido em depósito judicial.

É o necessário relatório.

O recurso ministerial merece ser parcialmente provido, tão-somente para que o apelado seja nomeado como fiel depositário do bem.

É que, conforme constatado pela perícia (fls. 11/24), o veículo que o apelado pretende ver restituído apresenta irregularidades nos seus sinais de identificação, comprovando que alguns de seus componentes per-

tencem a outros veículos, com suspeita de que são de origem criminosa, não se sabendo, entretanto, quem é ou quem são os verdadeiros donos dos referidos componentes, mesmo porque, até o momento, não se tem notícia de que alguém tenha-se apresentado para reclamá-los.

Na hipótese aqui discutida, o veículo foi apreendido em inquérito policial que tem por objetivo a apuração de crimes de receptação qualificada, quadrilha, adulteração de sinal identificador de veículo, dentre outros delitos, e, embora ainda não tenha sido instaurada a competente ação penal, o bem não poderia ter sido restituído ao apelado de forma pura e simples, uma vez que poderá dispor do modo que lhe aprouver, e, nesse caso, a restituição nessas circunstâncias viria em prejuízo da instrução de eventual ação criminal.

A melhor solução é manter o veículo sob depósito, pelo menos até a sentença criminal, por conveniência da instrução do feito, que poderá reclamar a necessidade de nova perícia, outras investigações, inspeções, prova oral baseada na visualização do bem etc.

Por outro lado, ainda que difícil, no caso, porque a perícia não logrou identificar qual a numeração original do motor, que fora adulterada, nada impede que o verdadeiro proprietário, provando seu direito, venha vindicar a devolução do componente, a qualquer tempo, ainda que pelo juízo cível (CPP, art. 120, § 4º; e CC, art. 521).

Não obstante, a venda do veículo em leilão, a que se refere o art. 120, § 5º, do Código de Processo Penal, ainda que possível a deteriora-

ção, não é aconselhável, porque não traria solução adequada à espécie, já que até agora não se sabe a quem pertencem os componentes de origem provavelmente criminosa que integram o bem. E o terceiro aparentemente de boa-fé seria o último possuidor que comprove tenha adquirido o veículo sem conhecer as irregularidades que ele apresentava.

A permanência da camioneta em depósito público também não é recomendável porque, estando sujeita à ação do tempo, sua deterioração será inevitável pela ausência da necessária e adequada manutenção. Além disso, a permanência do veículo em pátio da Delegacia de Polícia traria enorme transtorno à administração policial.

Conclui-se, então, que a melhor solução para o caso aqui debatido é aquela prevista no art. 120, § 4º, do Código de Processo Penal, que autoriza a manutenção do bem nas mãos do apelado, na condição de fiel depositário, haja vista que, até prova em contrário, deve ser considerado possuidor de boa-fé.

Nesse sentido, colhe-se da jurisprudência:

“A lei faculta ao magistrado a escolha do depositário do bem apreendido havendo dúvida sobre a quem o mesmo pertence (art. 120, § 4º, do CPP). Não se pode afirmar, pois, que sua decisão acarrete ofensa a direito líquido e certo suscetível de ser amparado por mandado de segurança” (RT 606/331).

Ou ainda:

“Existindo dúvida sobre o direito à coisa apreendida e havendo o juiz, outrossim, concedido o seu depósito

precário em favor de quem já a detinha, não viola, com isso, direito líquido e certo de outrem, posto que, remetidas as partes às vias ordinárias, realiza, neste caso, ato perfeitamente regular, permitido pela legislação processual penal” (RT 536/381).

Finalmente:

“Apelação criminal – Pedido de restituição – Veículo furtado – Adulteração de chassi evidenciada – Prova dos autos que demonstram a boa-fé do apelante – Veículo apreendido e depositado em pátio sem cobertura – Decisão reformada para que o apelante seja nomeado depositário do veículo em questão – Recurso provido” (TAPR – Ap. Crim. n. 146179800, de Curitiba, rel. Juiz Waldomiro Namur – 1ª Câm. Crim. – em 26/10/2000 – Ap. Cív. n. 7561 – Publ. em 10/11/2000 – *Apud* JUIS – Jurisprudência Informatizada Saraiva, *cd-rom* n. 24).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial ao recurso ministerial,

apenas para que o apelado seja nomeado como fiel depositário do bem restituído, devendo ele responsabilizar-se pela guarda e conservação do veículo, bem como pelos danos que eventualmente vier a causar, daí por que lhe deverá ser exigida a manutenção de seguro integral, enquanto perdurar o depósito em suas mãos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, a Exma. Sra. Des. Maria do Rocio Santa Ritta. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 22 de outubro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Jaime Ramos,
Relator.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2001.008214-4, DE PINHALZINHO

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Apelação criminal. Homicídio culposo e lesões corporais culposas na direção de veículo automotor.

Motorista de camioneta que, trafegando em dia de forte neblina, cruza rodovia de forma imprudente e causa acidente fatal. Culpa consciente na modalidade da imprudência configurada.

Ponto de impacto que se deu na pista de rolamento. Boletim de ocorrência e croquis hígidos corroborados pelas demais provas. Presunção de veracidade inabalada.

Alegação de excesso de velocidade da vítima não comprovada. Inexistência, ademais, de compensação de culpas em direito penal.

Duas colisões, uma imediatamente posterior a outra.

Aplicação do “processo de eliminação hipotética” de Thyrés.

Segunda colisão considerada causa superveniente relativamente independente que não causou, por si só, o resultado naturalístico. Nexo etiológico que não sofreu rompimento. Colisões que aconteceram com grande proximidade temporal.

Estando a segunda causa, ou concausa, dentro do desdobramento físico da primeira, o agente (autor da primeira causa) deve responder pelo resultado naturalístico.

“Na hipótese de dois fatos sucessivos geradores do dano, a responsabilidade do autor do primeiro não desaparece quando ele tenha produzido condições ou situações tais que formem os elos da corrente única e incidível de acontecimentos, de tal modo que o último não poderia surgir independentemente daquele que o procedeu” (TACrimSP — Ac., rel. Dinio Garcia — RT 472/360).

Absolvição do autor da segunda colisão decretada.

Extinção da punibilidade do delito de lesões corporais pela prescrição retroativa e superveniente decretada de ofício. Inteligência dos arts. 119, 107, IV, 109, VI, e 110, § 1º, todos do CP e art. 61, caput, do CPP.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2001.008214-4, da comarca de Pinhalzinho, em que são apelantes Pedro dos Santos e Valnei Luiz Wolfart, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, dar provimento ao apelo de Valnei Luiz Wolfart para absolvê-lo, negar provimento ao recurso de Pedro dos Santos e, de ofício, decretar a prescrição da pretensão punitiva do Estado com relação ao delito de lesões corporais culposas.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Pinhalzinho (Vara Única), o órgão do Ministério Público em exercício naquele Juízo ofertou denúncia contra Pedro dos Santos e Valnei Luiz Wolfart, dando-os como incurso nas sanções dos arts. 121, § 3º, e 129, *caput*, na forma do artigo 70, *caput*, todos do CP, porque segundo narra a exordial acusatória: “No dia 5 de julho de 1996, por volta de 9h15min, na BR 282, próximo ao trevo de Nova Erechim/SC, o denunciado Pedro dos Santos, dirigindo a caminhonete Ford F-4000, placa DH 7554, agindo com culpa, na modalidade de imprudência, eis que atravessou a referida pista de rolamento sem as devi-

das cautelas, colidiu com o veículo Vectra, placa LXR 9360, que trafegava pela referida via no sentido Chapecó-Maravilha e era conduzido pela vítima Altair Bacin, acompanhado pela vítima Jandir Frandaloso.

“Após a colisão, o veículo Vectra permaneceu no meio da pista, com as portas emperradas, impedindo a saída das vítimas Altair e Jandir.

“Em seguida, o denunciado Valnei Luiz Wolfart, conduzindo o caminhão Mercedes-Benz, placa WM 3605, agindo com culpa, sob a forma da imprudência, eis que dirigia em velocidade elevada, incompatível com o local, pois havia muita neblina na ocasião e não reduziu a velocidade ao ver um pedestre acenando no acostamento, para alertá-lo do acidente, veio a abalroar o veículo Vectra, que se encontrava no meio da pista pela qual vinha o caminhão por ele dirigido.

“As lesões sofridas pelas vítimas, em virtude de ambas as colisões, vieram a causar a morte de Altair Bacin, conforme o auto de exame cadavérico de fl. 6, e lesões corporais de natureza leve em Jandir Frandaloso, conforme laudo pericial de fl. 7.

“Por fim, as condutas de ambos os denunciados contribuíram para o evento delituoso, vez que as duas foram essenciais para a concorrência dos fatos típicos narrados (art. 13 do CP)”.

Concluída a instrução criminal, os réus restaram condenados nos exatos termos da denúncia. Pedro dos Santos à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção em regime aberto [substituída por prestação de serviços à comunidade e suspensão da habilitação para dirigir veículo au-

tomotor por um ano], e Valnei Luiz Wolfart à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção em regime aberto [substituída por prestação de serviços à comunidade e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por um ano].

Irresignados, os réus apelaram objetivando a *absolvição*.

Em suas contra-razões, o órgão do Ministério Público manifestou-se pela manutenção da sentença atacada.

Ascendendo os autos a esta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo conhecimento e desprovemento dos recursos interpostos, e pela decretação, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do Estado na modalidade retroativa em relação ao delito de lesão corporal culposa em face de ambos os réus.

II — Voto

Cuidam-se de apelações criminais interpostas por Pedro dos Santos e Valnei Luiz Wolfart contra sentença prolatada pelo MM. Magistrado *a quo* que condenou o primeiro à pena de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção em regime aberto [substituída por prestação de serviços à comunidade e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por um ano], e o segundo à pena de 1 (um) ano e 9 (nove) meses de detenção em regime aberto (substituída por prestação de serviços à comunidade e suspensão da habilitação para dirigir veículo automotor por um ano) pela prática de lesão corporal culposa e homicídio culposo na direção de veículo automotor (arts.

121, § 3º, e 129, *caput*, na forma do artigo 70, *caput*, todos do CP).

A materialidade dos delitos encontra-se comprovada pelo boletim de ocorrência de fls. 8/10, pelo auto de exame cadavérico de fl. 11 e pelo auto de corpo de delito de fl. 12.

Já no que concerne à autoria, a sua comprovação depende da verificação da relação de causalidade entre a conduta dos apelantes e o resultado naturalístico (morte de Altair Bacin e lesão corporal de Jandir Frandaloso) a fim de se descobrir qual foi a sua causa eficiente e determinante.

Conforme estatui o *caput* do art. 13 do CP, “o resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido”. Trata-se da teoria *sine qua non*, ou equivalência dos antecedentes causais, acolhida por nosso Código Penal. Segundo esta teoria, tudo que contribuiu para o resultado é causa, não havendo distinção entre causa e condição. Para se saber se um antecedente foi causa eficiente do resultado naturalístico, deve-se procurar eliminá-lo mentalmente e verificar se o resultado, sem ele teria ainda acontecido, conforme o “processo de eliminação hipotética” de Thyrén.

Por sua vez, o § 1º do art. 13 vem limitar o conteúdo do *caput*, ao disciplinar que “a superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou”.

Assim, fica excluído o nexo de causalidade quando sobrevém uma

segunda causa, interligada à primeira, mas que se situa fora do desdobramento normal da causa original e que, por si só, produz o resultado. Ou seja, quando o evento (resultado) ocorreu de maneira independente do fato produzido pelo primeiro agente, sendo a causa superveniente aleatória, acidental e fora do desdobramento normal dos fatos.

Já estando a segunda causa, ou concausa, dentro do desdobramento físico da primeira, o agente (autor da primeira causa) deve responder pelo resultado naturalístico.

Cabe, ainda, salientar que “a tipicidade nos delitos culposos determina-se através da comparação entre a conduta do agente e o comportamento presumível que, nas circunstâncias, teria uma pessoa de discernimento e prudência ordinários. É típica a ação que provocou o resultado quando se observa que não atendeu o agente ao cuidado e à atenção adequados nas circunstâncias” (*in* Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, São Paulo: Atlas, 8ª ed., pág. 142).

Feitas essas considerações passa-se ao exame da hipótese dos autos.

Extraí-se do conjunto probatório a ocorrência de duas colisões, uma imediatamente posterior a outra.

Consta do boletim de ocorrência de fls. 8/10 que “o v-1 seguia em sua mão de direção, quando teve sua trajetória interceptada pelo v-2; ocasionando o abalroamento transversal, em consequência o veículo 1 rodou sobre a pista e foi abalroado transversalmente pelo v-3 que seguia em sua mão de direção”.

No que concerne ao local da colisão, restou comprovado que ela se deu na pista de rolamento conforme atestam o boletim de ocorrência de fls. 8/10 e croqui de fl. 91, e não no acostamento como alega a defesa do réu Pedro dos Santos por meio da conclusão da perícia contratada e apresentada unilateralmente nos autos (fl. 70).

Com efeito, é preciso destacar a higidez do boletim de ocorrência e dos croquis acostados aos autos, que gozam de presunção *juris tantum* de veracidade, ainda mais quando suas conclusões são corroboradas pelas demais provas. A presunção de veracidade somente pode ser desconstituída mediante irrefutável prova em contrário, o que não se deu nos autos.

Nesse sentido colhe-se deste Sodalício:

“Homicídios culposos — Acidente de trânsito — Colisão de veículos — Imprudência e imperícia — Culpa exclusiva caracterizada — Prova — Boletim de ocorrência — Condenação mantida.

“O boletim de ocorrência expedido pela autoridade de trânsito goza de presunção *juris tantum* de veracidade, ainda mais quando corroborado por prova testemunhal, que só cede mediante irrefutável e melhor prova em contrário” (Apelação Criminal n. 96.001531-0, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Motorista que trafegando em velocidade incompatível para as condições climáticas do dia (forte neblina), força ultrapassagem sem as mínimas condições de segurança — Imprudência manifesta — Ponto de

impacto que se deu na contramão de direção do apelante — Presunção *juris tantum* de veracidade do laudo oficial não desconstituída pelo parecer pericial trazido pela defesa, mormente por encontrar respaldo na prova coletada — Autoria e materialidade evidenciadas — Culpabilidade pelo ocasionamento do sinistro comprovada — Conjunto probatório que se apresenta suficiente para a manutenção da sentença condenatória — Recurso defensivo improvido” (Ap. Crim. n. 98.014821-9, de Canoinhas, rel. Des. Jorge Mussi).

Aliás, está bem demonstrada a dinâmica do acidente: o automóvel Vectra (v-1) dirigido pela vítima trafegava no sentido Chapecó-Pinhalzinho quando foi interceptado pela Camioneta Ford-4000 dirigida pelo réu Pedro dos Santos que atravessou a rodovia no sentido Águas Frias. O veículo da vítima rodou em razão do impacto e foi parar na pista de sentido contrário, Pinhalzinho-Chapecó, quando, imediatamente — como afirmado pela vítima Jandir Frandaloso à fl. 180 — foi abalroado pelo Caminhão Mercedes-Benz (v-3) dirigido pelo réu Valnei Luiz Wolfart.

Desse modo, a primeira colisão foi causada pelo réu Pedro dos Santos que cruzou a rodovia (BR 282, km 560) sem as devidas cautelas, já que conforme ele mesmo afirmou “havia um excesso de neblina e não enxergava mais de 15 metros” (interrogatório de fl. 49v.).

A pouca visibilidade na pista é corroborada pelos depoimentos testemunhais, que certificam a existência de muita neblina no local e horário do acidente.

A culpa de Pedro dos Santos restou, assim, plenamente caracterizada porquanto era-lhe perfeitamente previsível que sua carreta F-4000, carregada com 3.500kg de milho não atravessaria os 7m de largura que a estrada possui naquela altura, mais os 6,70m de seu comprimento de ponta a ponta (croquis de fls. 90 e 91), em tempo de evitar a colisão caso algum veículo viesse pela estrada

Ao decidir atravessar o cruzamento naquelas condições (neblina, pouca visibilidade, carreta superlotada) previu o resultado fatídico mas acreditou que ele não ocorreria, agindo com manifesta culpa consciente na modalidade da imprudência porquanto “age com imprudência o motorista que, provindo de via secundária, se dispõe a cruzar a rodovia oficial, sem ter a certeza de que o pode fazer sem risco, vindo, em conseqüência, a interceptar a marcha de veículo que normalmente trafega pela via prioritária, dando causa à colisão” (TACrimSP, AC, rel. Cunha Camargo — JUTACrim 28/241). Um homem com diligência ordinária teria redobrado as cautelas exigíveis numa BR, e não procedido à manobra evidentemente arriscada.

Registra-se, por fim, que não restou comprovado nos autos que o veículo Vectra dirigido pela vítima fatal trafegasse em velocidade acima da permitida, fato que, ainda que demonstrado, não elide a responsabilidade do réu Pedro dos Santos, porque “em matéria de direito penal não se admite a compensação de culpa, só possível na apuração da responsabilidade civil” (TAMG, AC, rel. Joaquim Alves, RJTAMG 26-27/509).

Colhe-se da jurisprudência:

“Tendo em conta o pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial de que não há compensação de culpas em matéria penal, irrelevante invocar a de outrem para elidir a própria” (TACrimSP, AC, rel. Ercílio Sampaio, JUTACrim 73/269).

Assim, caracterizada a autoria e a culpa do réu Pedro dos Santos, resta saber se o delito pode ser imputado também ao réu Valnei Luiz Wolfart.

Consoante os fatos apurados, extrai-se do conjunto probatório as seguintes constatações:

O caminhão dirigido pelo réu Valnei Luiz Wolfart trafegava em baixa velocidade conforme prova oral colhida (fls. 48v., 156 e 208).

Em razão de ter rodado na estrada, o veículo Vectra (v-1) conduzido pela vítima fatal se encontrava na pista de rolamento sentido Pinhalzinho-Chaçapécó onde o veículo do réu Valnei (v-3) trafegava.

Por causa da forte neblina que existia no local o réu Valnei não avisou o veículo da vítima, tendo colidido com ele imediatamente após o primeiro abaloamento.

Segundo os depoimentos prestados pelo réu Valnei (fl. 48v.) e seu caroneiro Airton Antônio Zanetti (fls. 98 e 156), eles observaram uma pessoa gesticulando, a poucos metros do local da colisão, na margem da rodovia com as duas mãos, mas não sabiam o que estava tentando dizer, pensando inicialmente que ele queria carona. Mas imediatamente, quando olharam para a frente, viram o veículo Vectra no meio da pista com o qual acabaram

colidindo, porquanto, diante do peso do caminhão, não era possível diminuir a velocidade de forma imediata.

Assim, utilizando o processo de eliminação hipotética de Thyrén, conclui-se que se o réu Pedro dos Santos não tivesse cruzado a BR 282 de forma imprudente, o veículo da vítima fatal não teria sido jogado na pista de rolamento de sentido contrário e não teria acontecido a segunda colisão que, somada à primeira, determinou a morte de Altair Bacin e lesão corporal de Jandir Frandaloso.

Aqui se aplica o princípio de que *causa causae est causa causati*, ou seja, a causa da causa é a causa do causado.

A segunda colisão é causa superveniente relativamente independente da primeira mas que não provocou, por si só, o resultado naturalístico, porquanto está dentro do desdobramento físico da primeira. Isso é, o nexo etiológico não sofreu nenhum rompimento, até porque as duas colisões aconteceram com grande proximidade temporal.

Desse modo, somente o réu Pedro dos Santos (autor da primeira causa) deve responder pelo resultado naturalístico.

Em casos análogos vêm decidindo os Tribunais:

“Na hipótese de dois fatos sucessivos geradores do dano, a responsabilidade do autor do primeiro não desaparece quando ele tenha produzido condições ou situações tais que formem os elos da corrente única e incidível de acontecimentos, de tal modo que o último não poderia surgir independentemente daquele que o

precedeu” (TACrimSP, Ac., rel. Dinio Garcia, RT 472/360).

“Acidente de trânsito — Homicídio culposo — Colisão de veículos por haver o réu invadido a pista no sentido oposto — Desclassificação do delito pretendida para lesão corporal culposa pelo réu, alegando que após o acidente a vítima encontrava-se caída no asfalto quando foi atropelada por uma motocicleta, e que desse segundo atropelamento é que teria ocorrido a morte da vítima, não da primeira colisão — Inadmissibilidade — Circunstância em que o último não poderia surgir independentemente daquele que o precedeu.

“Ementa oficial: Na hipótese de dois fatos sucessivos geradores do dano, a responsabilidade do autor do primeiro não desaparece quando ele tenha produzido condições ou situações tais que formem os elos da corrente única e incidível de acontecimentos, de tal modo que o último não poderia surgir independentemente daquele que o precedeu” (TACrimSP, Ap. 952.413/7, 9ª C., j. 26/6/95, rel. Juiz Soares Levada, RT 724/688).

“A ação e a omissão somente deixam de ser imputáveis quando uma causa, ainda que relativamente independente, venha, por si só, a produzir o resultado” (Apelação Criminal n. 3.101, São Sebastião do Paraíso, apelante: José Giachero, apelada Justiça Pública, RT 469/406).

“Para que se reconheça a causa superveniente é mister que esta não tenha ligação alguma, nem mesmo ideológica, com a ação. Se a causa sucessiva está na linha de desdobramento físico ou anátomo-patológico do resultado da ação, não tem lugar a exclu-

dente de criminalidade” (TJSP, Ac. n. 71.541, RT 337/130).

Destarte, pelos motivos acima apontados absolve-se o réu Valnei Luiz Wolfart dos delitos de lesão corporal culposa e homicídio culposo praticados na direção de veículo automotor (arts. 121, § 3º, e 129, *caput*, na forma do artigo 70, *caput*, todos do CP) objeto dos autos, com fulcro no art. 386, III, do CPP.

Por fim, é de ser declarada, de ofício, a extinção da punibilidade do réu Pedro dos Santos em relação ao delito de lesão corporal culposa em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado, tendo em vista que, no concurso de crimes, a extinção da punibilidade incide sobre a pena de cada um, isoladamente (art. 119 do CP).

Embora não tenha o Magistrado sentenciante aplicado a pena relativa aos dois delitos (lesão corporal culposa e homicídio culposo) como deveria, para só depois aplicar o acréscimo relativo ao concurso formal (art. 70, *caput*, do CP) ao delito mais grave; a apreciação do prazo da prescrição da pretensão punitiva em relação ao delito de lesão corporal é possível porque se a pena aplicada ao delito de homicídio foi de um ano, a pena supostamente aplicada ao delito de lesão corporal só poderia ser inferior a esta e, assim, o prazo da prescrição da pretensão punitiva aplicável é de dois anos (art. 109, VI, do CP).

Dito isso, compulsando-se os autos, vislumbra-se que entre a data do recebimento da denúncia (29/9/1996) até a data da publicação da sentença condenatória recorrível (2/2/2000), e ainda entre a data desta e a sessão de

juízo (19/11/2002) transcorreu lapso superior ao biênio, ocorrendo, *in casu*, a extinção da punibilidade, tanto na forma retroativa quanto na superveniente.

Assim, segundo a inteligência dos arts. 107, IV, 109, inciso VI, e 110, § 1º, do CP a prescrição da pretensão punitiva do Estado em relação ao delito de lesão corporal culposa praticado pelo réu Pedro dos Santos deve ser decretada de ofício a teor do contido no art. 61 do Código de Processo Penal, por tratar-se de matéria de ordem pública, que pode ser reconhecida em qualquer fase da ação penal e em qualquer grau de jurisdição.

III — Decisão

Diante do exposto, a Câmara, unanimemente, conhece dos recursos interpostos, dá provimento ao recurso de Valnei Luiz Wolfart para absolvê-lo, nega provimento ao recurso de Pedro dos Santos e, de ofício, declara extinta sua punibilidade em relação ao delito de lesão corporal culposa em face da prescrição da pretensão punitiva do Estado nas modalidades retroativa e superveniente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 19 de novembro de 2002.

Gaspar Rubik,
Presidente com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.013214-0, DE CAMPOS NOVOS**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

Receptação. Insuficiência probatória. Dolo não configurado. Absolvição mantida. Recurso improvido.

“No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 619/267).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.013214-0, da comarca de Campos Novos (2ª Vara Cível/Crime), em que é apelante a Justiça, por seu Promotor e apelado Nilson dos Santos de Souza:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

I — Relatório

Na comarca de Campos Novos (2ª Vara) o órgão do Ministério Público em exercício naquele Juízo ofereceu denúncia contra Nilson dos Santos Souza dando-o como incurso nas sanções do art. 180, *caput*, do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o réu restou absolvido pelo MM. Magistrado *a quo* com fundamento no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Irresignado, o Promotor de Justiça interpôs o presente recurso de

apelação, aduzindo, em síntese, existirem provas suficientes para embasar a condenação de Nilson dos Santos Souza.

Em suas contra-razões, a defesa pleiteou pela manutenção da sentença objurgada.

Ascendendo os autos a esta instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça em parecer da lavra do Dr. Anselmo Agostinho da Silva manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

II — Voto

O recurso não merece provimento.

Não há nos autos prova capaz de apontar com a certeza necessária à condenação a responsabilidade penal do réu pelo delito de receptação dolosa (art. 180, *caput*, do CP).

Emerge do processado tão-somente um indício, dissociado do restante da prova, de que o réu poderia presumir que a bicicleta comprada do adolescente infrator J. L. R. tinha origem criminosa.

É que J., quando inquirido perante a polícia, afirmou que "(...) o declarante conhece Nilson só de vista, mas tem conhecimento que o mesmo compra bagulho furtado (...)" (fl. 28).

Esse depoimento isolado no conjunto probatório, e não reproduzido em Juízo, não tem força a gerar a condenação.

Para que o réu fosse condenado nos termos da denúncia haveria de estar provado o seu dolo. Ou seja, a ciência da origem ilícita do objeto e sua voluntária e consciente aquisição. Isso não aconteceu nos autos.

Sequer a desclassificação para a modalidade culposa soaria adequada no caso vertente, porquanto não se pode provar que o réu tenha adquirido "coisa que, por sua natureza ou pela desproporção entre o valor e o preço, ou pela condição de quem a oferece, deve presumir-se obtida por meio criminoso" (art. 180, § 3º, do CP).

É que a natureza da coisa, a desproporção entre o valor e o preço, e a condição de quem a oferece são indícios que "têm valor relativo, devendo ser apreciado o fato no conjunto de seus elementos para que se possa afirmar que, no caso, diante das condições no negócio, o homem comum devia presumir ser a coisa produto de crime" (*in* Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, Atlas, 2001, pág. 360).

A diferença do valor pago pelo réu pela bicicleta (R\$ 50,00) e o valor da avaliação (R\$ 110,00, termo de fl. 9) não é gritante. Há que se considerar que a bicicleta não era nova e o réu é pessoa simples que não tinha condições de conhecer o valor exato do bem.

Consigne-se, ademais, que em 1998 o valor do salário mínimo era de R\$ 130,00. Desse modo, uma pessoa humilde como o réu, que possui como profissão a de diarista, não teria possibilidade econômica de pagar mais do que pagou (praticamente meio salário mínimo) pelo objeto adquirido.

A natureza da coisa (uma bicicleta usada) e a condição de quem a ofereceu (um adolescente) também não podem ser interpretados em desfavor do réu, que não possuía condições de suspeitar da licitude de sua compra, já que é de veras comum um adolescente possuir uma bicicleta usada.

Desse modo, não se pode duvidar da boa-fé do réu na realização da compra em discussão.

Em situações correlatas os tribunais pátrios têm decidido:

"Se o objeto é usado, a desproporção de preço pode ser relativa (TCrSP, julgados 77/363, 66/283), não autorizando, por si só, a presunção de ter sido obtido por meio criminoso" (TAMG, RJTAMG 54-55/524).

"A só alegação da desproporção entre o preço pago e o valor encontrado em avaliação não pode servir para a condenação" (TACrimSP, RJDTACrim 13/40).

Julio Fabbrini Mirabete (*in op. cit.*, pág. 360) colaciona:

"Já se tem decidido, por isso, pela inoccorrência de crime: 'na aquisição por homem rústico que desconhece o verdadeiro valor da coisa' (JTACrSP 28/1 e 113), assim como 'quando o preço, embora menor do que o real valor, não é vil ou irrisório'" (RT 433/400, 336/61), como ocorre, *in casu*.

Assim, tendo em vista que o direito penal não pode operar com conjecturas, e que para a condenação criminal exige-se certeza da existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do agente, inexistindo no caso *sub judice* tal certeza, vige o princípio *in dubio pro reo*, impondo-se a manutenção da sentença de absolvição, por medida de justiça, porquanto “No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão alébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 619/267).

Nesse sentido é o entendimento deste Sodalício:

“O estigma da condenação e os reflexos na liberdade e dignidade da pessoa humana exigem prova convincente.

“Suspeitas, mesmo fortes, não autorizam a condenação” (Ap. Crim. n. 2000.002778-2, de Canoinhas, rel. Des. Amaral e Silva).

“A sentença condenatória não pode se basear em meras ilações, e até em alta probabilidade. Exige certeza moral, porquanto, mesmo na alta probabilidade, há incerteza e, havendo dúvida, a regra é a absolvição” (Ap. Crim. n. 2000.003308-1, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva).

III — Decisão

Diante do exposto, conhece-se da apelação interposta negando-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 29 de outubro de 2002.

Gaspar Rubik,

Presidente, com voto;

Maria do Rocio Luz Santa Ritta,

Relatora.

APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.013264-6, DE CHAPECÓ

Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta

Apelação criminal. Falsidade ideológica. Inserção de declaração falsa em boletim de ocorrência. Documento inábil a provar fato juridicamente relevante. Inexistência de prejuízo a terceiros ou de benefício ao réu. Delito não caracterizado. Insuficiência de provas. Absolvição decretada.

“A inserção de declaração falsa relativamente a autoria de crime em boletim de ocorrência não tem o condão de tipificar o cri-

me de falsidade ideológica (art. 299 do CP), pois não cria nenhuma relação jurídica, não causa prejuízo juridicamente apreciável e muito menos acarreta a possibilidade de um dano” (Ap. n. 83.738-3/6 — 2ª C. — j. 18/2/91 — rel. Des. Weiss de Andrade).

“A sentença condenatória não pode se basear em meras ilações, e até em alta probabilidade. Exige certeza moral, porquanto, mesmo na alta probabilidade, há incerteza e, havendo dúvida, a regra é a absolvição” (Apelação Criminal n. 00.003308-1, de Videira. Relator Des. Amaral e Silva).

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.013264-6, da comarca de Chapecó (1ª Vara Criminal e Júri), em que é apelante Antônio Domingos Dal Santo, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor de Justiça:

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer da apelação e dar-lhe provimento para o fim de absolver o apelante nos termos do art. 386, VI, do CPP.

Custas na forma da lei.

I — Relatório

Na comarca de Chapecó (1ª Vara), o órgão do Ministério Público ofertou denúncia contra Antônio Domingos Dal Santo dando-o como incurso nas sanções do art. 340 c/c art. 299, parágrafo único, na forma do art. 69, todos do Código Penal; porque, conforme narra a exordial acusatória: “O Tabelião Antônio Domingos Dal Santo, titular do cartório da cidade de Cordilheira Alta, nesta comarca, tem uma vida pessoal e funcional tisonada por vários procedimentos que denigrem sua conduta. Já foi punido administrativamente, no âmbito da instituição que lhe detém hierarquia e, na área criminal, já foi condenado em

ações penais que por aqui tramitaram, mormente, falsidade ideológica e estelionato.

“No 22 de julho de 1997, o MM. Juiz de Direito, Diretor do Foro da comarca de Chapecó, baixou a Portaria n. 62/97 (inclusa) que, em razão de notícia recebida da Prefeitura Municipal de Coronel Freitas, resolveu instaurar sindicância, para apurar a atividade do acusado consistente em: ‘...não recolher o imposto de transmissão *inter vivos*, por ocasião de lavratura de escrituras de compra e venda e de que algumas das escrituras tinham como transmitentes, pessoas já falecidas, havendo suspeitas também de os alienantes serem pessoas com problemas mentais ou doentes terminais...’.

“No dia 29 de setembro de 1997, numa segunda-feira, o denunciado compareceu à delegacia de polícia de Cordilheira Alta, onde registrou o boletim de ocorrência n. 039/97, dando conta que: ‘(...) no dia 26 de setembro de 1997, larápios quebraram dois vidros de uma janela do cartório, onde retiraram a tranca e dentro furtaram um carimbo de reconhecimento de firma, livro de registro de escrituras de terras ns. 03-Q, 03-R e 37 fls. do livro 035, todas preenchidas, guias de ITBI, um talonário de cheques da conta n. 0525-8 do Besc e, um cheque no valor

de R\$ 376,00 da Igreja São Domingos de Cordilheira Alta, c/c n. 1218-1, do Besc, para pagamento do seguro do salão e igreja e mais R\$ 110,00, em dinheiro, mais blocos de registro de nascimento e casamento (...)'.

“O aludido furto teria ocorrido numa sexta-feira (26/9/1997) e, muito embora a gravidade do fato, só foi comunicado à autoridade policial na segunda-feira seguinte, ou seja, 29 de setembro de 1997, dando tempo para que o denunciado desaparecesse com todos os ‘indícios’ que pudessem apurar a possível e relatada atividade criminosa.

“Mesmo que no recinto existissem outros bens de elevado e considerável valor, estranhamente só foram ‘subtraídos’ bens de nenhum valor comercial, principalmente livros do cartório e formulários de nenhuma repercussão financeira.

“Instaurado o Inquérito Policial n. 3/98, pela DP de Cordilheira Alta, não se chegou a nenhum resultado e, agora, pelas declarações prestadas pelo Sr. Edemir Sebben, constata-se que o aludido cheque de R\$ 376,00, que era destinado ao pagamento de seguro da Igreja de Cordilheira Alta, a ele foi entregue pelo próprio acusado, na mesma época, e resgatado na casa bancária, como demonstra a informação do Banco do Estado de Santa Catarina.

“Na verdade, o alegado furto ou subtração não ocorreu, e tudo não passou de invenção do acusado, pois, após saber da instauração da sindicância contra si, tratou de eliminar os vestígios e indícios que o incriminavam, na lavratura de escrituras (sem recolhimento de impostos) e, também,

na escrituração com alienantes (falecidos) ou doentes em estado terminal.

“O denunciado, além de provocar a ação da autoridade, comunicando-lhe a ocorrência de crime (furto), que sabia não ter-se verificado, inseriu ou fez inserir em documento público (boletim de ocorrência n. 39/97) uma declaração falsa, com o fim de prejudicar direito ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, prevalecendo-se o infrator de sua condição (funcionário público)”.

Concluída a instrução criminal, o réu restou condenado nas sanções do artigo 299, parágrafo único, c/c artigo 61, inciso I, do Código Penal ao cumprimento da pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semi-aberto e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa. Como efeito da condenação, foi-lhe imposta a perda da delegação, nos termos dos arts. 92, I, a, do Código Penal e 35, I, da Lei n. 8.935/94.

Na mesma decisão foi declarada extinta a punibilidade do réu em relação ao crime do art. 340 do Código Penal, com fundamento no artigo 109, inciso VI, do mesmo Código.

Inconformado, o réu apelou pugnando pela absolvição, ao argumento da ausência de provas da autoria; e, alternativamente, pleiteia a exclusão dos efeitos da condenação (perda da delegação da função pública), a fixação da pena no mínimo legal, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Em suas contra-razões, o órgão do Ministério Público, por seu Promotor de Justiça, pugnou pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso interposto.

II — Voto

Cuida-se de apelação criminal interposta pelo réu Antônio Domingos Dal Santo contra sentença do MM. Magistrado *a quo* que o condenou nas sanções do art. 299, parágrafo único, c/c art. 61, inciso I, do Código Penal e lhe impôs como efeito da condenação (arts. 92, I, a, do Código Penal e 35, I, da Lei n. 8.935/94) a perda da delegação de função pública (cartório).

O pleito defensivo merece prosperar.

Da análise do processado infere-se que há mera *suspeita* de que sejam falsas as informações declaradas pelo réu contidas no Boletim de Ocorrência. Não há juízo de certeza.

Todas as testemunhas confirmam a versão do réu. Em seus depoimentos afirmam que viram a desordem no cartório onde ocorrera o furto, o vandalismo (a vidraça quebrada, os ovos sujando o ambiente, os livros espalhados etc.).

De outro lado, a *suspeita* da ocorrência de furto forjado deu-se por conta de indagações, tais como:

— Quem subtrairia livros e papéis aparentemente sem qualquer interesse comercial?

— Por que as máquinas de escrever e fotográfica foram abandonadas atrás do moinho?

— Quem fugiria carregando livros e deixaria para trás uma pequena máquina fotográfica, de fácil porte e de valor comercial?

— Por que furtariam talonário de cheques em branco e nunca os repassariam?

— Por que furtariam um cheque preenchido e assinado no valor de R\$ 376,00 e nunca o descontariam?

— Por que o réu não determinou a sustação da referida cártula?

Tais circunstâncias, sem dúvida, levam a suspeitar tenha o réu montado a cena e comunicado a ocorrência de crime que sabia não existir. Todavia, não há elementos para um juízo de certeza. As dúvidas representadas pelos questionamentos que surgem dos fatos não são sequer indícios da prática do delito.

De outro lado, vê-se que foi extinto o processo administrativo relativo à sindicância ordenada por Portaria, anterior ao BO (fls. 23/24 e 73/77), não havendo qualquer menção de que a prova contra o réu não pode ser feita em razão da ausência dos livros ou dos documentos subtraídos. Foi extinto porque as provas coligidas não demonstraram os fatos apontados.

Qual a prova existente de que os documentos e livros subtraídos teriam relevância para apuração dos fatos relativos à sindicância? O acórdão do Conselho da Magistratura anexado não faz qualquer referência à ausência dos escritos (fls. 73/77).

Ademais, “Não há crime de falso ideológico se inexistiu dano, pois não beneficiou o agente nem prejudicou terceiros” (TJSP, RT 609/319, mv — RJTJSP 81/366). “O fato jurídico relevante não basta ser indicado apenas hipoteticamente; o dano é pressuposto da falsidade” (STJ, Cesp, mv — JSTJ e TRF 52/203-11).

A jurisprudência pátria navega nesse sentido:

“Falsidade ideológica — Caracterização — Boletim de ocorrência — Inserção de declaração falsa relativamente a autoria de crime — Menção que não criou nenhuma relação jurídica, não causou prejuízo juridicamente apreciável e muito menos acarretou a possibilidade da ocorrência de um dano — Documento que não se constitui em peça do inquérito destinada a provar fato juridicamente relevante mas somente permitir o início de investigações pela autoridade competente — Inteligência do art. 299 do CP.

“A inserção de declaração falsa relativamente a autoria de crime em boletim de ocorrência não tem o condão de tipificar o crime de falsidade ideológica (art. 299 do CP), pois não cria nenhuma relação jurídica, não causa prejuízo juridicamente apreciável e muito menos acarreta a possibilidade de um dano.

“O boletim de ocorrência não pode ser apontado como documento destinado a servir de prova de fato juridicamente relevante. Sua finalidade é levar ao conhecimento da autoridade a notícia de um fato aparentemente criminoso e possibilitar sejam iniciadas as investigações pela autoridade competente” (Ap. n. 83.738-3/6 — 2ª C. — j. 18/2/91 — rel. Des. Weiss de Andrade).

“Não existe falso ideológico em documento sujeito à verificação” (TJSP, RT 779/548, HC n. 278.762-3/1 in Bol IBCCr 89/441, RJTJSP 170/297, RT 602/336; TRF da 3ª R., JSTJ e TRF 39/451; TJRS — mv — RJTJRS 165/78; TRF da 1ª R.,

RT 792/722). “A declaração, feita em documento público ou particular, para produzir efeito jurídico com força probante, deve valer por si só; se depender, para tais fins, de comprovação, não é idônea para configurar o crime de falsidade ideológica” (TJMS, mv — RT 691/342; TJMG, Ap. n. 166.701-3/0, j. 24/2/00, in Bol. IBBCr 100/524).

Sobre a matéria, este egrégio Tribunal de Justiça já entendeu:

“O estigma da condenação e os reflexos na liberdade e dignidade da pessoa humana exigem prova convincente.

“Suspeitas, mesmo fortes, não autorizam a condenação.

“Sem certeza quanto à participação no crime, não se condena” (Ap. Crim. n. 00.002778-2, de Canoinhas, rel. Des. Amaral e Silva).

“A sentença condenatória não pode se basear em meras ilações, e até em alta probabilidade. Exige certeza moral, porquanto, mesmo na alta probabilidade, há incerteza e, havendo dúvida, a regra é a absolvição” (Ap. Crim. n. 00.003308-1, de Videira, rel. Des. Amaral e Silva).

A respeito da prova Julio Fabbrini Mirabete assevera:

“(…) Para que um juiz declare a existência da responsabilidade criminal e imponha sanção penal a uma determinada pessoa é necessário que adquira a certeza de que se foi cometido um ilícito penal e que seja ela a autora. Para isso deve convencer-se de que são verdadeiros determinados fatos, chegando à verdade quando a idéia se forma em sua mente se ajusta perfeitamente à realidade dos fatos

(...) ‘provar’ é produzir estado de certeza, na consciência e mente do juiz, para sua convicção, a respeito da existência ou inexistência de um fato, ou da verdade ou falsidade de uma afirmação sobre uma situação de fato, que se considera de interesse para uma decisão judicial ou a solução de um processo” (Processo Penal, 3ª ed., pág. 248).

Mais adiante, o autor completa:

“(…) Objeto da prova é o que se deve demonstrar, ou seja, aquilo sobre o que o juiz deve adquirir o conhecimento necessário para resolver o litígio. Abrange, portanto, não só o fato criminoso e sua autoria, como todas as circunstâncias objetivas e subjetivas que possam influir na responsabilidade penal e na fixação da pena ou na imposição de medida de segurança (...)” (pág. 249).

Helena Cláudio Fragoso, com relação à ausência de prova, esclareceu:

“Não é possível fundar sentença condenatória em prova que não conduza à certeza.

(...)

“A condenação exige certeza e não basta sequer a alta probabilidade, que é apenas um juízo de incerteza de nossa mente em torno à existência de certa realidade. Que a alta probabilidade não basta é o que ensina Walter Stree, em sua notável monografia *In dubio pro reo*, 1962, 19 (*Eine noch so grosse Wahrscheinlichkeit genügt nicht*).

“A certeza é aqui a *conscientia dubitandi securo*, de que falava Vico, e não admite graus. Tem de fundar-se em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito

e a autoria (Sauer, *Grundlagen des Prozessrechts*, 1929, 75), sob pena de conduzir tão-somente à íntima convicção insuficiente” (*in* *Jurisprudência Criminal*, vol. 2, 3ª ed., São Paulo : José Bushatsky Editor, 1979, pág. 806).

Assim, tendo em vista que o direito penal não pode operar com conjecturas, para a condenação criminal exige-se certeza da existência do fato punível, da autoria e da culpabilidade do agente. Isso porque, sem a certeza total da autoria e de culpabilidade, não pode o juiz criminal proferir condenação, pois vige o princípio *in dubio pro reo*.

Desse modo, ante a insuficiência de provas da autoria do delito pelo réu, impõe-se sua absolvição, por medida de justiça, porquanto “No processo criminal, máxime para condenação, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza absoluta, fundada em dados objetivos indiscutíveis, de caráter geral, que evidenciem o delito e a autoria, não bastando a alta probabilidade desta ou daquele. E não pode, portanto, ser a certeza subjetiva, formada na consciência do julgador, sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbítrio” (RT 619/267).

III — Decisão

Diante do exposto, conhece-se da apelação dando-lhe provimento para o fim de absolver o apelante na forma do art. 386, VI, do CPP.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Jus-

tiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 24 de setembro de 2002.

*Gaspar Rubik,
Presidente, com voto;
Maria do Rocio Luz Santa Ritta,
Relatora.*

RECURSO CRIMINAL

RECURSO CRIMINAL N. 2002.013689-7, DE ORLEANS

Relator: Des. Maurílio Moreira Leite

Pronúncia. Homicídios. Meio cruel, surpresa e motivo fútil. Agente que, após desentendimento com a vítima sobre o valor de pagamento por serviço que iria lhe prestar, passa a lhe desferir golpes de faca, acarretando sua morte, agindo da mesma forma com a mão desta, subtraindo, em seguida, dinheiro destas, bem como uma motocicleta, utilizada na fuga. Desclassificação para latrocínio. Intenção inequívoca de ceifar a vida das vítimas, tão-somente. Inviabilidade. Qualificadoras devidamente fundamentadas. Recurso do Ministério Público parcialmente provido para acrescentar, na pronúncia, os furtos.

Se ao ceifar a vida das vítimas, o agente não tinha intenção prévia de subtrair-lhes os pertences, somente comete homicídio seguido de furto, e não latrocínio.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 2002.013689-7, da comarca de Orleans, em que são recorrentes e recorridos a Justiça, por seu Promotor, e Moacir Moraes:

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos, negar provimento ao manifestado pela defesa e prover parcialmente aquele aforado pelo Ministério Público, tão-somente

para acrescentar, na pronúncia, os furtos (dinheiro e motocicleta de Edésio e dinheiro de Leonor).

Custas legais.

Na comarca de Orleans, Moacir Moraes foi denunciado pela prática do delito definido no artigo 157, § 3º, *in fine*, do Código Penal, em continuidade delitiva. Narra a exordial que “no dia 3 de julho de 2001, o denunciado chegou a esta Cidade, oriundo de Laranjeiras do Sul/PR e, após conversar com a

vítima Edésio Bagio, veio a empregar-se na propriedade pertencente à família deste, situada na localidade de Curral Falso, neste Município, começando suas atividades já no dia seguinte.

“Assim que, no dia 6 de julho de 2001, por volta das 21h30min, a vítima Edésio Bagio encontrava-se no interior do seu quarto quando lá chegou o acusado Moacir para combinar a forma de pagamento pelos serviços a serem prestados. No entanto, não houve acerto entre as partes, tendo o acusado, então, imbuído de *animus furandi*, dirigido-se até a cozinha, onde armou-se com um punhal (termo de exibição e apreensão de fl. 5) que se encontrava sobre a mesa, retornando ao quarto da vítima Edésio, e, incontinênti, desferiu contra o mesmo inúmeros golpes, os quais foram a causa eficiente de sua morte (auto de exame cadavérico de fl. 23).

“Ao perceber o que acabara de acontecer com seu filho Edésio, a vítima Leonor H. Bagio, que também se encontrava no interior da residência, tentou abrigar-se dentro do banheiro, porém, foi alcançada pelo acusado Moacir que, se utilizando do mesmo punhal, desfechou várias punhaladas contra a ofendida, vinda a causar as lesões descritas no auto de exame cadavérico de fl. 19.

“Não satisfeito, o denunciado retornou ao quarto de Edésio e, ao ver que este ainda se debatia sobre a cama, apoderou-se do facão pertencente ao mesmo e desferiu outro golpe no pescoço da vítima. Idêntica atitude foi tomada em relação à vítima Leonor, tendo o acusado, ainda de posse do facão, voltado ao banheiro, onde desferiu outro golpe contra a cabeça da

ofendida (termo de exibição e apreensão de fl. 5).

“Após a barbárie, e dando prosseguimento ao seu intento inicial, o acusado Moacir foi até o quarto da vítima Leonor e, do interior de uma bolsa pertencente à mesma, subtraiu a quantia de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais). Da mesma forma, retornou ao quarto em que jazia o corpo de Edésio e subtraiu da carteira pertencente ao mesmo a importância de R\$ 30,00 (trinta reais).

“Em seguida, o acusado dirigiu-se até um paiol que se localiza nos fundos da casa e tentou furtar o veículo VW/Fusca, placa LXX 7864, pertencente às vítimas, no entanto, não logrou êxito, pois o automóvel acabou patinando e chocando-se contra a porta do paiol, fazendo com que o denunciado iniciasse sua fuga a pé.

“Entretanto, ao perceber que seria impossível fugir andando, o acusado retornou à casa das vítimas e, de posse do capacete e das chaves da motocicleta Honda Today vermelha, placa LXJ 7115, de propriedade da vítima Edésio, furtou citada motocicleta e empreendeu fuga do local (termo de apreensão de fl. 55).

“Cumpre ressaltar, ainda, que os corpos somente foram descobertos na manhã do dia 9 de julho de 2001, por familiares das vítimas, tendo sido encontrados no interior da casa inúmeros documentos pertencentes ao acusado (fls. 27/31), vindo este a ser preso em 10 de julho do corrente em sua cidade natal” (fls. 2/4).

Concluída a instrução, o Dr. Promotor de Justiça pugnou pela desclassificação do delito para o de homicídio duplamente qualificado (art. 121,

§ 2º, incisos II e IV, do Código Penal), em continuidade delitiva (duas vezes), ambos em concurso material com os crimes de furto simples consumado (três vezes) e furto simples tentado (uma vez), estes em concurso formal com aplicação do artigo 384 do Código de Processo Penal.

Cientificadas, as partes não requereram produção de novas provas, havendo, no entanto, reinterrogatório do réu a requerimento da defesa.

No momento procedimental pertinente, resultou o réu pronunciado, com enquadramento no artigo 121, § 2º, incisos II, III e IV, do Código Penal.

Inconformados, recorreram o réu e a representante do Ministério Público. Esta, nas razões apresentadas, requer a reforma da decisão, “no que diz respeito à desclassificação operada, que deve ser cassada, com a finalidade de que seja o acusado julgado pela prática do delito capitulado no art. 157, § 3º, *in fine*, c/c o art. 71 do Código Penal. Alternativamente, em não sendo reconhecida a impropriedade da desclassificação, a sentença merece reforma, para que o acusado, além de pronunciado por homicídio triplamente qualificado em continuidade delitiva, seja dado ainda como incurso nas sanções do art. 155, *caput* (por duas vezes), c/c o art. 69 do mesmo diploma legal”.

A defesa, por seu turno, aduz que a sentença ficou baseada exclusivamente na confissão do réu, o que não é suficiente para a condenação, haja vista a inexistência de qualquer outro elemento de prova que a ampare. E, caso mantida a pronúncia, insurge-se contra as qualificadoras do homicídio. O motivo fútil, a seu ver, não pode subsistir ante a ocorrência de prévia

discussão entre réu e vítima. E, por esse mesmo motivo, fica inviável a incidência da qualificadora da surpresa, mesmo porque, “as vítimas perceberam a arma na mão do acusado, tanto que houve luta corporal entre eles, não tendo havido qualquer gesto ou conduta dissimulada que justifique a sua incidência”. Finalmente, entende que “no que diz respeito à qualificadora relativa ao meio cruel, a reiteração dos golpes somente vai caracterizá-la naqueles casos em que os golpes são desferidos contra partes não vitais do corpo, o que não ocorreu no presente caso”.

Após ofertadas as contra-razões pelas partes, foi prolatado despacho de sustentação à fl. 253.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Demétrio Constantino Serratine, manifestou-se pelo conhecimento de ambos os recursos, provendo-se, em parte, apenas o aforado pelo Ministério Público, para que o acusado também seja pronunciado nas sanções do art. 155, *caput* (duas vezes), do Código Penal.

É o relatório.

Ambos os recursos, porque próprios e tempestivos, são conhecidos.

A alegação da defesa, de que a sentença ficou baseada exclusivamente na confissão do réu, não condiz com a realidade dos autos. O réu foi ouvido quatro vezes, sendo que, em todas elas, apresentou versão única, detalhando, de forma pormenorizada, a maneira pela qual praticara os crimes. Sua confissão, em ambas as fases processuais, encontra respaldo no termo de apreensão de fl. 10, no qual consta que, na residência das vítimas, foi encontrada uma bolsa contendo vários documentos e roupas de

Moacir. Também os autos de exames cadavéricos das vítimas comprovam que aquelas foram atingidas por golpes de facas. Finalmente, há, nos autos, as declarações de Osnivaldo Orben Bagio, Salésio Bagio e Valério Bagio (fls. 53, 55, 57 e 111/113), os quais, em uma só voz, confirmaram que Moacir esteve hospedado na casa das vítimas naquela noite, onde iria prestar serviço na lavoura de fumo, como costumava fazer há anos.

Assim, a autoria dos crimes ficou embasada em provas concretas.

A classificação do delito foi adequada à espécie, haja vista o teor das palavras firmes e coerentes do réu, no sentido de que tudo teve início a partir de um desentendimento sobre o valor a ser pago por seus préstimos pela vítima Edésio. Em momento algum houve referência à intenção prévia de assacar-lhe o patrimônio, o que culminou por ocorrer ante a necessidade de dinheiro para a fuga. Tanto é verdade, que levou apenas a quantia necessária para as despesas de viagem, além da motocicleta, utilizada para o transporte, e posteriormente abandonada.

Nesse sentido a orientação jurisprudencial: “Latrocínio – Não caracterização – Homicídio praticado contra ex-companheiro, em razão de desavenças, e subtração de alguns pertences – Delito patrimonial que não constituía o objetivo da acusada – Desclassificação para homicídio seguido de furto – Processo anulado a partir da denúncia, remetendo-se os autos ao Juízo competente – Recurso provido para esse fim” (TJSP – AC – rel. Vito Guglielmi – JTJ 181/276).

Julio Fabbrini Mirabete afirma que “é necessário, entretanto, que a subtração seja o objetivo da violência que vem causar a morte. A morte ocasionada com outra moti-

vação ou depois dela constituirá homicídio” (Código Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1999, pág. 997). Na mesma esteira é a lição de Celso Delmanto: “Se o agente matou a vítima por outro motivo, sem a finalidade de roubar, mas, depois de estar ela morta, aproveita para subtrair coisas dela, há homicídio em concurso com furto, mas não latrocínio” (Código Penal Comentado, Renovar, 5ª ed., Rio de Janeiro, 2000, pág. 328).

Dessa forma, inquestionável que a conduta do réu enquadra-se no crime de homicídio qualificado, nos termos da pronúncia, seguido de furto, como pretende o Dr. Promotor de Justiça, e com fundamento nas decisões e doutrinas anteriormente transcritas. A autoridade judicial afastou o delito de furto ao argumento de que seria incompatível com a desclassificação operada, quando afirmado: “Há, não se duvida, inegável contradição. Se fosse reconhecida a intenção do agente em subtrair tanto o dinheiro quanto o automóvel fusca e a motocicleta, estaríamos diante do próprio crime de latrocínio, e não de duplo homicídio cumulado com furto. O crime de latrocínio já é descrito no ordenamento como crime próprio, ou seja, matar para subtrair” (fl. 206). Argumentou, ainda, a inexistência de *animus furandi*, pois, tanto o dinheiro quanto a motocicleta foram utilizados somente para proporcionar-lhe a fuga.

Contudo, esta não é a realidade dos autos. Não se pode, aqui, cogitar da figura do furto de uso, eis que a *res furtiva* não foi restituída espontaneamente. Do dinheiro subtraído, apenas parte foi utilizada na fuga, consoante descrição detalhada dos preços de gasolina, corridas de táxi e passagens de ônibus pelo próprio réu. A motocicleta foi encontrada abandonada em

lugar distante, o que demonstra que este dispôs da posse mansa e pacífica dos bens por longo espaço de tempo. Referidos elementos são suficientes para sustentar o delito de furto na pronúncia, cabendo ao Conselho de Sentença decidir sobre sua definitiva incidência no caso.

As qualificadoras restaram devidamente fundamentadas, pelo que devem ser mantidas. O motivo fútil ficou configurado em razão do homicídio de Edésio ter decorrido de simples desentendimento acerca de valores de pagamento do serviço que seria prestado pelo réu às vítimas. E, quanto a Leonor, verifica-se que esta foi morta quando tentava trancar-se no banheiro da residência. Nesse sentido: “Motivo fútil é aquele que se apresenta, antes de tudo, como sendo o de mínima relevância, o motivo inadequado sob o ponto de vista do *homo medius* e em relação ao crime de que se trata” (TJSP – Rec. – Rel. Hoepfner Dutra – RJTJSP 22/446).

Também caracterizado o recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido, tendo em conta que, estando o réu hospedado na casa das vítimas, assim como costumava fazer há anos, quando lhes prestava serviço na lavoura de fumo, bem como que utilizou, para a perpetração do crime, facas pertencentes às próprias vítimas, estas jamais poderiam esperar tão brutal atitude. Tanto assim é que Edésio se encontrava deitado, coberto, em sua cama, no momento do crime. Sobre a questão já ficou assentado que “se o gesto do acusado foi tão repentino que não deu à vítima a oportunidade de esboçar um gesto de defesa, sequer o homicídio se qualifica em razão de recurso que impossibilitou

qualquer defesa do ofendido” (TJSP – AC – rel. Hoepfner Dutra – RT 438/376).

Finalmente, muito embora haja divergência jurisprudencial acerca da qualificadora do meio cruel, na oportunidade, sua manutenção é medida que se impõe, posto que demonstrado, de forma inconteste, que o réu, após ter conseguido prostrar as vítimas ao solo com facadas, deu continuidade aos golpes, demonstrando insensibilidade e frieza, eis que ainda estavam vivas. Assim: “o emprego de arma branca contra pessoa indefesa e a reiteração de golpes, infligindo-lhe sofrimento atroz e desnecessário, constituem, sem dúvida, meio cruel” (TJSP – AC – rel. Jarbas Mazzoni – RT 598/310).

Assim, ficam mantidas as qualificadoras.

Diante de todo o exposto, portanto, os recursos são conhecidos, sendo improvido o manifestado pela defesa, e parcialmente provido aquele aforado pelo Ministério Público, tão-somente para acrescentar, na pronúncia, os delitos de furto, quais sejam, a subtração do dinheiro e da motocicleta referentes à vítima Edésio e do numerário de propriedade da vítima Leonor.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Irineu João da Silva, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 15 de outubro de 2002.

Sérgio Paladino,
Presidente, com voto;
Maurílio Moreira Leite,
Relator.

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 225.029-6/SC

Relator: Min. Maurício Corrêa

Recorrente: Osvaldo Rogério de Oliveira

Advogados: Sílvia Domingues Santos e outros

Recorrida: Sandra Krieger Gonçalves Silva

Advogada: Sandra Krieger Gonçalves Silva

I — DECISÃO

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, ao apreciar o recurso de apelação em mandado de segurança, assim decidiu (fls. 240/241):

1. Mandado de segurança. Ato administrativo praticado por reitor de universidade. Autarquia municipal. Competência. Apelação cível. Férias coletivas. Interrupção do prazo recursal. Alegação de superveniente falta de objeto do recurso. Inocorrência. Sendo o ato administrativo praticado por reitor de universidade, criada por lei municipal, envolvendo atividade típica administrativa, *interna corporis*, ditada pelos estatutos e regimento da entidade de ensino superior, a competência é da Justiça Estadual, sendo, por outro lado, ato que, pela sua natureza, *longa manus* do poder delegante, decorre de disciplinamento para o ensino superior nacional, o controle judicial compete à Justiça Federal. O mandado de segurança não tem curso durante as férias, se a lei federal

que o regula nada dispõe sobre o assunto (CPC, art. 174, III), sendo certo que o atual Código de Processo Civil não remete às leis de organização judiciária dos Estados a disciplina da matéria. Nas férias coletivas, entretanto, o *writ* pode ser intentado, apreciando-se o pedido de liminar e praticando-se outros atos necessários à conservação de direitos que possam ser prejudicados pelo adiamento (CPC, art. 174). Não há falar em carência superveniente de interesse recursal, se a alegada falta de objeto decorre de modificação do ato administrativo por determinação da própria sentença recorrida. Administrativo. Concurso público. Prova de títulos. Admissão de docente. Desclassificação de candidato aprovado, por não dispor de curso de especialização, exigido no edital, com base em resolução da própria entidade. Legalidade. Autonomia constitucional das universidades. O edital e a lei do concurso. Inexistindo afronta às normas do Direito, definem as regras do certa-

me. Diante do disposto no art. 207 da Constituição Federal, as universidades têm autonomia administrativa para organizar seus próprios serviços, fazê-los funcionar, inclusive convocando, nos termos da lei, pessoal habilitado. Têm, por outro lado, autonomia para editar os atos administrativos necessários a sua organização, como seus estatutos, regimentos, resoluções etc., podendo, por isso mesmo, disciplinar regras próprias para o provimento de cargos de docência, exigindo curso de pós-graduação.

2. Contra essa decisão, foi interposto o presente recurso extraordinário, em que o recorrente alega violado o artigo 207 da Constituição Federal, dado que o edital de convocação para inscrição no concurso público, para preenchimento de uma vaga de docente, na categoria de Professor Auxiliar de Ensino, exigia a apresentação de certificado de conclusão de curso de pós-graduação ou nível de especialização, requisito não previsto na Lei Federal n. 5.539/68 (Estatuto do Magistério Superior).

3. Importa observar, no entanto, que o acórdão recorrido acentuou que o Regimento Geral da Universidade, aprovado por Portaria Ministerial, em seu artigo 87, ao tratar do concurso público para admissão de pessoal docente, estabelece regras genéricas, remetendo ao Conselho de Ensino, Pesquisa e Extensão a edição de normas complementares, inclusive para a função de auxiliar de ensino. A par dessa previsão legal, foi editada a Resolução n. 25/90, posteriormente alterada pela Resolução n. 13/92, aprovando normas para concurso público de provimento de cargos docentes e contratação de colaboradores. E com

base nessas disposições foi expedido o edital do concurso público impugnado nesta ação (fls. 251/253).

4. Logo, ainda que acolhido o entendimento de que a Lei Federal n. 5.539/68 não teria sido recebida pela Carta Federal de 1988, subsistiria a disciplina prevista nas resoluções aprovadas pelo Ministério da Educação e Cultura, suficiente o bastante para a manutenção do julgado. Incide, na espécie, a Súmula 283 do Supremo Tribunal Federal.

5. No que diz respeito à alegação de existência de fato novo superveniente à impetração, capaz de influir no julgamento do extraordinário — a conclusão de curso de pós-graduação em nível de especialização em Comércio Exterior —, ressalto que a questão não pode ser examinada nesta instância, como se cuidasse de matéria de competência originária desta Corte. Além do mais, a controvérsia acerca da existência de ofensa a direito líquido e certo do impetrante foi apreciada pelas instâncias ordinárias à vista dos fatos então verificados, não podendo o fato novo superveniente ora alegado influir no julgamento do recurso extraordinário, porquanto da sua existência não foi notificada a impetrada e, por conseqüência, nesse particular, não pode ela ser apontada como autoridade coatora. Ante o exposto, com base no artigo 21, do RISTF, nego seguimento ao recurso.

Intime-se.

Brasília, 1º de outubro de 2002.

Min. Maurício Corrêa,
Relator.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 244.010/SC**Relator: Min. Sydney Sanches****Recorrente: Estado de Santa Catarina****Advogados: PGE-SC — Renato Kadletz e outro****Recorrida: Janine Pilotti Neves****Advogados: Flávio Ricardo Félix e outros****DECISÃO**

1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado de Santa Catarina contra acórdão do Tribunal de Justiça que admitiu a ascensão de servidora como forma de provimento de cargo público, em face da faculdade conferida pela Lei Estadual n. 6.844, de 29 de junho de 1986.

2. Sustenta o recorrente, com base no art. 102, III, a e c, a ocorrência de violação ao art. 37, II, da Constituição Federal de 1988.

3. Não admitido, o extraordinário acabou subindo a esta Corte, porque provido o agravo de instrumento, cujos autos se encontram em apenso.

4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 231/RJ e 245/RJ, relatadas pelo Ministro Moreira Alves, decidiu no sentido de que a ascensão funcional não mais é admitida na ordem jurídica brasileira, tendo em vista o disposto no art. 37, II, da Constituição Federal.

5. O acórdão na ADIn n. 231/RJ ficou assim ementado: "Ação direta de inconstitucionalidade. Ascensão ou acesso, transferência e aproveitamento no tocante a cargos ou empregos públicos. O critério do mérito aferível por concurso público de provas ou de provas e títulos é, no atual sistema constitucional, ressalvados os cargos em comissão declarados em lei

de livre nomeação e exoneração, indispensável para cargo ou emprego público isolado ou em carreira. Para o isolado, em qualquer hipótese; para o de carreira, para o ingresso nela, que só se fará na classe inicial e pelo concurso público de provas ou de provas e títulos, não o sendo, porém, para os cargos subsequentes que nela se escalonam até o final dela, pois, para estes, a investidura se fará pela forma de provimento, que é a "promoção". Estão, pois, banidas das formas de investidura admitidas pela Constituição a ascensão e a transferência, que são formas de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor público ingressou por concurso, e que não são, por isso mesmo, ínsitas ao sistema de provimento em carreira, ao contrário do que sucede com a promoção, sem a qual obviamente não haverá carreira, mas, sim, uma sucessão ascendente de cargos isolados. O inciso II do artigo 37 da Constituição Federal também não permite o "aproveitamento", uma vez que, nesse caso, há igualmente o ingresso em outra carreira sem o concurso exigido pelo mencionado dispositivo. Ação direta de inconstitucionalidade que se julga procedente para declarar inconstitucionais os artigos 77 e 80 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias do Estado do Rio de Janeiro".

6. A orientação vem sendo seguida por ambas as Turmas da Corte

(RR.EE. ns. 168.105-SC, relatado pelo Ministro Carlos Velloso, e 172.531/SC, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão), ficando este último aresto assim ementado: "Professor. Estado de Santa Catarina. Acesso mediante comprovação de nova habilitação profissional. Estatuto do Magistério Público: Lei Estadual n. 6.844/86. Incompatibilidade com o art. 37, II, da Constituição Federal. Não cabe o exame da prejudicialidade do recurso extraordinário argüida, em memorial, pelas recorridas, em face de legislação superveniente, que nem existia na ocasião do julgamento. O sistema constitucional atual, ressalvados os cargos em comissão, exige o concurso público de provas ou de provas e títulos, para a investidura em cargo ou emprego público. A ascensão, que constitui forma de ingresso em carreira diversa daquela para a qual o servidor ingressou no serviço público, foi banida das formas de investidura admitidas pela Constituição.

Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Ao permitir o ingresso por acesso de professores ocupantes de carreira inferior para outra mais elevada, sem prévio concurso público, a lei catarinense mostra-se incompatível com o art. 37, II, da Carta Federal. Recurso Extraordinário conhecido e provido".

7. Ante o exposto, com base no art. 557, § 1º-A, do Código de Processo Civil, com a redação dada pela Lei n. 9.756, de 17/12/1998, conheço do RE e lhe dou provimento, para julgar improcedente a ação, ficando condenada a autora a pagar ao réu honorários advocatícios arbitrados em R\$ 40,00 (quarenta reais).

8. Publique-se.

Intimem-se as partes.

Brasília, 30 de agosto de 2002.

Min. Sydney Sanches,
Relator.

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 241.201-2/SC

Relator: Min. Celso de Mello

Agravante: Estado de Santa Catarina

Advogada: PGE/SC — Edith Gondin

Agravada: APL Incorporações e Construções Ltda.

Advogados: Ricardo de Queiroz Duarte e outros

Ementa

Processo administrativo — Restrição de direitos — Observância necessária da garantia constitucional do due process of law (CF, art. 5º, LV) — Reexame de fatos e provas, em sede recursal extraordinária — Inadmissibilidade — Recurso improvido.

Restrição de direitos e garantia do due process of law.

O Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal — que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos — exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos. Precedentes. Doutrina.

Não cabe reexame de fatos e de provas em recurso extraordinário.

— *Não cabe recurso extraordinário, quando interposto com o objetivo de discutir questões de fato ou de examinar matéria de caráter probatório, mesmo que o apelo extremo tenha sido deduzido em sede processual penal.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 27 de agosto de 2002.

*Celso de Mello,
Presidente e Relator.*

RELATÓRIO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator):

Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora recorrente.

A decisão em referência foi assim fundamentada pelo eminente Ministro Carlos Velloso, então Relator da causa (fls. 98/99):

"[...] O devido processo legal aplica-se, por expressa imposição constitucional, aos procedimentos administrativos (CF, art. 5º, LV), em qualquer caso. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal nos julgamentos dos

RREE ns. 191.480/SC, Marco Aurélio, 2ª Turma, 5/3/96, 140.195/SC, Galvão, 1ª Turma, 28/6/96, e 199.800/SP, Velloso, Plenário, 4/6/97. Ademais, da maneira como vêm equacionadas as razões recursais, verifica-se que o exame da invocada violação do dispositivo constitucional não prescindiria do reexame de matéria fática, o que não é possível em sede de recurso extraordinário (Súmula 279/STF)" (grifei).

A parte ora agravante, inconformada com esse ato decisório, interpõe o presente recurso, fundamentando-o, em seus aspectos essenciais, nas seguintes razões (fls. 102/103):

"Foi dada a oportunidade para empresa defender-se e esta não compareceu ao Procon ou apresentou defesa, ignorando completamente a existência e competência deste órgão.

"[...]"

"O artigo 5º, LV, veio para garantir a oportunidade à ampla defesa a todos os acusados, e não para anular o processo administrativo no qual o acusado não tenha manifestado-se.

Do contrário todos os processos seriam nulos, pois os acusados maliciosamente não apresentariam defesa!"

Por não me convencer das razões expostas pela parte ora agravante, submeto ao julgamento desta co-

lenda Turma o presente recurso de agravo.

É o relatório.

VOTO

O Senhor Ministro Celso de Mello (Relator):

Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria ora em exame.

Cumpra ter presente, na análise da questão ora em exame, que o Estado, em tema de punições disciplinares ou de restrição a direitos, qualquer que seja o destinatário de tais medidas, não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulado da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida estatal — que importe em punição disciplinar ou em limitação de direitos — exige, ainda que se cuide de procedimento meramente administrativo (CF, art. 5º, LV), a fiel observância do princípio do devido processo legal, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “Comentários à Constituição Brasileira de 1988”, vol. 1/68-69, 1990, Saraiva; Pinto Ferreira, “Comentários à Constituição Brasileira”, vol. 1/176 e vol. 180, 1989, Saraiva; Jesse Torres Pereira Júnior, “O Direito à Defesa na Constituição de 1988”, págs. 71/73, item n. 17, 1991, Renovar; Edgard Silveira Bueno Filho, “O Direito à Defesa na Constituição”, págs. 47/49, 1994, Saraiva; Celso Ribeiro Bastos, “Co-

mentários à Constituição do Brasil”, 2/268-269, 1989, Saraiva; Maria Sylvania Zanella Di Pietro, “Direito Administrativo”, págs. 401/402, 5ª ed., 1995, Atlas; Lúcia Valle Figueiredo, “Curso de Direito Administrativo”, págs. 290 e 293/294, 2ª ed., 1995, Malheiros, v.g.).

A jurisprudência dos Tribunais, notadamente a do Supremo Tribunal Federal, tem reafirmado a essencialidade desse princípio, nele reconhecendo uma insuprimível garantia, que, instituída em favor de qualquer pessoa ou entidade, rege e condiciona o exercício, pelo Poder Público, de sua atividade, ainda que em sede materialmente administrativa, sob pena de nulidade do próprio ato punitivo ou da medida restritiva de direitos (RDA 97/110 — RDA 114/142 — RDA 118/99 — RTJ 163/790, rel. Min. Carlos Velloso, Ag. n. 306.626/MT, rel. Min. Celso de Mello, *in* Informativo/STF n. 253/2002 — RE n. 140.195/SC, rel. Min. Ilmar Galvão — RE n. 191.480/SC, rel. Min. Marco Aurélio — RE n. 199.800/SP, rel. Min. Carlos Velloso).

Sendo assim, tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora agravada.

É o meu voto.

DECISÃO

A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Segunda Turma, 27/8/2002.

Presidência do Senhor Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Senhores Ministros Carlos Velloso, Maurício Corrêa e Gilmar Mendes. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Nelson Jobim.

*Dr. Flávio Giron,
Subprocurador-Geral da República;
Antonio Neto Brasil,
Coordenador.*

**JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR
TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS

RECURSO ESPECIAL N. 284.604/SC

Relator: Ministro Aldir Passarinho Junior
Recorrentes: José João Bressan e cônjuge
Advogados: Iran Wosgrau e outro
Recorrido: Valdomiro Francisco Sartoreli
Advogados: Giselle Karine Depine e outro

Processual civil. Fraude à execução. Alienação na pendência de ação indenizatória. Embargos de terceiro. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Lei n. 8.953/94. CPC, art. 659.

I. Nos termos do art. 659 do CPC, na redação que lhe foi dada pela Lei n. 8.953/94, exigível a inscrição da penhora no cartório de registro imobiliário para que passe a ter efeito erga omnes e, nessa circunstância, torne-se eficaz para impedir a venda a terceiros em fraude à execução.

II. Caso em que, à míngua de tal requisito, a alienação, no caso, inclusive, ocorrida ainda no curso de ação de indenização movida por outrem, em face de acidente de trânsito, é eficaz, autorizando o uso de embargos de terceiro em defesa da titularidade sobre o imóvel pelos adquirentes.

III. Recurso especial conhecido e provido.

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas,

Decide a Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, à unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que

ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar. Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

Custas como de lei.

Brasília (DF), 15 de agosto de 2002.

Min. Cesar Asfor Rocha,
Presidente;

Min. Aldir Passarinho Junior,
Relator.

RELATÓRIO

Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator):

Adoto o relatório que integra o acórdão recorrido, *verbis* (fls. 141/142):

“Embargos de terceiro opostos por José João Bressan e Lory Dalva Sprenger Bressan, qualificados à fl. 2, contra Valdomiro Francisco Sartorelli, objetivando, em síntese, a ‘expedição *initio litis* de mandado de revogação de inscrição de penhora’ de bem imóvel procedida nos autos de ação de reparação de danos por acidente de trânsito em fase de execução (Proc. n. 056.92.000004-0/001) promovida pelo embargado contra a empresa Transportes e Representações Ivann Ltda.

“Alegam que o bem penhorado, além de não pertencer à empresa executada (sendo, pois, inviável à garantia de suas dívidas), à época da aquisição, não havia qualquer restrição sobre este, que inclusive passaram ‘a administrá-lo, locando a terceiros com a finalidade de constituírem uma renda’. Requereram a concessão de liminar, indeferida à fl. 99, juntando os documentos de fls. 13/97.

“Citado, o embargado ofereceu contestação, sustentando que a pretensão imerece prosperar já que a alienação se verificou em fraude à execução.

“O juiz de direito julgou improcedentes os embargos.

“Apelaram os vencidos, aduzindo cerceamento de defesa em face do julgamento antecipado da lide que não lhes permitiu manifestar a respeito da contestação, nem tampouco provar que ‘o negócio efetuado reduziria a executada à insolvência’. No mais, repisando os fatos anteriores, pediram o provimento do recurso.

“Com as contra-razões, os autos, preparados, ascenderam a este Tribunal”.

O Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina negou provimento à apelação, em decisão assim ementada (fl. 140):

“Embargos de terceiro — Julgamento antecipado da lide — Cerceamento de defesa inexistente — Preliminar repelida — Penhora em bens de sócios — Possibilidade — Alienação, ademais, em fraude à execução — Embargos improcedentes — Recurso desprovido.

“— ‘Constantes dos autos elementos de prova documental suficientes para formar o convencimento do julgador, incorre cerceamento de defesa se julgada antecipadamente a controvérsia’ (STJ — 4ª Turma, Ag 14.952 — DF — AgRg, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 4/12/91).

“— ‘Estando desativada a sociedade, sem apuração dos haveres sociais e sem patrimônio para ser constrictado, esgotada a possibilidade de apreensão dos seus bens, o patrimônio do sócio pode ser atingido a fim de garantir a execução e o pagamento das obrigações da sociedade’ (AI n. 5.566, de Itajaí, *apud* AI n. 97.009474-4, de Xanxerê).

“— ‘Considera-se em fraude de execução, nos termos do art. 593, II, do CPC, a alienação de bem realizada após a litispendência, isto é, verificada a citação válida, pendendo processo de execução capaz de reduzir o devedor à insolvência’ (Ap. Cív. n. 97.000461-3, de Itajaí)”.

Inconformados, José João Bressan e outro interpõem, pelas letras *a* e *c* do art. 105, III, da Constituição Federal, recurso especial em que sustentam, a par de dissídio jurisprudencial, ofensa aos arts. 593, II, e 1.046 do CPC.

Aduzem que foi movida contra a empresa Transportes e Representações Ivann Ltda. ação indenizatória de perdas e danos em face de acidente de trânsito; que tanto o terreno, de propriedade dos donos da empresa-ré, como a benfeitoria sobre ele edificada, esta pertencente à própria pessoa jurídica, foram adquiridos em época em que sequer havia sentença condenatória em primeira instância, pelo que não se configura, na espécie, a fraude à execução. Salientam que não houve qualquer medida provisória impeditiva da venda, como o protesto de alienação de bens.

Dizem, mais, que a pessoa jurídica ainda possuía outros bens em seu patrimônio, dos quais somente se desfez em 18/6/96, mediante alienação para a empresa ITRS Transportes Ltda., constituída pelos mesmos sócios da ré. Impugnam a aplicação da desconstituição da pessoa jurídica, na hipótese.

Sem contra-razões (fl. 192).

O recurso especial foi admitido na instância de origem pelo despacho presidencial de fls. 193/194.

É o relatório.

VOTO

Exmo. Sr. Ministro Aldir Passarinho Junior (Relator):

Trata-se de recurso especial, aviado pelas letras *a* e *c* do permissivo constitucional, em que se discute sobre a caracterização de fraude à execução, em face de alienação de patrimônio pertencente à empresa que respondia, à época, por ação indenizatória de responsabilidade civil, bem assim de seus titulares, aplicado o princípio da desconstituição da personalidade jurídica.

Os recorrentes são as terceiras pessoas que adquiriram o terreno dos sócios e as benfeitorias, registradas em nome da empresa.

Os fatos, incontroversos, postos no acórdão estadual, revelam que o terreno de Ivann e Terezinha Strattmann e a benfeitoria, averbada em nome de Transportes e Representações Ivann Ltda., foram comprados por José João Bressan e sua mulher Dalva, ora recorrentes, em 20/5/93, quando tramitava a aludida ação movida à empresa. A sentença condenatória em primeiro grau foi publicada em 25/2/94 e restou confirmada definitivamente em 13/6/96. A execução teve início em 20/12/96.

Meu entendimento pessoal a respeito da matéria, antes da alteração procedida no art. 659 do CPC, com a inclusão do parágrafo 4º pela Lei n. 8.953/94, que passou a exigir a inscrição da penhora para a configuração da fraude, se harmoniza com a orientação a respeito do egrégio Supremo Tribunal Federal, no sentido de que bastante a prévia existência de ação para que se configure a fraude à

execução, sendo absolutamente possível ao adquirente a obtenção de certidões nos cartórios de distribuição, para informar-se sobre a situação pessoal dos alienantes e do imóvel, para cientificar-se da existência de demandas que eventualmente possam implicar na constrição da unidade objeto do contrato.

Nesse sentido cito os seguintes acórdãos do Pretório excelso, *litteris*:

“Fraude à execução. Nulidade da alienação, quando pendia demanda capaz de alterar o patrimônio do alienante, reduzindo-o à insolvência. Não se requer que em tal demanda haja penhora e, muito menos, que tenha sido inscrita. Nem há que cogitar de boa ou má-fé do adquirente. Art. 895, n. II, do Código de Processo Civil. Recurso extraordinário conhecido e provido” (1ª Turma, RE n. 75.349/PR, rel. Min. Luís Gallotti, unânime, DJU de 21/12/72).

“Fraude à execução. Não há cuidar, na espécie, da boa ou má-fé do adquirente do bem do devedor, para figurar a fraude. Basta a certeza de que, ao tempo da alienação, já corria demanda capaz de alterar-lhe o patrimônio, reduzindo-o à insolvência. Proposta a execução, desnecessária a inscrição da penhora para a ineficácia de venda posteriormente feita, sendo suficiente o desrespeito a ela, por parte do executado. Recurso não conhecido” (2ª Turma, RE n. 108.615/MG, rel. Min. Célio Borja, unânime, DJU de 1º/8/86).

“Embargos de terceiro. Fraude da execução. Para que se configure fraude de execução, basta a existência de demanda pendente. Não se requer que em tal demanda haja penho-

ra e muito menos que tenha sido inscrita, basta a existência da lide pendente e a situação de insolvência do acionista. Recurso extraordinário conhecido e provido” (2ª Turma, RE n. 83.515/SP, rel. Min. Cordeiro Guerra, unânime, DJU de 3/11/76).

Contudo, com o advento da novel legislação, portanto, a partir de 1994, a fraude apenas se configura com o registro da penhora.

No caso em exame, a execução é posterior à Lei n. 8.953/94, de modo que, sem tal inscrição, fica afastada a fraude.

Ainda que assim não fosse, ou seja, se tudo tivesse se passado sob a égide da legislação antiga, o ponto de vista que possuo, coincidente com o do Pretório excelso, é minoritário no STJ, posto que esta Corte já se posicionara no rumo oposto, exigindo, mesmo antes, o registro da penhora para o reconhecimento da fraude, como se infere dos seguintes arestos:

“Embargos de terceiro. Bem penhorado. Ausência de registro. Hipótese anterior à vigência da Lei n. 8.953/94. Não registrada a penhora, a ineficácia da venda, em relação à execução, depende de se demonstrar que o adquirente, que não houve o bem diretamente do executado, tinha ciência da constrição.

“Prevalência da boa-fé” (3ª Turma, REsp n. 225.091/GO, rel. Min. Eduardo Ribeiro, unânime, DJU de 28/8/00).

“Fraude de execução. Embargos de terceiro. Boa-fé. Aquisição feita de outros que não os executados. Alienação depois de instaurada a execução e antes da penhora.

“Não há fraude de execução na aquisição feita por terceiro de boa-fé, que compra o bem de outro que não o executado, antes da penhora, sem que houvesse inscrição da distribuição do processo de execução e sem prova de que o adquirente sabia da existência da demanda, capaz de levar o primitivo proprietário à insolvência. Nesse caso, a declaração da ineficácia da primeira venda não atinge o terceiro subadquirente de boa-fé.

“Recurso conhecido e provido para julgar procedentes os embargos” (4ª Turma, REsp n. 246.625/MG, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, por maioria, DJU de 28/8/00).

Evidentemente que o autor da ação poderia ter-se valido de medidas preventivas para evitar a alienação patrimonial, mas ficou-se inerte.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento, para julgar procedentes os embargos de terceiro, condenando o exequente ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em R\$ 3.000,00 (três mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

É como voto.

Ministro Aldir Passarinho Junior,
Relator;
Ministro Cesar Asfor Rocha,
Presidente da Sessão;
Dr. Washington Bolivar de Brito Júnior,
Subprocurador-Geral da República;
Cláudia Austregésilo de Athayde Beck,
Secretária.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quarta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha e Ruy Rosado de Aguiar votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausentes, ocasionalmente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Barros Monteiro.

O referido é verdade.

Dou fé.

Brasília, 15 de agosto de 2002.

Claudia Austregésilo de Athayde Beck,
Secretária.

RECURSO ESPECIAL N. 431.042/SC**Relator: Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira****Recorrente: Iracema Paiva****Advogados : Ana Paula Fontes de Andrade e outros****Recorridos: Jaquiel Padilha e outros****Advogados: Jorge Mileto de Miranda e outro**

Processo civil. Direito civil. Sucessão. Inventário. Concubina.

Reconhecimento. Via imprópria. Dissídio não caracterizado.

Dessemelhantes os casos confrontados. Recurso desacolhido.

Vistos etc.

1. Nos autos de ação de arrolamento sumário, pretendeu a recorrente integrar o inventário dos bens deixados pelo falecido, com quem alega ter vivido em união concubinária por vinte e nove anos.

Julgado improcedente o pedido, a autora interpôs recurso de apelação, que restou desacolhido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, consoante acórdão assim ementado:

“Arrolamento. Habilitação da concubina. Integração dela na partilha dos bens. Impossibilidade. Sentença mantida.

“Eventuais direitos da concubina decorrentes de uma sociedade de fato exigem averiguação da sua contribuição para a formação do patrimônio comum, o que deve ser apurado na via contenciosa, inexistindo autorização legal para o reconhecimento em sede de inventário”.

Adveio, então, recurso especial com alegação de dissenso pretoriano.

Sustenta a recorrente, em linhas gerais, a dispensabilidade de

ação prévia, declaratória da existência de união estável, para reconhecimento de seu direito sucessório.

Com as contra-razões, foi o recurso admitido.

2. O aresto paradigma versa sobre hipótese diversa da contida nos autos, uma vez que trata do direito da companheira supérstite ao patrimônio comum, bastando, para tanto, a comprovação da união estável. Diferente, no entanto, é o tratamento jurídico dado à concubina, que não se equipara à companheira (cf. REsp n. 196/RS, DJ 18/9/1989).

De qualquer forma, o tratamento dado ao tema pelo Tribunal de origem encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, de que é exemplo o RMS n. 32/SP (DJ 10/10/1989), de minha relatoria, com esta ementa, no que interessa:

“O inventário não é a via própria para a concubina postular o reconhecimento da sua condição de meeira de espólio”.

3. Por fim, é de ressaltar-se a possibilidade da concubina de homem

casado proceder a sua admissão ou reserva de bens no juízo do inventário, nos limites de sua participação para a formação do patrimônio comum, até o julgamento final da ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato, conforme se observa do REsp n. 432.192/SP (DJ 28/10/2002), da relatoria da Min. Nancy Andrigh, assim ementado:

“A companheira ou a concubina de homem casado, uma vez preterida no inventário, pode pleitear a sua admissão ou reserva de bens na proporção de sua participação para a acumulação da riqueza.

“A medida de reserva de bens, em poder do inventariante, até a solução da ação de reconhecimento e dis-

solução de sociedade de fato, se reveste de traços de cautelaridade.

“O simples trâmite de ação de reconhecimento de sociedade de fato não gera o direito de reserva de bens em poder do inventariante, porque sempre se fará necessária a conjugação dos requisitos da relevância do direito e do perigo na demora, apesar de remetida a parte à via ordinária”.

4. À vista do exposto, autoriza-se pelo art. 557, CPC, não conheço do recurso especial.

Publique-se.

Intimem-se.

Brasília, 31 de outubro de 2002.

Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira,
Relator.

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.051/SC

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Recorrente: Lauro Pflieger

Advogados: Luiz Fernando de Oliveira Carvalho e outro

T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Impetrado: Comandante da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina

Recorrido: Estado de Santa Catarina

Procuradores: Rejane Maria Bertoli P. e outros

EMENTA

Processo civil — Recurso ordinário em mandado de segurança — Servidor público estadual — Anulação de averbação de tempo de serviço rural — Ato concreto — Pedido de reconsideração — Não-interrupção — Fluência do prazo — Decadência reconhecida.

1 — *Considera-se o início do prazo decadencial para interposição da via mandamental (art. 18 da Lei n. 1.533/51) a ciência dada ao interessado da anulação da averbação do tempo de serviço rural, sendo este ato de anulação objetivo e concreto.*

2 — *O pedido de reconsideração formulado na via administrativa não reabre o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias do remédio heróico, aplicando-se o enunciado da Súmula 430 do STF.*

3 — *Ocorrendo a impetração quase 2 (dois) anos depois da mencionada manifestação oficial, é de se decretar a decadência do uso da ação mandamental, resguardando ao impetrante, porém, a perseguição, na via ordinária, do direito subjetivo ao bem da vida tido por violado.*

4 — *Precedente (Ag. Reg. RMS n. 11.321/RS).*

5 — *Recurso conhecido, porém, desprovido.*

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, em negar provimento ao recurso. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília/DF, 18 de junho de 2002.
(data do julgamento).

Ministro Felix Fischer;
Presidente;
Ministro Jorge Scartezzini,
Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Cuida-se de recurso ordinário em mandado de segu-

rança interposto por Lauro Pflieger, com fundamento no artigo 105, II, b, da Constituição Federal, contra o v. acórdão de fl. 118, prolatado pelo Grupo de Câmaras de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que, por unanimidade, acolheu a preliminar de decadência, julgando extinto o processo.

A ementa do julgado encontra-se expressa nos seguintes termos, *verbis*:

“Servidor público estadual — Ato que anula averbação de tempo de serviço rurícola — Pedido de reconsideração na via administrativa — Circunstância que não interrompe o prazo para a impetração do *mandamus* — Preliminar de decadência — Acolhimento — Extinção do *writ*.

“O *dies a quo* do prazo decadencial de 120 dias para impetração do mandado de segurança é a data da ciência, pelo impetrante, do ato que efetivamente violou o seu pretenso direito líquido e certo, prazo este que

não se interrompe com eventual pedido de reconsideração formulado na esfera administrativa”.

Alega o recorrente, nas suas razões, em síntese, preliminarmente, que o v. aresto guerreado merece ser reformado, posto que não ocorreu a decadência, sendo cabível, portanto, o mandado de segurança. Sustenta que o ato administrativo foi-se renovando dia a dia, não cessando sua eficácia. No mérito, pleiteia a concessão da segurança por ter direito líquido e certo à averbação do tempo de serviço prestado como lavrador, sem a comprovação de contribuição previdenciária, haja vista que a previdência social rural, no período anterior à Lei n. 8.213/91, era paga pelos empregadores, por meio do Funrural e do Prorural, não possuindo, portanto, qualquer obrigação de contribuir.

Requer, ao final, o deferimento, por esta Corte Superior, da justiça gratuita (fls. 123/130).

Contra-razões apresentadas às fls. 158/177, nas quais o Estado de Santa Catarina, devidamente representado, sustenta, preliminarmente, que não merece qualquer reparo o v. acórdão recorrido, porquanto o pedido de reconsideração não interrompe, nem tampouco reabre o prazo para a impetração do *writ*. No mérito, afirma que não tem o recorrente direito líquido e certo à averbação do tempo de serviço rural, em face do que dispõe o art. 202, § 2º, do texto original da Carta da República, hoje art. 201, § 9º, com a redação dada pela EC n. 20/98.

Não preparado o recurso em razão do pedido da assistência judiciária e estando o mesmo tempestivo, subiu o presente a esta Corte.

A douta Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso (fl. 196), vindo-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): Sr. Presidente, o recurso merece ser conhecido, porém, desprovido.

Primeiramente, defiro o pedido de assistência judiciária pleiteado pelo recorrente, dispensando-o do preparo por não poder prover as custas processuais e o retorno, sem prejuízo próprio e de sua família, consoante demonstrado na sua declaração.

Passo ao exame dos fatos.

O impetrante, ora recorrente, alega que em 19/2/1997 obteve perante o INSS a Certidão de Tempo de Serviço em que laborou como lavrador. E, de posse de tal documento, requereu administrativamente a averbação deste tempo de serviço para fins de aposentadoria no serviço público estadual, sendo, portanto, deferida.

Todavia, em 4/8/1998, tomou ciência da notificação expedida pelo Comandante interino do 2º Pelotão de Bombeiro Militar de que o referido tempo averbado em seus assentamentos funcionais, segundo parecer da PGE e Secretaria de Estado e Administração, seria anulado, em virtude da ausência de comprovação de contribuição previdenciária. Sendo-lhe concedido, portanto, prazo de 30 (trinta) dias para providenciar a aduzida comprovação (fl. 14).

Em 15/9/1998, a Administração anulou a averbação do tempo de serviço rural do impetrante (fl. 74).

Na data de 18/4/2000, o recorrente interpôs perante a Administração estadual um requerimento para anulação do ato administrativo de anulação da averbação do tempo de serviço. Sendo este indeferido, pelo Boletim Interno do Comando Geral n. 045, por encontrar-se intempestivo.

Correto o v. acórdão *a quo* ao reconhecer a decadência da presente pretensão pela via mandamental. Conforme exposto, houve um ato concreto e expresso por parte da Administração, o ato que anulou a averbação do tempo de serviço rural em regime de economia familiar. Contudo, apenas decorridos quase dois anos, o recorrente entrou com pedido de reconsideração de referido ato administrativo.

O impetrante teve sua situação jurídica alterada por ato único, qual seja, por aquele em que houve a anulação da averbação do seu tempo de serviço rural. Cuida-se, na realidade, de ato comissivo concreto e objetivo. A presente impetração contra ele foi dirigida. A partir deste conhecimento oficial de possível dano ao direito do interessado, com o contorno exato de seus efeitos, começa a fluir o prazo decadencial.

Ademais, a teor da Súmula 430 do STF, não podemos considerar que o pedido de reconsideração protocolado em 18/4/2000 reabriu a fluência do prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para a impetração.

Válido mencionar o seguinte julgado:

“Agravamento regimental. Processual civil. Servidor público. Mandado de segurança. Lapsos decadenciais. Art. 18 da Lei n. 1.533/51. Marco inicial. Ciência

inequívoca do ato administrativo denegatório. Pedido de reconsideração na via administrativa. Suspensão ou interrupção. Impossibilidade. Intempestividade. Decadência. Súmula 430/STF. Precedentes.

“I — Nos termos do art. 18 da Lei n. 1.533/51, o prazo para impetração do mandado de segurança é de 120 (cento e vinte) dias, contados a partir da ciência inequívoca da parte interessada, por intermédio da respectiva publicação no Diário da Justiça.

“II — Conforme reiterada jurisprudência deste Tribunal, é pacífico o entendimento de que o pedido de reconsideração formulado na esfera administrativa não suspende, tampouco interrompe o prazo decadencial de 120 (cento e vinte) dias para impetração do mandado de segurança. Assim, não há falar em exaurimento da via administrativa, para somente após valer-se da via ordinária. Aplicável, à espécie, o verbete Sumular n. 430/STF.

“III — Agravamento regimental desprovido” (Ag. Reg. RMS n. 11.321/RS, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 8/10/2001).

Afasto, portanto, os argumentos trazidos pelo recorrente, reconhecendo a ocorrência da decadência, posto que este remédio heróico foi impetrado em 11/7/2000, ou seja, quase dois anos após, em prazo bem superior ao previsto no art. 18 da Lei n. 1.533/51, que o fixa em 120 (cento e vinte) dias, a partir da ciência ou publicação do ato nominado como lesivo.

Finalizando, é acertado esclarecer que a decadência extingue o direito ao uso da ação mandamental,

mas não liquida com o próprio direito subjetivo ao bem da vida tido por violado, que pode ser perseguido na via ordinária.

Por tais fundamentos, conheço do recurso, mas lhe nego provimento.

É como voto.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Quinta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso.

Os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 18 de junho de 2002.

Junia Oliveira C. Rosa e Sousa;
Secretária.

**1ª VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.024981-0, DA CAPITAL

Requerente: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

Advogado: Dr. Paulo Henrique Rocha Faria Júnior

Impetrante: Valdir Vital Cobalchini

Advogado: Dr. Rodrigo Fernandes Pereira

Interessado: Ivo Konell

A Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida, nos autos do Mandado de Segurança n. 2002.024199-2, pelo Des. Carlos Prudêncio, que determinou à autoridade impetrada, o Presidente da Mesa Diretora da Assembléia Legislativa, o cumprimento imediato da decisão judicial que decretou a perda da função pública e a suspensão dos direitos políticos do Deputado Estadual Ivo Konell, bem como a conseqüente convocação do seu suplente de acordo com as normas do Regimento Interno da Assembléia.

A requerente alega, em síntese, que as Constituições Federal e Estadual, nos artigos 55, IV, e § 3º, e 44, IV e § 3º, respectivamente, asseguram ao Deputado o exercício da ampla defesa antes da declaração da

perda do mandato pela Mesa da Casa Legislativa, não podendo, por isso, ser aplicado o § 2º do art. 298 do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado que, no caso previsto no seu inciso IV (de perda ou suspensão dos direitos políticos), dispensa a defesa do parlamentar na via administrativa quando a perda da função pública resultar de decisão judicial.

Frisa que o cumprimento da liminar não é ato que possa ser exercido exclusivamente pelo Presidente da Assembléia, mas, sim, pela Mesa da respectiva Casa, pois somente a esta compete declarar a perda de mandato parlamentar.

Pelos motivos acima, diz não estar presente a fumaça do bom direito a ensejar a concessão da liminar. O *periculum in mora*, por sua vez, é recíproco, uma vez que o Deputado afastado do exercício do seu mandato jamais poderá recuperar o tempo em

que esteve impedido de exercer suas funções.

Por fim, assevera que o presente pedido está fundamentado na iminência de grave lesão à ordem jurídica, “à Constituição, ao exercício de um mandato parlamentar legitimamente conquistado, com o endosso do sufrágio popular”.

É o relatório.

A análise e a decisão do presente pedido refogem da competência deste Tribunal, haja vista que o incidente tem por finalidade suspender liminar deferida por Desembargador integrante desta Corte em mandado de segurança originário.

O art. 4º da Lei n. 4.348, de 26 de junho de 1964, que prevê a suspensão da segurança, dispõe:

“Quando, a requerimento de pessoa jurídica de direito público interessada e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, o Presidente ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar e da sentença, dessa decisão caberá agravo, sem efeito suspensivo, no prazo de cinco dias, contados da publicação do ato”.

No caso, compete ao STF ou ao STJ, conforme a matéria discutida, apreciar os recursos dos mandados de segurança impetrados nesta Corte.

A respeito da competência ensina Marcelo Abelha Rodrigues:

“Quando se trata de suspensão de execução de pronunciamento de juiz (decisão interlocutória ou sentença), a competência será do presidente daquele tribunal que teria competên-

cia para julgar o recurso interposto contra a decisão. Assim, ainda que proferida por juiz estadual, porém com competência federal para o caso (art. 109, § 3º), a regra é aquela prevista no art. 110 da CF/88, motivo pelo qual o órgão presidencial competente é o do Tribunal Federal daquela região.

“Entretanto, quando se trata de suspender a execução de liminar ou decisão concessiva de mandado de segurança proferida em única ou última instância, o órgão presidencial competente será o do STF, se a causa tiver por fundamento matéria constitucional, ou o do STJ, excluída a hipótese anterior.

“Assim, em se tratando de ação de mandado de segurança de competência originária (art. 25 da LR), tanto a liminar concedida por relator quanto a decisão concessiva da segurança pelo tribunal, a competência para apreciar o pedido de suspensão de execução da decisão é do presidente do STJ ou do STF, dependendo se a causa se fundamenta em matéria constitucional ou não” (Suspensão de Segurança, RT, 2000, págs. 111/112) (grifo nosso).

E de nota de rodapé da citada obra, à página 112, extrai-se o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

“Procede a reclamação para o STF ou STJ (conforme se trate de matéria constitucional ou infraconstitucional) contra o Presidente de Tribunal que suspendeu a liminar concedida por Desembargador relator em processo de competência originária do Tribunal. No caso, a competência para a suspensão é do Presidente do STF ou do STJ’ (STF — Pleno, Recl. n.

443-1-PI, rel. Min. Paulo Brossard, j. 8/9/1993, julgaram procedente, v.u., DJU 8/10/1993, pág. 21.011”.

Pelo o acima exposto, nego seguimento ao feito.

Cientifique-se o Relator do mandado de segurança, o eminente Des. Carlos Prudêncio.

Intimem-se e publique-se.

Florianópolis, 18 de novembro de 2002.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.024990-0, DE JOINVILLE

Requerente: Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A.

Advogado: Dr. Alaô Robson Cavalcanti de Paiva

Impetrantes: Cipla Indústria de Materiais de Construção S.A., Interfibra Industrial S.A. e Profiplast Industrial S.A.

Advogados: Drs. Carlos Augusto de O. Saffi e Osvaldo Francisco Júnior

Autos na origem: Mandado de Segurança n. 038.02.025907-4 (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho)

As Centrais Elétricas de Santa Catarina — Celesc S.A., sociedade de economia mista, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, formula pedido de suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo Dr. Juiz de Direito da Vara da Fazenda Pública de Joinville, nos autos do Mandado de Segurança Preventivo n. 038.02.025907-4, impetrado por Cipla Indústria de Materiais de Construção S.A., Interfibra Industrial S.A. e Profiplast Industrial S.A.

O Dr. Juiz *a quo* determinou ao impetrado, o Gerente Regional da Celesc, que mantenha o fornecimento de energia elétrica nos parques fabris das empresas impetrantes, sob pena de responsabilidade criminal por desobediência à ordem judicial.

A requerente informa que argüiu no mandado de segurança a incompetência absoluta da Justiça

Estadual para julgar o feito, com base em entendimento do STJ que, no Conflito de Competência n. 33.837/RS, declarou ser competente a Justiça Federal para julgar mandado de segurança contra ato de dirigente de concessionária de serviço público federal, em caso específico de suspensão de fornecimento de energia elétrica por concessionária estadual.

Por outro lado, assegura que o débito das impetrantes não pode ser compensado com o crédito declarado na Ação de Repetição de Indébito n. 038.96.006910-0, pois este está *sub judice*, não havendo, portanto, liquidez e certeza para o encontro de contas, e a quitação do débito objeto de *termo de acordo e compromisso*. Além disso, referida quantia foi penhorada para custear dívida trabalhista, conforme mostra a carta precatória cuja cópia encontra-se em anexo.

Afirma, também, que a dívida das impetrantes totaliza valores superiores a R\$ 2.000.000,00, como provam os demonstrativos em anexo, muito superior ao crédito de R\$ 917.357,32.

Por outro vértice, alega possuir legitimidade ativa para o pedido, e que a suspensão do fornecimento de energia elétrica por inadimplência do usuário é permitida pelo § 3º do art. 6º da Lei n. 8.987/95, pelo art. 17 da Lei Federal n. 8.631/93 e pelo art. 91 da Resolução n. 456/2000, da Aneel, bem como pelas doutrina e jurisprudência mais modernas.

Contesta o argumento de que a concessionária dispõe de meios para cobrar o seu crédito sem precisar interromper o fornecimento de energia, pois “considerando que o número de consumidores passa de um milhão de contas (1.813.440) e que as faturas são mensais, se as cobranças tiverem que ser necessariamente pela via judicial, e estando o judiciário já abarrotado de processos, na prática seria o mesmo que condenar a concessionária pública a fornecer energia de graça, pois ao final dos processos, ainda assim não haveria garantia de que a execução teria sucesso, pois as dívidas acumuladas com o tempo se tornam impagáveis”.

Sustenta, ainda, que a medida liminar causará grave lesão à economia pública, porquanto a Celesc já se encontra em uma situação dramática, pois acumula uma inadimplência de seus consumidores na ordem de 170 milhões de reais (“só em relação ao caso concreto, de mais de R\$ 300.000,00 ao mês”), dívida esta que se soma ao *deficit* da estatal em de-

corrência da defasagem tarifária, e, ainda, apesar de não receber, tem de pagar à supridora, Eletrosul, e recolher o ICMS aos cofres estaduais sobre o valor faturado.

Por fim, argumenta que a continuar privada dos recursos financeiros, seus serviços poderão deixar de ser adequados e poderão sofrer solução de continuidade, com prejuízo a toda a sociedade.

É o relatório.

Em que pese a sociedade de economia mista não ser pessoa jurídica de direito público, é integrante da administração indireta e prestadora de serviço público, tendo, portanto, legitimidade ativa para requerer a suspensão da segurança prevista no art. 4º da Lei n. 4.348/64.

O STF e o STJ, interpretando teleologicamente o art. 4º da Lei n. 4.348/64, têm reconhecido a legitimidade ativa de pessoa jurídica de direito privado para requerer suspensão de liminares contra o Poder Público, quando incumbida de típico serviço público, desde que os pressupostos da medida tenham pertinência com sua área de atuação (STF — AGSS n. 202/DF, Pet. n. 2.235/RS, e STJ, EDAGSS n. 693/DF).

Os argumentos da requerente, relativos à legitimidade da suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão da falta de pagamento, embora encontrem resistência em alguns julgados do STJ (REsp n. 430.812/MG e EAREsp n. 279.502/SC, entre outros), estão fundamentados nas Leis Federais ns. 8.631/93 e 8.987/95 e na Resolução n. 456/2000 da Aneel, obtendo apoio de boa parte da doutrina, de que é exemplo a de um dos autores

do anteprojeto do Código de Defesa do Consumidor, o Professor Zelmo Denari, em comentário ao art. 22 do aludido Diploma Legal:

“(…) os serviços essenciais devem ser contínuos’ no sentido de que não podem deixar de ser ofertados a todos os usuários, vale dizer, prestados no interesse coletivo. Ao revés, quando estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta de serviço pode sofrer solução de continuidade, se não forem observadas as normas administrativas que regem a espécie.

“(…)

“Pacifica-se, na doutrina, o entendimento de que a gratuidade não se presume e que as concessionárias de serviço público não podem ser compelidas a prestar serviços ininterruptos se o usuário deixa de satisfazer suas obrigações relativas ao pagamento. Assim como o particular, no contrato *facio ut des*, pode recusar cumprimento da obrigação de fazer, na ausência do respectivo, assim também não há negar às concessionárias a mesma faculdade, nos contratos de Direito Público. Do contrário, seria admitir, de um lado, o enriquecimento sem causa do usuário e, de outro, o desvio de recursos públicos por mera inatividade da concessionária, sem prejuízo da ofensa ao princípio da igualdade de tratamento entre os destinatários do serviço público” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor: comentado pelos autores do anteprojeto, 7ª ed., Forense Universitária, 2001, pag. 195).

Plausível, portanto, a tese da requerente.

Todavia, os pressupostos para a suspensão da segurança não estão presentes.

A petição não veio acompanhada dos documentos necessários à comprovação da existência da grave lesão ao interesse público.

O valor apontado no mandado de segurança, de R\$ 180.000,00, referente à falta de pagamento da 1ª parcela do acordo, por si só, não revela grave prejuízo à economia pública.

Por outro lado, não se pode afirmar que o não pagamento da dívida total das impetrantes — que segundo dados da peticionante é superior a R\$ 2.000.000,00 —, causará grave lesão à economia pública, tal qual exige o art. 4º da Lei n. 4.348/64, pois, embora expressiva, não há demonstração da atual situação financeira da Celesc para que se possa aferir a repercussão daquela quantia em suas finanças. A mera queda de arrecadação e receita não é suficiente para configurar o elevado prejuízo à economia pública e, por conseguinte, obter-se a medida excepcional da suspensão da segurança, pois “*Lesão meramente localizada e de pouca monta não justifica o pedido, embora realize prejuízo e consigne manifesto interesse público ou, até mesmo, flagrante ilegitimidade daquela liminar ou sentença*” (*in* A Suspensão das Liminares e das Sentenças contra o Poder Público, Gilberto Etchaluz Villela, Porto Alegre: Síntese, 1998, pag. 86) (grifo nosso).

Por igual, a inadimplência dos usuários do serviço, na ordem de 170 milhões de reais, foi somente alegada, não havendo comprovação da situação retratada pela requerente.

Destarte, o interesse público protegido pela suspensão da segurança não está caracterizado, o que, *in casu*, somente se configuraria se os serviços de energia elétrica prestados a toda a coletividade pela Celesc estivessem ameaçados em razão do grave prejuízo às suas finanças, fato esse não comprovado, porém necessário, mormente quando se trata de sociedade de economia mista, em que há concorrência de capitais privados.

E, conforme lição de Marcelo Abelha Rodrigues “Como não possui um momento para dilação probatória, senão por intermédio da prova documental em que o momento da prova (apresentação, deferimento e produção) é um só, deve o requerente juntar todos os documentos que sejam importantes para o convencimento do presidente do tribunal acerca da con-

cessão da medida postulada. Nesse sentido Ellen Gracie Northfleet. *Op. cit.*, pág. 172: ‘O requerimento de suspensão também, por óbvio, não comporta dilação probatória, devendo o postulante trazer com o pedido todos os documentos que sustentem as afirmativas de potencial agressão aos interesses públicos tutelados’” (Suspensão de Segurança, Editora RT, 2000, nota de rodapé, pág. 176).

Diante do exposto, indefiro o pedido.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Publique-se, intime-se e arquite-se.

Florianópolis, 25 de novembro de 2002.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.027934-5, DE CAPIVARI DE BAIXO

Requerente: Tractebel Energia S.A.

Advogados: Drs. Marcelo Ramos Peregrino Ferreira, Napoleão Xavier do Amarante, Rafael Barreto Bornhausen, Lauro Cavalazzi Zimmer e outros

Autor/interessado: Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica do Sul do Estado de Santa Catarina – Sintresc

Advogado: Dr. Luís Fernando Silva

Ação originária: Ação Cautelar Inominada n. 163.02.001219-7 (Vara Única)

Tractebel Energia S.A., “empresa concessionária de serviços públicos de energia elétrica”, com fundamento no art. 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão dos efeitos da liminar concedida nos autos da Ação Cautelar n. 162.02.001219-7, proposta na comarca de Capivari de Baixo

pelo Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica do Sul do Estado de Santa Catarina.

A liminar, deferida *inaudita altera parte*, acolheu o pedido do Sindicato para que o Sr. Diretor Superintendente da Fundação Previg se abstenha de dar posse, naquela Fundação, aos atuais

Conselheiros da Fundação Elos, marcada para 5/12/2002, “até que sejam realizados os levantamentos contábeis, atuariais e patrimoniais atualizados da Fundação Elos, de sorte a saber-se exatamente qual parcela do patrimônio desta há de ser transferido para a nova entidade previdenciária (Previg), e até que a Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social se manifeste, de forma detalhada e precisa, sobre cada um dos questionamentos formulados pela Eletrosul e pelo Sinergia acerca do processo de transferência da massa de beneficiários da Elos para a Previg”.

A requerente alega que a liminar concedida pelo Juiz de Direito em exercício na Comarca ateu-se à posse dos Conselheiros, porém, em 18/12/2002, a Juíza titular, indo além do pedido da exordial e ampliando o escopo da liminar, proibiu a transferência da massa de beneficiários e dos recursos financeiros correspondentes, da Elos — Fundação Eletrosul de Assistência e Seguridade Social —, para a Previg.

Afirma, outrossim, que a massa de beneficiários já havia sido transferida antes do ajuizamento da ação cautelar.

Sustenta que a liminar guarda relação com as ações que tramitam na Justiça Federal a respeito da cisão da Eletrosul, pois interrompe o desenrolar dos procedimentos inaugurados com o lançamento do Edital PND (Programa Nacional de Desestatização) — 1/98/BNDES.

Diz tratar-se de duas ações civis públicas movidas pelo Ministério Público Federal, sendo que na de n.

99.0003182-0 o Juiz Federal acolheu o pedido para declarar nula *ab initio* a cisão da Eletrosul que culminou na criação da Gerasul e posterior incorporação à Eletroger e, em face da nulidade, julgou prejudicado o pedido formulado na Ação Civil Pública n. 98.0005805-2, que objetivava o cancelamento do controle acionário da Gerasul e, alternativamente, a nulidade da alienação das ações ordinárias nominativas e preferenciais nominativas classe B, abstenção da assinatura do contrato de concessão e condenação do vencedor do leilão à indenização de prejuízos ao patrimônio público.

Informa que, todavia, o TRF da 4ª Região suspendeu a execução das liminares deferidas nas aludidas ações civis públicas (Processos ns. 19980401028121-9 e 19980401061759-3), e que, em relação à sentença, não obstante o não conhecimento do pedido de suspensão dos seus efeitos (Processo n. 20010401085657-6/SC), consignou o ilustre Presidente daquela Corte, Des. Federal Teori Albino Zavascki, que, tanto por força do reexame necessário contido no art. 475 do CPC, quanto pelo disposto na MP n. 2.180-35 — que diz que a suspensão deferida vigorará até o trânsito em julgado da decisão de mérito na ação principal —, a sentença carece de imediata executividade.

Relata que a Previg é uma entidade fechada de previdência complementar, criada para atender às obrigações contidas no Edital PND-1/98/BNDES pela Tractebel, tendo a liminar concedida, portanto, relação com a privatização/cisão da Eletrosul decorrente do programa nacional de desestatização.

Prossegue, explicando que a Fundação Elos, por igual, é uma entidade fechada de previdência complementar, constituída em 1973, com o objetivo de complementar a aposentadoria dos funcionários da Eletrosul, a qual, em 1997, foi cindida em duas empresas — uma de transmissão e outra de geração de energia —, ficando a primeira com a Eletrosul e a segunda com a Gerasul. Na ocasião, foram separados os funcionários dessas empresas, mantendo-se seus direitos e obrigações para com a Fundação Elos. O patrimônio líquido desta foi igualmente segregado, proporcionalmente ao montante do passivo atuarial de responsabilidade de cada uma (Gerasul e Eletrosul), ficando estabelecido que cada qual deveria arcar com o patrocínio dos seus respectivos funcionários.

Notícia que a Gerasul, diante de tais fatos, firmou convênio de adesão com a Fundação Elos, passando a patrociná-la, juntamente com a Eletrosul, porém exclusivamente quanto aos seus funcionários.

Explica que, em julho de 1998, a Gerasul foi privatizada, mediante procedimento instaurado pelo BNDES (Edital PND-01/98) para a alienação do seu controle acionário, que ficou com a Tractebel Sul S.A. Tal procedimento é que foi objeto das Ações Cíveis Públicas ns. 99.0003182-0 e 98.0005805-2, antes referidas, cujas liminares e sentença foram suspensas pelo TRF da 4ª Região.

Alega que o edital de privatização dispôs expressamente que a previdência complementar seria de obrigação do adquirente, constando, ainda, que “A segregação do patrimô-

nio líquido da Fundação Elos, na data da Assembléia-Geral que aprovou a cisão, foi feita proporcionalmente ao montante do passivo atuarial de responsabilidade de cada uma das Patrocinadoras”.

Posteriormente, a Gerasul, em acordo com a Eletrosul e a Fundação Elos, requereu na Secretaria de Previdência Complementar do Ministério da Previdência e Assistência Social a retirada do seu patrocínio da Fundação Elos e a constituição e funcionamento da nova entidade de previdência fechada — Previg —, o que restou autorizado, quanto a esta última, por meio da Portaria n. 991/02, de 13/9/2002, e pela aprovação do *Termo de Rescisão do Convênio de Adesão* que, juntamente com o *Termo de Acordo de Separação de Ativos* que o acompanha, “consolidou os procedimentos e obrigações recíprocas para a transferência do gerenciamento do plano de benefícios”, vinculando e obrigando seus signatários.

Ressalta que a Previg se encontra em pleno funcionamento, recebeu, por transferência, os empregados patrocinados pela Gerasul, já tendo sido pagos os benefícios dos seus assistidos relativamente ao 13º, no valor de R\$ 3.845.352,70.

Defende a identidade de objeto deste pedido de suspensão e o da suspensão do TRF da 4ª Região, sustentando, outrossim, que a liminar ora impugnada, “ao interromper o processo de privatização, por um lado retira os recursos necessários para os pagamentos devidos, por outro ignora a já existente transferência dos assistidos para a novel entidade”, colocando em risco o pagamento de milhares de

pessoas — no valor aproximado de R\$ 4.000.000,00 — e, por conseguinte, a segurança jurídica.

Assevera que a decisão, ainda que proposta pelo Sindicato, atinge todos os assistidos, inclusive os da ativa que foram contratados pela Tractebel após a privatização, afetando, assim, direitos de terceiros que não podem ser substituídos pelo Sindicato autor, configurando a ilegitimidade deste para a propositura da ação.

Por fim, alega que a liminar deferida na ação cautelar causa grave lesão à ordem jurídica, haja vista a ausência da oitiva prévia do Poder Público, no caso, a União Federal, conforme exige o art. 2º da Lei n. 8.437/92.

É o relatório.

Considero a empresa Tractebel Energia S.A. parte legítima para propor o presente pedido, pois, não obstante a sua natureza de pessoa jurídica de direito privado, ficou, a partir da aquisição das ações das Centrais Geradoras do Sul do Brasil S.A. — Gerasul no leilão de privatização, responsável pelo fornecimento de energia elétrica para as distribuidoras responsáveis pelo atendimento do sistema sul, estando, portanto, incumbida de serviço público, o qual, em tese, está relacionado aos valores protegidos pelo art. 4º da Lei n. 8.437/92.

Por outro lado, a requerente é instituidora e patrocinadora da entidade fechada de previdência complementar, a Previg, assistindo-lhe legitimidade e interesse para postular a suspensão dos efeitos da liminar que desobriga os Conselheiros da Fundação Elos de tomarem posse na Previg e impede a transferência da massa de

beneficiários e dos recursos financeiros daquela para esta entidade.

A suspensão da liminar deferida em ação cautelar só se justifica quando a decisão ameaça causar grave lesão à ordem, à economia, à saúde ou à segurança pública (Lei n. 8.437/92, art. 4º).

No caso, porém, afigura-se-me ausente o pressuposto único alegado pela requerente para autorizar a extrema medida, qual seja, a grave lesão à ordem jurídica, ao fundamento de que a liminar foi concedida sem a prévia oitiva do Poder Público, infringindo o art. 2º da Lei n. 8.437/92.

Preliminarmente, cabe ressaltar que, na sede eleita, não há espaço para o debate e decisões acerca de questão processual, como a de que ora se trata, e do mérito da controvérsia, os quais acham-se assegurados por meio do agravo de instrumento. Este, aliás, já interposto (AI ns. 2002.027475-0 e 2002.027940-0).

Não fosse isso, o dispositivo legal tido por violado dispõe que:

“Art. 2º — No mandado de segurança coletivo e na ação civil pública, a liminar será concedida, quando cabível, após a audiência do representante judicial da pessoa jurídica de direito público, que deverá se pronunciar no prazo de setenta e duas horas”.

No entanto, a ação a que se vincula este incidente processual é uma cautelar e a Tractebel Energia S.A. é pessoa jurídica de direito privado, não se enquadrando a hipótese dos autos, portanto, na norma citada.

Ademais, ainda que a postulante se refira à audiência prévia do re-

presentante da União, não há infringência àquela lei federal, uma vez que a União não integra a relação processual e à requerente carece legitimidade para defender interesse alheio.

De outra parte, não vislumbro o interesse público protegido pela medida excepcional prevista no art. 4º da Lei n. 8.437/92, mas tão-somente o interesse dos contribuintes/beneficiários da previdência complementar na transparência e correção dos valores a serem transferidos à Previg, defendido pelo autor da ação cautelar — o Sindicato dos Trabalhadores na Indústria de Energia Elétrica do Sul do Estado de Santa Catarina.

Giza-se que o interesse público só estaria presente se o fornecimento de energia elétrica estivesse sendo prejudicado pela decisão impugnada, ou se de alguma forma a liminar atingisse a coletividade como um todo, o que não se confunde com eventual interesse particular de uma parcela de beneficiários da previdência complementar, tratando-se, na verdade, de mero interesse financeiro da empresa privada, o qual é insuficiente para a suspensão da eficácia da decisão judicial.

Ressoa nítido o propósito da requerente de utilizar este meio extravagante para *modificar* a decisão judicial, o que é inadmissível nesta via, tentando atrelar este pedido ao Edital PND 1/98 — BNDES e à suspensão das liminares e da sentença determinadas pelo TRF da 4ª Região.

Contudo, a decisão do Juiz Federal que declarou nulas a cisão da

Eletrosul, a criação da Gerasul, a incorporação da Eletroger e, por conseguinte, a alienação das ações da Gerasul à Tractebel *não foi reformada*, apenas seus efeitos foram suspensos como medida acautelatória para prevenir o prejuízo à ordem financeira e econômica que se fazia presente naquele momento e naquela determinada situação.

Penso, por isso, que as decisões do TRF não exercem influência sobre todos os demais desdobramentos da cisão da Eletrosul, sobretudo porque, *in casu*, a liminar deferida pelo Juiz Estadual *não impede* a transferência de recursos, prevista no item 5.8 do Edital PND 1/98 (fl. 95), de uma para outra entidade de previdência complementar, mas tão-somente determina que ela seja precedida de levantamento dos dados atuariais, contábeis e patrimoniais da Elos, o que é de todo prudente, tendo em vista a significativa importância de R\$ 600.000.000,00, cujo repasse à nova entidade de previdência complementar, ainda, corre o risco de ser desfeito caso a sentença do Juiz Federal venha a ser confirmada.

Ante o exposto, porque ausente a lesão à ordem jurídica, indefiro o pedido.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 6 de janeiro de 2003.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.015308-0, DA CAPITAL**Requerente: Município de Florianópolis****Procuradores: Drs. Maria Eduvirgem Cardoso e Norton Makowiecky****Autor: Procon — Programa de Orientação de Defesa do Consumidor****Advogado: Dr. Azize Dibo Neto****Ação originária: Ação Civil Pública n. 023.03.061429-8 (1ª Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho)**

O município de Florianópolis, representado por dois dos seus Procuradores, requer, com fundamento no inciso I, letra d do artigo 1º do Ato Regimental n. 48 deste Tribunal, a anulação ou a concessão de efeito suspensivo à liminar deferida, nos autos de ação civil pública movida pelo Procon de Santa Catarina, pelo Juiz da 1ª Vara da Fazenda Pública da Capital, Dr. Domingos Paludo, que suspendeu o reajuste de 24,5% nas tarifas de transporte coletivo na Capital, fixado pelo Decreto n. 1.983/2003, que também aprovou o sistema integrado de transporte no Município.

Insurge-se contra a ausência de oitiva prévia do representante do Poder Público Municipal, dizendo-a obrigatória em face da Lei n. 8.437/92, o que implica em desrespeito à ordem jurídica e pública, “que leva à necessária cassação da liminar concedida, por tratar-se de flagrante ilegalidade, eivando o ato de intransponível nulidade”. Evoca decisões deste Tribunal, do STJ e do STF em prol da sua tese.

Alega que a liminar antecipou os efeitos da sentença final, devido à análise do mérito sem a verificação das razões do aumento das tarifas, contrariando, por conseguinte, o art. 1º da Lei n. 8.437/92, o qual proíbe a concessão de medida liminar que esgote o objeto da ação.

Diz, por outro lado, ausente a iminência de dano irreversível à coletividade, “pois, embora o aumento pudesse ser aplicado aos serviços de transporte coletivo, sua reversibilidade poderia ser posteriormente compensada pela adequação das tarifas”, enquanto que “a não-cobrança da tarifa nos moldes devidamente estipulados pelo Conselho Municipal de Transportes acarretará prejuízos imediatos aos investidores, provocando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de serviços com a Municipalidade e inviabilizando um serviço essencial à população”.

Defende a legalidade do ato impugnado na ação civil pública, relatando que o sistema integrado de transporte do município de Florianópolis foi autorizado pela Lei Complementar Municipal n. 033/99, que dispôs sobre o regime de concessão dos terminais de integração de transporte coletivo e sua exploração por meio da cobrança de taxa de utilização. Em seguida, a Câmara de Vereadores editou a LC n. 034/99, que, a par de dispor sobre o sistema de transporte coletivo de passageiros em Florianópolis, previu, em seu art. 32, a revisão anual das tarifas, “com o objetivo de ajustá-la às variações da conjuntura setorial da Economia dos Transportes, à expansão do serviço oferecido e à melhoria de sua qualidade”. Por último, o reajuste da

tarifa teve aprovação do Conselho Municipal de Transportes — CMT, órgão este representado por trabalhadores, empresários, pela comunidade em geral, que não considerou abusivo ou injustificado o aumento, porque teve acesso a dados concretos.

Assevera que as informações operacionais necessárias para o cálculo, como a demanda (passageiros transportados) e a oferta (quilometragem percorrida e frota), são levantadas e rigorosamente fiscalizadas pelo Núcleo de Transportes — NT, órgão gerenciador do Sistema de Florianópolis.

Explica que, a partir de 9 de julho de 2003, a política tarifária vigente prevê 4 valores de tarifas para o Sistema de Transporte Público de Passageiros de Florianópolis — STPP/FLN, constituído em 4 patamares:

— patamar 1 para linhas curtas de atendimento a comunidades de baixa renda, cuja tarifa atual é de R\$ 0,90;

— patamar 2 para linhas curtas (em média 12,2km), tarifa atual de R\$ 1,25;

— patamar 3 para linhas médias (em média 20,1km), tarifa atual de R\$ 1,90;

— e patamar 4 para linhas longas (em média 39,0km), tarifa atual é de R\$ 2,30.

Informa que com a implantação do Sistema Integrado o serviço de transporte coletivo em Florianópolis será dividido em 7 regiões tarifárias, da seguinte forma:

O patamar 1 transforma-se na região 7, denominada Linhas Sociais,

cujo valor da tarifa, aprovado pelo CMT em 9/7/2003, será de R\$ 1,15;

O patamar 2 foi desmembrado em duas regiões, o Centro (região 1) e o Continente (região 6), ficando a região 1 com a tarifa de R\$ 1,65 e a região 6 com R\$ 1,60;

O patamar 3 ficou restrito à região Centro-Sul (região 4), com a tarifa de R\$ 2,05;

O patamar 4 foi desmembrado em três regiões: Norte (região 2) — tarifa de R\$ 2,80, Leste (região 3) — tarifa de R\$ 2,15, e Sul (região 5) — tarifa de R\$ 2,80.

Diz que a tarifa média do Sistema Integrado é de R\$ 1,89 (reajuste de 24,5%) e que na região 3 há redução de 2,3% no preço das passagens de ônibus.

Alega que os dados para a fixação das novas tarifas foram obtidos após as pesquisas de catracas e de origem e destino dos passageiros, resultando em um projeto operacional contendo a quantidade de viagens de cada linha e o veículo mais apropriado para a execução do serviço, e, por conseguinte, na necessidade da aquisição de 76 veículos novos, mais potentes e com ar-condicionado (18,9% da frota), para aumentar o conforto e a segurança dos usuários.

Notícia que no final do mês de setembro do ano em curso será feita uma adequação dos horários e o recálculo da frota, a partir de levantamentos diretos da utilização do sistema integrado pelos passageiros, o que irá permitir o ajuste das tarifas, “com possíveis reduções”.

Sustenta ser imprescindível a suspensão da liminar deferida pelo Juiz

a *quo* para a viabilização do novo sistema integrado de transporte a ser operado a partir de 19 de julho de 2003, uma vez que, em sendo mantida a decisão, ocorrerá desequilíbrio econômico-financeiro dos contratos, e grave ameaça à ordem, à segurança e à economia pública, “pois seria inadmissível aceitar que, após cerca de 6 (seis) anos de trabalho público com investimentos de toda ordem e expectativas reais, sua concretização seja interrompida pela inviabilidade econômica das concessionárias”.

Além disso, alega, poderão ocorrer quebraadeiras generalizadas em razão da insatisfação popular derivada do distúrbio na implantação do serviço, principalmente se equivocadamente entendido, assim como a decisão impugnada, que o reajuste deve-se a uma suposta ganância das concessionárias do serviço e à irresponsabilidade da Administração Pública, quando, na verdade, trata-se de uma adequação justa a um novo sistema, que já vem sendo desenvolvido com sucesso em outras cidades brasileiras.

Diz, ainda, que as empresas concessionárias correm o risco de falir, por não disporem de meios para reaver seus investimentos, podendo gerar prejuízos à economia popular com o aumento de desempregos e “uma série de seqüelas sociais indelegadas”.

Por fim, argumenta que o Juiz a *quo* agiu contra a ordem pública administrativa, esta manifestada pela legalidade dos atos da Administração, e que o risco de inviabilização de todo o sistema de transporte representa uma séria ameaça à continuidade do servi-

ço exigida pelo Código de Defesa do Consumidor.

É o relatório.

A via processual escolhida pelo requerente para atacar a liminar deferida na ação civil pública, como ele próprio reconhece à fl. 17, não é apropriada ao exame aprofundado do mérito da ação, vale dizer que é inadmissível nesta sede decidir-se sobre a legalidade ou ilegalidade do reajuste das tarifas, devendo o interessado, se assim o desejar, utilizar-se das vias ordinárias para tal desiderato.

Conforme lição de Marcelo Abelha Rodrigues, “As razões que justificam o pedido de suspensão de execução de pronunciamento judicial não se associam à juridicidade ou antijuridicidade da decisão prolatada, isto é, não são conseqüências de uma suposta legalidade ou ilegalidade do pronunciamento que se pretende suspender a eficácia. Bem pelo contrário, as razões e motivos da suspensão são para evitar grave lesão à ordem, à saúde, e à economia públicas, independentemente do acerto ou desacerto da decisão que terá sua eficácia suspensa. A licitude ou ilicitude da decisão deverão ser atacadas pela via própria recursal que terá o condão, pois, de apreciar as razões jurídicas da decisão, para só então reformá-la ou cassá-la” (Suspensão de Segurança, RT, ed. 2000, págs. 136/137).

Assim, abstraídas, porque impertinentes, as questões não relacionadas aos pressupostos do art. 4º da Lei n. 8.437/92, incluindo as processuais, passa-se à análise do risco de grave lesão à ordem, à economia e à segurança públicas, apontado pelo Municí-

pio como causa de pedir para a suspensão da liminar.

Rejeita-se, por primeiro, o argumento de que a decisão teria contrariado o art. 2º da Lei n. 8.437/92, tendo em vista a dicção do § 3º do art. 84 do Código de Defesa do Consumidor (Lei n. 8.078/90), perfeitamente aplicável ao caso por envolver relação de consumo entre usuários e prestadores de serviço de transporte, que dispõe:

“Art. 84. Na ação que tenha por objeto o cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, o juiz concederá a tutela específica da obrigação ou determinará providências que assegurem o resultado prático equivalente ao do adimplemento.

“§ 1º (*omissis*)

“§ 2º (*omissis*)

“§ 3º Sendo relevante o fundamento da demanda e havendo justificado receio de ineficácia do provimento final, é lícito ao juiz conceder a tutela liminarmente ou após justificação prévia, citado o réu” (grifo nosso)

Demais disso, admite-se, exce-tuando a regra do art. 2º da Lei n. 8.437/92, que o Juiz, utilizando-se do poder geral de cautela, dispense a oitiva prévia do representante do ente público quando necessário para evitar dano iminente e irreversível que poderia advir da demora do provimento liminar jurisdicional.

Não há, portanto, falar em des-respeito à ordem jurídica decorrente de flagrante ilegalidade.

De outra parte, ressalta-se, porque oportuno, que é incabível obter-se, por meio deste incidente processual, a *anulação* da medida liminar, requerida pelo Município, haja vista que o despacho que

analisa o pedido de suspensão de decisões proferidas contra o Poder Público, previsto no art. 4º da Lei n. 8.437/92 e em outros diplomas legais, como sugere o próprio nome, somente pode suspender os efeitos da decisão, não podendo reformá-la, cassá-la ou anulá-la.

De igual modo, tenho que a medida liminar não provoca prejuízo à economia pública.

De fato, o reajuste das tarifas dos ônibus é do interesse exclusivo das empresas concessionárias do serviço de transporte coletivo de passageiros, pessoas jurídicas de direito privado, para as quais o Município delegou o serviço público, não causando, destarte, a decisão impugnada qualquer prejuízo à economia pública, até porque a diferença dos valores das tarifas cobradas pela utilização do transporte coletivo não ingressaria nos cofres públicos, não havendo, ademais, falar em prejuízo à economia pública por aventada e até aqui não demonstrada possibilidade de falência das empresas concessionárias e do desemprego daquela decorrente.

O aumento das passagens dos ônibus, ao contrário, atinge diretamente a coletividade, especialmente a população de baixa renda que depende diariamente do transporte coletivo para a ida ao trabalho e à escola, e o respectivo retorno, e que não possui outro meio alternativo para sua locomoção.

Do mesmo modo, e ao contrário do que afirma o requerente, tem-se por válido ressaltar que o pretendido aumento das passagens é que poderá causar prejuízo à segurança pública pela possibilidade de revolta dos usuários, e não um eventual atraso na implantação do sistema integrado de

transporte, razão pela qual se conclui que a medida liminar não provoca prejuízo à segurança pública.

De outra parte, não se nega que deva ser preservado o equilíbrio financeiro dos contratos firmados pela administração municipal com as concessionárias e que os investimentos para o aumento da frota e demais custos da execução do serviço devam ser amortizados *ao longo do prazo da concessão* e repassados às tarifas. Todavia, há que ser observado, por igual, os direitos dos consumidores, não somente quanto à qualidade do serviço posto à sua disposição, mas principalmente em relação à modicidade das tarifas, máxime em se tratando o transporte coletivo de passageiros de serviço público essencial à população.

Para tanto, o aumento das passagens de ônibus deverá ser precedido de estudo aprofundado dos termos dos contratos de concessão e dos critérios utilizados pelo órgão municipal competente para a fixação das novas tarifas, bem como da comprovação dos seus dados, os quais, por demandar exame do mérito, não poderão ser

examinados na angusta sede do pedido de suspensão de liminar.

Pelo exposto, não vejo como a suspensão do reajuste das tarifas de ônibus possa causar lesão à ordem, à economia ou à segurança públicas até o julgamento da ação civil pública, tampouco ameaça ao interesse público — o qual, inclusive, está sendo defendido pelo Procon em favor dos consumidores —, ressaltando que a medida liminar não impede a implantação do sistema integrado de transporte, se exeqüível com os valores atuais dos preços das passagens de ônibus, nem prejudica o serviço de transporte coletivo hoje oferecido aos usuários.

Isso posto, indefiro o pedido, mantendo, por conseguinte, os efeitos da liminar concedida na ação civil pública.

Cientifique-se o Juiz da origem.

Intimem-se.

Publique-se.

Florianópolis, 17 de julho de 2003.

Alberto Costa,
1º Vice-Presidente.

AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2002.001422-2, DA CAPITAL

Agravantes: Auto Posto Diplomata Ltda., Auto Posto Diplomata II Ltda., Auto Posto Diplomata III Ltda. e Meneguel Mazzuco & Cia. Ltda.

Advogado: Dr. Paulo Ernani da Cunha Tatim

Agravado: Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Carlos Alberto Prestes

Ação na origem: Mandado de Segurança n. 023.01.059266-3 (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório)

Auto Posto Diplomata Ltda. e outros 3 postos de combustíveis, acima nominados, interpõem, com fundamento no art. 4º da Lei n. 4.348/64, agravo regimental da decisão que suspendeu os efeitos da liminar deferida nos autos do Mandado de Segurança n. 023.01.059266-3, pela Juíza de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho da Capital, que os autorizava a compensarem valores referentes ao ICMS, recolhidos a mais no regime de substituição tributária.

A decisão agravada tem o seguinte teor:

“A suspensão de segurança está prevista no art. 4º da Lei n. 4.348/64, devendo ser deferida para evitar lesão grave à economia, à saúde, à segurança ou à ordem públicas.

“A princípio, ‘impossível o exame da questão de fundo nos limites da suspensão de segurança, sob pena de supressão de instância’ (STJ — Corte Especial, AGSS n. 632/DF, DJU 22/6/98, pág. 1). ‘Na estreita e drástica via de suspensão de decisão liminar, de caráter extraordinário, não há espaço para o debate de questões processuais ou meritórias, que devem ter deslinde nas vias ordinárias’ (STJ — SS n. 878, decisão do Min. Paulo Costa Leite, DJU 15/2/01), pois ‘eventuais ilegalidades, injustiças, *error in procedendo* ou *error in judicando* tem sede adequada ao seu deslinde’ (STJ — AGP n. 1055/MA, Corte Especial, DJU 14/8/00, pág. 130).

“Malgrado essa orientação, não há como não exercer um mínimo de deliberação do mérito, ressalva,

igualmente, Vossa Excelência (SS n. 1.877/PE, a mais recente), dado cuidar-se de contracautela (SS n. 817/PA, Min. Celso de Mello, DJ de 1º/8/1995; SS n. 1.272/RJ, Min. Carlos Velloso, DJ de 19/5/1998). Como contracautela, seria a suspensão da medida liminar inexoravelmente vinculada aos requisitos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora' (STF — Pet. n. 2.191/SP, decisão do Min. Carlos Velloso, DJU 8/2/2001, pág. 7).

“Em igual sentido: ‘Suspensão de segurança: cuidando-se de procedimento sumário e de cognição incompleta, não se reclama para o deferimento da medida o prejudgamento em favor da entidade pública da questão de fundo, objeto do mandado de segurança, mas apenas que se verifique, em juízo de delibação, a plausibilidade das razões por ela opostas à pretensão do impetrante, somada à existência de riscos de grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas que a execução provisória acarretaria’ (STF — Tribunal Pleno, AGRSS n. 1015/SP, rel. Min. Carlos Velloso, DJU 24/9/99, pág. 40).

“Afastadas as questões processuais, passa-se à análise do *fumus boni iuris*.

“Não obstante decisões do STJ, no sentido de que o contribuinte tem direito à restituição do ICMS pago a maior quando a base de cálculo real do imposto for inferior à base de cálculo estimada (AGRMC n. 3.752/MA, ROMS n. 10.425/GO), há precedente do STF, no AGRRE n. 266.523/MG, de que indevida sua restituição, *verbis*:

‘Agravos regimental em recurso extraordinário. Tributário. Substituição

tributária. Legitimidade. Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição.

(...)

‘Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade, dada a ressalva contida na parte final do artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, que apenas assegura a imediata e preferencial restituição da quantia paga somente na hipótese em que o fato gerado presumido não se realize.

‘Agravos regimental não provido’.

“Presente, portanto, a plausibilidade da tese do requerente.

“No tocante aos pressupostos do art. 4º da Lei n. 4.348/64, merece prosperar o pleito de contracautela requerido pelo Estado, em face da potencialidade lesiva à economia pública derivada do chamado ‘efeito multiplicador’ de liminares.

“O creditamento do ICMS, autorizado pela liminar, faz com que o Estado deixe de arrecadar o imposto por período indeterminado, o que, aliado ao fato de que vêm sendo deferidas outras liminares em igual sentido em todo o Estado, em favor de empresas de diversos setores sujeitas ao regime de substituição tributária que pedem a restituição imediata do imposto pago a mais, poderá causar queda significativa de arrecadação do imposto estadual.

“O Supremo Tribunal Federal, em decisão do então Presidente daquela Corte, Ministro Carlos Velloso, em caso análogo, suspendeu a execução da liminar, registrando:

‘Com efeito, a liminar concedida, como posta, autorizando os impreterantes aproveitarem os créditos descritos na peça exordial, impossibilita a Fazenda Pública receber a antecipação do recolhimento do ICMS por um período indeterminado, ou seja, até que os supostos ‘créditos’ sejam todos compensados’ (SS n. 1.934/CE, DJU 12/2/2001, pág. 7).

“E, ainda, na SS n. 1.749/BA, o eminente Ministro, invocando parecer do Ministério Público Federal, reconheceu a ocorrência do ‘efeito multiplicador’, dizendo que ‘também merece acolhida a alegação do Estado porquanto aqui não se vislumbra apenas os efeitos oriundos do caso concreto — cumprimento desta cautelar —, mas de todos os desdobramentos que poderão advir a partir da manutenção da decisão liminar, pois a repetição de medidas liminares, como a ora atacada, poderá acarretar comprometimento às contas públicas. Já existem decisões do Supremo Tribunal Federal considerando o efeito multiplicador como elemento relevante para o deferimento dos pedidos de suspensão dos efeitos das decisões, como se observa na Suspensão de Segurança n. 705 ‘(...) independentemente do valor da demanda concreta, não se pode perder de vista o habitual efeito multiplicador de feitos, desencadeado pela liminar (...)’ (DJU 7/10/94, pág. 26.840).

‘Ademais, a segurança, se concedida ao final da demanda, não resultará inócua, dado que ao contribuinte é assegurada a restituição do pagamento indevido’.

“É, portanto, o que acontece no caso em apreço, já existindo outras li-

minares deferidas em igual sentido, o que poderá causar lesão aos cofres públicos, pois o ICMS é a maior fonte de arrecadação do Estado, prejudicando o planejamento orçamentário do governo e os interesses da coletividade, sendo prudente que se aguarde o deslinde final da controvérsia.

“Pelo exposto, defiro o pedido para suspender os efeitos da liminar deferida no Mandado de Segurança n. 023.01.059266-3”.

Os agravantes alegam que:

1) O *fumus boni iuris* está estampado na jurisprudência pacífica do STJ, no sentido de ser devida a restituição do ICMS pago a mais no regime de substituição tributária;

2) Inexistência de prova inequívoca da grave lesão à ordem e à economia públicas, e ausência de interesse público. Conforme demonstrado no relatório que anexou, a arrecadação do ICMS no Estado, no período 2000/2001, teve um superávit de 19,66%;

3) A grave lesão não ocorre contra os cofres do Estado, mas sim contra os revendedores varejistas de combustíveis e derivados de petróleo que pagam ICMS na refinaria — Petróleo Brasileiro S.A. — de acordo com bases de cálculo presumidas cujos valores são muito superiores aos preços praticados nas vendas ao consumidor final, fixadas unilateralmente pela Secretaria da Fazenda, sem a participação dos sindicatos representativos do comércio, conforme determinam a LC n. 87/96 e a Lei Estadual n. 10.297/96, e provam as cópias de documentos em anexo;

4) A decisão do Ministro Carlos Velloso do STF, na SS n. 1.934-1/CE, invocada na decisão agravada, embo-

ra tratando da substituição tributária do ICMS, diverge do presente caso;

5) Impossível a aplicação do efeito multiplicador de liminares, pois a análise do pedido de suspensão deve restringir-se aos requisitos do art. 4º da Lei n. 4.348/64 e na ocorrência da fumaça do bom direito e do perigo na demora.

O Ministério Público Estadual opinou pelo desprovimento do agravo.

É, em síntese, o relatório.

A decisão agravada teve por plausíveis os argumentos do Estado de Santa Catarina, com base no citado precedente do Supremo Tribunal Federal que interpretou o § 7º do art. 150 da CF, constando do aresto da Suprema Corte:

“O pedido da impetrante circunscreve-se ao reconhecimento do direito de creditar-se do ICMS relativo às diferenças apuradas entre a base de cálculo presumida e o valor real das operações, para o fim de transferi-los ao fornecedor principal — General Motors do Brasil Ltda. —, que efetuará a compensação desses valores em recolhimentos futuros do imposto devido à Fazenda Estadual.

“Ocorre que não há previsão legal para essa hipótese. O artigo 150, § 7º, da Constituição Federal, em sua parte final, assegura a ‘imediate e preferencial restituição da quantia paga caso não se realize o fato gerador presumido’, nada dispondo quanto ao fato de o valor real da operação final efetivada pela substituição ser inferior à base de cálculo presumida. Daí concluir pela inexistência de violação ao mencionado preceito constitucional.

“Releva notar que esta Corte, na Sessão Plenária do dia 2/8/99, ao apreciar o RE n. 213.396-5/SP, Ilmar Galvão, DJ de 13/8/99, que cuidava de matéria similar à destes autos, proferiu decisão na qual refutou a alegação de ofensa aos princípios da capacidade contributiva e da não-cumulatividade, por entender que o contribuinte de fato é o consumidor final e que o preço sugerido ao vendedor pela montadora está embutido unicamente no tributo devido na saída da mercadoria do seu estabelecimento e na parcela incidente sobre o valor estimado, conforme se verifica nas operações regulares.

“Por isso mesmo, ressalvada a hipótese prevista no artigo 34, *caput*, e inciso II, do RICMS/MG, afigura-se definitivo o recolhimento do imposto por substituição tributária, tendo em vista a compatibilidade daquele preceito com o disposto no artigo 150, § 7º, da parte final, da Constituição Federal”.

Bem verdade que a jurisprudência do STJ vinha-se pacificando no sentido da legalidade da restituição do ICMS. Todavia, envolvendo o mandado de segurança, além da LC n. 87/96, a interpretação do § 7º do art. 150 da CF, a matéria também é de cunho constitucional, pelo que prevalece o entendimento do Pleno do Supremo Tribunal Federal que, recentemente, no dia 8 do mês de maio deste ano, julgou improcedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1.851 (acórdão não publicado até o momento), declarando constitucional a Cláusula 2ª do Convênio ICMS 13/97 do Estado de Alagoas, que determina que não é cabível a restituição do ICMS quando a operação subsequente à cobrança do imposto se realizar com valor inferior

ao que foi utilizado como base de cálculo presumida, o que veio reforçar a tese do Estado de Santa Catarina.

Consta do voto do Relator, o Ministro Ilmar Galvão, transcrito no Informativo STF 271:

“O fato gerador do ICMS e a respectiva base de cálculo, em regime de substituição tributária, de outra parte, conquanto presumidos, não se revestem do caráter de provisoriedade, sendo de ser considerados definitivos, salvo se, eventualmente, não vier a realizar-se o fato gerador presumido. Assim, não há falar em tributo pago a maior, ou a menor, em face do preço pago pelo consumidor final do produto ou do serviço, para fim de compensação ou ressarcimento, quer de parte do Fisco, quer de parte do contribuinte substituído. Se a base de cálculo é previamente definida em lei, não resta nenhum interesse jurídico em apurar se correspondeu ela à realidade.

“Por isso mesmo, a salvaguarda estabelecida na Constituição em favor deste último, representada pela imediata e preferencial restituição do valor do imposto pago (a qual, na conformidade do art. 10, § 1º, da LC n. 87/96, deverá ocorrer em noventa dias, sob pena de creditamento do respectivo valor, devidamente atualizado, em sua escrita fiscal) é restrita à hipótese de não vir a ocorrer o fato gerador presumido.

“Admitir o contrário, valeria pela inviabilização do próprio instituto da substituição tributária progressiva, visto que implicaria, no que concerne ao ICMS, o retorno ao regime de apuração mensal do tributo e, conseqüentemente, o abandono de um instru-

mento de caráter eminentemente prático, porque capaz de viabilizar a tributação de setores de difícil fiscalização e arrecadação. Na verdade, visa o instituto a evitar, como já acentuado, a necessidade de fiscalização de um sem-número de contribuintes, centralizando a máquina-fiscal do Estado num universo consideravelmente menor, e com acentuada redução do custo operacional e conseqüente diminuição da evasão fiscal. Em suma, propicia ele maior comodidade, economia, eficiência e celeridade na atividade estatal ligada à imposição tributária”.

Por outro lado, persiste o efeito multiplicador de liminares anunciado na decisão agravada, o que, de fato, vem ocorrendo, tendo sido ajuizados dezenas de pedidos de suspensão de liminares envolvendo mais de 50 estabelecimentos comerciais.

Frise-se que a atividade dos agravantes é exercida no Estado por mais de 2.000 estabelecimentos, segundo informação do Diretor de Administração Tributária da Secretaria de Estado da Fazenda, no Pedido de Suspensão n. 2001.024322-9, os quais poderão ingressar com ações para obterem o mesmo benefício, sem contar as empresas de outros ramos de atividades também sujeitas ao regime de substituição tributária, como as de venda de veículos e de bebidas, que também estão buscando a mesma tutela (a exemplo, o Pedido de Suspensão de Liminar n. 2002.001421-4), o que certamente causará grave impacto nas contas públicas do Estado, uma vez que deixarão de recolher ICMS por um largo período até que se esgote o saldo credor acumulado ao longo dos anos, a par de causar dificuldade

para o fisco calcular os valores reais de cada uma das operações realizadas por todos esses contribuintes.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, no parecer do Dr. Mário Gemin, manifestou-se pelo desprovinimento do agravo:

“No que tange ao perigo na demora, revendo posicionamento anterior, concordamos com a opinião do douto Relator, de que o ‘efeito multiplicador’ em razão do deferimento de inúmeras liminares poderá acarretar sério comprometimento às contas públicas, posto que o ICMS é a maior fonte de arrecadação e do qual a saúde, a educação e outros serviços essenciais precisam para que não haja solução de continuidade no seu funcionamento.

“Cassar a suspensão é, a médio prazo, causar transtornos a toda a população que depende dos recursos advindos da arrecadação então limitada por causa das compensações ofertadas pelas liminares.

“Isto significa que não é apenas o Estado-Administração — pessoa jurídica de direito público — que sofre conseqüências com o perigo na demora, como toda a população que pode enfrentar um caos diante da falta de recursos.

“Por certo que, se a segurança for concedida a final e, então, restar vencedor o recorrente, terá ele direito à restituição do pagamento indevido”.

Ante o exposto, presente a possibilidade de prejuízo à economia e à ordem públicas em decorrência da multiplicidade de liminares e da dificuldade de controle pelo fisco do valor de cada operação sujeita ao ICMS, aliada à plausibilidade dos argumentos do Estado de Santa Catarina, nego provimento ao agravo, a fim de ser mantida a suspensão dos efeitos da liminar até o julgamento definitivo do mandado de segurança.

Alberto Costa,
Relator.

**2ª VICE-PRESIDÊNCIA
DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2001.012770-9, DA CAPITAL

Recorrente: Estado de Santa Catarina

Advogados: Dr. Luiz Carlos Ely Filho e outro

Recorridos: Companhia Catarinense de Rádio e Televisão e outros

Advogados: Dr. Fernando Ricardo Mostiack e outros

1 – Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de Santa Catarina, com fulcro no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, contra acórdão da Quinta Câmara Civil que, à unanimidade, deu provimento parcial à apelação por si manejada tão-somente para reduzir o valor da verba advocatícia, fazendo-o pelas seguintes razões: a) irrelevância, para o ressarcimento, da ausência do regular procedimento licitatório para a contratação, já que o ora recorrente usufruiu dos serviços prestados pelos recorridos, sendo devida, portanto, a indenização; b) inexistência de prejuízo em face de ter sido proposta a ação por meio de litisconsórcio multitudinário, afastando-se, assim, a prefacial; c) inadmissibilidade da alegação de inépcia da inicial, por não ter sido demonstrada de forma específica nenhuma irregularidade; d) irrelevância de não ter sido juntado aos autos o contrato de prestação de serviços de publicidade para determinar o termo ini-

cial da contagem de correção monetária, haja vista a apresentação de duplicatas que continham a data do pagamento do débito; e) consideração da correção monetária como mera atualização do valor devido, a ser contada, nos termos do art. 117 da Constituição Estadual de Santa Catarina, a partir da data de vencimento da obrigação; f) falta de quitação expressa da dívida, não sendo permitido considerar o recebimento do valor principal do crédito como renúncia tácita às obrigações acessórias, especialmente porque feito o pagamento em estabelecimentos bancários, sem a possibilidade de contestação por parte do credor.

Alegou que o acórdão impugnado ofendeu os arts. 83, 130, 150 e 944 do Código Civil, 333, I, e 396 do Estatuto Processual Civil, 252 do Código Comercial, 1º da Lei n. 6.899/81, 2º, 25, II, e 50 da Lei n. 8.666/93, além da divergência jurisprudencial atinente à matéria.

Contra-arrazoado o apelo raro, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada, opinou pela sua não admissão, ante a ausência de demonstração de contrariedade e prequestionamento dos artigos ditos violados, bem como da divergência exegética.

2 – Os arts. 82, 130 e 150 do CC, 333, I, e 396 do CPC e 50 da Lei n. 8.666/93, apontados pelo recorrente como afrontados, não foram discutidos no acórdão guerreado, e sequer foram opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão, restando evidente, assim, a falta de prequestionamento da matéria, sendo inafastável, portanto, a incidência das Súmulas 282 e 356 do STF e 211 do STJ, impedindo-se, assim, a subida do reclamo à Superior Instância.

Sustentou o recorrente que o autor da ação deixou de fazer prova do que considerava seu direito. Porém o acórdão combatido entendeu suficientes as evidências carreadas aos autos, afirmando: “pode-se concluir, de início, que a relação contratual de prestação de serviço entre o Estado de Santa Catarina e as empresas apeladas existe ou existiu, pois o apelante em nenhum momento nega que tenha contratado, apenas sustenta que sem tais documentos não se pode prever a data em que os serviços deveriam ser pagos.

“Ademais, o fato de o Estado de Santa Catarina ter pago os valores principais dos débitos corrobora ainda mais a idéia de que o recorrente contratou os serviços das empresas recorridas” (fl. 694).

Salientou, ademais, que competia ao réu, ora recorrente, alegar e demonstrar a ocorrência de fatos im-

peditivos, modificativos ou extintivos do direito do autor e, não o tendo feito, concluiu pela existência da relação obrigacional entre as partes, e elidir tal ilação seria impossível na sede an-gusta do recurso especial sem realizar o exame das provas constantes dos autos, o que é inviável, nos termos do preceituado pela Súmula 7 do STJ, como, aliás, decidiu: “No tocante ao pleito pelo recorrente para a nulidade do contrato verbal realizado entre o ente público e o particular, consignou o Tribunal *a quo* quando ressaltou em seu acórdão ‘*In casu*, restou demonstrada a relação jurídica obrigacional entre o Município apelante e o apelado, devendo aquele adimplir com a sua obrigação, pena de se enriquecer às custas da autora, que agiu de boa-fé’. (...), assim, a reforma do julgado, nesta parte, importaria na revisão das provas fáticas e documentais referidas no voto acima transcrito, o que é inviável em sede de recurso especial, a teor do enunciado da Súmula 7/STJ” (REsp n. 401.043/RN, rel. Min. Paulo Medina, DJU de 24/4/2002).

3 – O recorrente não logrou demonstrar a invocada negativa de vigência aos arts. 2º e 25, II, da Lei n. 8.666/93, porquanto o acórdão objurgado não decidiu a causa com base na legalidade ou não da contratação, por não terem sido respeitados os procedimentos licitatórios adequados, mas, sim, no fato de o Estado ter usufruído dos serviços prestados pelos recorrentes, que merecem, assim, ser por ele ressarcidos.

Leia-se trecho do julgado: “Logo, isentar o Estado de Santa Catarina do pagamento de determinado serviço pelo fato de não terem sido observadas formalidades essenciais na con-

tratação seria o mesmo que admitir que o Ente Público pode tirar proveito de sua própria torpeza, que resultaria, indubitavelmente, no seu enriquecimento ilícito” (fl. 692).

Decidiu, assim, que o Estado não poderia “deixar de efetuar o pagamento de seus débitos atualizados monetariamente, sob pena de enriquecimento sem causa, aproveitando-se do serviço prestado por terceiros, mercedores de remuneração” (fls. 692/693).

O Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, assim se manifestou: “O douto julgador, sem negar vigência ao artigo 2º da Lei n. 8.666/93, rejeitou a alegação de inexistência de título executivo, enfatizando que ‘irregularidades e falhas ocorridas quando da contratação da embargada, apontadas pela embargante, não podem prejudicar os credores da Fazenda Pública, que devem ser ressarcidos pelos serviços prestados, não tendo a falta de licitação o condão de ilidir o crédito existente’ (Ag n. 355.235/PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJU de 9/3/2001).

Por conseguinte, tendo o acórdão recorrido julgado a causa nos mesmos moldes de decisões da Corte Superior, torna-se inviável a subida do apelo.

4 – No tocante à dita contrariedade aos arts. 944 do Código Civil e 252 do Código Comercial, de igual maneira afigura-se impossível a ascensão do recurso, visto que a decisão sob censura, ao decidir que o insurgente devia aos recorridos os encargos financeiros decorrentes do pagamento feito a destempo, por não se constituírem em um *plus* ao principal, mas tão-so-

mente atualização do valor devido, seguiu a orientação do STJ, que assim decidiu: “Verificado o atraso no pagamento da duplicata, devidos são os acréscimos pleiteados pela recorrida, sendo que a correção monetária incide, conforme entendimento da corte, mesmo nos contratos celebrados sem a sua previsão, em face da desvalorização da moeda pela inflação. Assim, não representa ela acréscimo na dívida, mas mera atualização de seu valor” (AGA n. 252.188, rela. Min. Nancy Andrighi, DJU de 21/8/2000, pág. 114).

No mesmo norte, veja-se: REsp ns. 209.267/RJ, 230.226/RJ e 325.730/SP, Ag ns. 256.460/SP e 323.697/RJ.

Aliás, fundou-se o aresto recorrido no entendimento de que não houve a quitação expressa por parte dos recorridos, visto que os pagamentos eram feitos pelo Estado por meio de depósito bancário, não lhes sendo dada a oportunidade de insurgirem-se contra o valor efetivamente pago.

Nesse sentido, também, julgou a Corte Superior: “Empresa que recebe pagamento por via de depósito bancário, sem manifestação expressa, não induz a quitação. (...) Pagamento em atraso, feito pelo Poder Público, só o libera quando integralmente pago, incluindo-se na integralidade os consecutórios legais e a correção monetária” (REsp n. 202.912/RJ, Rela. para o acórdão a Min. Eliana Calmon, DJU de 12/6/2000, pág. 97).

Acrescente-se, ainda: “Quanto aos juros, verifico que a pretensão do autor foi acolhida ‘para que o valor da condenação seja acrescido de juros de mora legais desde a citação, que

são sempre devidos independentemente de pedido expresso por parte do autor da demanda. Os juros são conseqüência da mora, que, no caso, se configurou a partir da citação' (...) Vê-se, assim, que os juros determinados no Acórdão são os moratórios e não eventuais juros contratuais. Assim, não tem aplicação ao presente caso o art. 944 do Código Civil" (Ag n. 303.165/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 27/6/2000).

5 – Não restou evidenciada, igualmente, a afronta ao art. 1º da Lei n. 6.899/81, posto que o aresto impugnado houve por bem aplicar o art. 117 da Constituição do Estado de Santa Catarina, que determina que se comece a contar a correção monetária a partir do vencimento da obrigação, e não do ajuizamento da ação, como pretendia o recorrente.

Ao assim decidir, impossibilitou o trânsito do apelo raro, eis que não se lhe permite quando for necessária a análise de dispositivo de direito local para dar pela eventual ofensa à lei federal, nos termos do que prescreve a Súmula 280 do Supremo Tribunal Federal.

Não é demais ressaltar que a decisão sob censura coaduna-se com o norte traçado pelo STJ a respeito do tema, senão leia-se: "a correção monetária, no ilícito contratual, incide a partir da data do efetivo prejuízo – vencimento da dívida –, e, não, do ajuizamento da ação, nos termos do verbete n. 43 da Súmula/STJ" (REsp n. 34.839/RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 16/9/1996, pág. 33.743).

De igual teor, cite-se: REsp n. 3.154/RJ, 24.865/RJ e 68.837/SP, dentre outros.

Assim, tendo o aresto vergastado decidido conforme a orientação do Sodalício Superior, não há dar passagem ao especial, nesse ponto.

6 – Da mesma forma, apresenta-se inviável a ascensão do reclamo pela alínea c do inciso III do art. 105 da CF.

Dos julgados citados pelo recorrente como paradigmas, dois provêm desta Corte de Justiça, não se prestando, portanto, à comparação com o aresto vergastado, consoante dispõe o verbete n. 13 da Súmula do STJ.

Dois outros foram mencionados sem a juntada de cópia autenticada do seu teor, nem indicação do repositório oficial, autorizado ou credenciado, no qual se encontrassem publicados, não se perfazendo, assim, as exigências do parágrafo único do art. 541 do CPC e do § 1º do art. 255 do RISTJ.

Houve também a citação, como paradigma, de um aresto cuja única fonte de publicação referida foi o Diário da Justiça, que, consoante entendimento do Superior Tribunal de Justiça, não constitui fonte oficial para caracterização do dissídio em apreço (Ag n. 423.062/PR, rel. Min. José Delgado, DJU de 26/2/2002).

Por fim, o recorrente trouxe à colação três julgados editados na RSTJ, repositório oficial, porém deixou de efetuar o indispensável cotejo analítico entre estes e a decisão guereada, limitando-se a transcrever suas ementas, sem revelar as circunstâncias que guardariam similitude fática com o acórdão e discordância de decisões, não satisfazendo, assim, aos requisitos do parágrafo único do art. 541 do CPC e § 2º do art. 255 do RISTJ.

7 – Ante o exposto, nega-se seguimento ao recurso.

8 – Publique-se e intinem-se.

Florianópolis, 11 de outubro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2002.003509-2, DE ITAJAÍ

Recorrente: Somolas Distribuidora de Molas e Peças Sprenger Ltda. — ME

Advogada: Dra. Maria Marta Renner Weber Lunardon

Recorrido: Só Molas Comércio e Serviços de Molas Ltda.

Advogados: Dr. Eduardo Vieira e outro

1 – Somolas Distribuidora de Molas e Peças Sprenger Ltda. — ME, com fundamento no art. 105, III, a e c, da Constituição Federal, interpôs recurso especial do acórdão da Câmara Civil Especial que, à unanimidade, apreciando o agravo do art. 557 do CPC da decisão monocrática exarada em agravo de instrumento por si maneado, negou-lhe provimento por considerar não ter sido demonstrado que o teor da decisão monocrática agravada, no sentido de que o registro da marca no Instituto Nacional de Propriedade Industrial prepondera sobre o registro do nome do estabelecimento na Junta Comercial, ainda que efetuado posteriormente a este, e de que o sinal de caráter genérico pode adquirir individualidade passível de registro quando acrescido de outra palavra também genérica, não era o entendimento dominante desta Casa e dos Tribunais Superiores.

Sustentou contrariedade aos arts. 124, V, e 195, V, da Lei n. 9.279/96, ao Decreto n. 75.572/75 e ao art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil.

Por ter sido o reclamo manifestado contra acórdão que manteve de-

cisão concessiva de tutela antecipada, determinou-se seu processamento para que não houvesse perigo de ineficácia da decisão final ou lesão irreparável (despacho de fl. 181).

O recorrido apresentou contra-razões.

2 – Não há ascender a irresignação no tocante à alegada violação dos artigos 124, V, e 195, V, da Lei n. 9.472/97, apontados pelo recorrente como vulnerados, porque não foram analisados pelo julgado atacado, e sequer foram opostos embargos declaratórios para sanar eventual omissão. A falta de debate em torno desses preceitos normativos impede a admissão recursal, pela incidência dos enunciados ns. 211 do STJ e 282 e 356 do STF.

3 – No que toca à dita violação do Decreto n. 75.572/75, deixou o recorrente de indicar qual ou quais dispositivos considerava afrontados, impondo-se a aplicação da Súmula 284 do STF, sendo impossível a admissão do reclamo, nesse ponto.

4 – Quanto ao art. 557 do CPC, no entanto, merece trânsito o reclamo, porquanto logrou o insurgente demonstrar que a decisão objurgada não está alinhada com o entendimento do-

minante no Superior Tribunal de Justiça, que vem assim decidindo: "(...). I – tanto o registro realizado nas juntas comerciais (denominação social ou nome de fantasia), quanto ao levado a efeito no INPI (marca), conferem à empresa que os tenha obtido o direito de utilizar com exclusividade, em todo o território nacional, a expressão que lhes constitui como título de estabelecimento, como sinal externo capaz de distingui-la, perante a generalidade das pessoas, de outras que operam no mesmo ramo de atividade. II – havendo conflito entre referidos registros, prevalece o mais antigo, em respeito aos critérios da originalidade e novidade" (REsp n. 30.636/SC, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 11/10/1993, pág. 21.323).

No mesmo sentido: "a colidência entre nome comercial e marca não se resolve simplesmente em função do registro desta no INPI, porquanto ambos gozam de proteção, sendo bastante a proteger aquele o arquivamento dos atos constitutivos no registro do comércio, que, *in casu*, é anterior, não podendo vingar, assim, a pretensão de abstenção de uso da expressão designativa da marca da recorrente no nome comercial da recorrida. Precedentes" (REsp n. 67.173/PE, rel. Min. Costa Leite, DJU de 1º/7/1996, pág. 24.048).

Mais recentemente, esse entendimento foi reiterado pelo STJ: "Em caso de concomitância na utilização de nome comercial e marca, prevalece aquele cujo registro foi realizado em primeiro lugar, em se tratando de empresas com idêntica atividade comercial" (REsp n. 254.866/SP, rela. Min. Nancy Andrighi, DJU de 8/5/2001).

Tem-se, ainda, no mesmo dias-pasão: REsp ns. 9.142/SP, 30.636/SC, 37.373/SP, 40.190/RJ, 40.598/SP, 42.424/SP, 67.173/PE, 77.549/MG, 119.998/SP, 212.964/MG, 284.742/SP e Ag ns. 52.596/RS e 314.626/SP, dentre outros.

Aliás, o próprio aresto recorrido utilizou-se de precedente do STJ que reconhece a proteção ao nome comercial como de importância igual àquela que se dá ao resguardo da marca, segundo se lê: "O nome comercial, por seu turno, identifica a própria empresa, sendo bastante para legitimá-lo e protegê-lo, em âmbito nacional e internacional, o arquivamento dos atos constitutivos no Registro do Comércio" (fl. 124).

Dizia o julgado mencionado que havendo colidência entre marca e parte do nome comercial, e sendo distintas as atividades das empresas em confronto, para que se pudesse proteger ambas, determinou-se ao proprietário do nome que se abstivesse de utilizar isoladamente a expressão que constitui a marca registrada pelo outro, sem prejuízo da utilização do seu nome comercial por inteiro.

Entretanto, no caso dos autos, recorrente e recorrido atuam no mesmo ramo de atividade, sendo assim, em princípio, delicada a adoção da solução determinada pelo referido precedente.

Desse modo, tendo o recorrente conseguido demonstrar que o teor do decidido no acórdão objurgado de que o registro da marca no INPI, por ser este órgão de abrangência nacional, preponderaria sobre aquele obtido perante a junta comercial, ainda que posterior, não constitui o entendi-

mento preponderante desta Casa ou dos Tribunais Superiores, e, por outro lado, prevendo o art. 557 do CPC que o relator negará seguimento a recurso que pretenda ver reconhecida tese em confronto com a jurisprudência dominante do respectivo tribunal ou de Tribunal Superior, vislumbra-se, em tese, a alegada contrariedade a este dispositivo, merecendo ascender o apelo raro ao STJ.

5 – Quanto à sustentada divergência exegética, no entanto, não há dar passagem ao especial, porquanto, em relação aos julgados trazidos à colação como paradigmas na forma do parágrafo único do art. 541 do CPC e

do § 1º do art. 255 do RISTJ, deixou o recorrente de realizar a comparação analítica entre estes e o aresto ver-gastado, não cumprindo, assim, as exigências do § 2º do art. 255 do RISTJ e do art. 541, parágrafo único, *in fine*, do CPC.

6 – Ante o exposto, dá-se seguimento ao recurso.

7 – Subam os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

8 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 7 de outubro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSOS ESPECIAIS CRIMINAIS

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2001.005604-6, DE MAFRA

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrido: A. P.

Advogados: Dra. Taís Cristina Heyse e outro

1 – O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça, fundado no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao apelo que ajuizou, mantendo a sentença que declarou extinta a punibilidade do adolescente A. P., ora recorrido, dada a

ocorrência da “prescrição da pretensão e da execução” (fl. 80) da medida socioeducativa de prestação de serviços à comunidade que lhe havia sido aplicada cumulativamente com a remissão que lhe fora concedida pelo órgão ministerial e devidamente homologada pela autoridade judicial, por incurso nas disposições do art. 147 do Código Penal.

Alega que a decisão combatida contrariou e negou vigência ao art. 226 do Estatuto da Criança e do Adolescente, bem como divergiu de julgados do Superior Tribunal de Justiça que entendem pela inaplicabilidade do instituto da prescrição às medidas socioeducativas empregadas em procedimento de apuração de ato infracional.

Houve contra-razões pelo adolescente recorrido, que alegou a perda do objeto do presente recurso, haja vista ter completado 18 (dezoito) anos em 7/1/2002, “não havendo, portanto, base legal para prosseguir o processo contra ele e, conseqüentemente, aplicar-lhe alguma medida socioeducativa, nos termos do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente” (fl. 125).

2 – Inicialmente, cumpre afastar a perda do objeto do presente inconformismo, levantada pelo recorrido em contra-razões, dado o fato de haver completado 18 (dezoito) anos em 7/1/2002, consoante faz prova a Certidão de Nascimento de fl. 6.

De acordo com o disposto no art. 104 da Lei n. 8.069/90, tem-se que “são penalmente inimputáveis os menores de 18 (dezoito) anos, sujeitos às medidas desta Lei”, contudo, em seu parágrafo único, esclarece o legislador que: “para os efeitos desta Lei, deve ser considerada a idade do adolescente à data do fato”.

Assim, e levando-se em conta ainda o que prescreve o parágrafo único do art. 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA, que dita que “nos casos expressos em lei, aplica-se excepcionalmente este Estatuto às pessoas entre dezoito e vinte e um anos de idade”, parece que não há fa-

lar em perda do objeto do apelo raro, já que ao tempo da prática do ato infracional contava com 15 (quinze) anos de idade.

3 – Afastado esse óbice, vê-se que não merece ascensão o reclamo, relativamente à sustentada ofensa e/ou negativa de vigência ao art. 226 do ECA.

E isso porquanto julgando possível o reconhecimento da prescrição das medidas socioeducativas aplicadas às crianças e aos adolescentes, o acórdão impugnado foi ao encontro de julgados do STJ, que nestes termos também tem decidido. A propósito: “As medidas socioeducativas perdem a razão de ser com o decurso de tempo. Conseqüentemente, por motivo tãõ, ou mais, relevante que aquele pertinente às sanções penais aplicáveis aos imputáveis, é de ser observado, em sede de menores, o instituto da prescrição. A diversidade de objetivos existente entre penas e medidas socioeducativas não afasta as conseqüências reais e inevitáveis produzidas pelo tempo. Precedentes” (REsp n. 283.181/SC, rel. Min. Gilson Dipp, DJU de 2/9/2002, pág. 222).

Nesse mesmo vértice, também do STJ: “1. As medidas socioeducativas, indubitavelmente protetivas, são também de natureza retributiva e repressiva, como na boa doutrina, não havendo razão para excluí-las do campo da prescrição, até porque, em sede de reeducação, a imersão do fato infracional no tempo reduz a um nada a tardia resposta estatal. 2. O instituto da prescrição responde aos anseios de segurança, sendo indubitavelmente cabível relativamente a medidas impostas coercitivamente

pelo Estado, enquanto importam em restrições à liberdade. 3. Tendo caráter também retributivo e repressivo, não há aviventar a resposta do Estado que ficou defasada no tempo. Tem-se, pois, que o instituto da prescrição penal é perfeitamente aplicável aos atos infracionais praticados por menores” (REsp n. 171.080/MS, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 15/4/2002, pág. 266).

4 – Quanto à aventada divergência interpretativa, o recurso reúne condições de ser açado à Corte Superior.

Os julgados trazidos à colação pelo recorrente, todos do STJ, prestam-se à comprovação da alegada divergência, pois além de ter instruído a petição recursal com cópia devidamente autenticada destas decisões, procedeu ao necessário cotejo analítico, conseguindo demonstrar, com clareza e

precisão, a similitude entre a situação debatida no aresto paragonado e aquela tratada nos acórdãos paradigmas, logrando, assim, evidenciar a sustentada discrepância jurisprudencial sobre a questão que, consoante demonstram as recentes decisões da Corte Superior, não se pode dizer esteja pacificada no sentido da decisão recorrida.

4 – Pelo exposto, dá-se seguimento ao especial, mas apenas em relação à alínea c do permissivo constitucional invocado.

5 – Subam os autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 18 de novembro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2002.000435-9, DE SÃO JOAQUIM

Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

Recorrida: Nely Valter de Mello – ME (Hot Boys – Diversões Eletrônicas Ltda.)

Advogado: Dr. Maurício Sanches Leal

1 – O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, fundado no art. 105, III, alínea a, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, negou provimento ao apelo que ajuizou, mantendo a decisão que, revogando despacho anterior, determinou o recolhimento de mandado de busca e apreensão de máquinas caça-níqueis e de roleta eletrônica existentes

no estabelecimento denominado Hot Boys – Vídeo Loterias, e o arquivamento dos autos, após o seu trânsito em julgado.

Alega que a decisão colegiada contrariou o disposto no art. 240, § 1º, III, h, do Código de Processo Penal, visto que, com a pretendida busca e apreensão objetivava, diante da possibilidade de ocorrência de exploração de jogo de azar, a submissão das referidas máquinas a perícia para ser determina-

do se tinham sido dolosamente alteradas, com o fito de locupletamento ilícito em detrimento do apostador, ou não.

Houve contra-razões pelo recorrido.

2 – O recurso não reúne condições de ascender.

O órgão colegiado houve por bem manter a decisão combatida porquanto entendeu que “inexistindo lei que discipline a utilização das máquinas em apreço, haja vista que seu uso, *a priori*, não constitui infração à Lei das Contravenções Penais ou ofende às disposições da Lei dos Crimes contra a Economia Popular e não se insere no âmbito da ‘Lei Pelé’ (Lei n. 9.615/1998), que apenas autoriza o bingo como meio de amparo às atividades esportivas, não podem a autoridade policial ou judicial apreendê-las, antecipadamente, por se tratarem objeto de crime” (fls. 486/487), principalmente em se considerando que “cabe à Administração Municipal autorizar a exploração de máquinas eletrônicas”,

permissão essa que implica, necessariamente, no anterior “exame da licitude da máquina, para se saber se ela configura ou não uma fraude, ou, ainda, para verificar se a programação original do aparelho foi fraudada” (fl. 486).

Entendeu a Câmara, portanto, dentro de seu poder discricionário, que não havia motivos a justificar a pretendida busca e apreensão, razão pela qual não logrou o recorrente demonstrar a aventada ofensa em tese ao dispositivo de lei federal apontado, pois este é claro ao preceituar que a busca domiciliar será procedida somente quando “fundadas razões a autorizarem”.

3 – Pelo exposto, nega-se seguimento ao especial.

4 – Publique-se e intemem-se.

Florianópolis, 29 de outubro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2002.011728-0, DE BLUMENAU

Recorrente: Roberto Ehlke

Advogado: Dr. Denilson Donizete Lourenço de Paula

Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina

Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck

1 – Roberto Ehlke, fundado no art. 105, III, alínea c, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal que, por maioria de votos, conheceu e, por votação unânime, negou provimento ao recurso em sentido estrito que ajuizou nos autos da ação penal a que responde por infração ao

art. 2º, II, da Lei n. 8.137/90, mantendo a decisão do Juízo da 2ª Vara Criminal da comarca de Blumenau que, com fundamento no disposto na Lei n. 10.259/02, declinou da competência para o Juizado Especial Criminal daquela Comarca.

Alega que a decisão combatida divergiu de julgados do Tribunal de

Justiça do Mato Grosso do Sul e do Acre, ao entender aplicáveis os ditames da Lei n. 10.259/02 aos feitos iniciados antes da sua entrada em vigor. Sustenta também que o acórdão combatido violou o disposto nos arts. 2º do CPP e 25 da Lei n. 10.259/01 e art. 90 da Lei n. 9.099/95, muito embora tenha fulcrado inconformismo tão-somente na alínea c.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça contra-arrazoou no sentido da admissão do reclamo raro, mas tão-somente em relação ao acórdão do TJMS, já que o outro não obedeceu às regras do art. 255 do RISTJ.

2 – Relativamente à aventada contrariedade aos artigos de lei apontados, impossível dar-se seguimento ao recurso.

Primeiramente porquanto, como já decidiu o STJ, “o recurso, para ter acesso à sua apreciação neste Tribunal, deve indicar, quando da sua interposição, expressamente, o dispositivo e a alínea que autorizam sua admissão” (AGRESP 433652/PR, rel. Min. José Delgado, DJU de 21/10/2002, pág. 296).

E, segundo, porque não logrou o recorrente demonstrar a alegada ofensa, na medida em que o acórdão atacado, com suporte na Resolução n. 5/01, do Conselho da Magistratura deste Tribunal, publicada no Diário da Justiça de 21/12/2001, pág. 1, no Ofício Circular n. 61/02, da Corregedoria-Geral da Justiça, datado de 14/1/2002, e em abalizada doutrina sobre o tema, julgou que o disposto no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259, de 12/7/2001, derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/95, ampliando o rol dos delitos de menor potencial ofensi-

vo, que com a entrada em vigor da citada lei passaram a ser os “que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa”, abrangendo, então, o crime no qual fora denunciado o recorrente, e como se cuidava de norma de natureza processual, nos termos do art. 2º do CPP, entendeu-se que tinha aplicação imediata.

3 – O recurso especial merece ser alçado à Corte Superior, relativamente ao julgado da Corte do Mato Grosso do Sul trazido à colação como paradigma.

A referida decisão presta-se à comprovação da alegada divergência pretoriana, pois além de ter o recorrente instruído a petição recursal com cópia devidamente autenticada do citado aresto, procedeu ao necessário cotejo analítico, conseguindo demonstrar, com clareza e precisão, a similitude entre as situações postas em discussão, pois naquele concluiu-se pela incompetência do Juizado Especial Criminal para o julgamento dos delitos apontados no art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/02, cuja denúncia tenha sido oferecida antes da sua entrada em vigor, em face da expressa disposição do seu art. 25, enquanto nos presentes autos julgou-se pela competência dos Juizados Especiais naqueles casos, ao entendimento de que a referida lei aplicava-se imediatamente aos processos em andamento.

No tocante ao acórdão do Tribunal de Justiça do Acre, não obstante ter sido efetuado o devido confronto exegético entre os julgados, deixou o recorrente de anexar certidão ou cópia autenticada de sua íntegra, nem indicou repositório oficial, autorizado

ou credenciado em que houvesse sido publicado. Trouxe apenas cópia retirada do *site* do referido Tribunal, o que o STJ já proclamou que não se presta para a comprovação do dissídio, posto que “nem a *internet* nem outro meio eletrônico é repositório oficial de jurisprudência” (AGA n. 299.360/GO, 3ª Turma, rel. em. Min. Antônio de Pádua Ribeiro, DJ 9/10/2000)” (AG n. 388.873 – rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar – DJU 4/9/2001). Assim, quanto a este paradigma, não foi cumprida a regra do § 1º do art. 255 do RISTJ.

4 – Pelo exposto, dá-se seguimento ao especial pela alínea c do permissivo constitucional invocado, nos termos explicitados.

5 – Subam os autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 22 de novembro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO CÍVEL N. 2000.013482-1, DE CORREIA PINTO

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Papel, Papelão e Cortiça de Lages – Sitipel

Advogados: Dr. Mirivaldo Aquino de Campos e outros

Recorrido: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Papel, Papelão e Cortiça de Correia Pinto

Advogado: Dr. Arnaldo Augusto do Amaral Júnior

1 – Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Papel, Papelão e Cortiça de Lages – Sitipel, com fundamento na alínea a do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, manifesta recurso extraordinário contra a decisão da Primeira Câmara Civil que, negando provimento ao apelo que

manejou, manteve a sentença que concluiu pela inexistência de irregularidade ou nulidade na constituição do sindicato recorrido, uma vez que atendeu a todos os preceitos legais.

Diante disso, alega que o aresto impugnado violou o art. 8º, II, da Carta Federal e contrapôs-se ao en-

tendimento de outros tribunais pátrios, ao reconhecer a validade da criação de outro sindicato na mesma base territorial do recorrente.

Apresentadas as contra-razões, o recorrido pugnou pela não admissão do presente reclamo, ante a inexistência de violação à Lei Federal ou tratado, e da ausência de interpretação jurisprudencial discordante, ou, acaso conferido seguimento ao extraordinário, que lhe seja negado provimento.

Instada a se manifestar, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça opinou no sentido de não ser dado prosseguimento ao inconformismo.

2 – O apelo raro não reúne condições de ascender ao Supremo, pois não logrou o recorrente, por meio do arrazoado que manifestou, demonstrar que a decisão atacada encontra-se em confronto com os termos do inciso II do art. 8º da Lei Maior, norma legal a qual indica como violada, e que estabelece que “é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um município”.

É que ao contrário do alegado pelo insurgente, ou seja, de que o sindicato recorrido foi criado na mesma base territorial onde se encontra localizado o sindicato recorrente, além de ter sido constituído em descompasso com as normas pertinentes, o aresto vergastado deixou claramente consignado que “A base territorial do novo sindicato não abrange área inferior a um município, bem como o sindicato

remanescente, da mesma forma, também não permanece com área inferior a um município. Dentre os requisitos legais para o funcionamento do novo sindicato encontra-se apenas a fundação e o registro como pessoa jurídica e o registro perante o Ministério do Trabalho”, esclarecendo, mais adiante, que “O registro como pessoa jurídica encontra-se comprovado pelo estatuto registrado, fls. 41/73, e o pedido de registro perante o Ministério do Trabalho fl. 75” (fl. 189).

Aliás, não é outra a orientação do Supremo Tribunal Federal a respeito da possibilidade de desmembramento e criação de outra entidade sindical em relação à mesma categoria profissional, desde que atendidos os requisitos legais instituídos para tanto, veja-se:

“Possibilidade de cisão do sindicato principal com o objetivo de constituir entidade sindical específica, desde que observados os requisitos impostos pela norma trabalhista. 3.1. Em face das disposições contidas nos incisos I e II do artigo 8º da Constituição Federal não mais prevalecem as restrições previstas na CLT. 4. Criação de sindicato por meio de desmembramento da entidade sindical preexistente. Verificação da regular decisão tomada pelos trabalhadores e comprovação de que a base territorial da nova entidade não é inferior à área de um Município. Reexame de provas. Incidência da Súmula 279/STF. Agravo regimental não provido” (RE n. 207910 AgR/SP, rel. Maurício Corrêa, Segunda Turma, DJ 26/6/98, pág. 7).

Assim sendo, num primeiro momento, não se vislumbra a ocorrência da violação apontada pelo insurgente,

sendo inviável a remessa do extraordinário ao Excelso Pretório.

E mais, para se concluir diversamente do consignado no julgado hostilizado far-se-ia necessário reexaminar o conteúdo fático-probatório, o que resta vedado pelo enunciado n. 279 do STF, que dispõe: "Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

3 – Ante o exposto, nega-se seguimento ao inconformismo.

4 – Publique-se e intemem-se.

Florianópolis, 11 de dezembro de 2002.

Jorge Mussi,
2º Vice-Presidente.

ÍNDICE NUMÉRICO

AÇÃO RESCISÓRIA

| | |
|------------------------------|-----|
| 1988.030910-3 — Capital..... | 363 |
|------------------------------|-----|

AGRAVOS DE INSTRUMENTO

| | |
|----------------------------------|-----|
| 2001.000545-5 — Indaial | 319 |
| 2001.018116-9 — Joinville | 337 |
| 2001.018439-7 — Lages | 326 |
| 2001.018915-1 — São Joaquim..... | 305 |
| 2001.019100-8 — Capital..... | 350 |
| 2001.021263-3 — Campo Erê..... | 341 |
| 2002.003016-3 — Blumenau..... | 301 |
| 2002.005549-8 — Palhoça..... | 323 |
| 2002.010686-6 — Concórdia | 313 |
| 2002.011637-3 — Capital..... | 347 |
| 2002.016297-9 — Taió | 343 |

AGRAVO NO PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

| | |
|------------------------------|-----|
| 2002.001422-2 — Capital..... | 582 |
|------------------------------|-----|

AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA

| | |
|-------------------------------|-----|
| 2002.001422-2 — Capital | 355 |
|-------------------------------|-----|

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO

| | |
|---------------------------------------|-----|
| 241.201-2 — Santa Catarina (STF)..... | 547 |
|---------------------------------------|-----|

APELAÇÕES CÍVEIS

| | |
|--|-----|
| 1988.092116-3 — Lages | 281 |
| 1997.000771-0 — Jaraguá do Sul..... | 289 |
| 1997.007348-8 — Içara..... | 241 |
| 1997.012138-5 — Joinville | 191 |
| 1998.009029-6 — Abelardo Luz..... | 153 |
| 1998.010155-7 — Tubarão..... | 108 |
| 1998.013676-8 — Cunha Porã..... | 248 |
| 1999.001048-1 — Turvo..... | 183 |
| 1999.002065-7 — Joaçaba | 258 |
| 1999.005871-9 — Trombudo Central | 209 |

| | | |
|---------------|------------------------|-----|
| 1999.011570-4 | — Capital..... | 230 |
| 1999.012677-3 | — São José..... | 211 |
| 1999.017031-4 | — Blumenau..... | 296 |
| 2000.006878-0 | — São José..... | 114 |
| 2000.007035-1 | — Tubarão..... | 278 |
| 2000.009431-5 | — Criciúma..... | 119 |
| 2000.017569-2 | — Capital..... | 125 |
| 2000.020078-6 | — Araranguá..... | 234 |
| 2001.007252-1 | — Timbó..... | 129 |
| 2001.009147-0 | — Lages..... | 140 |
| 2001.009570-0 | — Criciúma..... | 169 |
| 2001.017761-7 | — Capital..... | 238 |
| 2001.017953-9 | — Coronel Freitas..... | 251 |
| 2001.018471-0 | — Joinville..... | 177 |
| 2001.019716-2 | — Capinzal..... | 197 |
| 2002.006230-3 | — Blumenau..... | 214 |
| 2002.010206-2 | — Capital..... | 166 |
| 2002.010996-2 | — Criciúma..... | 271 |
| 2002.016778-4 | — Concórdia..... | 221 |
| 2002.019135-9 | — Capital..... | 225 |
| 2002.021766-8 | — Araranguá..... | 255 |

APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

| | | |
|---------------|------------------|-----|
| 1997.012714-6 | — Blumenau..... | 89 |
| 2002.003327-8 | — Capital..... | 93 |
| 2002.017777-1 | — Fraiburgo..... | 104 |

APELAÇÕES CRIMINAIS

| | | |
|---------------|---------------------------|-----|
| 2001.008214-4 | — Pinhalzinho..... | 519 |
| 2001.020291-3 | — Jaraguá do Sul..... | 504 |
| 2002.007614-2 | — Blumenau..... | 418 |
| 2002.008122-7 | — Lages..... | 474 |
| 2002.010029-9 | — Itaiópolis..... | 486 |
| 2002.010228-3 | — Palmitos..... | 451 |
| 2002.013214-0 | — Campos Novos..... | 527 |
| 2002.013264-6 | — Chapecó..... | 530 |
| 2002.013454-1 | — Porto União..... | 426 |
| 2002.014076-2 | — Joinville..... | 492 |
| 2002.015296-5 | — Criciúma..... | 459 |
| 2002.017957-0 | — Blumenau..... | 509 |
| 2002.018047-0 | — São Domingos..... | 467 |
| 2002.019637-7 | — Balneário Camboriú..... | 432 |
| 2002.020060-9 | — Ibirama..... | 442 |
| 2002.020710-7 | — Tubarão..... | 516 |
| 2002.020865-0 | — Joinville..... | 492 |

EMBARGOS INFRINGENTES

| | |
|------------------------------|-----|
| 2001.022945-5 — Capital..... | 371 |
| 2002.016083-6 — Itajaí..... | 376 |

HABEAS CORPUS

| | |
|---|-----|
| 2002.024464-9 — Itapema..... | 406 |
| 2002.024978-0 — Capital..... | 385 |
| 2002.024980-2 — Balneário Camboriú..... | 411 |
| 2002.026363-5 — Capital..... | 389 |
| 2002.026380-5 — Itajaí..... | 416 |
| 2002.028074-2 — Joinville..... | 392 |
| 2003.000948-5 — Ibirama..... | 402 |

PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

| | |
|--|-----|
| 2002.024981-0 — Capital..... | 567 |
| 2002.024990-0 — Joinville..... | 569 |
| 2002.027934-5 — Capivari de Baixo..... | 572 |
| 2003.015308-0 — Capital..... | 577 |

RECURSO CRIMINAL

| | |
|------------------------------|-----|
| 2002.013689-7 — Orleans..... | 535 |
|------------------------------|-----|

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

| | |
|------------------------------------|-----|
| 14.051 — Santa Catarina (STJ)..... | 559 |
|------------------------------------|-----|

RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 284.604 — Santa Catarina (STJ)..... | 553 |
| 431.042 — Santa Catarina (STJ)..... | 558 |
| 2001.012770-9 — Capital..... | 591 |
| 2002.003509-2 — Itajaí..... | 595 |

RECURSOS ESPECIAIS CRIMES

| | |
|----------------------------------|-----|
| 2001.005604-6 — Mafra..... | 597 |
| 2002.000435-9 — São Joaquim..... | 599 |
| 2002.011728-0 — Blumenau..... | 600 |

RECURSOS EXTRAORDINÁRIOS CÍVEIS

| | |
|-------------------------------------|-----|
| 225.029 — Santa Catarina (STF)..... | 543 |
| 244.010 — Santa Catarina (STF)..... | 545 |
| 2000.013482-1 — Correia Pinto..... | 602 |

ÍNDICE POR ASSUNTO

A

AÇÃO DE ALIMENTOS

- *Vide* Alimentos.

AÇÃO DE COBRANÇA

- Taxas condominiais — Inadimplência. Comprovação. Pleito procedente..... 230

AÇÃO DE INDENIZAÇÃO

- *Vide* Indenização.

AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- *Vide* Investigação de paternidade.

AÇÃO MONITÓRIA

- Compra e venda — Transação efetivada com a entrega da mercadoria. Débito comprovado. Pleito procedente..... 251

AÇÃO RESCISÓRIA

- Matéria nova — Invocação. Inadmissibilidade. Erro de fato. Inocorrência. Pleito improcedente..... 363

ACIDENTE DE TRÂNSITO

- Atropelamento — Homicídio culposo. Desatenção e excesso de velocidade. Culpa comprovada. Condenação. 509
- Homicídio culposo e lesões corporais culposas — Rodovia. Cruzamento de forma imprudente. Comprovação. Culpa configurada. Condenação mantida. 519

ADULTERAÇÃO DE SINAL IDENTIFICADOR DE VEÍCULO AUTOMOTOR

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 474

ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA

- Garantia — Ajuizamento concomitante de ação revisional pelo devedor e busca e apreensão pelo credor. Liminar constritiva. Concessão. Possibilidade..... 343

ALIMENTOS

- Desistência — Reversão da cláusula. Impossibilidade. Cessação do dever de assistência por ocasião do divórcio. 238
- Exoneração — Requerimento nos próprios autos em que foi fixada a verba. Possibilidade. 347

ANTECIPAÇÃO DA TUTELA

- Concessão sobre valor incontroverso da lide — Possibilidade. 350
- Indeferimento — Ausência dos requisitos da verossimilhança e reversibilidade da medida. 326

ARROLAMENTO

- Habilitação — Concubina. Integração na partilha dos bens. Impossibilidade. Necessidade de averiguação do patrimônio comum em ação própria. 558

ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

- Art. 78 e parágrafos..... 301

ATO JURÍDICO

- Anulação — Erro substancial. Inocorrência. Pleito improcedente. 281

B**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Mora. Notificação. Ausência do valor do débito e discriminação dos encargos. Irrelevância. Cláusulas contratuais. Discussão. Impossibilidade. Prosseguimento da lide..... 255
- Liminar — Indeferimento. Ausência de requisitos para a concessão. Decisão mantida. 323

C

CAMBIAL

- Duplicatas — Protesto indevido e inscrição nos órgãos de restrição ao crédito. Dano moral demonstrado. Indenização devida... 211

CARLOS ALBERTO SILVEIRA LENZI (Des.)

- O novo Código Civil e aspectos do Direito do Consumidor. 31

CÓDIGO CIVIL

- Art. 66, III..... 177
- Art. 67..... 177
- Art. 115..... 241
- Art. 159..... 211 e 214
- Art. 177..... 129
- Art. 201..... 271
- Art. 231, III..... 238
- Art. 316..... 296
- Art. 389..... 230
- Art. 395, II..... 225
- Art. 395, II e III..... 221
- Art. 521..... 516
- Art. 1.092..... 258

CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)

- Art. 335, n. 5..... 125

CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)

- Art. 3º, § 2º..... 278
- Art. 51, IV e X..... 241
- Art. 84, § 3º..... 577

CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

- Art. 4º..... 169
- Art. 6º..... 140
- Art. 17..... 258
- Art. 17, II..... 251
- Art. 20, § 3º..... 119 e 258
- Art. 20, § 4º..... 119, 140, 166, 296 e 337
- Art. 21, *caput*..... 258
- Art. 21..... 191
- Art. 21, parágrafo único..... 241

| | |
|---------------------------------------|---------------|
| — Art. 47..... | 289 |
| — Art. 191..... | 230 |
| — Art. 249, § 2º..... | 197 |
| — Art. 267, I..... | 271 |
| — Art. 267, I e IV..... | 255 |
| — Art. 267, VI..... | 93, 177 e 238 |
| — Art. 267, § 3º..... | 153 |
| — Art. 269, IV..... | 93 |
| — Art. 273..... | 326 e 350 |
| — Art. 282..... | 347 |
| — Art. 295, I..... | 271 |
| — Art. 295, III, parágrafo único..... | 248 |
| — Art. 333, I..... | 183 |
| — Art. 333, II..... | 230 e 251 |
| — Art. 401..... | 251 |
| — Art. 437..... | 371 |
| — Art. 461, § 4º..... | 129 |
| — Art. 469 e incisos..... | 177 |
| — Art. 475, I..... | 197 e 326 |
| — Art. 485, V e IX..... | 363 |
| — Art. 488, I..... | 363 |
| — Art. 515, § 3º..... | 93 |
| — Art. 530..... | 376 |
| — Art. 557..... | 558 |
| — Art. 584..... | 313 |
| — Art. 585, II..... | 248 |
| — Art. 593, II..... | 553 |
| — Art. 614, II..... | 248 |
| — Art. 622..... | 337 |
| — Art. 652..... | 337 |
| — Art. 657..... | 337 |
| — Art. 659..... | 553 |
| — Art. 666, I..... | 337 |
| — Art. 669, parágrafo único..... | 341 |
| — Art. 685..... | 319 |
| — Art. 709..... | 313 |
| — Art. 710..... | 313 |
| — Art. 737, I..... | 337 |
| — Art. 738, II..... | 337 |
| — Art. 739, § 2º..... | 305 |
| — Art. 1.046..... | 553 |
| — Art. 1.120..... | 271 |
| — Art. 1.121..... | 238 |
| — Art. 1.124..... | 271 |

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

| | |
|---------------------------------|---------------------|
| — Art. 41 | 406 e 432 |
| — Art. 61, <i>caput</i> | 519 |
| — Arts. 118 e seguintes | 516 |
| — Art. 120, §§ 4º e 5º | 516 |
| — Art. 241 | 432 |
| — Art. 245..... | 432 |
| — Art. 295..... | 402 |
| — Art. 339..... | 392 |
| — Art. 384..... | 535 |
| — Art. 386, III..... | 442 |
| — Art. 386, VI..... | 492, 509, 527 e 530 |
| — Art. 593, I..... | 486 |
| — Art. 593, III, <i>d</i> | 467 |

CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR (Decreto-Lei n. 1.002/1969)

| | |
|-------------------------------|-----|
| — Art. 20, <i>caput</i> | 389 |
|-------------------------------|-----|

CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

| | |
|--------------------------------------|-----------|
| — Art. 27..... | 509 |
| — Art. 28..... | 509 |
| — Art. 70..... | 509 |
| — Art. 302, parágrafo único, II..... | 509 |
| — Art. 291..... | 411 |
| — Art. 303..... | 509 |
| — Art. 306..... | 411 e 509 |

CÓDIGO PENAL

| | |
|--------------------------------------|--------------------------|
| — Art. 13, <i>caput</i> e § 1º..... | 519 |
| — Art. 14, II..... | 467 |
| — Art. 22..... | 426 |
| — Art. 28..... | 426 |
| — Art. 29..... | 426 |
| — Art. 44, § 2º, segunda parte | 451 |
| — Art. 45, § 1º..... | 451 e 509 |
| — Art. 46 e parágrafos | 509 |
| — Art. 59..... | 426 e 504 |
| — Art. 61, I..... | 530 |
| — Art. 61, II, <i>h</i> | 426 |
| — Art. 65, III, <i>d</i> | 426 e 504 |
| — Art. 69 | 392, 406, 451, 530 e 535 |
| — Art. 70, <i>caput</i> | 519 |
| — Art. 70..... | 509 |
| — Art. 71..... | 442, 486 e 535 |

| | |
|--|-----------|
| — Art. 92, I, a..... | 530 |
| — Art. 107, IV | 519 |
| — Art. 109, IV | 519 |
| — Art. 110, § 1º | 519 |
| — Art. 119..... | 519 |
| — Art. 121, § 2º, I e V | 406 |
| — Art. 121, § 2º, II | 467 |
| — Art. 121, § 2º, II, III e IV | 535 |
| — Art. 121, § 3º | 519 |
| — Art. 129, <i>caput</i> | 467 e 519 |
| — Art. 155, <i>caput</i> | 535 |
| — Art. 157..... | 474 |
| — Art. 157, § 2º, I e II | 426 |
| — Art. 157, § 2º, I, II e IV | 402 |
| — Art. 157, § 2º, II | 385 |
| — Art. 157, § 3º, <i>in fine</i> | 535 |
| — Art. 171, <i>caput</i> | 451 |
| — Art. 171, § 2º, VI..... | 451 |
| — Art. 180, <i>caput</i> | 527 |
| — Art. 180, § 1º | 392 |
| — Art. 213..... | 418 e 442 |
| — Art. 224, a | 418 e 442 |
| — Art. 288..... | 402 |
| — Art. 298..... | 459 |
| — Art. 299, <i>caput</i> | 451 |
| — Art. 299..... | 459 e 530 |
| — Art. 304..... | 459 |
| — Art. 311..... | 474 |
| — Art. 330..... | 392 |
| — Art. 333, <i>caput</i> | 474 |
| — Art. 340..... | 530 |

CONDOMÍNIO

| | |
|---|-----|
| — Apartamentos — Uso de películas nas janelas. Recusa. Multa. Descabimento. Não alteração da fachada externa. | 114 |
|---|-----|

CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (1989)

| | |
|--------------------------|-----|
| — Art. 44, IV, § 3º..... | 567 |
|--------------------------|-----|

CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988)

| | |
|----------------------|---------------------|
| — Art. 5º, X | 234 |
| — Art. 5º, XVII..... | 125 |
| — Art. 5º, LIV..... | 326 e 389 |
| — Art. 5º, LV | 319, 326, 371 e 547 |

| | |
|--|-----------|
| — Art. 7º, IV | 183 |
| — Art. 24..... | 191 |
| — Art. 37, <i>caput</i> | 89 |
| — Art. 37..... | 104 |
| — Art. 37, II, § 2º | 108 |
| — Art. 37, II e IX | 108 |
| — Art. 37, § 6º..... | 183 e 197 |
| — Art. 55, IV, § 3º | 567 |
| — Art. 62, parágrafo único..... | 241 |
| — Art. 105, III, <i>a e c</i> | 553 |
| — Art. 150, § 7º | 582 |
| — Art. 150, § 7º, <i>in fine</i> | 93 e 355 |
| — Art. 155, I, <i>b</i> | 191 |
| — Art. 155, § 2º, I | 169 |
| — Art. 170..... | 125 |
| — Art. 183, § 3º | 177 |
| — Art. 191, parágrafo único..... | 177 |
| — Art. 192, § 3º | 153 |
| — Art. 225..... | 392 |

CONTRATO

| | |
|---|-----|
| — Arrendamento mercantil — Transformação em compra e venda à prestação. Juros. Discussão. Impossibilidade. Encargo embutido nas contraprestações..... | 296 |
| — Cumprimento — Impossibilidade. Reconhecimento. Direito à rescisão com perdas e danos. Parcelas pagas. Devolução corrigida.. | 258 |
| — Revisão — Pleito formulado de forma genérica. Improcedência.. | 209 |

CORREÇÃO MONETÁRIA

| | |
|--|-----|
| — Comissão de permanência — Cumulação. Inadmissibilidade. Exegese da Súmula 30 do STJ..... | 241 |
| — Débito fiscal — Admissibilidade. Previsão constitucional. | 191 |

CORRUPÇÃO ATIVA

| | |
|---|-----|
| — Negativa — Improcedência. Depoimento de policiais. Validade. Presunção <i>juris tantum</i> de veracidade. Condenação mantida..... | 474 |
|---|-----|

CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

| | |
|---|-----|
| — Maconha — Uso próprio. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação..... | 504 |
| — Tráfico de entorpecente — Depoimentos de policiais corroborados pela declaração de co-réu. Prova suficiente para a condenação. Bens confiscados. Restituição. Apelo parcialmente provido. | 492 |

- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para uso próprio. Impossibilidade. Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 432

CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Declarações da vítima com coerência e harmonia. Autoria e materialidade demonstradas. Condenação mantida. 418
- Estupro — Violência presumida. Ausência. Vítima que consentia na relação sexual e trabalhava em local destinado a encontros amorosos. Absolvição. 442

D

DANO MORAL

- Cumulação com dano estético — Possibilidade. Fixação adequada. 197
- Indenização — Imputação infundada de conduta criminosa contra a autora. Abalo caracterizado. Verba devida. 234
- Indenização — *Quantum*. Fixação. Critério. 376

DELITO DE TRÂNSITO

- Embriaguez ao volante — Transação penal. Ausência de proposta pelo Ministério Público. Constrangimento ilegal caracterizado. Providência determinada. 411

DENÚNCIA

- Inépcia — Inocorrência. Peça acusatória que preenche os requisitos do art. 41 do CPP. Preliminar afastada. 406

DESAPROPRIAÇÃO

- Indenização — Acordo feito por procurador do município. Legalidade. Ausência de prejuízo ao erário. 301

DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA

- Ação civil pública — Transporte coletivo. Tarifa. Reajuste. Suspensão. Deferimento. Medida que não provoca prejuízo à segurança pública. Decisão mantida. 577
- Mandado de segurança — Liminar deferida. Suspensão. Alegação de grave lesão ao interesse público. Não-comprovação. Pleito indeferido. 569

- Mandado de segurança — Liminar deferida. Suspensão. ICMS. Valores recolhidos a mais no regime de substituição tributária. Restituição. Impossibilidade. Lesão à economia pública. Sustação mantida. 582
- Mandado de segurança originário — Liminar deferida por relator. Pedido de suspensão. Apreciação. Competência do Presidente do STF ou do STJ de acordo com a matéria a ser discutida. 567
- Medida cautelar — Liminar concedida. Suspensão. Alegação de grave lesão à ordem jurídica. Pressuposto ausente. Pleito indeferido. 572
- Recurso especial — Contrariedade ao art. 557, *caput*, do CPC. Demonstração. Seguimento ao apelo determinado. 595
- Recurso especial — Juizado Especial Criminal. Competência. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo determinado. 600
- Recurso especial — Ofensa à lei federal. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 591
- Recurso especial — Ofensa ao art. 226 do ECA. Inocorrência. Divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo quanto a este objetivo. 597
- Recurso especial — Ofensa ao art. 240, § 1º, letra *h*, do CPP. Não demonstração. Seguimento ao apelo negado. 599
- Recurso extraordinário — Violação ao art. 8º, II, da CF. Não demonstração. Seguimento ao apelo extremo negado. 602

DOCTRINA

- A formação, os desafios e o perfil do jurista orgânico no novo milênio — Pedro Manoel Abreu, Desembargador. 5
- O novo Código Civil e aspectos do Direito do Consumidor — Carlos Alberto Silveira Lenzi, Desembargador. 31

DUPLICATA

- *Vide Cambial.*

E

EMBARGOS À EXECUÇÃO

- *Vide Execução.*

EMBARGOS DE TERCEIRO

- Penhora — Imóvel. Bem não pertencente ao embargante. Ilegitimidade ativa reconhecida. Pleito improcedente. 166

ESTATUTO DA ADVOCACIA E ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)

- Art. 7º, V 402
- Art. 23 241

ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)

- Art. 22 221 e 225
- Art. 24 221 e 225

ESTELIONATO

- Cheque — Emissão à vista. Sustação do pagamento mediante falsa comunicação de furto. Delito caracterizado. Condenação mantida. 451

ESTUPRO

- *Vide* Crime contra os costumes.

EXECUÇÃO

- Contrato de abertura de crédito fixo — Título extrajudicial líquido, certo e exigível. Reconhecimento. Prosseguimento da lide. 248
- Embargos — Oposição contra parte do débito. Recebimento com efeito suspensivo parcial. Admissibilidade. Incidência do art. 739, § 2º, do CPC. 305
- Penhora — Ampliação. Decisão sem a prévia manifestação da devedora. Ofensa ao princípio do contraditório. Anulação do feito. .. 319
- Título executivo judicial — Requisitos do art. 584 do CPC. Ausência. Extinção do feito. 313

F**FALSIDADE IDEOLÓGICA**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. 459
- Insuficiência probatória — Absolvição decretada. 530

FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PARTICULAR

- Delito caracterizado — Prova documental e confissão dos agentes. Condenação mantida. 459

FRAUDE À EXECUÇÃO

- Inocorrência — Alienação do bem na pendência de ação indenizatória. Inexistência de inscrição da penhora. Boa-fé presumida. Embargos procedentes. 553

FUNCIONÁRIO PÚBLICO

- Ascensão funcional — Inadmissibilidade. Violação ao art. 37, II, da CF. 545
- Gratificação de representação — Cobrança pela via estreita do *writ*. Incabimento. Incorporação. Ausência de direito líquido e certo. Apelo desprovido. 89
- Temporário — Contratação. Situação emergencial. Não configuração. Pacto nulo. Demissão. Indenização devida pelo efetivo serviço prestado. 108

H**HABEAS CORPUS**

- Excesso de prazo — Ocorrência. Constrangimento ilegal caracterizado. Ordem concedida. 389
- Prisão preventiva — Decretação. Abuso de denúncia. Não demonstração. Crime ambiental. Delito inafiançável. Decisão mantida. Ordem denegada. 392

HOMICÍDIO QUALIFICADO

- Motivo fútil — Alegação de decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Condenação mantida. 467

I

IMPOSTO SOBRE CIRCULAÇÃO DE MERCADORIAS E SERVIÇOS

- ICMS — Base de cálculo presumida e valor real da operação. Diferenças apuradas. Restituição. Impossibilidade..... 93
- ICMS — Crédito decorrente da aquisição de bens destinados ao ativo permanente, ao uso ou consumo. Compensação. Direito inexistente. Apelo desprovido..... 169

INDENIZAÇÃO

- Danos morais e materiais — Abuso de direito em demanda judicial. Improcedência. Litigância de má-fé ou dolo processual não comprovado..... 214
- Imóvel locado — Reforma. Verba indevida. Vedação expressa no contrato e desvio de finalidade do estabelecimento..... 119

INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Cumulação com alimentos — Provas técnicas e testemunhais que concluem pela negativa de paternidade. Pleito improcedente..... 371

L

LEGISLAÇÃO FEDERAL**DECRETO**

- N. 22.626/1933 — *Vide* Lei de Usura.

DECRETOS-LEIS

- N. 911/1969 — 153
- Art. 2º, § 2º..... 323
- Art. 3º..... 255
- N. 1.002/1969 — *Vide* Código de Processo Penal Militar.
- N. 7.661/1945 — *Vide* Lei de Falências.

LEIS

- N. 556/1850 — *Vide* Código Comercial.
- N. 1.060/1950 — *Vide* Lei da Assistência Judiciária.

| | | |
|------------------|---|---------------------|
| — N. 1.533/1951 | — Vide Lei do Mandado de Segurança. | |
| — N. 4.348/1964 | — Art. 4º | 355, 567, 569 e 582 |
| — N. 6.368/1976 | — Vide Lei Antitóxicos. | |
| — N. 6.404/1976 | — Vide Lei das Sociedades Anônimas. | |
| — N. 6.515/1977 | — Vide Lei do Divórcio. | |
| — N. 7.210/1984 | — Vide Lei de Execução Penal. | |
| — N. 8.069/1990 | — Vide Estatuto da Criança e do Adolescente. | |
| — N. 8.078/1990 | — Vide Código de Defesa do Consumidor. | |
| — N. 8.177/1991 | — Art. 4º | 191 |
| | — Art. 9º | 191 |
| — N. 8.437/1992 | — Art. 1º | 577 |
| | — Art. 1º, § 3º | 326 |
| | — Art. 2º | 572 e 577 |
| | — Art. 4º | 572 e 577 |
| — N. 8.666/1993 | — Art. 5º | 486 |
| | — Art. 92, <i>in fine</i> | 486 |
| — N. 8.906/1994 | — Vide Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil. | |
| — N. 8.934/1994 | — Art. 34 | 129 |
| | — Art. 35 | 129 |
| — N. 8.935/1994 | — Art. 35, I | 530 |
| — N. 8.953/1994 | — | 305 e 553 |
| — N. 9.099/1995 | — Art. 76, <i>caput</i> | 411 |
| | — Art. 89 | 411 |
| — N. 9.296/1996 | — | 432 |
| — N. 9.437/1997 | — Art. 10, <i>caput</i> | 392 e 492 |
| | — Art. 10 | 432 |
| — N. 9.503/1997 | — Vide Código de Trânsito Brasileiro. | |
| — N. 9.605/1998 | — Art. 29, <i>caput</i> , § 1º, III..... | 392 |
| | — Art. 46 | 392 |
| — N. 10.258/2001 | — | 402 |

LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

| | |
|-----------------------|---------------------|
| — Art. 12 | 416, 432, 492 e 504 |
| — Art. 13..... | 492 |
| — Art. 14 | 416 e 492 |
| — Art. 16..... | 504 |
| — Art. 18, III..... | 432, 492 e 504 |
| — Art. 38, § 1º | 432 e 504 |

LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

| | |
|-----------------|-----------|
| — Art. 12 | 108 e 251 |
|-----------------|-----------|

LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)

- Art. 159, §§ 3º e 4º 140

LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)

- Art. 11, I 402
- Art. 12 402
- Art. 106 385

LEI DE FALÊNCIA (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

- Art. 55 289

LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)

- Art. 4º 271
- Art. 24 238
- Art. 34, § 4º 271

LEI DO MANDADO DE SEGURANÇA (Lei n. 1.533/1951)

- Art. 18 93 e 559

LEIS COMPLEMENTARES

- N. 87/1996 — (Estadual) Art. 20, § 5º 169
- N. 102/2000 — (Estadual) 169
- N. 213/1999 — (Município de Blumenau) Art. 5º, IV 301

LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ

- Condenação — Conduta desleal do litigante 251

LITISCONSÓRCIO PASSIVO NECESSÁRIO

- Citação — Falta. Anulação parcial do feito. Integração à lide. Determinação. 289

M**MACONHA**

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

MANDADO DE SEGURANÇA

- Liminar deferida — Suspensão. ICMS. Valores recolhidos a mais no regime de substituição tributária. Restituição. Impossibilidade. Lesão à economia pública. Sustação mantida 355

- Prazo decadencial — Fluência em caso de pedido de reconsideração na via administrativa. Aplicação da Súmula 430 do STF.... 559

MEDIDAS PROVISÓRIAS

- N. 1.410/1996 — Art. 7º 241
- N. 1.457/1996 — 241

MENOR

- Situação de abandono — Comprovação. Destituição do pátrio poder. Decisão mantida..... 221 e 225

P

PEDRO MANOEL ABREU (Des.)

- A formação, os desafios e o perfil do jurista orgânico no novo milênio..... 5

PENHORA

- Bem imóvel — Cônjuge. Intimação. Ausência. Irregularidade que não afeta a constrição. Prosseguimento da lide. 341
- Cheque administrativo — Lavratura do termo. Necessidade. Oposição de embargos. Prazo. Fluência. 337

PORTE ILEGAL DE ARMA

- Delito caracterizado — Ausência de registro ou de autorização legal para uso. Condenação mantida. 432

PREFEITO MUNICIPAL

- Faturas — Pagamento com inversão da ordem cronológica. Delito descrito no art. 92, *in fine*, da Lei n. 8.666/93 tipificado. Condenação mantida..... 486

PRISÃO ESPECIAL

- Advogado — Condições. Aplicação da Lei n. 10.258/01 que modificou a redação do art. 295 do CPP. 402

PRISÃO PREVENTIVA

- Decretação — Garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Decisão mantida. 416
- Decretação — Pressupostos do art. 312 do CPP presentes. Decisão mantida..... 406

PROCESSO

- Extinção sem julgamento do mérito — Coisa julgada. Inocorrência. Exegese do art. 469, I, do CPC..... 177

PROCESSO ADMINISTRATIVO

- Portaria — Ausência de capitulação legal e descrição dos fatos imputados. Nulidade. Reconhecimento. 104
- Restrição de direitos — Observância do princípio do devido processo legal. Obrigatoriedade. 547

PRONÚNCIA

- Homicídio qualificado — Desclassificação para latrocínio. Inviabilidade. Delito praticado em concurso com furto. Reconhecimento. Apelo ministerial provido parcialmente. 535

R**RECEPTAÇÃO**

- Insuficiência probatória — Absolvição mantida. 527

RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Concurso público — Professor. Aprovação. Desclassificação por falta de curso de especialização exigido no edital. Legalidade. ... 543
- Reexame de fatos e provas — Inadmissibilidade. 547

REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 298, § 2º 567

RESPONSABILIDADE CIVIL DO MUNICÍPIO

- Acidente de trânsito — Atropelamento por preposto. Indenização. Pensão. Verba indevida. Danos morais e materiais. Adequação. Recurso e remessa providos parcialmente. 183
- Acidente de trânsito — Obras na pista. Falta de sinalização. Culpa do ente público. Obrigação de indenizar. 197

ROUBO QUALIFICADO

- Delito caracterizado — Declarações da vítima firmes e coerentes com ressonância no conjunto probatório. Condenação mantida. .. 426

S

SEGURO

- Veículo — Acidente de trânsito. Negativa de pagamento. Embriaguez do condutor. Não comprovação. Obrigação de indenizar. .. 278

SENTENÇA CRIMINAL

- Erro material — Correção em segunda instância. Admissibilidade. Retificação..... 385

SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Consensual — Ratificação. Ausência de um dos cônjuges. Representação. Admissibilidade..... 271

SERVIDOR PÚBLICO

- Vide Funcionário público.

SOCIEDADE

- Anônima — Dissolução parcial. Incolhimento. Quebra da *affectio societatis*. Irrelevância. Aplicação do princípio da preservação da empresa. 140
- Comercial — Busca e apreensão. Bem alienado fiduciariamente. Illegitimidade ativa reconhecida. Demanda restrita às instituições financeiras e consorciais. Extinção do feito. 153
- Comercial — Nome e marca. Abstenção. Concorrência desleal e violação ao direito de exclusividade. Configuração. Pleito procedente. 129
- Cotas de responsabilidade limitada — Sócio. Afastamento. Admissibilidade. Quebra da *affectio societatis*. 125

SUCUMBÊNCIA

- Recíproca — Honorários advocatícios. Compensação. Impossibilidade. Inteligência do art. 23 da Lei n. 8.906/94. 241

SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

- N. 30..... 241
- N. 245..... 255
- N. 263..... 296

SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

- N. 271..... 104
- N. 430..... 559
- N. 473..... 108

T**TRÁFICO DE ENTORPECENTE**

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

V**VEÍCULO**

- Apreendido — Numeração do motor adulterada. Restituição definitiva. Impossibilidade. Nomeação do possuidor como depositário até o desfecho da ação penal. 516