

# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

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

*ANO XXIX — 1º trimestre 2003 — N. 101*  
*Florianópolis — SC*  
*2004*

## 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 colaboradores da Revista Jurisprudência Catarinense,  
conforme dispositivo constitucional, gozam de liberdade de opinião e de crítica,  
e somente a eles pode ser atribuída qualquer responsabilidade civil ou criminal  
pelo raciocínio expandido em seus trabalhos.

Todos os trabalhos publicados nesta Revista são cópia fiel dos expedientes  
recebidos na Diretoria de Documentação e Informações.

Diretor: Des. Jorge Mussi

Comissão de Jurisprudência:

Des. Anselmo Cerello — Presidente

Des. Antônio do Rêgo Monteiro Rocha

Des. Fernando Carioni

Des. Salim Schead dos Santos

(de acordo com a Portaria n. 107/2004)

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

Encomendas e pedidos:

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

<b>COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA</b> .....	V
<b>DOCTRINA</b>	
Competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis ante os ditames da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 — Marcus Túlio Sartorato, Desembargador .....	3
Aspectos éticos e jurídicos da transfusão de sangue em testemunhas de Jeová — Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito.....	27
Jurisdição constitucional estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação brasileira — Ruy Samuel Espíndola, Advogado .....	45
<b>JURISPRUDÊNCIA CÍVEL</b>	
Mandados de Segurança .....	119
Apelações Cíveis em Mandados de Segurança .....	126
Apelações Cíveis .....	142
Agravos de Instrumento.....	380
Agravos nos Agravos de Instrumento .....	423
Ação Rescisória .....	444
Conflito de Competência .....	450
Embargos de Declaração .....	453
<b>JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL</b>	
<i>Habeas Corpus</i> .....	459
Apelações Criminais .....	466
Processo Crime .....	563

## **JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

Ação Direta de Inconstitucionalidade .....	573
Agravo de Instrumento .....	576
Mandado de Segurança .....	587

## **JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Agravo em Agravo de Instrumento.....	595
Recurso Extraordinário .....	598

## **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Agravo de Instrumento .....	611
Recursos Especiais .....	612
Recurso Ordinário em Mandado de Segurança.....	628

## **1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Pedidos de Suspensão de Liminar.....	641
Suspensão de Execução de Sentença .....	653

## **2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Recurso Especial em Apelação Cível .....	659
Recursos Especiais Cíveis .....	661
Recursos Especiais Criminais .....	665

<b>ÍNDICE NUMÉRICO</b> .....	673
------------------------------	-----

<b>ÍNDICE POR ASSUNTO</b> .....	679
---------------------------------	-----

## COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (março de 2004)

### TRIBUNAL PLENO

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês — Horário: das 9 às 12h, com reinício às 14h — Local: Auditório do Tribunal Pleno

#### **Presidente**

Des. JORGE MUSSI

#### **Primeiro Vice-Presidente**

Des. ANSELMO CERELLO

#### **Segundo Vice-Presidente**

Des. PEDRO MANOEL ABREU

#### **Terceiro Vice-Presidente**

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

#### **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

#### **Vice-Corregedor-Geral da Justiça**

Des. ELÁDIO TORRET ROCHA

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo SOUZA VARELLA

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

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. 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  
Des. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA  
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

## **CONSELHO DA MAGISTRATURA**

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

Des. JORGE MUSSI — Presidente  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA — Corregedor-Geral da Justiça  
Des. ANSELMO CERELLO — 1º Vice-Presidente  
Des. ELÁDIO TORRET ROCHA — Vice-Corregedor-Geral da Justiça  
Des. PEDRO MANOEL ABREU — 2º Vice-Presidente  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — 3º Vice-Presidente  
Des. SÉRGIO PALADINO  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. FERNANDO CARIONI

## **SEÇÃO CIVIL**

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

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente  
Des. CARLOS PRUDÊNCIO  
Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES  
Des. José TRINDADE DOS SANTOS  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA  
Des. NEWTON TRISOTTO  
Des. José MAZONI FERREIRA  
Des. VOLNEI Ivo CARLIN  
Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS  
Des. VANDERLEI ROMER  
Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Des. JOSÉ VOLPATO de Souza  
Des. Antônio do Rêgo MONTEIRO ROCHA  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. LUIZ CARLOS FREYESLEBEN  
Des. RUI Francisco Barreiros FORTES  
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI  
Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU  
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA  
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Des. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA  
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Dra. MARIA DO ROCIO Luz Santa Ritta (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)  
Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO (substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)  
Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR)  
Dr. DIONÍSIO JENCZAK (substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)

## **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  
Desa. SALETE SILVA SOMMARIVA  
Dr. DIONÍSIO JENCZAK (substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)

## **GRUPO DE CÂMARAS DE DIREITO COMERCIAL**

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

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente  
Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS  
Des. FERNANDO CARIONI  
Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI  
Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES  
Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS  
Dra. MARIA DO ROCIO Luz Santa Ritta (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO (substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)

Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR)

## **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. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VOLNEI Ivo CARLIN

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

Des. VANDERLEI ROMER

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU

Des. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO CIVIL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

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

Des. WILSON AUGUSTO DO NASCIMENTO — Presidente

Des. JOSÉ VOLPATO de Souza

Dr. DIONÍSIO JENCZAK (substituindo o Des. MARCUS TÚLIO SARTORATO)

## **PRIMEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

Des. RICARDO Orofino da Luz FONTES — Presidente

Des. SALIM SCHEAD DOS SANTOS

Dr. TÚLIO José Moura PINHEIRO (substituindo o Des. ELÁDIO TORRET ROCHA)



## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

Des. José TRINDADE DOS SANTOS — Presidente

Des. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dra. MARIA DO ROCIO Luz Santa Ritta (substituindo o Des. SÉRGIO Roberto BAASCH LUZ)

## **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO COMERCIAL**

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

Des. FERNANDO CARIONI — Presidente

Des. Marco Aurélio GASTALDI BUZZI

Dr. RONALDO MORITZ MARTINS DA SILVA (substituindo o Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR)

## **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. NICANOR CALÍRIO DA SILVEIRA

## **SEGUNDA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — Presidente

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. LUIZ CÉZAR MEDEIROS

## **TERCEIRA CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: *Hall Superior*

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA — Presidente

Des. RUI Francisco Barreiros FORTES

Des. CESAR Mimoso Ruiz ABREU

## **CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

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

Des. José GASPAR RUBIK — Presidente

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

Des. SOLON D'EÇA NEVES

Des. IRINEU JOÃO DA SILVA

Des. José Antônio TORRES MARQUES  
Dr. JAIME RAMOS (substituindo o Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE)  
Dr. NEWTON JANKE (substituindo o Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA)  
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: 2º andar

Des. José GASPAS RUBIK — Presidente  
Des. SOLON D'ÊÇA NEVES  
Dr. NEWTON JANKE (substituindo o Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA)  
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. JAIME RAMOS (substituindo o Des. MAURÍLIO MOREIRA LEITE)

### **CÂMARA CIVIL ESPECIAL**

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

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI — Presidente  
Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO  
Dr. VÍCTOR José Sebem FERREIRA  
Dr. SÉRGIO IZIDORO HEIL

### **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. VÍCTOR 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

Dr. PAULO ROBERTO CAMARGO COSTA

Dr. LUIZ HENRIQUE MARTINS PORTELINHA

## **CHEFE DE GABINETE DA PRESIDÊNCIA**

CLÁUDIA NICOLAZZI MEDEIROS DA CUNHA

## **DIRETOR-GERAL ADMINISTRATIVO**

SÉRGIO GALLIZA

## **DIRETOR-GERAL JUDICIÁRIO**

ALBERTO PIZZOLATTI REMOR

**DOCTRINA**



# COMPETÊNCIA DOS JUIZADOS ESPECIAIS DE CAUSAS CÍVEIS ANTE OS DITAMES DA LEI N. 9.099, DE 26 DE SETEMBRO DE 1995\*

Marcus Túlio Sartorato  
Desembargador

SUMÁRIO: Introdução. 1. Considerações preliminares. 2. Conceitos de jurisdição e competência. 3. Momento histórico catarinense quando publicada a nova Lei. 4. Evolução das leis sobre os Juizados Especiais de Causas Cíveis. 5. Motivos que contribuíram, de fato, para a suscitação de conflitos de competência. 6. Constatações do autor com a edição da Resolução n. 6/95 do Órgão Especial do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. 6.1. Jurisprudência. Conclusão.

## INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 5 de outubro de 1988 dispôs no art. 98, inciso I, a título de inovação, acerca dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais. O legislador infraconstitucional, por seu turno, editou a Lei n. 9.099 em 26 de setembro de 1995, criando de vez os Juizados Especiais Cíveis e Criminais. Referida Lei passou

---

\* *Monografia apresentada, em janeiro de 2003, como requisito à disciplina de Direito Processual, do Curso de Doutorado em Ciências Jurídicas e Sociais, da Universidade do Museo Social Argentino e Universidade do Sul de Santa Catarina.*

a ter vigência em data de 26 de novembro de 1995 e, em que pese o seu caráter inovador, porque estabeleceu, dentre outros aspectos, no art. 2º, os critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade para orientar o processo, provocou diversos questionamentos, dúvidas, debates e, inclusive, pois, a edição de avisos para uniformização de entendimentos, resoluções e conclusões interpretativas, estas últimas, respectivamente e em particular, do egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina e integrantes da Seção Civil do mesmo Tribunal, como se verá *a posteriori*.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Ainda estão claros e absolutamente transparentes em minha memória os motivos que contribuíram para que, na condição de Juiz de Direito de uma das varas cíveis da comarca de Tubarão, suscitasse conflitos de competência ao Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, conforme facultavam os arts. 115, II, 116 e 118, I, todos do Código de Processo Civil.

É que, com a sanção da Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que criou os Juizados Especiais Cíveis, número razoável de processos foi redistribuído às varas cíveis da aludida Comarca, em função da declinação de competência por parte do ilustre Juiz de Direito Substituto que estava em exercício na Vara dos Juizados Especiais Cíveis, contribuindo sobremaneira para o incremento numérico de processos na estatística dos Juizados Comuns, particularmente da 1ª, 2ª e 3ª Varas Cíveis. As remessas ao distribuidor dos processos que se encontravam em tramitação no Juizado Especial Cível, para serem encaminhados ao Juizado Comum, comportaram, como não poderia deixar de ser, dissensões.

Portanto, em princípio se percebe que o *punctum saliens* da *quaestio* estava circunscrito à competência dos Juizados Especiais Cíveis. Posteriormente, somando-se a este particular, surgiram também dúvidas acerca da retroatividade da Lei n. 9.099/95, como também da imediata aplicação desta Lei nova.

As teses sustentadas pelos Juízes de Direito que estavam à frente das mencionadas Unidades Jurisdicionais (1ª, 2ª e 3ª Varas Cíveis) foram as mais diversas, mas estavam intimamente ligadas

aos temas *competência, retroatividade e aplicação* imediata da nova Lei.

Contudo, o que se observou em princípio foi a manifesta preocupação dos Magistrados que exerciam o seu *munus* naquelas Varas Cíveis com o fato de terem que atuar em processos que estariam, segundo seu juízo, fora do âmbito de suas competências, e posteriormente terem, pela mesma razão, suas decisões declaradas nulas, causando, dessa feita, prejuízos, quiçá, irreparáveis para as partes litigantes. Ressalta-se, por oportuno, que dentre os processos remetidos para redistribuição estavam aqueles que tramitavam normalmente, aliás, distribuídos anteriormente à edição da Lei n. 9.099/95, aqueles que já estavam em fase de execução e outros. Por isso, corporificou-se a idéia de promover a suscitação de conflitos de competência, para que os impasses fossem decididos coletivamente pelos eminentes Desembargadores do Tribunal de Justiça acima epigrafado.

E, realmente, no Estado de Santa Catarina, naquela época, tudo restou esclarecido por meio de respeitáveis julgados (acórdãos), aliás de forma reiterada e unânime, daquele egrégio Tribunal de Justiça, conforme será demonstrado.

## 2. CONCEITOS DE JURISDIÇÃO E COMPETÊNCIA

Para a compreensão do significado da palavra *competência*, no aspecto jurídico, ao meu juízo, impõe-se esclarecer o que vem a ser *jurisdição*. E é na doutrina que me louvo para tanto.

Do escólio de Wilson de Souza Campos Batalha se colhe que “*jurisdição*, em sentido lato, é o poder reconhecido por lei a certas pessoas, de proferir sentenças obrigatórias a respeito dos assuntos que lhes são submetidos; em sentido estrito, é o poder, reconhecido por lei a certas pessoas, de resolver litígios mediante decisões com autoridade de coisa julgada”<sup>1</sup>. Já *competência*, para o mesmo autor, “é a delimitação da jurisdição, é o limite da jurisdição atribuída aos juízes e tribunais”<sup>2</sup>.

---

1 BATALHA, Wilson de Souza Campos. *Teoria geral do direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1982. p. 99-100.

2 *Ibidem*.



Ainda, no dizer de Vicente Greco Filho, “[...] *jurisdição* é o poder, função e atividade de aplicar o direito a um fato concreto, pelos órgãos públicos destinados a tal, obtendo-se a justa composição da lide”<sup>3</sup>; e na lição do professor Humberto Theodoro Júnior, *competência* é justamente o critério de distribuir entre os vários órgãos judiciários as atribuições relativas ao desempenho da jurisdição”<sup>4</sup>.

Desse contexto, extraio que a competência nada mais é do que a limitação estabelecida em lei para o exercício pleno da atividade de jurisdicional pelo Estado-Juiz, ou, em outras palavras, a delimitação da área de atuação do Juiz.

### 3. MOMENTO HISTÓRICO CATARINENSE QUANDO PUBLICADA A NOVA LEI

Preliminarmente, devo ressaltar que, no Estado de Santa Catarina, os Juizados Especiais Cíveis, com a nomenclatura Juizados Especiais de Causas Cíveis, já estavam em plena atividade quando foi editada a Lei Federal n. 9.099/95. É que o legislador constituinte estadual, em consonância com a *Lex Mater* (art. 98, inciso I, da Constituição Federal de 5 de outubro de 1988), além de fazer referência ao aludido Juizado na Constituição Estadual (art. 91), deixou em aberto a sua criação por lei ordinária, *in casu*, a lei de organização judiciária. Este particular contribuiu significativamente para a instituição dos referidos Juizados no âmbito da Justiça Estadual, o que foi feito pela Lei n. 8.151, de 22 de novembro de 1990, posteriormente mantidos pela Lei Complementar Estadual n. 77, de 12 de janeiro de 1993, e pela Lei Ordinária Estadual n. 1.141, de 25 de março de 1993.

### 4. EVOLUÇÃO DAS LEIS SOBRE OS JUIZADOS ESPECIAIS DE CAUSAS CÍVEIS

Impõe-se, *in casu*, para melhor visualização do tema, a imprescindível menção das leis e dispositivos que alavancaram e

---

3 GRECO FILHO, Vicente. *Direito processual civil brasileiro*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 1994. vol.1. p. 173.

4 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Processo de conhecimento*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 165.

motivaram a criação dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais no País e no nosso Estado.

O passo inicial, no Brasil, como não poderia deixar de ser, foi dado pela Constituição Federal de 1988. Esta, portanto, deu azo à edição da Constituição do Estado de Santa Catarina de 5 de outubro de 1989; da Lei Ordinária Estadual n. 8.151, de 22 de novembro de 1990; da Lei Complementar Estadual n. 77, de 12 de janeiro de 1993, esta posteriormente ratificada pela Lei Ordinária Estadual n. 1.141, de 25 de março de 1993; e, por fim, da Lei Ordinária Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Se não vejamos:

#### Constituição Federal de 1988

“Art. 98. A União, no Distrito Federal e nos Territórios, e os Estados criarão:

“I — juizados especiais, providos por juízes togados, ou togados e leigos, competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de causas cíveis de menor complexidade e infrações penais de menor potencial ofensivo, mediante os procedimentos oral e sumariíssimo, permitidos, nas hipóteses previstas em lei, a transação e o julgamento de recursos por turmas de juízes de primeiro grau”.

Constituição Estadual de Santa Catarina de 5 de outubro de 1989

“Art. 91. A competência, a composição e o funcionamento dos juizados especiais, de causas cíveis de menor complexidade e de infrações penais de menor potencial ofensivo, serão determinados na lei de organização judiciária”.

Lei Ordinária Estadual n. 8.151, de 22 de novembro de 1990

“Art. 1º. Ficam criados e passam a integrar o Poder Judiciário de Santa Catarina os Juizados Especiais de Causas Cíveis, com competência para conciliação, julgamento e execução de causas cíveis de menor complexidade e as Turmas de Recursos constantes do Anexo Único”.

Lei Complementar Estadual n. 77, de 12 de janeiro de 1993

“Art. 1º. Ficam mantidos na Justiça Estadual ordinária os Juizados Especiais de Causas Cíveis, bem assim as Turmas de Recursos sediadas nas comarcas da Capital, Blumenau, Chape-

có, Criciúma, Itajaí, Joinville e Lages, criadas pela Lei n. 8.151, de 22 de novembro de 1990”.

Lei Ordinária Estadual n. 1.141, de 25 de março de 1993

“Art. 1º. Ficam mantidos na Justiça Estadual ordinária os Juizados Especiais de Causas Cíveis, bem assim as Turmas de Recursos sediadas nas comarcas da Capital, Blumenau, Chapecô, Criciúma, Itajaí, Joinville e Lages, criadas pela Lei n. 8.151, de 22 de novembro de 1990”.

Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995

“Art. 1º. Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, serão criados pela União, no Distrito Federal e nos Territórios, e pelos Estados, para conciliação, processo, julgamento e execução, nas causas de sua competência”.

## 5. MOTIVOS QUE CONTRIBUÍRAM, DE FATO, PARA A SUSCITAÇÃO DE CONFLITOS DE COMPETÊNCIA

Longe de pretender negar vigência à Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, de polemizar gratuitamente, de forma madura e consciente procurei obter respostas para os questionamentos que me surgiram e o fiz, na conformidade, repito, do cânone adjetivo, suscitando conflitos de competência, após receber considerável quantidade de processos decorrentemente da redistribuição determinada pelo ilustre e operoso Magistrado que estava à frente da Vara do Juizado Especial de Causas Cíveis da comarca de Tubarão.

Dissenti por ter entendido, *data venia*, precipitada a remessa dos feitos para o Juizado Comum.

Não havia consenso entre os magistrados que exerciam o seu *munus* na Justiça Comum e nos Juizados Especiais Cíveis acerca da competência, mais precisamente do deslocamento desta, em face da nova ordem jurídica. Também não havia consenso quanto à retroatividade ou aplicação imediata da Lei Federal n. 9.099/95.

Alguns estudiosos e aplicadores do Direito sustentavam, na época, que a nova Lei não se aplicava aos feitos em andamento, aforados anteriormente à sua edição na Vara do Juizado Especial Cível, e outros entendiam que sim.

Passei então a efetuar a tarefa hermenêutica, em face da dualidade de posições, por entender que seria mais grave desempenhar a minha atividade naqueles processos sem ter a elementar competência para tanto. Aliás, relembro-me do ensinamento do mestre Humberto Theodoro Júnior quando consignou que “juiz absolutamente incompetente nunca se legitima para a causa, ainda que haja conexão ou continência, ou mesmo acordo expresso entre os interessados”<sup>5</sup>.

Por sinal, a esse respeito, já decidi o nosso egrégio Tribunal de Justiça:

“DECISÃO: por votação unânime, de ofício, anular a decisão de fl. 22, prejudicado o recurso. Custas na forma da lei.

“Ementa: Sentença – Incompetência absoluta do seu prolator – Nulidade.

“Modificada a competência do Juizado Especial em razão da condição da pessoa, pela superveniência da Lei n. 9.099/95, competia ao Magistrado ordenar a redistribuição do feito ao Juízo Comum Cível, abstendo-se da prática de qualquer ato decisório, sob pena de nulidade” (Ap. Cív. n. 1997.002278-6, da Capital, relator o Des. Eder Graf, *in* Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 9.719, de 8-5-97).

Também: Apelações Cíveis ns. 1996.006071-5, da Capital, relator o Des. Francisco Borges, decisão proferida em 31 de março de 1997; 1996.004010-2, de Criciúma, relator o Des. Trindade dos Santos, decisão proferida em 3 de junho de 1997; 1996.004004-8, de Criciúma, relator o Des. Trindade dos Santos, decisão proferida em 3 de junho de 1997.

“As leis e, em geral, todas as normas jurídicas são elaboradas para serem complementadas pela interpretação, pois em caso contrário se faria necessário um número inimaginável de normas extremamente complexas e tediosas e, ainda assim, estaria incompleto. O Direito seria um corpo rígido, fossilizado, sempre em descompasso com as exigências da vida e das realidades sociais em permanente fluxo histórico, e não um Direito vivo, em constante renovação, jovem e valioso, como deve ser”<sup>6</sup>.

---

5 THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Op. cit.*, p. 194.

6 SCHNAID, David. *A interpretação jurídica constitucional (e legal): doutrina civil*. RT 733. p. 31.

Para tanto, utilizei-me da interpretação gramatical, aquela que busca o sentido objetivo da lei com base em sua letra.

Mas o que significa interpretar?

É “examinar, perquirir e fixar o sentido ou a inteligência do texto legal, ou do teor do escrito, para que se tenha sua exata significação ou sentido”<sup>7</sup>.

O que vem a ser interpretação gramatical?

É a interpretação literal, fundada na própria significação das palavras, em que se expressa. É a interpretação à letra ou segundo a linguagem da própria lei. Por ela se procura o pensamento do legislador pela própria construção textual<sup>8</sup>.

Assim, numa leitura atenta do texto da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, observei, na oportunidade, a utilização, na maioria dos dispositivos legais, por parte do legislador infraconstitucional, do verbo no futuro do presente. Tenha-se aqui verbo como “uma palavra que exprime ação, estado, fato ou fenômeno”<sup>9</sup>.

*Ad exemplum:*

“Art. 1º Os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, órgãos da Justiça Ordinária, *serão* criados pela [...]”.

“Art. 4º [...]”.

“Parágrafo único. Em qualquer hipótese, *poderá* a ação [...]”.

“Art. 5º O juiz *dirigirá* o processo [...]”.

“Art. 6º O juiz *adotará* em cada caso [...]”.

“Art. 7º [...]”.

“Parágrafo único. Os juízes leigos *ficarão* impedidos de [...]”.

“Art. 8º. Não *poderão* ser partes, no processo [...]”.

“§ 1º Somente as pessoas físicas capazes *serão* admitidas a propor ação [...]” (Note-se a expressão *propor* e o fato de não serem referidas pelo legislador as ações já propostas.).

“§ 2º O maior de dezoito anos *poderá* ser autor [...]”.

“Art. 9º Nas causas de valor até vinte salários mínimos, as partes *comparecerão* pessoalmente [...]”.

“§ 2º O juiz *alertará* as partes da conveniência [...]”.

7 SILVA, De Plácido e. *Vocabulário jurídico*. São Paulo: Forense, 1961. v.2 – D-I, p. 854.

8 *Ibidem*, p. 853.

9 CEGALLA, Domingos Paschoal. *Novíssima gramática*. 31. ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 1989. p. 162.

“§ 3º O mandato ao advogado *poderá* ser verbal [...]”.

“§ 4º O réu, sendo pessoa jurídica ou titular de firma individual, *poderá* ser [...]”.

“Art. 10. Não se *admitirá*, no processo, qualquer forma de [...]”.

“Art. 12. Os atos processuais *serão* públicos e *poderão* realizar-se [...]”.

“Art. 13. Os atos processuais *serão* válidos sempre que [...]”.

“§ 2º A prática de atos processuais em outras comarcas *poderá* ser [...]”.

“§ 3º Apenas os atos considerados essenciais *serão* registrados [...]”.

“§ 4º As normas locais *disporão* sobre a conservação [...]”.

“Art. 14 [...]”.

“§ 1º Do pedido *constarão*, de forma simples [...]”.

E assim por diante.

Ora, como o legislador infraconstitucional não fez alusão nenhuma aos feitos em andamento nas Varas dos Juizados Especiais Cíveis já criados legalmente, instalados e em perfeita evidência, tinha comigo que a utilização do verbo no futuro do presente se aplicava não só às ações que naqueles Juizados seriam propostas, mas também àquelas que lá já tramitavam, na conformidade da lei do respectivo estado membro, no caso de Santa Catarina, a Lei n. 8.151, de 22 de novembro de 1990, e as que a sucederam.

Ainda, para reforçar o entendimento acima referido, observei que o mesmo legislador incumbiu o legislador estadual de dispor sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, consoante se extrai da redação do art. 93 da Lei Ordinária Federal n. 9.099/95:

“Art. 93. Lei Estadual disporá sobre o Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, sua organização, composição e competência” (*verbis*).

Aliás, nessa esteira de entendimento, o egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça baixou a Resolução n. 6/95—TJ, que foi publicada no Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina de 24 de novembro de 1995, para vigorar a partir de 26 de novembro de 1995, a qual passo a transcrever, na íntegra:

“Resolução n. 6/95—TJ

“O Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, no uso de suas atribuições,

“Considerando o disposto na Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, com vigência a partir de 26 de novembro de 1995, dispondo sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dando outras providências;

“Considerando que lei estadual *deverá* dispor sobre organização, composição e competência do ‘Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais’ (art. 93);

“Considerando que os Estados, Distrito Federal e Territórios *disporão* do prazo de seis meses, após a vigência da lei mencionada, para criação e instalação dos Juizados Especiais (art. 95);

“Considerando que o Estado de Santa Catarina dispõe de ‘Juizados Especiais de Causas Cíveis e Turmas de Recursos’ (mantidos na Lei Complementar n. 77, de 12 de janeiro de 1993, com a redação dada pela Lei n. 1.141, de 25 de março de 1993) e ‘Sistema de Juizados de Pequenas Causas’ (criado pela Lei n. 8.271, de 19 de junho de 1991);

“Considerando as conclusões tanto do ‘Colégio Permanente de Presidentes de Tribunais de Justiça’ quanto da ‘Comissão Nacional de Interpretação da Lei n. 9.099/95’, sob a coordenação da Escola Nacional da Magistratura, no sentido de que, observado o disposto no art. 96, II, da Constituição Federal, resolução do Tribunal competente implantará os Juizados Especiais Cíveis e Criminais até que lei estadual disponha sobre o Sistema de que tratam os artigos 93 e 95 da Lei n. 9.099/95;

“Resolve:

“Art. 1º. Os Juizados Especiais de Causas Cíveis e os Juizados de Pequenas Causas *exercerão* as funções estabelecidas na Lei n. 9.099/95, com a competência dos Juizados Especiais *relativamente aos processos já em andamento e daqueles que vierem a ser distribuídos*.

“Parágrafo único. Não haverá redistribuição para os Juizados Especiais Cíveis dos feitos em curso na Justiça Comum, ainda que com a anuência das partes.

“Art. 2º. Os Juizados Comuns, por seus Juízes de Direito e Juízes de Direito Substitutos, com competência criminal, em comarcas e varas especializadas ou cumulativas, aproveitadas as estruturas de recursos humanos e materiais já existentes no Poder Judiciário, *exercerão* as funções estabelecidas na Lei n. 9.099/95, com a competência dos Juizados Especiais Criminais.

“Parágrafo único. Ato do Corregedor-Geral da Justiça *disporá* sobre:

“a) padronização e conservação de documentos e peças do processo;

“b) sistema de controle centralizado das condenações impostas e transações nos Juizados Especiais Criminais;

“c) sistema de registro na comarca e de controle centralizado estadual das suspensões condicionais de processos penais (Lei n. 9.099/95, art. 89);

“d) serviços de secretaria e realização de audiências fora da sede da comarca (Lei n. 9.099/95, art. 94).

“Art. 3º. Para fins do disposto no art. 68 da Lei n. 9.099/95, *serão* utilizadas as normas atuais referentes ao Serviço de Assistência Judiciária, observado o Convênio vigente entre o Estado de Santa Catarina e a Ordem dos Advogados do Brasil, Secção de Santa Catarina.

“Art. 4º. O exercício das funções de conciliadores e juízes leigos, equiparados a auxiliares da Justiça, *será* considerado serviço público de natureza relevante, e, ainda, título em concursos para provimento de cargos no âmbito do Poder Judiciário quando por período contínuo superior a um ano.

“§ 1º. Os conciliadores e juízes leigos serão recrutados e nomeados com observância dos requisitos previstos na Lei n. 9.099/95 (art. 7º e parágrafo único do art. 73), aplicando-se, no que couber, o Ato Regimental n. 27/95.

“§ 2º Pelo exercício das funções de conciliadores e juízes leigos é vedada qualquer remuneração.

“Art. 5º. As atuais Turmas de Recursos, com estrutura de material e recursos humanos existentes e jurisdição já estabelecida, *terão* competência para conhecer e julgar os recursos previstos nos arts. 41 e 82, observando-se a parte final do art. 46 e o § 5º do art. 82, todos da Lei n. 9.099/95.

“Art. 6º. Esta Resolução entra em vigor no dia 26 de novembro de 1995.

“Florianópolis, 21 de novembro de 1995.

“Tycho Brahe Fernandes Neto

“Presidente”.



## 6. CONSTATAÇÕES DO AUTOR COM A EDIÇÃO DA RESOLUÇÃO N. 6/95 DO ÓRGÃO ESPECIAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

a) A Resolução mencionada também fez uso de verbos no futuro do presente.

b) Dentre os motivos que determinaram a edição da prefalada Resolução, encontra-se aquele que prevê que “lei estadual deverá dispor sobre organização, composição e competência do Sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais”.

c) Fez ela alusão não só aos processos que vierem a ser distribuídos, mas igualmente aos processos em andamento nos Juizados Especiais de Causas Cíveis.

d) Não determinou a redistribuição ao Juizado Comum dos processos em andamento nos Juizados Especiais de Causas Cíveis e vedou a redistribuição para os Juizados Especiais de Causas Cíveis dos processos em curso na Justiça Comum.

Em função desses particulares, repito, reforçado na Resolução mencionada, não tive dúvidas em concluir pela prematura redistribuição dos processos que estavam em curso no Juizado Especial de Causas Cíveis desta comarca de Tubarão para o Juizado Comum, e, *ipso facto*, a incompetência deste Juizado para processar e julgar aqueles feitos.

As normas jurídicas até então editadas, diga-se de passagem, não foram suficientes para convencer os magistrados no que concerne à competência dos Juizados pelos quais respondiam.

Isso foi o suficiente para a suscitação de conflitos de competência e, assim, a questão pudesse ser contornada no Estado pela jurisprudência local.

Tal foi o impasse e a quantidade de conflitos de competência que o Presidente do Tribunal de Justiça da época fez publicar em data de 11 de março de 1996, com o intuito de subsidiar a comunidade jurídica e magistrados, no que diz respeito à exegese, as Conclusões Interpretativas da Lei n. 9.099, de 26-9-95, a que chegaram os eminentes desembargadores integrantes da Seção Civil daquele Sodalício, uniformizando o entendimento no Estado de Santa Catarina acerca da competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis, conclusões que transcrevo abaixo:

“Primeira — Em princípio, as causas de procedimento especial de jurisdição contenciosa ou voluntária, elencadas no Código, ou na legislação processual extravagante, afora aquelas expressamente previstas no artigo 3º, não estão compreendidas na competência dos Juizados Especiais.

“Segunda — Havendo cumulação de pedidos de causa definida em razão da matéria e outra, *v.g.*, de natureza indenizatória, líquida, a pretensão cumulativa não poderá ultrapassar a quarenta salários mínimos, havendo presunção de renúncia da pretensão no que exceder deste limite (art. 3º, § 3º, e art. 15).

“Terceira — Havendo conexão de ações de causas aforadas perante a jurisdição comum e o Juizado Especial, a competência será da primeira.

“Quarta — Nas causas em que houve modificação da competência em razão da matéria ou da condição da pessoa, pela superveniência da Lei n. 9.099/95, o Juizado Especial deverá remeter os autos à redistribuição para a Justiça Comum.

“Quinta — Na hipótese de redistribuição, os autos serão remetidos à Vara que originariamente os encaminhou, se for o caso.

“Sexta — Reconhecida a incompetência territorial, extingue-se o processo na conformidade do art. 51, III, é incabível a declinação do foro.

“Sétima — A competência definida no artigo 3º da Lei n. 9.099/95, objetiva ou de juízo, por envolver matéria, valor e condição da pessoa, é absoluta e, desse modo, improrrogável e imodificável pela vontade das partes, sendo, portanto, obrigatória a jurisdição para as causas nela versadas, não sendo facultada a opção ao autor, ressalvada a hipótese do parágrafo 3º daquele artigo.

“Oitava — As causas compreendidas no artigo 3º, incisos II e III, não se submetem ao limite de até quarenta salários mínimos, definido no inciso I, do mesmo preceito.

“Nona — Os processos pendentes nas Turmas de Recursos, cuja competência cessou com o advento da Lei n. 9.099/95, serão remetidos ao Tribunal de Justiça, restaurada eventual distribuição anterior, se for o caso.

“Décima — O espólio, que goza de personalidade jurídica de direito processual, e o condomínio, na defesa da comunidade dos condôminos, podem litigar como autores perante o Juizado Espe-

cial, por não se incluírem no conceito de pessoa jurídica (art. 8º, § 1º).

“Décima primeira — A ação monitória não é da competência do Juizado Especial.

“Décima segunda — As questões expressamente excluídas da competência dos Juizados Especiais (art. 3º, § 2º) podem ser apreciadas na fase conciliatória, quando passíveis de solução pela vontade expressa das partes, restringindo-se o provimento do Estado, no Juizado Especial, meramente à homologação.

“Décima terceira — Autoriza o art. 57 que o acordo extrajudicial, de qualquer natureza ou valor, poderá ser homologado no Juizado Especial Cível, valendo a sentença como título executivo judicial.

“Décima quarta — O acordo celebrado pelas partes, por instrumento escrito, na forma do parágrafo único do art. 57, pode ser referendado pelo Ministério Público com atribuição em qualquer dos foros enumerados no art. 4º, valendo como título executivo extrajudicial.

“Décima quinta — A execução de títulos judiciais das causas definidas em razão da matéria (art. 3º, incisos II e III) não se submete ao limite valorativo do artigo 3º, inciso I, restrito à execução dos títulos executivos extrajudiciais (art. 3º, § 1º, inciso II).

“Décima sexta — Não há possibilidade de conflito de competência entre o Tribunal de Justiça e as Turmas de Recursos, por se tratarem de órgãos jurisdicionais de hierarquia diferente.

“Décima sétima — Em face do juízo natural para reexame das decisões proferidas pelos Juizados Especiais, compete às Turmas de Recursos processar e julgar os mandados de segurança contra atos de autoridade integrante desses Juizados.

“Décima oitava — Não haverá redistribuição para os Juizados Especiais Cíveis dos feitos em curso na Justiça Comum, ainda que com a anuência das partes.

“Décima nona — Instaurar-se-á o processo com a apresentação do pedido, escrito ou oral, à Secretaria do Juizado, mas, apenas com citação válida haverá litispendência, interrupção da prescrição, coisa litigiosa e mora do devedor.

“Vigésima — Apesar da possibilidade da Secretaria do Juizado Especial designar a sessão de conciliação, nada impede que

o Juiz togado, se entender conveniente ao serviço forense, pratique aquele ato.

“Vigésima primeira — A apresentação do pedido, escrito ou oral, dispensa a discussão dos fatos e a sustentação de tese jurídica. Suficiente, de forma resumida, é o relato do essencial.

“Vigésima segunda — A apresentação do pedido, escrito ou oral, pode ser dirigido contra pessoa incerta ou desconhecida, porém o seu endereço é indispensável.

“Vigésima terceira — Inobstante o disposto no art. 17, é vedada, de ofício, a instauração do procedimento do Juizado Especial Cível.

“Vigésima quarta — Apesar do silêncio da Lei n.9.099/95, constatando o Juiz togado defeitos ou irregularidades na apresentação do pedido, escrito ou oral, capazes de dificultar a composição do litígio, determinará que o autor o emende ou complete, no prazo de 10 (dez) dias.

“Vigésima quinta — Incabível reconvenção, pode o réu, fundado nos mesmos fatos que constituem objeto da controvérsia, deduzir na contestação pedido inverso, tramitando a ação como de natureza dúplice.

“Vigésima sexta — As exceções de suspeição, impedimento ou incompetência, são argüíveis na forma dos arts. 304/306 do Código de Processo Civil.

“Vigésima sétima — Por força do princípio da eventualidade, a contestação, oral ou escrita, deve conter toda a matéria da defesa, quer indireta ou direta.

“Vigésima oitava — A ‘pessoa de confiança’ mencionada no parágrafo único do art. 35 pode ser o conciliador, Juiz de Paz ou servidor da Justiça.

“Vigésima nona — O ‘meio idôneo de comunicação’ a que alude o parágrafo 2º do art. 13 compreende carta precatória, telex, fac-símile, carta com AR, fonograma, telegrama ou ofício circunstanciado do Juiz togado, desde que haja prova da remessa.

“Trigésima — Nada impede que entre os ‘atos considerados essenciais’ no parágrafo 3º do art. 13, para fins de registro datilográfico manuscrito, taquigráfico ou estenotipado, seja incluída a suma dos depoimentos.

“Trigésima primeira — O Juiz togado é obrigado a prolatar a sentença no feito cuja instrução probatória dirigiu.

“Trigésima segunda — Dispensável é o relatório, mas breve síntese dos fatos relevantes ocorridos em audiência deve constar da sentença, assim como os elementos de convicção do Juiz, togado ou leigo.

“Trigésima terceira — É requisito essencial da sentença a parte dispositiva.

“Trigésima quarta — Omissões na sentença prolatada pelo Juiz leigo podem ser sanadas na oportunidade de sua homologação pelo Juiz togado.

“Trigésima quinta — A ação de despejo para uso próprio compreende as para uso de ascendente ou descendente. Não estão compreendidas na competência do Juizado Especial as ações renovatória, consignatória e revisional”.

Daí resultaram respeitáveis decisões das diversas Câmaras Cíveis, como se observará a seguir.

## 6.1 Jurisprudência

“Processual – Competência – Responsabilidade civil automobilística – Danos pessoais – Competência do Juizado Especial.

“Compete ao Juizado Especial de Causas Cíveis julgar as ações de reparação de danos resultantes de acidente de trânsito, mesmo que haja pedido de alimentos, dado a natureza extracontratual da verba” (Conflito de Competência n. 1996.000059-3, de Tubarão, rel. o Des. Amaral e Silva, *in* Diário de Justiça de Santa Catarina n. 9.497, de 12-6-96).

No mesmo sentido:

“Conflito de competência. Ação de reparação de danos causados por acidente de veículo – Atropelamento com morte – Pedido de ressarcimento das despesas de funeral, indenização por danos morais e pensão mensal – Competência do Juizado Especial de Causas Cíveis.

“É competente o Juizado Especial para julgamento das ações em que os alimentos não constituem pedido principal, mas consequência da obrigação de reparar o dano e da obrigação de

indenizar fundadas nos artigos 159, 1.518 a 1.532 e 1.537 a 1.553, do Código Civil Brasileiro.

“A natureza alimentar da ação que pretende pensão e que torna incompetente o Juizado Especial, é aquela fundada no Direito de Família (CC, art. 396 e seguintes, Lei n. 6.515/77 etc.).

“Precedente jurisprudencial – Conflito de Competência n. 1996.000056-9, rel. Des. João José Schaefer.

“Aplicação do inciso II do artigo 3º da Lei n. 9.099, de 26-9-95, para reconhecer a procedência do conflito, declarando-se competente o Juizado Especial de Causa Cíveis” (Conflito de Competência n. 1996.001710-0, de Tubarão, rel. o Des. Alcides Aguiar, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.518, de 17-7-96).

Também:

“Conflito negativo de competência – Juizado Especial de Causas Cíveis – *Actio* reparatória de danos c/c pleito de verba alimentar – Exegese – Magistrado certo: o suscitado” (Conflito de Competência n. 1996.001718-6, de Tubarão, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, *in* Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 9.576, de 1º-10-96).

Ainda:

“Conflito de competência. Ação de reparação de danos fundada em acidente de trânsito. Pedido de pensão alimentar. Superveniência da Lei n. 9.099/95. Competência do Juizado Especial. Natureza extracontratual da verba.

“Compete ao Juizado Especial apreciar e julgar ações de reparação de danos ocasionados por acidente de veículos terrestres, independentemente do valor (art. 3º, inciso II, da Lei n. 9.099/95) e ainda que incluam pedido de alimentos, porquanto a natureza da verba alimentar, neste caso, é extracontratual” (Conflito de Competência n. 1996.003076-0, de Tubarão, rel. o Des. Carlos Prudêncio, *in* Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 9.601, de 8-11-96).

E assim sucederam-se outras decisões, sempre na conformidade das conclusões interpretativas, acima referidas, a que chegaram os excelentíssimos Desembargadores integrantes das Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça, como se continuará a observar, inclusive no que tange à competência das Turmas de Recursos, assim declinadas:

“Juizado Especial Cível – Conflito negativo de competência – Lei n. 9.099/95 – Art. 8º — Exegese – Impossibilidade de serem partes restritas as empresas públicas – Centrais Elétricas do Sul do Brasil S.A. (Eletrosul) — Empresa enquadrada como sociedade de economia mista – Distinção inarredável para classificação – Juiz certo: o suscitado” (Conflito de Competência n. 1996.003071-9, de Tubarão, relator o Des. Francisco Oliveira Filho. Suscitante: Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Tubarão. Suscitado: Dr. Juiz de Direito do Juizado Especial Cível da comarca de Tubarão. *In* Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina n. 9.506 de 25-6-96).

“Conflito de competência – Juizado Especial – Lei Processual – Aplicação imediata – Condomínio – Pessoa formal – Inteligência do § 1º do art. 8º da Lei n. 9.099/95 – Competência do Juizado Especial – Precedentes da Corte.

“As normas de caráter processual têm plena e imediata eficácia, atingindo de pronto todas as lides pendentes, sem, contudo, retroagir ou ferir atos judiciais válidos e consumados.

“E, assim, resulta a conclusão décima da colenda Seção Civil que ‘o espólio, que goza de personalidade jurídica de direito processual, e o condomínio, na defesa da comunidade dos condôminos, podem litigar como autores perante o Juizado Especial, por não se incluírem no conceito de pessoa jurídica (art. 8º, § 1º)’. (Des. Francisco Borges, CC n. 1996.000200-6, DJ n. 9.480, de 16-5-96, p. 12)” (Conflito de Competência n. 1996.000060-7, de Tubarão, rel. Des. Orli Rodrigues, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.515, de 8-7-96).

“Competência – Juizado Especial – Ação de despejo por falta de pagamento c/c cobrança de alugueres – Art. 3º, I e III, da Lei n. 9.099/95 c/c arts. 5º, II, LC n. 77/93; 98, I, CF/88 e 80 da Lei n. 8.245/91 – Atribuição que refoge à competência do Juízo Cível Comum, salvo para a ação de cobrança se de valor superior a 40 salários mínimos – Não conhecimento e remessa dos autos à Turma Recursal.

“*Ex vi* do disposto no art. 80 da Lei n. 8.245/91, para fins do art. 98, I, da CF/88, as ações de despejo poderão ser consideradas como causas cíveis de menor complexidade. Não alcançada pela revogação a que se refere o art. 97 da Lei n. 9.099/95, a Legislação Estadual concorrente (LC n. 77/93), é consentâneo es-

tender a competência do Juizado Especial em relação às ações de despejo por falta de pagamento, denúncia vazia etc., por isso que de ordinário não mais complexas que a de para uso próprio” (Ap. Cív. n. 1996.004024-2, de Taió, rel. Des. Alcides Aguiar, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.576, de 1º-10-96).

*Idem*: Apelação Cível n. 1997.001920-3, da Capital, relator o Des. Francisco Borges, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.700, de 8-4-97; Apelação Cível n. 1997.000919-4, de Joinville, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.708, de 18-4-97; Conflito de Competência n. 1997.014325-7, de Tubarão, rel. o Des. Vanderlei Romer, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.903, de 19-6-98.

“Conflito de competência – Ação proposta por condomínio contra condômino para cobrança de taxas condominiais – Distribuição à Vara Cível Comum – Remessa dos autos ao Juizado Especial de Causas Cíveis – Conflito por este suscitado, improcedente.

‘O condomínio não é uma pessoa jurídica no sentido rigorosamente formal, constituindo, outrossim, uma realidade jurídica qualificada para agir, ativa e passivamente, em juízo, na defesa dos direitos e interesses da comunidade dos condôminos que abrange’ (Conflito de Competência n. 96.001670-8, Des. Francisco Borges).

“Razão, pois, acudiu à eg. Seção Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando seus ilustres membros, visando à uniformização exegética da novel Lei n. 9.099/95, concluiu que: ‘O espólio, que goza de personalidade jurídica de direito processual, e o condomínio, na defesa da comunidade dos condôminos, podem litigar como autores perante o Juizado Especial, por não se incluírem no conceito de pessoa jurídica (art. 8º, § 1º). Competência do Juizado Especial de Causas Cíveis” (Conflito de Competência n. 1996.005522-3, da Capital, rel. o Des. Alcides Aguiar, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.589, de 22-10-96).

“Competência recursal. Causa cível de menor complexidade. Ação de reparação de danos causados em acidente de veículo. Art. 3º, II, da Lei n. 9.099/95.

‘As causas compreendidas no artigo 3º, II, III, não se submetem ao limite de até quarenta salários mínimos, definido no inciso I, do mesmo preceito’ (Seção Civil/TJSC, 8ª Conclusão, de 5-3-96)” (Ap. Cív. n. 1996.008076-7, de Ponte Serrada, rel. o Des.



Francisco Borges, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.589, de 22-10-96).

“Conflito negativo de competência – Juizado Especial Cível – Pessoa jurídica no pólo ativo – Trânsito em julgado da sentença – Competência do Juizado Especial para processar a execução de seus julgados. Exegese dos arts. 3º, § 1º, inc. I, e 52, da Lei Federal n. 9.099/95, e 575, inc. II, do CPC. Provimento do conflito.

‘A vigência imediata da norma processual de competência só sofre restrições em se tratando de processo onde foi proferida sentença, ponto em que a lei nova tem efeito imediato mas não retroativo’ (Conflito de Competência n. 1996.005305-0, de Tubarão, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 22-10-96)” (Conflito de Competência n. 1996.003150-2, de Tubarão, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.667, de 18-2-97).

“Competência – Juizado Especial Cível e Justiça Comum – Ação possessória sobre bem imóvel de valor não excedente a 40 (quarenta) vezes o valor do salário mínimo – Exegese do art. 3º, IV, da Lei Federal n. 9.099/95 – Conflito improcedente – Competente o Juiz suscitante.

1. ‘O Juizado Especial Cível tem competência para conciliação, processo e julgamento das causas cíveis de menor complexidade, assim consideradas: I – as causas cujo valor não exceda a 40 (quarenta) vezes o salário mínimo; [...] IV – as ações possessórias sobre bens imóveis de valor não excedente ao fixado no inciso I deste artigo’ (art. 3º da Lei Federal n. 9.099/95).

2. ‘A competência definida no art. 3º da Lei n. 9.099/95, objetiva ou de juízo, por envolver matéria, valor e condição da pessoa, é absoluta e, desse modo, improrrogável e imodificável pela vontade das partes, sendo, portanto, obrigatória a jurisdição para as causas nela versadas, não sendo facultada a opção do autor, ressalvada a hipótese do § 3º daquele artigo’ (Conclusão Sétima) (*in* CC n. 1997.006734-8, de Joinville, julgado em 25-11-97, rel. Des. Francisco Oliveira Filho)” (Conflito de Competência n. 1997.006736-4, de Joinville, rel. Des. Orli Rodrigues, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.884, de 6-1-98).

*Idem*: Conflitos de Competência ns. 1996.010015-6, de Blumenau, relator o Des. Nelson Schaefer Martins, decisão proferida em data de 6 de março de 1997, e 1996.012093-9, da Capital, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, decisão proferida em 9 de setembro

de 1997; Apelações Cíveis ns. 1996.006869-4, de Timbó, relator Des. Alcides Aguiar, decisão proferida em 22 de maio de 1997; 1997.005057-7, da Capital, relator Des. Pedro Manoel Abreu, decisão proferida em 5 de junho de 1997; 1997.004871-8, de Biguaçu, relator Des. Silveira Lenzi, decisão proferida em 10 de junho de 1997; 1997.011251-3, da Capital, relator o Des. Nilton Macedo Machado, decisão proferida em 17 de dezembro de 1998.

## CONCLUSÃO

Como se pode perfeitamente observar, razões não faltaram para justificar a gama enorme de recursos utilizados para obter subsídios acerca da competência dos Juizados Especiais Cíveis, em face da edição da Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995.

O trabalho limitou-se ao aspecto da competência dos Juizados Especiais Cíveis, no âmbito da Justiça do Estado de Santa Catarina, no período inicial de observação e aplicação da Lei n. 9.099/95.

Na verdade, fiéis à uniformização exegética e às conclusões interpretativas, obtidas unanimemente pelos membros da colenda Seção Civil do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, os ilustres Desembargadores proferiram diversas decisões, que passaram a ser observadas pelos não menos ilustres Juizes de primeiro grau de jurisdição, do mesmo Estado.

De tais decisões extraem-se afirmações peremptórias de que a competência dos Juizados Especiais Cíveis é absoluta, uma vez que dizem respeito à matéria (*ratione materiae*) e à condição da pessoa (*ratione personae*), louvando-se nas disposições dos arts. 3º e 8º da Lei Federal n. 9.099/95. Extrai-se, ainda, que a Lei nova não atinge os atos processuais já realizados ou, em outras palavras, não retroage para atingir os referidos atos (art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal/1988, e art. 6º da Lei de Introdução ao Código Civil). Contudo, é aplicada aos atos processuais por praticar, nos processos em andamento e naqueles, por natural, que forem aforados. É, em outras palavras, a adoção do sistema do isolamento dos atos processuais, previsto no Direito brasileiro, respeitante à eficácia da lei processual no tempo.

Do estudo efetuado, retirei também os seguintes ensinamentos:

Percebi que o intérprete de uma lei não deve limitar-se ao sentido literal das palavras, como fiz, para necessitar o pronunciamento dos eminentes Desembargadores do colendo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, nos conflitos de competência que suscitei. É bem verdade que Suas Excelências, por ocasião dos julgamentos, silenciaram no que diz respeito à utilização, pelo legislador ordinário, dos verbos inseridos no texto legal no futuro do presente. Mas, colocado esse particular de lado, concluí que não deve o intérprete, na tarefa hermenêutica, utilizar-se tão-somente da interpretação gramatical. Em princípio, deve esta (interpretação gramatical), tão-somente, servir de partida. Isoladamente, não está entre as melhores maneiras de se interpretar uma lei. Deveria, isso sim, ter utilizado também a interpretação teleológica ou finalística, aquela que busca encontrar os fins da norma legal construída, no caso a Lei Federal n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Aliás, tal conclusão restou-me segura quando extraí o pronunciamento feito pelo Ministro Hahnemann Guimarães por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 9.189, acórdão de 3-8-48:

“Não se deve, na interpretação da lei, observar estritamente a sua letra. A melhor interpretação, a melhor forma de interpretar a lei não é, sem dúvida, a gramatical. A lei deve ser interpretada pelo seu fim, pela sua finalidade. A melhor interpretação da lei é, certamente, a que tem em mira o fim da lei, é a interpretação teleológica”<sup>10</sup>.

Por sinal, o sistema legal brasileiro exige a utilização da interpretação teleológica ou finalística quando estatui no art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil (LICC) que: “Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum”.

Nesse passo, doutrinadores e estudiosos deste Diploma Legal repetidamente vêm sustentando que a nova ordem não permite, no processo especialíssimo, dos Juizados Especiais de Causas Cíveis, formalismo e lentidão, tão comuns no processo tradicional. Para tanto, baseiam-se nos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, que o

---

10 *Revista Forense*, São Paulo, n. 127, p. 394.

legislador fez consignar no art. 2º da referida Lei e que deverão ser observados pelo Juiz na condução do feito. A vontade do legislador é cristalina ao pretender facilitar o acesso à Justiça, agilizar o processo, torná-lo mais barato e proporcionar aos jurisdicionados, por fim, uma resposta rápida, eficaz e justa do Poder Judiciário. Ao meu ver, em síntese, observam-se, no aludido dispositivo legal, a vontade do legislador e os fins da norma legal.

Agora, posso perfeitamente compreender a lição de Kazuo Watanabe de que “os Juizados Especiais foram idealizados para resolver o problema do acesso à justiça e não o problema da própria justiça, devendo a competência destes ser interpretada de maneira restritiva, sob pena de inviabilização de funcionamento segundo os princípios em que foram concebidos”. De igual sorte, as palavras do eminente Des. Eder Graf: “Razões de política judiciária recomendam não sobrecarregar-se os Juizados Especiais, em fase de implantação, com ações cujo rito específico não se coaduna com a lei que os disciplinou” (Conflito de Competência n. 839, de Tubarão, *in* Diário da Justiça de Santa Catarina n. 9.462, de 19-4-96).

Com efeito, vislumbro como atualíssima a lição do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira:

“[...] Como diria o notável De Page, o juiz não pode quedar-se surdo às exigências do real e da vida. O direito é uma coisa essencialmente viva. Está ele destinado a reger homens, isto é, seres que se movem, pensam, agem, mudam, se modificam. O fim da lei não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e, sim, manter contato íntimo com esta, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí resulta que o direito é destinado a um fim social, de que deve o juiz participar ao interpretar as leis, sem se aferrar ao texto, as palavras, mas tendo em conta não só as necessidades sociais que elas visam disciplinar, como ainda as exigências da justiça e da equidade, que constituem o seu fim”<sup>11</sup>.

Por fim, em comunhão com a vontade expressada pelo legislador e os fins da norma legal acima mencionada, penso que o momento histórico vivenciado pela sociedade brasileira está a exigir a instalação urgente de outras Varas de Juizados Especiais Cíveis. É que, ao que se constata, as causas cíveis de menor complexidade, de competência desses Juizados, aumentam

---

11 Revista da AMAGIS. vol. XI, p. 353.

assustadoramente e, pela quantidade, num futuro bem próximo, por certo, estarão inviabilizados tais Juizados, para a tristeza de seus idealizadores e da própria sociedade.

# ASPECTOS ÉTICOS E JURÍDICOS DA TRANSFUÇÃO DE SANGUE EM TESTEMUNHAS DE JEOVÁ

Jorge Luis Costa Beber

Juiz de Direito

Tema dos mais angustiantes para a classe médica é, e sempre foi, o enfrentamento dos procedimentos envolvendo a transfusão de sangue nos pacientes adeptos das posturas religiosas defendidas pelas Testemunhas de Jeová.

Como o médico deverá agir caso o destino ponha em seu caminho uma Testemunha de Jeová que, sob sua ótica clínica, para evitar o óbito, necessite de transfusão de sangue?

O assunto, por óbvio, deve ser tratado sem dogmas, sem preconceitos, com elevação de espírito, mas umbilicalmente associado ao sistema jurídico vigente entre nós, ou seja, cotejando-se dois mandamentos assegurados na Constituição da República: o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à inviolabilidade da liberdade de crença religiosa (art. 5º, inc. VI).

Para o perfeito entendimento da matéria objeto do presente estudo, impõe-se, proemialmente, perscrutar, sob o aspecto bíblico, quais os fundamentos que norteiam a postura adotada pelas Testemunhas de Jeová para rechaçar qualquer espécie de transfusão de sangue, até mesmo a autotransfusão com coleta pré-operatória, armazenamento e reinfusão posterior.

Com efeito, segundo a crença das Testemunhas de Jeová, foi o Criador quem impôs a toda a humanidade a obrigação de evitar a ingestão de sangue, sobretudo nas seguintes passagens bíblicas: “Somente a carne com a sua alma — seu sangue — não deveis comer” (Gênesis 9:3,4); “[Tendes] de derramar seu sangue e cobri-lo com pó” (Levítico 17:13,14); “Que se abstenham [...] da fornicção, e do estrangulado, e do sangue” (Atos 15:19-21).

As Testemunhas de Jeová, escudadas pelo princípio da sua fé, sustentam, em resumo, que a Palavra de Deus, traduzida pelos princípios bíblicos, deve ser defendida incondicionalmente, pois crêem que, como criador do homem, Deus sabe o que é melhor para a sua criação.

Destarte, assim como pregam os ensinamentos inculpidos na bíblia acerca de assuntos como a honestidade, a moralidade, a neutralidade, dentre outros, as Testemunhas de Jeová também defendem, com a mesma firmeza, a sua convicção atinente à lei de Deus sobre o sangue<sup>1</sup>.

Ressalta-se, por oportuno, que as Testemunhas de Jeová, tanto quanto qualquer outra pessoa, amam a vida, querem viver, não se intitulam mártires nem defendem a cura pela fé. Também não se insurgem contra a prática da medicina, buscando, todavia, o prolongamento da vida com arrimo nos ensinamentos bíblicos. É justamente por isso que, por um lado, as Testemunhas de Jeová não se negam a buscar auxílio médico, mas, por outro, optam por tratamentos alternativos, isentos de sangue, quando informadas que a transfusão se afigura como meio convencional ou indicado para o enfrentamento da enfermidade da qual estão acometidas. Em outras palavras: as Testemunhas de Jeová não admitem a transfusão, mas aceitam a quase totalidade das intervenções médicas, sujeitando-se, também, a um expressivo número de procedimentos cirúrgicos, sem ressalvas aos anestésicos, aos expansores de volume de plasma, à hemodiálise, dès que usada em circuito fechado e se não estiver envolvido o armazenamento de sangue<sup>2</sup>, não estando igualmente descartada a possibilidade de

---

1 Lei de Deus em Deuteronômio 12:23: “Toma a firme resolução de não comer o sangue.”, acrescentando o versículo 25: “Toma a firme resolução de não comer, para que te vá bem a ti e a teus filhos depois de ti, pois farás o que é direito aos olhos de Jeová.”

2 Revista *A Sentinela*, 1º de março de 1989, p. 30-31.

aceitação das chamadas imunoglobulinas séricas<sup>3</sup> e a hemodiluição induzida<sup>4</sup>.

No tocante aos aspectos éticos e legais que dimanam do confronto entre a medicina e as convicções religiosas acima referidas, colhe-se do manual denominado “Cuidados com a Família e Tratamentos Médicos para as Testemunhas de Jeová”<sup>5</sup> diversas referências de autores e tribunais estrangeiros prestigiando, na escolha do tratamento dos filhos, a decisão tomada pelos respectivos pais, citando-se, apenas para ilustrar, as seguintes passagens: 1) O Supremo Tribunal do Canadá sufragou que o direito constitucional dos pais à liberdade religiosa inclui o direito de decidir o tratamento médico para seus filhos, extraindo-se de precedente daquela Corte, relatado pelo Ministro La Forest, o seguinte excerto: “Parece-me que o direito dos pais, de decidir criar seus filhos segundo as suas crenças religiosas, inclusive o de escolher os tratamentos médicos e outros, é um aspecto igualmente fundamental na liberdade de religião”. 2) A Dra. Maria de Fátima Abrantes Duarte, de Portugal, na obra “O Poder Panernal Contributo para o Estudo do seu Actual Regime”, deixou assentado: “Se o carácter do tratamento for de extrema urgência e os pais se opõem, parece que a equipe médica não pode efectuar os tratamentos necessários, dado serem os pais os principais encarregados de velar pela saúde e segurança dos filhos menores.” 3) Na Inglaterra, no mesmo diapasão, foi defendida a necessidade de os médicos buscarem opções aceitáveis aos pais: “Em qualquer situação que seja menos do que iminente de risco de vida, os que têm a responsabilidade médica para com a criança devem consultar os pais, e considerarão, em toda oportunidade, todas as formas alternativas de tratamento sugeridas pelos pais.” 4) Nos Estados Unidos a situação também foi enfrentada pelo respectivo Supremo Tribunal, citando o manual antes referido as seguintes passagens: “A decisão de prover ou reter um tratamento que tenha indicação médica é, exceto em circunstâncias altamente incomuns, feita pelos pais ou pelo tutor legal.” E mais: “Simplesmente porque a decisão de um pai ou mãe [...] envolve riscos, isto não transfere automática-

---

3 Revista *A Sentinela*, 1º de junho de 1990, p. 30-31.

4 Revista *A Sentinela*, 1º de março de 1989, p. 3-5 e 15.

5 Watch Tower Bible And Tract Society of Pennsylvania, *Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados*.



mente o poder de decisão dos pais para algum órgão ou autoridade do Estado.” Ainda, no mesmo compêndio, há registros acerca da necessidade do consentimento dos pais em diversos Códigos de Ética de diversos países, como o Chile, Colômbia e Espanha.

No Brasil, defendendo a idéia da recusa a tratamento médico, motivada por convicção religiosa, destaca-se o advogado criminalista Paulo Sérgio Leite Fernandes, que concluiu consulta formulada pela Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados com as seguintes afirmações: a) a recusa a tratamento médico tem proteção constitucional; b) não se compreende na condição de abandonada ou extraviada a criança que tem pai ou responsável para protegê-la, optando por um ou outro tratamento médico; c) os juízes, ao autorizarem transfusões de sangue, suprimindo a resistência do paciente ou dos representantes legais dos menores, devem precaver-se, requisitando prova escrita da pureza do sangue; d) as crianças, com base no Estatuto da Criança e do Adolescente, têm direito à liberdade de crença; e) a manifestação de vontade feita na plenitude da capacidade da pessoa que, proibindo o uso de sangue alheio em seu corpo, vem a tornar-se incapaz por enfermidade ou acidente qualquer prevalece para todos os efeitos, obrigando médicos, instituições e interessados diversos; f) a liberdade de crença, inscrita no plano geral da liberdade de opinião, prefere a qualquer argumento de natureza inferior; g) há tratamentos alternativos, substituindo o sangue com eficácia análoga e menores riscos; h) diante das moléstias viróticas mortais, os estabelecimentos de ensino médico e hospitais devem ministrar urgentemente ensinamentos sobre tratamentos alternativos substitutivos das transfusões de sangue, minimizando as possibilidades de contágio.

O Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Titular de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da USP, mediante parecer também encomendado pela Sociedade Torre de Vigia de Bíblias e Tratados, que representa legalmente as Testemunhas de Jeová, depois de discorrer sobre os preceitos insculpidos na Carta Magna vigente e em Constituições pretéritas, que asseguram o direito à privacidade e à liberdade religiosa, respondeu a diversos questionamentos que lhe foram dirigidos, defendendo a idéia segundo a qual o paciente tem direito constitucional de recusar a transfusão de sangue, mesmo quando houver iminente perigo de vida, pois a

expressão da sua liberdade, tanto no âmbito da intimidade, como da crença religiosa, sobrepõe-se aos deveres do médico, que se esgotam com a informação ao paciente do juízo que faz a propósito da necessidade ou conveniência do ato ou tratamento sugerido, e das conseqüências prováveis de uma recusa.

A matéria sob exame inocultavelmente se afigura complexa e polêmica, justo que envolve um aparente conflito entre posições que dimanam da crença religiosa e do direito à vida, que é sabidamente indisponível, estando as duas situações elevadas ao patamar de preceitos constitucionais.

Com efeito, como se disse alhures, o art. 5º da Constituição Federal vigente dispõe que “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a *inviolabilidade do direito à vida* [...]” (grifei).

De outra parte, o inciso VI do mesmo art. 5º determina: “é inviolável a liberdade de consciência e de crença [...]”, enquanto o inciso VIII enfatiza: “ninguém será privado de direito *por motivo de crença religiosa* [...]” (grifei).

Em que pese aparentemente patenteado, sob a ótica do tema sob exame, o conflito entre a inviolabilidade do direito à vida e à liberdade de crença religiosa, é preciso ressaltar, com ênfase, que o direito, sobretudo aquele envolvendo a Lei Maior, não admite a existência de antinomias, decorrendo desta afirmação aquilo que se convencionou denominar de princípio da unidade da Constituição que rechaça a possibilidade de um direito desigual ou contraditório, não pactuando com a concepção das normas por linhas tortas, ao invés de uma construção mediante linhas retas e uniformes.

Segundo Luís Roberto Barroso<sup>6</sup>, “A idéia de unidade da ordem jurídica se irradia a partir da Constituição e sobre ela também se projeta. Aliás, o princípio da unidade da Constituição assume magnitude precisamente pelas dificuldades geradas pela peculiaríssima natureza do documento inaugural e instituidor da ordem jurídica. É que a Carta fundamental do Estado, sobretudo quando promulgada em via democrática, é o produto dialético do confronto de crenças, interesses e aspirações distintos, quando não colidentes. Embora expresse um consenso fundamental quanto a deter-

---

6 *Interpretação Aplicação da Constituição*, Saraiva, 5ª ed., p. 196.

minados princípios e normas, o fato é que isso não apaga o ‘pluralismo e antagonismo de idéias subjacentes ao pacto fundador’.”

E mais adiante acrescenta: “É precisamente por existir pluralidade de concepções que se torna imprescindível a unidade na interpretação. Afinal, a Constituição não é um conjunto de normas justapostas, mas um sistema normativo fundado em determinadas idéias que configuram um núcleo irreduzível, condicionante da inteligência de qualquer de suas partes. O princípio da unidade é uma especificação da interpretação sistemática e impõe ao intérprete o dever de harmonizar as tensões e contradições entre normas.” Em outras palavras: as normas constitucionais devem ser interpretadas de tal maneira que evitem contradições com outras normas constitucionais, daí por que lícito é concluir que a finalidade do princípio da unidade “é a busca do ponto de equilíbrio diante das discrepâncias que possam surgir na aplicação das normas constitucionais, cuidando de administrar eventuais superposições”<sup>7</sup>.

Nesse contexto, parece propício citar a posição adotada por Klaus Stern, citado pelo autor antes referido, para quem “os conflitos somente se podem resolver na medida em que se chega à conclusão de que disposição constitucional é a quem tem maior peso para a questão que se vai decidir em concreto”<sup>8</sup>.

Exemplificando a situação acima anunciada, ressalto que a Carta Magna consagra a plena liberdade de imprensa (art. 220), assim entendida a liberdade de manifestação, de crítica e de pensamento, reconhecidamente indispensável como instrumento de realização da democracia.

Todavia, não se pode esquecer que, ao lado destes direitos conferidos aos meios de comunicação, há outros de igual hierarquia, também consagrados pela Constituição, ou seja, o direito da inviolabilidade da vida privada, da intimidade, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X), seja qual for a atividade lícita que exerçam.

Diante dessas duas normas constitucionais, em muitos casos, ocorre um aparente conflito entre elas, ou seja, por um lado a liberdade de crítica, por meio da imprensa escrita, que, como já se

7 Luís Roberto Barroso, ob. cit., p. 197.

8 BverfGE, 28, 243 (261), V.K. Stern, *Derecho del Estado de la República Federal Alemana*.

disse, é acolhida pela Lei Maior, e, por outro, o excesso e o abuso, que ferem o direito individual e violam a honra e a imagem das pessoas.

Como resolver tal impasse? Pela interpretação harmônica na busca do ponto de equilíbrio entre as duas normas. E tal harmonia e equilíbrio dimanam de uma afirmação inatacável, ou seja, não há direito absoluto. Nem mesmo o direito à vida é ilimitado, justo que sucumbe à legítima defesa. Não se pode, por isso, compreender que a liberdade de imprensa seja inatingível, razão pela qual, mesmo no exercício do direito de informar, de exercer a crítica, há uma linha limítrofe que deve ser observada.

Por isso, no cotejo das duas normas constitucionais, a interpretação mais harmônica e compatível com a razoabilidade é aquela que reconhece a impossibilidade de confundir o direito à crítica, sobretudo quando tendenciosa e exacerbada, com a ofensa ao nome e à honorabilidade das pessoas. Em outras palavras: na compatibilização das duas normas, há que se reconhecer que a liberdade de imprensa deve saber distinguir o que é direito do que é abuso de direito.

Primoroso precedente do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro, igualmente citado por Luís Roberto Barroso, dá a exata dimensão do princípio da unidade acima enfocado. Veja-se:

“Sempre que princípios constitucionais aparentam colidir, deve o intérprete procurar recíprocas implicações existentes entre eles até chegar a uma inteligência harmoniosa, porquanto, em face do princípio da unidade constitucional, a Constituição não pode entrar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém. Assim, se ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação contrapõe-se o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem, segue-se como consequência lógica que este último condiciona o exercício do primeiro, atuando como limite estabelecido pela própria Lei Maior para impedir excessos e abusos.”<sup>9</sup>

A transposição dos princípios acima perscrutados para o tema objeto do presente estudo passa, necessariamente, pela exata compreensão dos dispositivos constitucionais aparentemente colidentes.

---

9 TJRJ, DORJ, 29-8-2002, p. 352, AC n. 29.708-01, rel. Des. Sérgio Cavalieri Filho.

Com efeito, o direito à vida é o primeiro dos direitos. É o que pressupõe todos os outros direitos, daí por que não se admite entre nós a idéia do suicídio e da eutanásia, condenando-se toda e qualquer experiência que ponha em risco a existência humana. Como corolário disso, zelar pela subsistência e cuidar do amparo daqueles que, por si sós, não têm capacidade de manter-se, é dever que se impõe precipuamente ao Estado.

A liberdade religiosa, por sua vez, situa-se no âmbito da liberdade de consciência, ambas decorrentes de um princípio mais amplo, representado pelo princípio de pensamento, e que consiste, objetivamente, na livre escolha pelo indivíduo da sua crença ou religião. O indivíduo pode optar por ter alguma crença ou não ter crença alguma. Ser teísta ou ser ateu. Ser favorável ou contra determinada religião.

Pois bem, diante dessas referências conceituais, antes de discorrer propriamente sobre a solução do aparente conflito de normas, forte no princípio da unidade antes referido, destaco um ponto de fundamental importância, ou seja, se a situação clínica não é de manifesta urgência, com risco de vida, a manifestação do paciente acerca do tratamento e da própria internação merece ser respeitada.

Nesse sentido, colhe-se do magistério de Carlos Alberto Bitar<sup>10</sup>: “Com referência às intervenções cirúrgicas, há que observar, de início, a imperatividade da anuência do interessado, ou de quem o represente, dispensável apenas quando em estado de necessidade (Código Civil, art. 160)”, concluindo que em tais circunstâncias, ou seja, afastado o risco de vida, ao paciente “cabe definir a ação aplicável à sua condição física, não podendo o profissional (médico, dentista, ou outros), sob pena de responsabilidade – civil e penal – coagi-la a qualquer intervenção ou outro procedimento”.

Não é por outra razão, aliás, que o Judiciário, segundo estimo, deve-se abster de lançar pronunciamentos, em tais situações, sobre a necessidade deste ou daquele tipo de tratamento. Somente em situações absolutamente extremas se me afigura possível movimentar a máquina judiciária para salvaguardar o direito à vida. E isso por uma simples razão: se a hipótese não é de urgência, deve ser respeitado o direito de opção do paciente, deixando de haver conflito; por outro norte, se a situação for de emergência,

---

10 *Os Direitos da Personalidade*, Forense, Rio de Janeiro, 1ª ed., 1989, p. 72.

envolvendo risco de vida, o médico deve agir mesmo sem a autorização do paciente ou de provimento judicial, citando-se, no particular, a lição de Antônio Chaves<sup>11</sup>: “O consentimento é dispensado em intervenção de urgência”, tanto que “Não considera crime de constrangimento ilegal o art. 146, § 3º, do CP, a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal se justificada por iminente perigo de vida”.

Imagina-se, por exemplo, a hipótese de uma vítima traumatizada por acidente de trânsito, porém lúcida e capacitada, que declara expressamente a sua insurgência contra a amputação de uma das suas pernas. Por óbvio, se o médico reconhecer como indispensável a respectiva ablação, sob pena de o paciente falecer, não poderia ficar no aguardo de uma manifestação do Poder Judiciário para, somente então, concluir o procedimento recomendável. Sustentar tal posição significa, em outras palavras, defender o bizarro, pois é iniludível que o provimento judicial, mesmo diante da aludida emergência, somente seria alcançado quando em curso as exéquias do acidentado.

Giza-se que não se trata de morosidade injustificada do Poder Judiciário, pois é pueril que o juiz, ao receber um pedido para autorizar este ou aquele procedimento, não poderia se limitar a chancelar a opinião da parte que requereu, agindo como um amanuense de pareceres médicos, sobre os quais não possui nenhum conhecimento. Haveria, portanto, necessidade da consulta de outros profissionais, o que demandaria dispêndio de tempo absolutamente incompatível com a emergência constatada.

Portanto, ou há emergência, e o médico atua independentemente de autorização, agindo de acordo com a técnica que reputa pertinente à espécie, ou não há o aludido estado de necessidade ou risco de vida, situação em que a vontade do paciente deverá ser respeitada, devendo, porém, o médico ter a cautela de munir-se de declarações do enfermo anunciando a sua recusa com o tratamento sugerido, além de outras provas que estiverem a seu alcance, tudo como forma de prevenir responsabilidades.

O Poder Judiciário, obviamente, não pode substituir os médicos na avaliação do que se mostra urgente ou do que significa

---

11 *Direito à Vida e ao Próprio Corpo — intersexualidade, Transexualidade*, Ed. RT, 2ª ed., 1994, p. 247-248.

risco iminente de vida, deferindo ou indeferindo autorizações para realização de técnicas inerentes ao estudo da medicina.

Toda a profissão, como se sabe, tem os seus riscos, e com os médicos isso não é diferente, não sendo razoável supor que o Poder Judiciário pudesse ser meio ou anteparo destinado a mitigá-los.

A questão que seguramente atormenta os profissionais que exercem a medicina é aquela que dimana da subjetividade daquilo que pode ou não ser considerado incluso no conceito de gravidade ou risco de vida. Não há, todavia, motivos para apreensões, pois é sabido que em todas as áreas do conhecimento científico existem posições que convergem para um mesmo pensamento e outras que defendem outra linha de entendimento. O médico, diante de uma situação que reputa de iminente risco de vida, passível de realizar um procedimento mesmo sem a anuência do paciente, deverá ter condições de demonstrar que a técnica utilizada ou o caminho escolhido para salvar aquela vida era de todo necessário e sufragado pela literatura médica, não se podendo nunca esquecer que o exercício da medicina é obrigação de meio e não de resultado.

O que se quer ressaltar é que o direito à vida é soberano e com ele não se pode dispor ou transigir, razão pela qual o médico não tem somente o dever, mas a obrigação de salvar a vida de um paciente que corre iminente risco de óbito, independentemente de qualquer autorização, seja de Testemunha de Jeová, seja de Judeu, seja de Católico, ou de qualquer outra religião, sob pena de responder por homicídio culposo.

A crença religiosa, sem dúvida, não pode chegar ao cúmulo de conspirar para uma morte apenas e tão-somente por não reconhecer, no âmbito litúrgico, a viabilidade deste ou daquele tratamento médico.

Feitas essas considerações, como forma de resolver o aparente conflito de normas existentes entre o direito à vida e à liberdade de crença ou religião, transcrevo excertos do acórdão (TJRS — Ap. Cív. n. 595000373, 6ª Câm. Cív., julg. 28-3-1995) que apreciou o recurso contra a sentença proferida pela juíza gaúcha Matilde Chabar Maia, a mesma que foi referida no parecer encomendado pelas Testemunhas de Jeová ao Prof. Dr. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, impendendo consignar que as lúcidas e objetivas

referências lançadas pelo eminente relator, Des. Sérgio Gishkow Pereira, deliberadamente não foram referidas pelo citado parecerista.

Colhe-se do referido acórdão:

“Não nego que muitas vezes e para muitos a liberdade possa valer mais do que a vida, mas estes casos não podem ser erigidos em princípio geral; com toda vênia, é retórica perigosa asseverar que a vida não deva ser priorizada em relação à liberdade: morto nunca poderá ser livre, ao passo que, estando vivo e sem liberdade, pode lutar por esta, até mesmo com — o que pode parecer paradoxal — mas não o é — o risco da própria vida. É sofisma argumentar com os que são capazes de dar a própria vida pela liberdade”.

[...]

“Se o médico, dentro daquelas regras técnicas e científicas, fizer a transfusão de sangue, porque havia perigo iminente de vida para o paciente (novamente o art. 146 do Código Penal, em seu § 3º, inc. I), não poderá sofrer conseqüências negativas, mesmo que o paciente, seus familiares e todas as Testemunhas de Jeová do mundo não quisessem a transfusão! A liberdade de religião não pode se sobrepor à vida, nem a vida é direito disponível. Se o médico não fizesse a transfusão e como decorrência morresse o paciente, seria ele responsabilizado até por crime de homicídio culposo (imperícia) e seria responsabilizado civilmente! Só este aspecto contundente e inatacável mostra como há casos em que o médico deve fazer o que entende correto para salvar a vida do paciente, mesmo contra a vontade dele e de seus familiares, amigos, conhecidos, companheiros de religião, etc., etc.”

[...]

“O que se deve lamentar, isto sim, é que as Testemunhas de Jeová coloquem como dogma religioso uma censurável resistência à transfusão de sangue, não hesitando mesmo diante do fato de que tal resistência possa provocar risco de vida ao doente ou mesmo matá-lo. Por isso já disse, e agora insisto, que a transfusão de sangue deve ser feita pelo médico, se considerar, com bons fundamentos, indispensável para salvar a vida do paciente, mesmo contra todas as Testemunhas de Jeová do mundo inteiro. Religiões devem existir para preservar vidas e não para exterminá-las. Por isto nunca tive dúvidas em que o Judiciário pode retirar



um filho menor das mãos dos pais para que seja submetido ao tratamento necessário à preservação de sua vida, mesmo contra a vontade dos pais, seus familiares e tantos outros que se apresentam contrários, quer por motivos religiosos, quer por outros motivos”.

[...]

“É essencial ao aperfeiçoamento e à sobrevivência da humanidade que sejam respeitados direitos fundamentais do ser humano, como o direito à vida com dignidade, o direito à liberdade e outros. Precisam ser tidos como princípios gerais e universais de direito, acima até mesmo das Constituições. Nem é por outra razão que se encontram consagrados na Carta das Nações Unidas. Especificidades culturais e religiosas não se podem sobrepor àqueles direitos. Pensamento diverso, com toda a vênia, acaba conduzindo a asquerosas brutalidades, como, por exemplo, à prática de certos povos de extirparem o clitóris, para que a mulher não tenha prazer nas relações sexuais; e o fazem quando ainda criança. E é apenas um exemplo dentre muitas barbáries. Outra do mesmo jaez é a de viúvas serem obrigadas a se matar quando morre o marido. A imaginação humana é por demais fértil para a crueldade e a estupidez e sempre encontra pretextos para praticá-los”.

[...]

“Abrir mão de direitos humanos fundamentais, em nome de tradições, culturas, religiões, costumes, é, queiram ou não, preparar caminho para a relativização daqueles direitos e para que venham a ser desrespeitados por outras fundamentações, inclusive políticas”.

No mesmo julgamento o Desembargador Osvaldo Stefanello, ao proferir seu voto, acompanhando as ponderações do relator, acrescentou:

“A própria Constituição prevê, em seu art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais do homem, como direito primeiro o da inviolabilidade do direito à vida. Do direito à vida decorrem todos os demais direitos, inclusive o de liberdade de consciência e de crença ou, mais claramente, direito à religião.

“Quero dizer que não vai ser uma crença religiosa que vai deixar uma pessoa morrer, e muito menos pode um hospital ou um médico deixar uma pessoa morrer por causa dessas crenças. A li-

berdade do indivíduo não vai a ponto de ser levado ao suicídio e, muito menos, obriga o médico ou o hospital à convivência com o suicídio.

“O médico e o hospital que não dão o adequado tratamento ao paciente que lá se encontra, por qualquer tipo de crença, ou ideologia, estaria agindo contra a vida, no mínimo, agindo em convivência com o indivíduo, induzindo-o ao suicídio”.

E mais adiante acrescenta:

“Vou além: o pai ou a mãe que deixa morrer um filho por convicção religiosa não passa de um assassino. Não aceito que, por convicção de qualquer espécie, se induza à morte ou se permita que alguém morra. Porque o pai e a mãe não têm o direito à vida sobre o próprio filho. Esse direito à vida é do ser humano, do filho como ser humano. Direito à vida ou à morte das pessoas não é do pai, da mãe, ou de seita religiosa, seja lá de quem for. E ainda vou mais longe, e vejam os eminentes Colegas que eu não sou nenhum religioso, bem pelo contrário, eu sou um tanto agnóstico, e esse negócio de céu e inferno eu não sei se existe, prefiro viver bem aqui. Do outro lado é uma incógnita. É muito preconceituoso esse preceito dessa seita ‘Testemunha de Jeová’, como de outras seitas, não é a única, no sentido de que não se possa fazer transfusão de sangue de alguém. Isso é preconceito como se só os componentes dessa seita ou das outras sejam pessoas de bem – ou de bem dadas com Deus ou bem dadas com ente superior que domina ou põe ordem nessa imensa desordem que é o universo”.

Os trechos da decisão acima referida não deixam margem para dúvidas: o direito à vida é superior a qualquer outro, estando muito além do direito à liberdade de crença ou religião, não havendo razões minimamente aceitáveis para que um médico deixe de salvar uma vida, quando iminente o risco de morte, apenas por conta de uma credence ou por convicções religiosas.

O Superior Tribunal de Justiça teve a oportunidade de examinar pedido de *habeas corpus* (HC n. 7.785/SP, julg. em 5-11-98) impetrado por médico que, seguidor das convicções das Testemunhas de Jeová, impediu que colegas seus efetuassem uma transfusão de sangue numa menina, filha de seguidores da mesma seita, que acabou falecendo. Por conta disso, restou denunciado pelo Ministério Público como autor de homicídio culposo e recorreu àquela Corte visando a trancar a ação penal, argumentando, para

tanto, que a Constituição Federal regrou a liberdade de crença, impedindo que alguém seja privado de direitos por motivo de convicções religiosas.

A liminar almejada foi indeferida, permanecendo a ação penal em curso, parecendo-me conveniente, nesta oportunidade, transcrever parte do voto proferido pelo Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro:

“O Estado brasileiro é laico. Ao contrário da Constituição de 1824, não tem religião oficial. Daí, o disposto no art. 5º, VI — ‘é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias’. E no inciso VIII — ‘ninguém será privado de direito por motivo de crença religiosa ou de convicção filosófica ou política, salvo se as invocar para eximir-se de obrigação legal a todos impostas e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei’.

“No Brasil, como em todas as sociedades, há pluralidade de sistemas jurídicos. Chamar-se-á ‘oficial’ o emanado do Estado; convive, soberanamente, e ao lado de inúmeros outros ordenamentos. Exemplo: Direito canônico, Direito maçônico, Direito de Testemunhas de Jeová, Direito de Associações esportivas, culturais, filantrópicas e profissionais. A relação é meramente exemplificativa.

“Pois bem. Convivência significa harmonia, coordenação. O católico, o protestante professa livremente os seus cultos. Todavia, subordinados ao Direito do Estado brasileiro. Ou seja, eventual conflito, prevalece o último. As condições para o casamento variam segundo o Direito brasileiro e o Direito canônico. A validade do ato num e no outro setor reclama obediência ao respectivo sistema. Há alguns anos, jovem católica, concordou com o noivo em celebrar o matrimônio na Igreja Protestante, com a contrapartida de orientar os filhos na religião católica. Nascido o primeiro filho, o casal o levou para batismo na igreja da mãe. Realizada a solenidade, ao receber o certificado, o pai ficou revoltado porque o documento mencionava – filho ilegítimo. A objeção, embora humanamente compreensível, do ponto de vista jurídico não se justificava. Houve casamento segundo as leis do Estado brasileiro; não ocorrera, entretanto, consoante a igreja católica. A excomunhão é grave sanção canônica, sem, entretanto, nenhum efeito no direito do Esta-

do. O suicida é tratado diferentemente no Direito canônico e no Direito brasileiro.

“A pluralidade de sistemas, é lógico, conduz a conseqüências diversas.

“Essa realidade normativa precisa estar presente, como premissa para a solução do tema *sub judice*.

“No Direito nacional o sangue é tido como substância essencial à vida do homem e de alguns animais; poderá ser objeto material do crime de lesão corporal (art. 129), necessário que é à saúde.

“Os adeptos de Testemunhas de Jeová, ao contrário, além da realidade e características físicas, conferem-lhe natureza sacra e, por isso, intocável, impossível, então, como conseqüência, a prática da transfusão.

“O Direito Penal brasileiro volta-se para um quadro valorativo. Nesse contexto, oferece particular importância à vida (bem jurídico). Daí, por ser indisponível (o homem não pode dispor da vida). A irrelevância penal do suicídio decorre de Política Criminal, a fim de a pessoa que tentou contra a própria vítima ser estimulada a mudar de idéia, o que resultaria efeito contrário se instaurado inquérito policial, processo e, depois, condenação, cumprimento de pena.

“Em decorrência, não configura constrangimento ilegal (compelir, mediante violência, ou grave ameaça, a fazer ou deixar de fazer alguma coisa a que não está obrigada por lei) médico, para salvar a vida do paciente, de perigo iminente, promover a transfusão de sangue, se cientificamente recomendada para esse fim.

“O profissional da medicina (em qualquer especialidade) está submetido ao Direito brasileiro. Tanto assim, as normas da deontologia médica devem ajustar-se a ele. Daí, não obstante, ser adepto de Testemunhas de Jeová, antes de tudo, deve cumprir a legislação vigente no País. Comparativamente, seria o mesmo que o Juiz de Paz (agente do Estado), porque católico, recusar a celebração de casamento porque um dos nubentes é divorciado, o que é proibido pelo Direito canônico. Hoje, tal pessoa pode, consoante as leis brasileiras, celebrar matrimônio”.

Derradeiramente, consigno que a liberdade de crença e religião, embora prevista constitucionalmente, não escapa a uma crítica que me parece absolutamente pertinente, ou seja, a religiosi-

dade como fator de alienação, magistralmente desenvolvida por Orlando Soares<sup>12</sup> ao comentar o art. 5º, inc. VI, da Constituição Federal:

“O fenômeno consistente na alienação, de natureza médico-psiquiátrica, corresponde à privação de sentido, da razão, fazendo com que o indivíduo seja ‘outro’, e não o próprio, indicando loucura, demência, perturbação mental, passageira ou permanente.

“Em suma, simbolicamente, alienação é uma anormalidade, algo interior, a razão que transfere mentalmente o indivíduo para outro plano, mais ou menos indefinido, como lembramos noutra trabalho (O Fantasiado e o Real, p. 145 e segs.).

“Em resumo, a alienação resulta de causas endógenas (biológicas, genéticas) e exógenas (fatores sociais, religiosos, econômicos), que influem sobre o psiquismo do indivíduo ou da coletividade, neste último caso, sob o aspecto de inconsciente coletivo, como ressaltamos alhures (Filosofia Geral e Filosofia do Direito, p. 149 e segs.).

“Daí o fanatismo religioso, em seus vários aspectos: ora conduz ao assassinato, à guerra, ora ao suicídio individual e coletivo; abstrações, visões; renúncia à luta pelo direito; submissão à imaginária vontade divina.

“Nessa ordem de idéias, vale lembrar que, desde as suas origens primitivas, tribais, as religiões sempre induziram os indivíduos à alienação, com os apelos ao sobrenatural, às divindades misteriosas, vingativas, truculentas, que exigiam obediência total, sacrifícios, oferendas, sob pena de castigo, expiação, condenação eterna.

“Com isso, engendrou-se a concepção de que os seres humanos vivem em pecado, ofendendo os deuses, e assim não merecem perdão, salvação, exceto se cumprirem determinadas exigências, daí, por exemplo, a venda de indulgências, no âmbito do cristianismo, uma das causas que ocasionaram a Reforma Protestante”.

Nesse contexto, sem dúvidas, se enquadra a resistência incondicional das Testemunhas de Jeová no tocante à transfusão de sangue, o que não se sustenta à luz do Direito vigente entre nós, como de resto em todos os países civilizados.

---

12 *Comentários à Constituição da República Federativa do Brasil*. Forense, 11ª ed., p. 157-158.

Conclusões: 1) no confronto entre o direito à vida e o direito à liberdade, prevalece o primeiro, que é indisponível; 2) a liberdade de crença ou religião não está acima da ordem jurídica vigente no País, devendo a ela submeter-se, daí por que não se afigura lícito que alguém mate ou permita que alguém morra por convicção religiosa; 3) o médico ou o hospital, diante de risco iminente de vida, deve tomar todas as providências que julgar cabíveis para evitar o óbito, ainda que não haja anuência do paciente com a forma de tratamento; 4) a ciência médica, como qualquer outra, é pautada, em muitos casos, por linhas de pensamento envolvendo técnicas diferentes, servindo como justificativa para evidenciar o risco de vida a alegação de qualquer uma das correntes com amparo científico e prevista na literatura médica; 5) nos casos em que não houver risco de vida, a vontade do paciente deve prevalecer; 6) o Poder Judiciário não serve como meio para mitigar os riscos da atividade médica, não sendo os juízes as pessoas mais indicadas para autorizarem esta ou aquela forma de tratamento; 7) a religião pode servir como instrumento para alienação, viabilizando a recusa de direitos fundamentais, dentre eles a própria vida.

# JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL ESTADUAL: NOTAS PARA COMPREENDER SUA PROBLEMÁTICA NO ÂMBITO DA FEDERAÇÃO BRASILEIRA

Ruy Samuel Espíndola<sup>1</sup>

1. *Considerações iniciais.* 2. *Direito Constitucional e Federação: a problemática da Jurisdição Constitucional Estadual.* 2.1. *Produção Federativa do Direito Constitucional: Direito Constitucional Federal e Direito Constitucional Estadual.* 3. *Jurisdição Constitucional no âmbito do Federalismo.* 4. *Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito.* 5. *Controle de Constitucionalidade Estadual no Brasil.* 5.1. *Definição e Evolução.* 5.2. *Instrumentos Processuais Judiciais.* 6. *Poder Constituinte do Estado-Membro e Constituição Estadual.* 6.1. *Poderes de Elaboração e de Proteção da Constituição Estadual.* 7. *Poder Judiciário Estadual e Competências Próprias à Jurisdição Constitucional.* 8. *Considerações finais.* 9. *Referências bibliográficas.*

---

1 *Advogado militante em Santa Catarina, Brasil, sócio da “Espíndola & Valgas Advogados Associados” — Professor de Direito Constitucional de graduação e pós-graduação da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina e da Universidade do Vale do Itajaí — Mestre pela Universidade Federal de Santa Catarina e Doutorando pela Universidade Federal do Paraná — Membro da Associação Brasileira de Constitucionalistas Democratas — Colaborador Oficial da Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais.*

## 1. Considerações iniciais

Este trabalho objetiva discutir a jurisdição constitucional estadual no Brasil, seus limites e possibilidades. Incursiona sobre questões já tratadas na doutrina nacional e propõe outros problemas à discutibilidade crítica. Seu desenvolvimento perpassa aspectos da federação, do federalismo, da estrutura federativa brasileira e parte das regras e princípios constitucionais que a dimensionam na ordem jurídica vigente.

Em muitos momentos faremos menção à ordem jurídica do Estado de Santa Catarina para exemplificarmos, com referência à Constituição Estadual, leis estaduais e atos regimentais estaduais (parlamentares e tribunalícios), a estrutura da jurisdição constitucional estadual em um Estado-Membro determinado. A escolha de Santa Catarina não foi apenas por conveniência, deve-se também ao seu desenvolvimento normativo quanto ao controle de constitucionalidade estadual relativamente a outros Estados da federação brasileira.

Este trabalho levanta mais problemas do que se propõe responder na esfera de seus singelos limites. Seu objetivo primeiro é provocar, instigar, fomentar o debate ou iniciá-lo em forma devida: discutir as questões da jurisdição constitucional estadual tendo em conta a Federação, a teoria do poder constituinte, o controle de constitucionalidade e o Poder Judiciário no âmbito do estado democrático de direito e do federalismo contemporâneos, centrando-se na dogmática constitucional brasileira e no Direito vigente, federal e estadual.

Em nosso entendimento, a jurisdição constitucional, como instituição no plano do Estado-Membro brasileiro, carece, e muito, de detida elucubração. Por isso o teor das linhas seguintes não tem a menor pretensão de exaustão temática ou de abrangência de todos os seus problemas. Se conseguirmos despertar a atenção do público leitor e o fizermos refletir mais a fundo sobre tudo o que dissertamos, teremos alcançado em parte nossos objetivos.



## 2. Direito Constitucional e Federação: a problemática da jurisdição constitucional estadual

O Direito Constitucional contemporâneo<sup>2</sup> precisa responder a questões instigantes provocadas pelos vários modelos de Federação existentes<sup>3</sup>. Tanto o Direito Constitucional Positivo quanto o Direito Constitucional Comparado e ainda a Teoria da Constituição<sup>4</sup> (Direito Constitucional geral) são chamados, concomitantemente, a responderem a essas questões<sup>5</sup>.

- 2 Ver, para tanto, as *Conclusiones y relatorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Coordenação de Raúl Márquez ROMERO, realizado de 12 a 15 de fevereiro de 2002, na cidade do México, pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas, especialmente sobre “instrumentos de justicia constitucional”, p. 20-21 e 55-82 “federalismo y regionalismo”, p. 24-25 e 121-126. Ver ainda Ives Gandra da Silva MARTINS (Coord.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo — estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, Rio de Janeiro, América Jurídica, 2002, 685p., com estudos de 38 juristas abordando, entre outros temas, “jurisdição constitucional” e “federação” e Luis Roberto Barroso, *Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro*. Revista da EMERJ, v. 4, n. 15, 2001, p. 11-47.
- 3 Estudo comparado, com olhar para alguns problemas aqui enfocados, constitui o coordenado por José Luiz Quadros de MAGALHÃES, *Pacto Federativo*, Belo Horizonte, 2000, 279p., com atenção para Estados Unidos, Alemanha, Bélgica, Canadá, Espanha, Itália, França, Chile, Portugal e Brasil.
- 4 Interessante ressaltar que os estudos sobre Teoria da Constituição, com trabalhos que aprofundam temáticas em torno de seu problemas, foram intensificados, ultimamente, entre nós. Registros significativos desta tendência constituem as seguintes obras: BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225 p; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria da Constituição*. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267-305; BERCOVICI, Gilberto. *Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261p., p. 75-150.; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade*. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 261p., p. 1-73.; MOREIRA, Vital. *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional. Estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336; VIEIRA, José Ribas. *Construindo a Teoria da Constituição no século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos*. In: VEIRA, José Ribas (Org.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro, 2002. p. 1-9. 230p.; PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 356p.
- 5 Para estudo que diferencia “Direito Constitucional Positivo”, “Comparado” e “Geral”, ver José AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 17.ed., 2000, 871p., p. 37-38.

A Federação, capítulo do Direito Constitucional, pode ser abordada por outras disciplinas diferentes da Jurídica. A Teoria do Estado, a Ciência Política, a Sociologia Política e mesmo a Filosofia Política encontram nela material suficiente para interessantes e promissoras elucubrações<sup>6</sup>. Interessa-nos, neste estudo, apenas a sua abordagem constitucional.

A relação entre Direito Constitucional e Federação pode ser exposta por algumas formas de abordagem, destacamos as três seguintes:

I) o modo como o Direito Constitucional (Constituição central/federal) estrutura a federação, seus entes federados, seus poderes e como centraliza ou descentraliza competências federativas<sup>7</sup>;

II) como na Federação se produz o Direito Constitucional de diferentes níveis federativos: Direito Constitucional Total (nacional), Direito Constitucional Federal (central), Direito Constitucional Local (parcial — estadual ou municipal), Direitos estes, em suas bases normativas, não só compostos pelos textos das Constituições<sup>8</sup>, mas também de todas as normas regimentais e legais de relevância para compreensão e aplicação de disposições constitucionais, como as leis e regimentos que disciplinam os procedimentos relativos aos controles político e judicial de constitucionalidade;

---

6 No horizonte desta afirmação, ver Klaus SCHUBERT, *Federalismo: entre Política e Ciência*. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n. 96, abr./jun. 1997, p. 163-174.

Estudo de Sociologia Política, sobre unidade federada integrante de nosso federalismo tripartite — o município — encontra-se na clássica obra de Victor Nunes LEAL, *Coronealismo, Enxada e Voto*, 3.ed., Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1997, 440p.

Por sua vez, estudo sociológico e político envolvendo o tema da jurisdição constitucional, do controle de constitucionalidade, é descrito na obra de VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270p.

7 Ver, como exemplo paradigmático destes estudos, José Alfredo de Oliveira BARACHO, *Teoria Geral do Federalismo*, Rio de Janeiro, Forense, 1986, 362p. e Raul Machado HORTA, *Direito Constitucional*, 3.ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2002, 725p., título III “Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo”, p. 305-515.

8 No horizonte dessa afirmação, tendo em conta o norte temático “Poder Constituinte do Estado-Membro”, “Constituição Estadual”, “Federação”, ver Oswaldo TRIGUEIRO, *Direito Constitucional Estadual*, Rio de Janeiro, Forense, 1980, 330p., Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, *Poder Constituinte do Estado-Membro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1979, 289p., Gabriel Ivo, *Constituição Estadual — competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro*, São Paulo, Max Limonad, 1997, 254p., Sérgio FERRARI, *Constituição Estadual e Federação*, São Paulo, Lumen Juris, 2003, 283p.

III) a estrutura e a inter-relação entre os instrumentos jurídicos destinados a assegurar, em cada nível da federação, a eficácia dos direitos fundamentais e da divisão horizontal e vertical de poderes distribuída entre os entes estatais pelas Constituições da Federação — esta categoria de estudos enreda-se em torno do que se pode chamar de “relações entre a Jurisdição Constitucional Federal e a Jurisdição Constitucional Estadual”<sup>9</sup>.

Este trabalho endereça-se, preponderantemente, ao último nível de abordagem, no âmbito do Direito Constitucional brasileiro: a relação entre a jurisdição constitucional federal e a jurisdição constitucional estadual.

No Brasil, somente após a Constituição de 1988 é que essa questão ganhou maior significação prática, teórica e normativa, especialmente com o do artigo 125, § 2º, da Constituição da República, que atribuiu aos Estados-Membros a competência para instituírem “representação de inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais em face da Constituição Estadual [...]”.

Antes de 1988 a doutrina pátria já entendia<sup>10</sup>, que mesmo sem autorização expressa no texto central, os Estados, pelo do exercício do poder constituinte decorrente, poderiam elaborar suas constituições e instituir sistema de defesa próprio (controle de constitucionalidade estadual, jurisdição constitucional estadual, instrumentos processuais constitucionais estaduais). Agora, com prescrição expressa no texto central, com uma grande tradição doutrinária e jurisprudencial catalisadora e caudatária dos avanços constitucionais registrados na Lei Fundamental de 1988, entreabrem-se novos problemas, novas questões que exigem respostas da doutrina e da jurisprudência constitucionais pátrias.

Apenas a título de exemplo, sem pretensão de enfrentá-las neste delimitado trabalho, apresentamos algumas questões pertinentes à jurisdição constitucional estadual:

---

9 Exemplo de estudos com esse enfoque são os de Gilmar Ferreira MENDES, *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988* e de José Carlos MOREIRA ALVES, *A Jurisdição Constitucional Estadual e as Normas Constitucionais Federais Reproduzidas nas Constituições dos Estados-Membros*, in: Ives Gandra da SILVA MARTINS (Org.), *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*, ob. cit., p. 19-35.

10 Ver Anna Cândida CUNHA FERRAZ, *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., p. 185-187 e 218.

a) Quais as dimensões e o papel reservados à jurisdição estadual no controle de constitucionalidade, segundo a ordem jurídica brasileira?

b) O Supremo Tribunal Federal, os Tribunais de Justiça, os legisladores estaduais e a doutrina constitucional nacional têm explorado, adequadamente, os limites e as possibilidades que o controle estadual de constitucionalidade suscita diante do federalismo e do estado democrático de direito?

c) O controle de constitucionalidade estadual pode constituir-se em elemento de otimização da tutela dos direitos fundamentais e do princípio da separação de poderes, nos quadrantes do direito processual constitucional brasileiro?

d) Qual seria a contribuição do Direito Constitucional Comparado à problemática do controle de constitucionalidade no Brasil, tendo em conta a diversidade das constituições e atos normativos estaduais que regulam a jurisdição constitucional estadual em cada unidade da federação brasileira?

e) O controle de constitucionalidade estadual é mais um elemento a sublinhar a complexidade do controle de constitucionalidade das leis e dos atos normativos no Brasil, destacando nossa experiência diante das experiências estrangeiras?

f) É possível a adoção ampla, no plano estadual, das ações de controle estatuídas na Constituição da República?

g) É possível ao sistema constitucional estadual adotar outros instrumentos de controle de constitucionalidade (tanto políticos quanto jurisdicionais), diversos dos estatuídos na Constituição Federal?

h) É possível a edição de lei estadual para regular o rito das ações constitucionais estaduais, ou seria legítima a regulação desses ritos por atos regimentais dos tribunais de justiça?

i) Quais os limites da arguição incidental de inconstitucionalidade (tendo por parâmetro norma da Constitucional Federal e por objeto norma da Constituição Estadual) e do uso do recurso extraordinário no âmbito das ações de controle de constitucionalidade estadual?

j) Prestigia o sistema constitucional nacional o fato de as constituições estaduais preverem legitimados que só poderão desencadear ações que tenham como objeto lei municipal contestada em face da Constituição Estadual?

l) As chamadas normas de reprodução facultativa e normas de reprodução obrigatória (liberdade de conformação do poder constituinte decorrente local) suscitam problemas e soluções peculiares à jurisdição constitucional estadual?

m) Diante da necessidade de se proteger a supremacia das Leis Orgânicas Municipais perante leis municipais ordinárias (jurisdição constitucional municipal), quais os limites autonormativos e auto-organizatórios dos Estados-Membros ao estatuírem suas jurisdições constitucionais?

n) É legítimo às Constituições estaduais preverem normas similares à adotada no artigo 52, X, da CF, e, além disso, estenderem a sua vinculação ao controle de constitucionalidade concentrado?

o) O mandado de injunção pode ser intentado com fundamento em normas da Lei Orgânica Municipal e da Constituição Estadual?

p) Até que ponto a jurisprudência dos tribunais de justiça brasileiros tem reproduzido ou contribuído para inovar a jurisprudência do STF, em matéria de jurisdição constitucional estadual (jurisprudência constitucional comparada estadual) e até onde se legitima o caráter conformador da jurisprudência do STF à jurisprudência dos tribunais de justiça estaduais (princípio da simetria jurisprudencial e jurisprudência constitucional estabelecida)?

q) Na jurisdição constitucional estadual é possível a cognição de inconstitucionalidades que não poderão ser apreciadas pelo STF em competência originária ou recursal?

r) Quem são os guardas precípuos da Constituição Estadual e da Lei Orgânica Municipal?

s) O artigo 97 da Constituição Federal constitui princípio constitucional estabelecido? Quando a norma parâmetro for regra ou princípio da Constituição Estadual, devem os tribunais de justiça cumpri-lo, tanto nos juízos concentrados ou difusos de constitucionalidade? E quando a norma parâmetro for norma da Lei Orgânica Municipal no incidente de argüição de inconstitucionalidade no Tribunal de Justiça?

t) É possível uma ação popular constitucional no plano estadual?

u) Qual a relação entre a disciplina dos efeitos das decisões proferidas em jurisdição constitucional estadual e a liberdade de

conformação do legislador constituinte decorrente ou ordinário estadual?

v) Quais os instrumentos processuais de impugnação para combater liminar concedida em ADIn estadual? A instância revisora ou o STF?

x) Qualquer norma de uma Constituição Estadual pode servir como parâmetro no controle de constitucionalidade de leis municipais?

z) O princípio da interpretação conforme a Constituição, no âmbito do controle concentrado estadual, pode ter a mesma aplicação que lhe é dada no âmbito do controle concentrado federal?

Essas questões, em nosso entendimento, merecem atenção da doutrina e da jurisprudência nacionais. Trazemos à luz essas indagações apenas para elucidar a problemática da jurisdição constitucional entre nós, especialmente da jurisdição constitucional estadual.

## 2.1. Produção Federativa do Direito Constitucional:

### Direito Constitucional Federal e Direito Constitucional Estadual

Na Federação, o Direito Constitucional é produzido em diferentes dimensões: o federal e o estadual. Numa Federação como a brasileira, em que se reconheceu a capacidade de auto-organização aos Municípios, além das demais capacidades autonômicas de uma entidade federativa, pode-se dizer que ele é produzido em três dimensões: a federal, a estadual e a municipal.

O Direito Constitucional *Federal*, como o conjunto de regras e princípios fundamentais que regem o Estado brasileiro em sua totalidade (territorial, pessoal e temporal), é produzido, inicialmente, pelo chamado Poder Constituinte Originário, e, ao depois, pelo Poder Constituinte Derivado (Poder de Reforma da Constituição).

O Direito Constitucional *Estadual*, como conjunto de regras e princípios que regem determinado povo e unidade territorial estadual, é elaborado, em parte, pelo Poder Constituinte Decorrente, com assento na Constituição Federal. Grande número de suas

normas já vem pré-definidas pela obra do Poder Constituinte Originário, a Constituição Federal, por meio de normas centrais<sup>11</sup>.

Assim, esses Direitos Constitucionais, como Direitos Constitucionais Positivos, exigem não só um poder de elaboração, mas, também, poderes de proteção da efetividade de suas regras e princípios<sup>12</sup>. Tanto no plano federal quanto no estadual exigem o exercício da jurisdição constitucional federal e da jurisdição constitucional estadual.

A tutela da Constituição Estadual reclama a jurisdição constitucional estadual, ou melhor, a tutela da separação de poderes e dos direitos fundamentais<sup>13</sup> no âmbito territorial dos Esta-

---

11 Para Raul Machado HORTA, “as normas centrais da Constituição Federal [...] designam um conjunto de normas constitucionais vinculadas à organização da forma federal de Estado, com a missão de manter e preservar a homogeneidade dentro da pluralidade das pessoas jurídicas, dos entes dotados de soberania na União e de autonomia nos Estados-Membros e nos Municípios, que compõem a figura complexa do Estado Federal. [...] São normas constitucionais federais que servem aos fins da participação, da coordenação e da autonomia das partes constitutivas do Estado Federal. Distribuem-se em círculos normativos, configurados na Constituição Federal, para ulterior projeção nas Constituições dos Estados. [...] Identificam o figurino, o modelo federal, para nele introduzir-se, posteriormente, o constituinte estadual, em sua tarefa de organização do Estado Federado. [...]”, conforme seu *Direito Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, 2002, Título II, Capítulo 7 “Normas Centrais da Constituição Federal”, p. 284.

Ainda para o constitucionalista mineiro, “a introdução de normas centrais da Constituição Federal no domínio da Constituição do Estado Federado, no exercício da atividade constituinte, converte o ordenamento constitucional do Estado em ordenamento misto na sua composição normativa, uma parte provindo do poder autônomo de auto-organização e a outra resultando da transposição de normas centrais da Constituição Federal, para o campo normativo da Constituição Estadual”. *Idem*, p. 287.

12 A discussão sobre regras e princípios constitucionais é muito importante para compreender as grandes questões do Direito Constitucional contemporâneo. Na linha de seus aportes, são significativos os seguintes trabalhos: Ruy Samuel ESPÍNDOLA, *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2. ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 288p.; Walter Claudis RHOTEMBURG, *Princípios Constitucionais*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 1999, 88p.; Ana Paula de BARCELLOS, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro, Renovar, 2002, 326p.; Humberto ÁVILA, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo, Malheiros, 2003, 127p.; para aprofundamento temático, em texto clássico, ver Robert ALEXEY, *Teoria de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*, trad. Ernesto Garzon Valdés, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, especialmente p. 81-172.

13 Sobre a tutela, justiciabilidade, concretização judicial dos direitos fundamentais, como direitos de defesa ou direitos prestacionais, vale indicar os seguintes trabalhos: LEDUR, José Felipe. *O Contributo dos Direitos Fundamentais para a Efetividade dos Direitos Sociais*. Tese doutoral, Universidade Federal do Paraná, 2002, 243 p.; KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha — os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2002, 119p.; GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas*



dos-Membros, enquanto que a defesa da Constituição Federal exige a jurisdição constitucional federal.

### 3. Jurisdição Constitucional no âmbito do Federalismo

A idéia de uma jurisdição constitucional, de um órgão ou vários e respectivos procedimentos para defesa do pacto constitucional, é inerente à de Constituições escritas no âmbito do constitucionalismo<sup>14</sup>.

A jurisdição constitucional é associada, preponderantemente, ao controle de constitucionalidade concentrado e difuso. Todavia seu conceito é mais amplo<sup>15</sup>, abrangendo outras formas e procedimentos de controles, não só de normas, mas de comportamentos concretos de pessoas físicas (agentes políticos) e pessoas jurídico-públicas. Lembremos o procedimento de *impeachment* do Presidente da República por violação de normas constitucionais e a intervenção federal nos Estados-Membros<sup>16</sup>, e a destes nos Municípios.

Nesta parte do trabalho interessa-nos, preponderantemente, sua associação ao controle de constitucionalidade judicial concentrado e difuso.

Assim, assumimos uma significação mais restrita para a idéia de jurisdição constitucional, aquela que a associa aos instrumentos, poderes e processos de controle de constitucionalidade, especialmente os judiciais.

---

perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 427p.; MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 207p.

Para compreensão da teoria geral e dogmática dos direitos fundamentais entre nós ver SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998, 386p. Para uma teorização clássica e geral ver Robert ALEXYY, *Teoria de Los Derechos Fundamentales*, ob. cit.

- 14 Ver, nesse norte, Edgar Carpio MARCO, “*La Jury Constitutionnare en el Pensamiento de Sieyès*”, *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, n. 95, may/ago 1999, p. 269-320.
- 15 Ver, nesse sentido, José Adércio LEITE SAMPAIO, *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte, Del Rey, p. 21-24, 2002, 1.066p.
- 16 Nesse sentido é interessante o tratamento dado por Hans KELSEN ao tema da intervenção federal em seu livro *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, no capítulo “A intervenção federal (Contribuição à teoria e prática do Estado federativo, com particular atenção à Constituição do Reich alemão e à Constituição federal austríaca)”, p. 47-117.



É no âmbito do federalismo<sup>17</sup>, no da doutrina, no das idéias e no do movimento para constituição de formas federadas de estado que nasceram, cresceram e se fortaleceram as exigências de um controle de constitucionalidade, preponderantemente para se tutelar a autoridade da Constituição Federal diante das ordens jurídicas parciais dos Estados-Membros. Pode-se dizer que o controle de constitucionalidade é consentâneo ao federalismo<sup>18</sup>, à nascença da Federação<sup>19</sup>, principalmente a da norte-americana.

17 Sobre “federalismo” indicamos as seguintes obras, pressupostas na interxualidade deste trabalho: ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1999. 405p.; NAVARRO, José Luis Mirete. *Federalismo y Regionalismo. Anales de Derecho. Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Murcia, 1987/1990, n. 10, p. 251-256; BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 362p.

18 Houve quem averbasse que o controle de constitucionalidade não seria “[...] da substância das Constituições escritas”, mas da “essência das Constituições federativas”, assim Ruy BARBOSA: “A verificação da constitucionalidade das leis pelos tribunais de justiça, não é da substância das Constituições escritas. Provam-no, com uma exceção apenas, e esta assás limitada, todas as Constituições do outro continente, desde a França até o Japão, e algumas do nosso. Mas é da essência das Constituições federativas que, neste regime, alheia à zona da ação política, a imparcialidade judiciária fiscalize a linha constitucional de respeito entre a soberania da União e a autonomia dos Estados”. *Apud* Oswaldo BANDEIRA DE MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, 2.ed., São Paulo, José Bushatsky, 1980, p. 100.

Bandeira de Mello diverge de Ruy, entendendo que o controle de constitucionalidade decorreria “naturalmente” do regime das constituições rígidas, sem, no entanto, deixar de reconhecer como impraticável uma federação que não o acolhesse, conforme p. 97 a 113 da obra citada.

19 Vejamos as palavras de um dos Pais (*Fathers*) da Constituição norte-americana, Alexander HAMILTON, em artigo intitulado “Os Juízes como Guardiões da Constituição”:

“A integral independência das cortes de justiça é particularmente essencial em uma Constituição limitada. Ao qualificar uma Constituição como limitada, quero dizer que ela contém certas restrições específicas à autoridade legislativa, tais como, por exemplo, não aprovar projetos de confiscos, leis *ex post facto* e outras similares. Limitações dessa natureza somente poderão ser preservadas na prática através das cortes de justiça, quem têm o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição. Sem isso, todas as restrições contra privilégios ou concessões particulares serão inúteis” (p. 577).

“Na exposição dos defeitos da atual Confederação, foram claramente acentuadas a utilidade e a necessidade de uma judicatura federal. [...]” (p. 575).

“[...] Uma Constituição é, de fato, a lei básica e como tal deve ser considerada pelos juízes. Em conseqüência cabe-lhes interpretar seus dispositivos, assim como o significado de quaisquer resoluções do Legislativo. Se acontecer uma irreconciliável discrepância entre estas, a que tiver maior hierarquia e validade deverá, naturalmente, ser a preferida; em outras palavras, a Constituição deve prevalecer sobre a lei ordinária, a intenção do povo sobre a de seus agentes” (p. 578). “[...] em conseqüência, sempre que uma lei ordinária contrariar a Constituição, é dever dos tribunais obedecer o prescrito por esta e ignorar aquela” (p. 579). Cf. Alexander HAMILTON, James MADISON e John JAY, *O Federalista [The Federa-*

O federalismo adotou em cada nação que o acolheu modelos distintos de federação, com peculiaridades específicas em determinados países e com pontos comuns em muitos outros<sup>20</sup>. Entre os pontos comuns encontramos o controle de constitucionalidade judicial, com variações para preponderância do modelo concentrado ou do difuso, ou mesmo formas mistas ou convergentes dos dois modelos.

Em alguns países, inclusive o nosso, vigoram concomitantemente o modelo judicial difuso e o concentrado<sup>21</sup>. O concentrado, tanto no plano federal quanto no estadual, podendo a tutela das Constituições Federal, Estaduais e Municipais também ocorrer pela via difusa.

Em nações<sup>22</sup> onde o federalismo foi mais exigente com a idéia de descentralização do poder, em que se resolveu dotar de poderes mais largos e democráticos as comunidades parciais, surge a jurisdição constitucional estadual em concorrência complexa e integradora com a jurisdição constitucional federal.

O federalismo contemporâneo, nessa parte, deverá ser pródigo com a jurisdição constitucional, potencializando, inovando e estendendo o rol dos instrumentos de controle de constitucionalidade federais aos Estados-Membros, dando maior atenção e importância à jurisdição constitucional estadual.

A jurisdição constitucional estadual, ao que parece, constitui um reclamo do constitucionalismo contemporâneo, como demons-

---

list], Introd. Benjamin Fletcher Wright, trad. Heitor Almeida Herrera, Brasília, UnB, 1984, artigo de número 78.

- 20 Para estudos no horizonte dessa afirmação, ver Francisco Fernández SEGADO, *Reflexiones críticas em torno al federalismo en America Latina*, in GARZA, José Maria Serna de la (Coord.). *Federalismo Y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 105-157. Também Raul Machado HORTA, *Direito Constitucional*, no título III “Estado Federal e Tendências do Federalismo Contemporâneo”, especialmente capítulo 7 “Novas Tendências do Federalismo e seus Reflexos na Constituição Brasileira de 1988” (p. 477-490) e “Formas Simétricas e Assimétricas do Federalismo no Estado Moderno” (p. 491-499).
- 21 Ver, nessa perspectiva, interessante estudo de SEGADO, Francisco Fernández *El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesis en el pasado siglo*. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. vol. II, p. 965-1.014.
- 22 A Alemanha como ápice do método concentrado de controle contemporâneo e Estados Unidos como modelo original do método difuso clássico. Em ambos encontra-se o controle de constitucionalidade estadual, há a proteção de juridicidade da Constituição Estadual.

tra uma das conclusões do VII Congresso Ibero-americano de Direito Constitucional, ocorrido em fevereiro de 2002 na cidade do México, ao tratar dos instrumentos de justiça constitucional: “*Propiciar em los sistemas federales una mayor participación de los estados o provincias en la justicia constitucional.*”<sup>23</sup>

A compreensão do federalismo contemporâneo passa pela compreensão da jurisdição constitucional estadual, do controle de constitucionalidade estadual. Seus novos rumos e perspectivas colocam sob o olhar do jurista os institutos, os processos e as matérias que podem ser deduzidas e tuteladas nesse tipo de jurisdição.

#### 4. Jurisdição Constitucional e Estado Democrático de Direito

A jurisdição constitucional, como dissemos, vem associada, preponderantemente, à noção de controle de constitucionalidade das leis e dos demais atos normativos gerais e abstratos emanados do poder público.

O controle de constitucionalidade, associado ao controle de legalidade<sup>24</sup> e ao controle do poder político em geral, aparece no

---

23 Em Raúl Márquez ROMERO (Coord.), *Conclusiones y relatorias del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas/UNAM, 2002, p. 20, 175p. Essas conclusões foram inspiradas nas observações de Héctor Fix FIERRO, na conferência “Posibilidades y perspectivas de una jurisdicción constitucional en las entidades federativas”, como relatado nas conclusões do congresso, p. 62-63.

24 Interessantes as observações de Giancarlo ROLLA, na perspectiva desta afirmação: “el control de constitucionalidad de las leyes há supuesto, en el siglo pasado, una importante, esencial evolución del principio de legalidad: se puede incluso sostener que constituye su corolario natural, desde el momento que pone fin a una línea evolutiva que partiendo de la crítica al Estado absoluto, donde los poderes del soberano eran considerados *legibus soluti*, se ha logrado llegar a la regla según la cual los comportamientos de todos los poderes públicos deben basarse sobre una norma jurídica previa. Consecuentemente, el principio de legalidad, inicialmente entendido específicamente vinculado con las relaciones entre ley y actividad administrativa, representa un límite para el mismo legislador, en sentido de que las leyes y los actos dotados de fuerza de ley deben resultar conforme o de cualquier forma compatibles con las disposiciones constitucionales”. Cf. seu *Papel de La Justicia Constitucional en el Marco del Constitucionalismo Contemporáneo*, in: GÓMEZ, Juan Vega e SOSA, Edgar Corzo (Coords.). *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 355-356.

Nessa linha, para Gustavo ZAGREBELSKY, a Constituição tomou o lugar da lei. O princípio da constitucionalidade submeteu o legislador, diferentemente do princípio da legalidade, que submetia apenas juiz e administrador. O princípio da constitucionalidade “deve assegurar a consecução do objetivo de unidade da ordem jurídica” Cf. seu *El Derecho Dúc-*

seio dos estados democráticos de direito da atualidade como o principal instrumento de combate ao arbítrio, à ação desmedida e abusiva do Estado violador de direitos fundamentais e transgressor da separação de poderes. O controle judicial de constitucionalidade “[...] complementa o conceito de Estado de Direito”.<sup>25</sup>

A doutrina, nessa senda, tem distinguido o que procurou chamar de jurisdição constitucional das liberdades e de jurisdição constitucional da constitucionalidade ou da Constituição<sup>26</sup>.

A jurisdição constitucional das liberdades ocupa-se com as ações constitucionais típicas de tutela dos direitos fundamentais da pessoa numa perspectiva individual e coletiva, como o mandado de segurança, mandado de segurança coletivo, *habeas corpus*, *habeas data*, mandado de injunção, ação popular, ação civil pública etc., preocupa-se com a tutela de direitos subjetivos atribuíveis a uma pessoa ou a muitos indivíduos integrantes da comunidade ou entes coletivos<sup>27</sup>.

Por sua vez, a jurisdição constitucional da Constituição, ou como garantia da Constituição<sup>28</sup>, ocupa-se com a tutela da ordem constitucional objetiva, com o Direito Objetivo Constitucional, com a tutela da supremacia e com a efetividade das normas constitucionais, especialmente diante da ação desviante do legislador ou de outro órgão jurídico-público com competência normante geral e

---

*til — ley, derechos, justicia. [Il Diritto mitte — legge, diritti, giustizia]. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999, p. 40.*

25 Cf. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, *ob. cit.*, p. 183.

26 Ver José Alfredo de Oliveira BARACHO, *Jurisdição Constitucional das Liberdades*, in: José Adércio Leite SAMPAIO (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*, Belo Horizonte, Del Rey, 2003, p. 1-44, 537p.

27 Para José Alfredo Oliveira BARACHO a “Jurisdição constitucional da liberdade é a atividade jurisdicional destinada à tutela das normas constitucionais que consagram os direitos fundamentais da pessoa humana. Seu exercício ocorre por meio de um conjunto de instrumentos jurídico-processuais destinados a levar à apreciação dos tribunais questões que suscitam a infringência dos direitos humanos fundamentais”. *Idem*, p. 26.

28 Hans KELSEN explica em seu *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Martins Fontes, 2003, 319 p.: “Garantias da Constituição significam [...] garantias da regularidade das regras imediatamente subordinadas à Constituição, isto é, essencialmente, garantia da constitucionalidade das leis” (p. 126). “As garantias da Constituição não passam, pois, de meios contra as leis inconstitucionais [...]” (p. 132). “Entre as medidas técnicas [...] que têm por objeto garantir a regularidade das funções estatais, a anulação do ato inconstitucional é a que representa a principal e mais eficaz garantia da Constituição” (p. 148). “As leis cuja inconstitucionalidade é alegada constituem o objeto principal da jurisdição constitucional. Por leis, cumpre entender os atos assim denominados dos órgãos legislativos, isto é, nas democracias modernas, dos parlamentos centrais ou, tratando-se de um Estado Federativo, locais” (p. 155).

abstrata, constituam essas autoridades entes federais, estaduais ou municipais<sup>29</sup>.

Nessas duas perspectivas, a jurisdição constitucional apresenta-se fundamental à configuração, à legitimação e ao asseguamento do que hoje chamamos de estado democrático de direito<sup>30</sup>. Essa noção de Estado, no seu atual quadro histórico, pressupõe a existência da jurisdição constitucional das liberdades e da jurisdição constitucional da constitucionalidade<sup>31</sup>.

O estado democrático de direito pressupõe uma série de tarefas políticas, sociais, econômicas, culturais, traduzidas por normas tarefas e normas fins, por missões constitucionais plasmadas no texto fundamental, que se expressam por meio do que tradicionalmente chamamos de normas programáticas<sup>32</sup>; também o amplo leque de direitos fundamentais individuais, econômicos, políticos e culturais que encontramos no sistema de direitos e garantias fundamentais expressa os principais valores a

- 
- 29 Ainda Kelsen: “[...] podemos recomendar submeter ao controle da jurisdição constitucional apenas as normas gerais que emanam exclusivamente de autoridades públicas, sejam elas autoridades centrais ou locais, autoridades estatais no sentido estrito da palavra, autoridades regionais ou até municipais. O município também é membro do Estado, e seus órgãos estatais descentralizados”. Cf. *Jurisdição Constitucional*, p. 159.
- 30 Nesse sentido, ver colocações de FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Breves Reflexiones sobre a la naturaleza, estructura e funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de procesos constitucionales*. In: GÓMEZ, Juan Vega e SOSA, Edgar Corzo (Coords.) *Tribunales y Justicia Constitucional: Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México: Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 201 e 234. Também KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. Trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. Revista de Direito Público, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XXII, out./dez. 1992, n. 92, p. 18-21. Para uma aprofundada problematização entre Jurisdição Constitucional e Democracia, ver, em horizonte mais largo, SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 376p.
- 31 Isso não quer dizer que Estados, como a Inglaterra, que não apresentam controle de constitucionalidade, não constituam autêntico Estado de Direito de índole democrática. O controle de constitucionalidade é condição essencial à existência e ampla eficácia do *novo perfil* do Estado de Direito, o Estado Democrático de Direito. Para compreender este novo perfil ver Inocêncio Mártires COELHO, *Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito*, Revista de Informação Legislativa, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 30, n. 118, p. 5-18.
- 32 Na perspectiva dessa afirmação ver FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Normas Constitucionais Programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, especialmente o item 4.1. “Origem e Importância das Normas Programáticas no Contexto do Estado Contemporâneo”, p. 153-172.

serem perseguidos e realizados em um estado democrático de direito<sup>33</sup>.

Para dar efetividade a essas pautas normativas constitucionais, que expressam competências, tarefas e direitos fundamentais, faz-se necessário, além da força política de representação popular, um sistema judicial e político que procure garantir a eficácia das normas constitucionais fixadas no pacto constituinte de uma comunidade organizada em Estado. Sem a jurisdição constitucional, nos tempos atuais, apoucada estaria a idéia de estado de direito, a idéia de estado democrático. Quem garantirá no plano da práxis comunitária o que no plano normativo as Constituições asseguraram aos indivíduos?<sup>34</sup> Quem fiscalizará o respeito à linha constitucional que divide horizontal e verticalmente as atribuições dos poderes públicos?

O estado democrático de direito é instituição voltada à realização de promessas, tarefas e missões constitucionais, e a fiança para realizá-las funda-se na garantia de uma jurisdição constitucional que não procure somente efetivar o teor dos textos fundamentais federais e estaduais, mas que os reconstrua de acordo com as possibilidades de câmbio que requer a atividade de interpretação e concretização das Constituições Fe-

---

33 Nesse sentido ver Giancarlo ROLLA, em seu *Derechos Fundamentales, Estado Democrático Y Justicia Constitucional*, México, Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, especialmente o capítulo “Derechos Fundamentales Y Estado Democrático: El Papel de La Justicia Constitucional”, p. 125-180; também ALEX Y, Robert, *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático: para uma relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional*. In: Revista da Direito Administrativo, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 55-77, jul./set. 1999.

34 Giancarlo ROLLA se ocupa da relação entre Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais como elemento necessário à definição de um Estado como “Estado Democrático de Direito”: “Uma primera y significativa relación entre los derechos fundamentales de la persona y justicia constitucional consiste en el hecho de que ambos representan dos bases del moderno constitucionalismo democrático, cuya coexistencia es necesaria para definir un determinado ordenamiento como ‘Estado democrático de derecho’”. Cf. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático Y Justicia Constitucional*, ob. cit., p. 126.

Nesse sentido Jorge MIRANDA afirma que “o constitucionalismo não se reduz, por certo, a controle de constitucionalidade e a direitos fundamentais. Envolve mais do que isso: envolve legitimidade democrática, divisão de poder, legalidade da administração. Mas hoje existe perfeita consciência de que só faz sentido falar em constitucionalismo ou em Estado de Direito quando se verifique, nos textos e na prática, garantia dos direitos fundamentais e esta implica controle de constitucionalidade, seja qual for o sistema que se adote” (p. 61), conforme seu *Controle de Constitucionalidade e Democracia*. In: Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro — EMERJ, v. 6, n. 21, p. 61-84, 2003.

deral e Estadual, especialmente em suas dimensões ligadas aos direitos fundamentais e à instrumentalidade da separação de poderes.

## 5. Controle de Constitucionalidade Estadual no Brasil

A jurisdição constitucional, no Brasil, revela-se, destacadamente, pelo controle judicial de constitucionalidade das leis e dos atos normativos emanados do Poder Público.

O controle concentrado (arts. 102, I, a, §§ 1º e 2º, 125, § 2º, da Constituição da República) e o controle difuso (arts. 102, I, g, III, b, c, da Constituição da República, e 480 a 482 do Código de Processo Civil) integram o sistema judicial de controle de constitucionalidade entre nós. Também existem os chamados controles políticos de constitucionalidade, são aqueles exercitados pela Chefia do Executivo e do Legislativo.

O Executivo, de forma preventiva, quando apõe vetos por razões de inconstitucionalidade às proposições legislativas aprovadas pelo Parlamento, em verdade realiza controle político prévio de constitucionalidade (art. 66, § 1º, primeira parte, da CF)<sup>35</sup>. Prévio porque anterior ao momento de a proposição parlamentar tornar-se regra jurídico-positiva, antes de adentrar ao sistema de direito positivo. No modo *a posteriori* poderíamos dizer, não sem algum cuidado, que o ato do Executivo de negar aplicação à lei considerada inconstitucional no âmbito da administração que preside, via decreto, pode ser considerado controle político repressivo de constitucionalidade<sup>36</sup> (arts. 2º, 23, I, 76, XXVII, da CF), controle posterior de constitucionalidade.

---

35 Para uma reflexão crítica contestando a tese da insindicabilidade do veto como ato político, ver Gustavo BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, Rio de Janeiro, Renovar, 2001, 260p., no capítulo VI, item 2 “A defesa da supremacia da Constituição em sede legislativa: a sindicabilidade do veto por inconstitucionalidade” (p. 203-210 e 227).

36 Ver, para aprofundamento, estudo de Ana Cláudia Nascimento GOMES, *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito português e no Direito brasileiro*, Porto Alegre, Sérgio Fabris Editor, 2002, 438p., e Gustavo BINENBOJM, *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*, capítulo VI, item 3 “A defesa da supremacia da Constituição em sede administrativa: a possibilidade de o Poder Executivo negar aplicação à lei reputada inconstitucional” (p. 210-221 e 227).



O Legislativo, preventivamente, de duas formas, no âmbito do processo legislativo, pode encerrar a tramitação de projetos de leis que tragam em seu bojo proposições inconstitucionais. A primeira, pelo parecer contrário das Comissões de Constituição e Justiça, por razões de inconstitucionalidade da proposição, ocasionando sua rejeição *interna corporis*. Este parecer, dependendo do regimento da casa parlamentar, poderá<sup>37</sup> ou não ser vinculante no processo legislativo, o que ampliará ou reduzirá seu poder de eficácia. Pela segunda, o Presidente do Parlamento pode indeferir, liminarmente, a tramitação de proposição que entenda manifestamente inconstitucional, com recurso do parlamentar interessado, se sobre tal procedimento dispuser o regimento da casa parlamentar<sup>38</sup>.

---

37 Para elucidar, vejamos alguns artigos constantes do Regimento Interno do Senado Federal brasileiro:

“Art. 101 — À Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania compete:

“I — opinar sobre a constitucionalidade, juridicidade e regimentalidade das matérias que lhe forem submetidas por deliberação do Plenário, por despacho da Presidência, por consulta de qualquer comissão, ou quando em virtude desses aspectos houver recurso de decisão terminativa de comissão para o Plenário;

[...]

“§ 1º — Quando a Comissão emitir parecer pela inconstitucionalidade e injuridicidade de qualquer proposição, será esta considerada rejeitada e arquivada definitivamente, por despacho do Presidente do Senado, salvo, não sendo unânime o parecer, recurso interposto nos termos do art. 254.

“§ 2º — Tratando-se de inconstitucionalidade parcial, a Comissão poderá oferecer emenda corrigindo o vício.

[...]

“Art. 300 — Na votação, serão obedecidas as seguintes normas:

[...]

“XVIII — não será submetida a votos emenda declarada inconstitucional ou injurídica pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, salvo se, não sendo unânime o parecer, o requererem líderes que representem, no mínimo, a maioria da composição do Senado”.

38 Para elucidar, vejamos artigos constantes do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina (Resolução DP n. 47 de 4-12-89 e alterações em vigor):

“Art. 102 — Não serão admitidas as proposições que:

[...]

“VI — forem manifestamente inconstitucionais.

[...]

“Art. 138 — [...]

“Parágrafo único — Além do que estabelece o art. 102, a Presidência devolverá ao autor qualquer proposição que:

[...]

“II — versar matéria:

[...]

“b) evidentemente inconstitucional”.



O Legislativo também pode manifestar-se posteriormente à publicação de ato já incluso na ordem jurídica ao sustar atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar<sup>39</sup> ou excedam a competência da delegação legislativa, segundo o modelo inaugurado em 1988 (artigo 49, V, CF). Aqui a doutrina caracteriza esse procedimento como controle político repressivo de constitucionalidade<sup>40</sup>.

O controle de constitucionalidade estadual no Brasil ocupa-se dessas funções políticas e judiciais de controle. Há um sistema de controle de constitucionalidade complexo, também no plano dos Estados-Membros, que conjuga formas políticas com formas judiciais, seguindo, em regra, os parâmetros institucionalizados na ordem jurídica federal. Esse sistema conjuga processos políticos e processos jurisdicionais de controle de constitucionalidade, ou seja, autoriza que autoridades judiciais, legislativas e executivas exercitem determinadas formas de controle de compatibilidade das normas ou proposições normativas com a Constituição Estadual.

E é desse controle, especialmente com suas formas judiciais, preponderantemente a concentrada, que trataremos neste trabalho.

Nunca é demais salientar que cada Estado-Membro da federação brasileira pode trazer algumas peculiaridades quanto

---

39 A Constituição do Estado de Santa Catarina, artigo 40, VI, defere a mesma atribuição à Assembléia Legislativa relativamente ao poder regulamentar e atividade legislativa delegada do Governador. E o Regimento Interno da Alesc estabelece interessante procedimento operador dessa competência, em seus artigos 253 a 255 (o Rialesc não trata de hipótese de delegação legislativa), em que qualquer deputado ou comissão podem propor a sustação dos atos normativos do Poder Executivo que exorbitem do poder regulamentar à Comissão de Constituição e Justiça. Após a proposição, a Comissão ouvirá, em 10 dias, a Chefia do Executivo para que esse “defenda [...] a validade do ato impugnado”, feito isso, e conhecidas as razões do Executivo, a CCJ, se “deliberar pela procedência da impugnação, encaminhará à Mesa projeto de decreto legislativo sustando o ato impugnado”, e se, ao contrário, decidir pela legalidade do ato, “proporá à Mesa o arquivamento da proposta de sustação”, podendo o autor da proposição sustatória, nesta hipótese, recorrer da decisão da CCJ ao Plenário em 5 dias.

40 Ver, para tanto, estudo de Anna Cândida da Cunha FERRAZ, *Conflito entre Poderes: O Poder Congressual de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1994, p. 149-215, 224p.

aos controles expostos<sup>41</sup> que destoam ou vão muito além dos modelos utilizados pela União Federal.

## 5.1. Definição e Evolução

O controle de constitucionalidade estadual pode ser definido como o sistema integrado por ações, procedimentos e órgãos judiciais e políticos destinados a garantir a supremacia e a eficácia da Constituição Estadual<sup>42</sup>, em seus âmbitos pessoal, temporal e territorial de validade, diante de leis estaduais ou atos normativos estaduais que contrastem o texto fundamental estadual. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade estadual possibilita a fiscalização concentrada ou difusa, tanto da lei estadual quanto da lei municipal contestadas em face da Constituição Estadual.

Logo após a Constituição Republicana e Federativa de 1891, o controle de constitucionalidade começa a manifestar-se nas ordens jurídicas estaduais<sup>43</sup>, positivado na forma de contro-

---

41 A Constituição catarinense, em seu artigo 4º, I, de forma peculiar e no plano administrativo, estabeleceu a seguinte possibilidade, no que tange às inconstitucionalidades por omissão: “as omissões do Poder Público que tornem inviável o exercício dos direitos constitucionais serão supridas na esfera administrativa, sob pena de responsabilidade da autoridade competente, no prazo de trinta dias, contados do requerimento do interessado, sem prejuízo de medidas judiciais”.

42 A Constituição Estadual nem sempre é o fundamento de validade das leis estaduais e municipais. Muitas vezes as leis estaduais e municipais encontram fundamento imediato na Constituição Federal, conforme lembra Sergio FERRARI, *Constituição Estadual e Federação*, ob. cit., p. 213-219.

Todavia, ainda que Constituição Estadual nem sempre empreste *fundamento de validade* às normas ordinárias estaduais e municipais, em quase todas as vezes servirá ela de *parâmetro de inconstitucionalidade* para essas mesmas normas, desde que as normas objeto ofendam algum preceito constitucional estadual posta no texto estadual ou pressuposta no texto federal. Aqui há uma separação, uma autonomização do parâmetro de inconstitucionalidade relativamente ao fundamento de validade, ou seja, a norma estadual ou municipal pode ter sido expedida com fundamento na Constituição Federal, mas poderá ser julgada inconstitucional com fundamento na Constituição Estadual.

43 É comum nos trabalhos monográficos sobre controle de constitucionalidade haver uma parte introdutória em que se disserta sobre sua evolução histórica no Direito brasileiro, analisando-se as Constituições centrais, as leis ordinárias, as disposições regimentais e as decisões jurisprudenciais que disciplinaram o procedimento de controle nacional, da primeira Constituição Imperial até a atualidade. Exemplos significativos dessa tendência são os trabalhos de Oswaldo Bandeira de MELLO, *A Teoria das Constituições Rígidas*, ob. cit., p. 155-248, Paulo Napoleão NOGUEIRA DA SILVA, *A Evolução do Controle de Constitu-*

le político<sup>44</sup> prévio ou posterior, deferindo aos Legislativos ou aos Executivos estaduais poderes para controlar a constitucionalidade de atos legislativos estaduais ou municipais contrários às constituições estaduais. Também o “[...] controle jurisdicional por via de exceção (concentrado ou não)” se positivava, ainda que em menor grau, coexistindo com o controle político.<sup>45</sup>

Exemplo histórico de controle político de constitucionalidade posterior ou repressivo, tanto exercido pelo Legislativo quanto pelo Executivo estaduais, é o da Constituição Paulista de 14-7-1891, que no artigo 20, *caput*, estabelecia que ao Congresso Estadual<sup>46</sup> competia fazer leis, *suspendê-las, interpretá-las* (*dizer da constitucionalidade das leis*) e *revogá-las*, e no item 12 (*c/c art. 54, § 1º*) do mesmo artigo previa atribuição ao Parlamento estadual para “anular as resoluções e atos das municipalidades” quando contrários à Constituição Estadual paulista e à Constituição Federal<sup>47</sup>.

O artigo 54 da mesma Constituição dispunha que o Presidente do Estado<sup>48</sup>, no intervalo das sessões legislativas, poderia suspender a execução das deliberações e atos municipais, nos mesmos casos em que coubesse tal competência ao Congresso Estadual. E o parágrafo único desse artigo consagrava que, pelo Congresso estadual, essa anulação seria decretada se por ela votassem dois terços dos membros congressuais presentes<sup>49</sup>.

---

*cionalidade e a Competência do Senado Federal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1992, p. 57-122, 155p., Gustavo BINENBOJM, *A Nova Jurisdição...*, ob. cit., p. 121-199 e Gilmar Ferreira MENDES, *Controle de Constitucionalidade — aspectos jurídicos e políticos*, São Paulo, Saraiva, 1990, p. 169-193.

- 44 Anna Cândida CUNHA FERRAZ, em seu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., tratando dos sistemas de defesa da Constituição Estadual, esclarece, a título de considerações gerais: “O controle político ocorre sempre que a verificação da adequação do ato (no caso, atos estaduais ou municipais) à Constituição Estadual é confiada a órgão não integrante do Poder Judiciário. Em tese, esse sistema de controle pode ser exercido pelo povo, pelo próprio Legislativo Estadual, pelo Poder Executivo ou órgão constituído fora da atuação do Poder Judiciário, e cuja missão principal ou exclusiva é verificar a defesa da Constituição Estadual contra atos que com ela conflitem” (p. 192).
- 45 *Idem*, transcrição e ilação relativas às p. 202 a 205.
- 46 Nome dado, a época, pela Constituição Estadual, à Assembléia Legislativa do Estado de São Paulo. Terminologia comum às primeiras Constituições estaduais republicanas.
- 47 Cf. Anna Cândida da CUNHA FERRAZ, em seu *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., p. 194.
- 48 Nome dado ao posto hoje denominado de “Governador”.
- 49 *Idem*, p. 194.

Esse sistema foi adotado “[...] em quase todas as primeiras Constituições Estaduais republicanas de 1891”. Ele não encontrava símile no modelo federal de 1891, ao contrário, os constituintes estaduais talvez tenham sido influenciados pela Constituição Imperial de 1824, que consagrava apenas o controle político e não o jurisdicional de constitucionalidade, atribuindo ao Congresso Nacional função idêntica à atribuída ao Congresso Estadual paulista em 1891<sup>50</sup>.

Segundo Anna Cândida da Cunha Ferraz, só houve duas exceções a esse modelo de controle político de constitucionalidade estadual: uma, a do Rio Grande do Sul, que deferiu ao *Presidente do Estado*, e não ao *Congresso Estadual*, a faculdade de impugnar as resoluções dos conselhos municipais, e a outra, foi na Constituição da Bahia, que teria admitido apenas o controle jurisdicional de constitucionalidade. Esse sistema político posterior de controle de constitucionalidade divergia em cada Constituição Estadual, “[...] quanto à natureza dos órgãos controladores, efeitos do controle, prazos para efetua-los etc.”<sup>51</sup>

Por sua vez, o controle político prévio foi aceito em todas as épocas da história constitucional brasileira pelas ordens jurídicas dos Estados-Membros. A rejeição de projeto de lei inconstitucional, por meio de parecer da Comissão de Constituição e Justiça, sempre constou de regimentos parlamentares; o veto do Executivo, por razões de inconstitucionalidade, figurou em todas as Constituições estaduais<sup>52</sup>. Embora de fontes normativas diferentes, ambos, veto e parecer, sempre integraram o Direito Constitucional Estadual.

Os controles políticos de constitucionalidade estadual, prévios e posteriores, em nossa história constitucional, vingaram prevalentemente até 1934<sup>53</sup>, quando então os Estados passaram a admitir em suas constituições o controle judicial difuso de constitucionalidade, incumbindo as Assembléias estaduais de mero poder

---

50 Cf. transcrição, paráfrase e ilação feita por Anna Cândida CUNHA FERRAZ, ob. cit., p. 194-195.

51 Cf. ob. cit., p. 195.

52 *Idem*, p. 197.

53 Registra Anna Cândida CUNHA FERRAZ que a Constituição do Ceará, de 25-11-1970, previra interessante mecanismo de controle político das leis, posturas e atos municipais, ao atribuir ao Prefeito municipal a possibilidade deste *representar* a Câmara contra leis, posturas e atos municipais que lhe parecessem inconstitucionais, cf. ob. cit., p. 196.

suspensivo das leis estaduais e municipais já declaradas inconstitucionais pelo judiciário do ente federado.<sup>54</sup>

Para Anna Ferraz até essa fase do constitucionalismo brasileiro os Estado-Membros organizaram os sistemas de defesa das respectivas Constituições Estaduais com verdadeira autonomia, criatividade e respeito a autênticos princípios federativos<sup>55</sup>. Todavia, devido às sucessivas reconstitucionalizações que fizeram imergir novas constituições federais, com significativas evoluções no controle judicial de constitucionalidade, as ordens jurídicas estaduais foram cada vez mais apegando-se, reproduzindo, copiando os modelos centrais da União Federal, deixando, aos poucos, de atenderem para a natureza e a função dos próprios poderes para criar mecanismos peculiares de defesa da Constituição Estadual.<sup>56</sup>

Assim, a partir da Constituição Federal de 16-7-1934, o controle de constitucionalidade estadual passou a ser “[...] predominantemente jurisdicional e indireto”, e os órgãos políticos, Assembléia ou Executivo estaduais, apenas complementavam a ação do Judiciário, suspendendo os atos já declarados inconstitucionais por este Poder.<sup>57</sup>

Interessante exemplo dessa tendência foi a Constituição do Rio Grande do Sul, de 27-6-1935, que em seu artigo 89, em três incisos distintos, tratou da coordenação dos três poderes estaduais na realização do controle de constitucionalidade, dizendo no inciso III deste dispositivo que aos Juízes e Tribunais competiria declarar inconstitucionais ou ilegais qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento que infringissem disposições da Constituição do Estado, da Constituição Federal ou das respectivas leis, e, no inciso I, ao Legislativo estadual suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer ato, deliberação ou regulamento, que houvesse sido declarado ilegal ou inconstitucional pelo Poder Judiciário, e, no inciso II, ao Governador, suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou resolução da Assembléia Legislati-

---

54 *Idem*, p. 196.

55 Nesse viés, observa CUNHA FERRAZ interessante questão relativamente às leis municipais: “[...] o controle político (criado nos primórdios da República) dos atos municipais, em regra, não envolvia somente o exame do contraste desses atos, com a Constituição Estadual e suas leis, mas abrangira, também, o exame da constitucionalidade desses atos face à Constituição Federal e às leis federais” cf. ob. cit., p. 203-204.

56 *Idem*, p. 205.

57 *Idem*, p. 206.

va, quando houvessem sido declaradas inconstitucionais pelo Poder Judiciário.<sup>58</sup>

De 1934 a 1946, as ordens constitucionais dos Estados-Membros continuaram a criar seus próprios sistemas de controle de constitucionalidade, porém “[...] discriminando claramente a natureza do controle, conforme incidisse ele sobre leis e atos estaduais (caso em que o controle jurisdicional, via de exceção predominava) e sobre leis e atos municipais (quando predominava o controle político direto)”.<sup>59</sup>

Nesse período o controle jurisdicional por via direta, por meio da ação direta interventiva (o pressuposto para intervenção federal nos estados), criada na Constituição Federal de 1934, não influenciou as Constituições Estaduais, que não o reproduziram nem nele se inspiraram para talhar seus sistemas próprios de defesa da Lei fundamental estadual.<sup>60</sup>

De 1946 a 1965, as Constituições federadas mantiveram o mesmo sistema posterior a 1934, em que vigorava, ao lado dos controles políticos, o controle judicial difuso perante a Constituição Estadual, tanto dos atos legislativos estaduais quanto dos municipais. Em 1959 houve duas decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal que entenderam que o poder atribuído pelas Constituições estaduais às suas Assembléias *para anular* resoluções, atos e leis municipais seria inconstitucional diante do regime vigorante a partir da Constituição de 1946, já que, segundo os fundamentos dos arestos, a autonomia municipal, a presunção de constitucionalidade das leis — que só poderia ser afastada pelo Judiciário — e a separação de poderes desautorizariam tais atribuições aos legislativos estaduais em face de atos normativos municipais.<sup>61</sup>

A Emenda Constitucional n. 16 de 26-11-1965, que instituiu no plano federal a representação de inconstitucionalidade — hoje chamada ação direta de inconstitucionalidade — aforável no STF para proteção da Constituição, e que tinha como objeto de impugnação leis federais e estaduais, também possibilitou a criação, por lei<sup>62</sup>, de

---

58 *Ibidem*.

59 *Idem*, p. 207.

60 *Ibidem*.

61 *Idem*, p. 208-210, das quais se extrai: Diário do Congresso Nacional, 14-4-1959, p. 569-570 e 571-572, relatores respectivos, Min. Cândido Mota Filho e Mário Guimarães.

62 O teor do artigo 19 da referida emenda: “Ao art. 124 são acrescidos os seguintes incisos [...]: ‘XIII — a lei poderá estabelecer processo, de competência originária do Tribunal de

ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato de município em conflito com a Constituição Estadual. Atenta-se que não houve expressa menção na Constituição Federal para que a lei estadual pudesse ser contestada.<sup>63</sup>

As Constituições de 1967 e de 1969 nada referiram quanto à possibilidade da jurisdição constitucional estadual na forma de controle direto genérico de leis e atos estaduais e municipais contrastados diante da Constituição Estadual, o que parecia indicar o reconhecimento que essas questões seriam de plena autonomia auto-organizatória de cada Estado-Membro.<sup>64</sup> Todavia, a Constituição Federal de 1969 “[...] criou, ao nível do Estado-Membro, a modalidade de ação interventiva e, como *prius* para a intervenção, a *representação e inconstitucionalidade de lei ou ato municipal*, com a finalidade de assegurar a observância, pelos municípios, dos princípios da Constituição Estadual”.<sup>65</sup>

No item seguinte abordaremos aspectos atuais do controle judicial de constitucionalidade estadual no Brasil, especialmente após a Constituição da República de 1988. Insta dizer que a nova Constituição Federal provocou a doutrina nacional a ocupar-se, com mais atenção, do controle de constitucionalidade estadual, sem, todavia, satisfazer a integralidade das questões apontadas no item 1 deste trabalho, que, aqui, também, como dissemos, não serão enfrentadas. Ao que alcançaram nossas pesquisas, Ana FERRAZ<sup>66</sup>, Regina FERRARI<sup>67</sup>, Zeno VELOSO<sup>68</sup>, Rodrigo

---

Justiça, para declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato de Município, em conflito com a Constituição do Estado”. Esta legislação, entretanto, não foi elaborada e a inovação não foi praticada”, cf. Dirceu Torrecillas RAMOS, *O Controle de Constitucionalidade por via de Ação*, São Paulo, Angelotti, 1994, p. 101, 178p.

63 Anna Cândida CUNHA FERAZ, *O Poder Constituinte [...]*, ob. cit., p. 210-212.

64 *Idem*, p. 212.

65 *Idem*, p. 212-213.

66 Cf. *Poder Constituinte do Estado-Membro*, ob. cit., p. 184-218.

67 Cf. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*, 3.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, 239p.

68 Cf. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*, 2.ed., Belo Horizonte, Del Rey, 2000, p. 328-365, 413p.

Lopes LOURENÇO<sup>69</sup>, Clémerson CLÉVE<sup>70</sup>, LÊNIO SCTRECK<sup>71</sup>, Moreira ALVES<sup>72</sup>, Gilmar MENDES<sup>73</sup>, Vasco DELLA GIUSTINA<sup>74</sup>, Sérgio FERRARI<sup>75</sup>, Dircêo Torrecillas RAMOS<sup>76</sup>, Patricia Teixeira de Rezende FLORES<sup>77</sup>, Fernando Luiz Ximenes ROCHA<sup>78</sup>, Guilherme PEÑA<sup>79</sup> e Eduardo Sens dos SANTOS<sup>80</sup> ocuparam-se do tema na Ciência constitucional brasileira.

## 5.2. Instrumentos Processuais Judiciais

Os Estados-Membros, no Brasil, para realização das tarefas inerentes ao controle de constitucionalidade estadual, dispõem de muitos instrumentos processuais, denominados *políticos* — os desencadeáveis no âmbito do Executivo e Legislativo — e *judiciais* — os manejáveis e solvíveis no âmbito do Judiciário. Neste tópico nos ocuparemos apenas dos instrumentos judiciais.

Os instrumentos processuais judiciais dividem-se em questionamentos diretos e autônomos, via ação própria e de compe-

- 
- 69 Cf. *Controle de Constitucionalidade à Luz da Jurisprudência do STF*, Rio de Janeiro, Forense, 1999, p. 121-130 e 136, 170p.
- 70 Cf. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 387-406, 484p.
- 71 Cf. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 564-587, 710p.
- 72 Cf. José Carlos Moreira ALVES. *A Jurisdição Constitucional Estadual e as Normas Constitucionais Federais Reproduzidas nas Constituições dos Estados-Membros*, ob. cit.
- 73 Cf. José Carlos Moreira ALVES. *O Controle de Constitucionalidade no Brasil*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 2000, p. 79-106, 872p. — doutrina, p. 519-680 — compilação de decisões do STF, e seu artigo *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988*.
- 74 Cf. *Leis Municipais e seu Controle pelo Tribunal de Justiça*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, 248p.
- 75 Cf. *Constituição Estadual e Federação*, São Paulo, Lumen Juris, 2003, p. 237-252, 283p.
- 76 Cf. *O Controle de Constitucionalidade por via de Ação*, ob. cit., p. 99-108.
- 77 Cf. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, 384p.
- 78 Cf. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*, São Paulo, Atlas, 2002, 287p.
- 79 Cf. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 295-305, 366p.
- 80 Cf. *Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina*, Revista da ESMESC — Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, Florianópolis, Associação da Magistratura Catarinense, ano 8, volume 13, 2002, p. 75-90.



tência originária dos Tribunais de Justiça, as ações diretas de inconstitucionalidade de lei ou atos normativos estaduais ou municipais contestados em face da Constituição Estadual (art. 125, § 2º, da CF) e as ações diretas interventivas estaduais para preservação dos princípios sensíveis indicados na Constituição Estadual, ou para prover a execução de lei, de ordem ou de decisão judicial (arts. 35, IV, 36, §§ 2º a 4º, da CF).

Preponderantemente, essas são as ações que, comumente, se acham previstas nos âmbitos estaduais brasileiros. Todavia, existem Estados, como o de Santa Catarina, que previram a possibilidade de aforamento no Tribunal de Justiça, para tutela da Constituição Estadual, de ações diretas de inconstitucionalidade por omissão<sup>81</sup> (art. 85, § 3º<sup>82</sup>, da CESC).

A doutrina nacional<sup>83</sup> entende possível, no plano do Estado-Membro, a adoção de todos os instrumentos processuais adotados na Constituição da República para proteção do texto fundamental federal (ação declaratória de constitucionalidade<sup>84</sup>,

- 
- 81 Interessante, no âmbito do Direito Comparado, o estudo realizado por Néstor Pedro SAGUÉS, que se ocupou da positivação desta ação na Constituição provincial de Rio Negro, República Federativa Argentina. Para tanto, ver seu estudo *La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro*. In: — BAZÁN, Victor. *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Temis, 1997. p. 109-122. Apenas para lembrança do leitor, província, para o Direito Constitucional, é sinônimo de Estado-Membro, já que tanto Argentina quanto Brasil são países que possuem a forma federativa de estado.
- 82 O constituinte catarinense inovou em relação ao constituinte federal no que toca aos efeitos desta ação, ao determinar que “reconhecida a inconstitucionalidade, por omissão de medida para tornar efetiva norma desta Constituição, a decisão será comunicada ao Poder competente para adoção das providências necessárias à prática do ato ou início do processo legislativo, e, em se tratando de órgão administrativo, para cumprimento em trinta dias” (grifo nosso!).
- 83 Anna Cândida CUNHA FERAZ, *Poder Constituinte* [...], ob. cit., p. 185-187 e 217-218, entende que é direito autônomo do constituinte estadual fixar seu próprio sistema de defesa da Constituição Estadual, ainda que diferente do modelo federal de controle de constitucionalidade.
- 84 Nagib SLAIBI FILHO, em seu *Ação Declaratória de Constitucionalidade*, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 92-97, 201p., entende possível a adoção desse instrumento no plano estadual, ainda que tenha silenciado a Emenda Constitucional 3/93. Adota tal entendimento, todavia com algumas restrições à liberdade de conformação do poder constituinte decorrente: (I) não poderia prever como objeto dessa ação as leis municipais; (II) os legitimados para propô-la deveriam corresponder, no plano local, às mesmas autoridades encontráveis no plano federal (art. 103, § 4º, da CF) ou seja, o Governador, a Mesa da Assembléia e o Procurador-Geral de Justiça; (III) deveria ser previsto o seu rito no regimento do Tribunal de Justiça, sob a alegação de que esse teria mais liberdade de conformação normativa do que o legislador ordinário estadual.

arguição de descumprimento de preceito fundamental<sup>85</sup>). Concorramos com tal entendimento e ousamos um pouco mais. Entendemos que é possível a adoção, inclusive, de instrumentos não adotados no plano federal, ou seja, os instrumentos processuais federais, para os Estados-Membros, não são *numerus clausulus*, e sim exemplificativos, podendo o Estado-Membro adotar outros instrumentos, ou configurar, de forma diferente e peculiar, os sugeridos no plano federal. Por exemplo, no primeiro caso, poderiam os Estados-Membros adotar ação direta de ilegalidade para tutelar a conformidade das leis estaduais e municipais em face do princípio da legalidade, a exemplo do que existe no Direito Constitucional Português<sup>86</sup>. No segundo caso, poderia dotar a ação direta de inconstitucionalidade com legitimação universal, a conferida a qualquer cidadão, ou seja, criar verdadeira ação popular constitucional para tutela da Constituição Estadual em face de leis e atos normativos estaduais e municipais.

A única restrição *expressa* que existe quanto à configuração local destes instrumentos judiciais de controle é não poder o constituinte decorrente conferir legitimação para agir a um único órgão ou pessoa, denotando, com isso, a necessidade de respeito ao princípio democrático no âmbito do processo constitucional, que impõe *legitimatío ad causam* alargada no espírito do artigo 103 da

---

Somos contrários a tais restrições, como se verá melhor adiante, especialmente nos itens 6 e 6.1 deste trabalho.

- 85 André Ramos TAVARES, *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental — Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 249-252, 483p., admite a adoção pelo constituinte estadual, entendendo, inclusive, que esse poderia: (I) adotar rito próprio, ainda que diverso do modelo federal; (II) estabelecer sua preferência sobre a ação direta de inconstitucionalidade estadual; (III) poderia enumerar os preceitos considerados fundamentais para merecerem proteção especial; (IV) poderia estabelecer o rito próprio mediante lei estadual; (V) deveria seguir, *pelo princípio da reciprocidade*, o modelo federal. Essa postura, como vemos, é mais adequada e liberal que a de Slaibi Filho, e a entendemos mais consentânea ao federalismo contemporâneo nacional e às suas exigências para o controle de constitucionalidade estadual.
- 86 Reza o artigo 281, § 1º, letra b, da Constituição da República Portuguesa: “O Tribunal Constitucional aprecia e declara, com força obrigatória geral: [...], a ilegalidade de quaisquer normas constantes de diploma regional, com fundamento em violação do estatuto da região ou de lei geral da República, a requerimento [...] (do Presidente da República, do Presidente da Assembléa, do Primeiro-Ministro, do Provedor de Justiça, do Procurador-Geral da República) ou do Ministro da República para a respectiva região autónoma. Lembremos que segundo o artigo 6º, da mesma Constituição, a República portuguesa constitui um Estado Unitário.

CF e das demais disposições concretizadoras do princípio fundamental democrático no âmbito da Constituição.

Além desses questionamentos diretos, no Tribunal de Justiça, para tutela da Constituição estadual, existe, por óbvio, a possibilidade do controle difuso, em que qualquer órgão judiciário monocrático ou colegiado estadual poderá realizá-lo.

Tratando-se de órgão colegiado, o controle difuso, por força da regra constitucional retirada do texto do artigo 97 da Constituição da República, impõe-se a todos os Tribunais da República, já que a decisão de inconstitucionalidade pode ter como parâmetro tanto norma extraída do texto constitucional federal como do texto constitucional estadual (e até do texto constitucional municipal). Também impõem-se ao processamento dessas questões, no âmbito dos Tribunais de Justiça, as regras processuais comuns dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil. Embora essas regras nacionais tenham sido promulgadas em 1973, e alteradas recentemente por força das leis nacionais ns. 9.576, de 17-12-98, e 9.868, de 10-11-99, elas aplicam-se ao controle de constitucionalidade estadual em proteção de normas da Constituição Estadual.

No plano do controle de constitucionalidade judicial difuso, realizado no Estado-Membro, podemos distinguir quatro situações:

I) controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção da Constituição Federal;

II) controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção da Constituição Estadual;

III) controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção da Constituição Municipal;

IV) controle de constitucionalidade difuso realizado pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal de Justiça no processamento de ações deduzidas no âmbito do controle de constitucionalidade concentrado estadual.

O terceiro tipo de controle, o protetivo da Lei Orgânica Municipal, tem sua percepção obnubilada e quando percebido, de aceitação dificultada, por não cultivarmos uma adequada concepção a respeito da natureza, função e estrutura normativas das leis fundamentais municipais. Existem posicionamentos doutrinários e jurisprudenciais que lhe conferem posição de direito ordinário, o que lhe tornaria impossível a alternativa de ser encarada como parâ-

metro de constitucionalidade em face das leis infra-orgânicas municipais<sup>87</sup>. Além disso, para essa posição, seu nome, “Lei Orgânica”, não lhe autorizaria a essência de “Constituição”, já que o constituinte originário preferiu assim chamá-la, à exceção do que fizera com as leis fundamentais dos Estados-Membros, chamando-as de “Constituições Estaduais”.

Não concordamos com tais posicionamentos indevidamente restritivos. Entendemos, entre outras razões, que a Lei Orgânica Municipal é Constituição:

I) porque seu *nomen juris* não é o que define sua natureza, mas sim a sua estrutura e função na ordem jurídica nacional e municipal;

II) por ser produto do exercício do poder constituinte decorrente municipal, veículo da capacidade federativa auto-organizatória conferida aos municípios;

---

87 A obra de Lair da Silva LOUREIRO e Lair da Silva LOUREIRO FILHO, *Ação Direta de Inconstitucionalidade: Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995*, São Paulo, Saraiva, 1996, traz opiniões jurisprudenciais do TJSP nesse sentido:

“*Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Lei Orgânica Municipal – Confronto de Lei Municipal – Descabimento — Caráter infraconstitucional” (ADIn n. 13.776-0/0 — SP, rel. Des. Cesar de Moraes, j. 19-2-92) (p. 1).

“*Ação Direta de Inconstitucionalidade*. Lei municipal — Invocação em face da Lei Orgânica Municipal — Norma infraconstitucional — Ação extinta sem julgamento de mérito.

“As ações diretas de inconstitucionalidade devem ater-se a contrastes com dispositivos constitucionais, não com normas de direito comum, independentemente de sua hierarquia” (Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 14.302-0/6—SP, rel. Des. Francis Davis, j. 23-3-94) (p. 6).

Do corpo do aresto extrai-se o seguinte: “Preliminarmente, o controle de constitucionalidade das leis é feito em face de norma constitucional. Não possuem essa qualificação as regras da Lei Orgânica do Município. [...]” (p. 7) (grifamos!) Outros acórdãos revelam a mesma posição: ADIn n. 13.882-0/4—SP, rel. Des. Márcio Bonilha, j. 4-3-94 (p. 8).

Ainda que essas opiniões tenham concluído que não cabe a discussão de contraste entre Lei Orgânica Municipal e Lei Municipal ordinária em ADIn estadual, ocorre que seus fundamentos negam o caráter de norma constitucional à Lei Orgânica Municipal, de norma pré-ordenante, de norma paramétrica em juízo de inconstitucionalidade, com o que discordamos.

Posição doutrinária contrária a esta é a de Marlon Alberto WEICHERT, que assim assevera: “Todo controle de constitucionalidade envolve duas variáveis, em um Estado Federativo: o parâmetro e o objeto. Primeiro, é preciso definir a Constituição que será tomada como parâmetro para o controle. Com efeito, coexistindo a Constituição Federal e as Constituições Estaduais, além das Leis Orgânicas dos Municípios, é possível questionar a compatibilidade das normas com qualquer um desses textos fundamentais”. Cf. seu *Recurso Extraordinário no Controle Abstrato de Constitucionalidade*. In: TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius. *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 66.

III) por ser norma de normas, norma *normarum*, por regular o processo de produção normativo no âmbito municipal, pré-definindo a forma e a matéria das leis infra-orgânicas, numa *relativa* relação de *infra* e supra-ordenação normativa, ao modo da explicitação kelsiana<sup>88</sup>;

IV) também constitui fundamento de validade das leis e demais atos normativos ou não-normativos municipais, tendo supremacia no âmbito local municipal, não podendo ser violada em suas regras ou princípios;

V) organiza, limita e autoriza a ação dos poderes e dos agentes públicos municipais, estabelecendo, igualmente, mesmo em face de sua limitada capacidade de conformação constituinte decorrente, novos núcleos de direitos fundamentais individuais e/ou coletivos;

VI) o modo de sua produção *inicial* e o processo de sua reforma se assemelham, em tudo, com o modo de produção e reforma da Constituição Estadual, tendo, inclusive, um *quorum* muito elevado para sua aprovação originária — 2/3 — (art. 29, *caput*, da CF).<sup>89</sup>

88 Cf. seu texto *La Función de la Constitución. In: Enrique E. MARI et alii. Derecho y Psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette, 1987. 168p.

89 Para uma visão contrária à defendida neste trabalho, ver o estudo de Reginaldo FANCKIN. *O Malogro das Cartas Próprias Municipais*. Revista de Direito Público. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 99, ano 25, n. 99, p. 236-244.

FANCKIN, em síntese, afirma:

a) recusa a função constituinte aos vereadores e atribui caráter de mero estatuto organizador à Lei Orgânica, negando-lhe o caráter de constituição (p. 237 e 240) — fala em “[...] estrita finalidade estruturante da lei orgânica, ou seja, cinge-se a organizar [...] os órgãos fundamentais do Município” (p. 239);

b) critica o regime das cartas próprias municipais e elogia o regime constitucional anterior, que previa a competência aos Estados-Membros para editarem leis orgânicas gerais aos Municípios (p. 238) [nesse regime, vigia, em Santa Catarina, a Lei Complementar Estadual n. 5, de 26 de novembro de 1975, com 266 artigos];

c) a lei orgânica municipal, em verdade, teria caráter regulamentar e não legal: “A Lei Orgânica Municipal está para a Constituição Federal e para a Constituição Estadual de seu respectivo Estado-Membro, na mesma relação jurídica em que o Regulamento está para o texto legal regulamentado, não podendo, pois, criar direitos ou obrigações novas, não estabelecidos pela Lei Maior, porquanto seria uma inovação exorbitante de suas atribuições [...]” (p. 239);

d) “[...] a ‘lei’ orgânica só é lei na designação arbitrária do constituinte nacional”. E em tom de ironia afirmou: “Dizem algumas cabeças coroadas por Minerva que a Lei Orgânica seria um equivalente municipal da Constituição” (p. 241).

Quanto ao controle difuso de proteção da Constituição Estadual, do mesmo modo que seu igual na proteção da Constituição da República, devemos dizer que ele se operará em qualquer processo judicial, seja de jurisdição voluntária ou de jurisdição contenciosa, criminal, cível, trabalhista, fiscal, etc. Será suscetível em qualquer fase processual, por qualquer das partes ou pessoas e órgãos intervenientes. No procedimento ordinário, sumaríssimo, especial, cautelar e de execução, nas ações de rito especial, como mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, ação popular, ação civil pública ele pode e deve ser operado, quando for o caso.

Ao controle difuso<sup>90</sup> podem e devem ser aplicadas todas as técnicas de decisão já desenvolvidas no plano da jurisdição constitucional federal, como, a exemplo, são a “interpretação conforme a Constituição”<sup>91</sup>, “declaração de inconstitucionalidade sem redu-

---

e) recusa validade jurídica às normas de caráter programático encontráveis em Leis Orgânicas Municipais, ao argumento de que somente o constituinte nacional poderia fazê-lo, já que essas normas constituiriam “fins do Estado-Nação” (p. 243). f) defende a idéia de que a Lei Orgânica deve apenas e estritamente reproduzir “[...] ao nível local a estrutura implícita no Texto Maior” (p. 244).

Acreditamos que a visão do autor seja excessivamente *jusadministrativista* do Direito Constitucional, do papel do Município na Federação, não adaptada às novas exigências do Estado Democrático de Direito e do Federalismo contemporâneos. A natureza jurídica da Lei Orgânica Municipal e seus consectários constitucionais exigem, para uma adequada e atualizada compreensão, *oxigenação* pela Teoria do Direito e pela Teoria da Constituição, não sendo o Direito Administrativo o campo mais apropriado à boa análise da questão.

A redução da Lei Orgânica a mero regulamento, a mera *fotografia piorada* do texto federal, negando-lhe a possibilidade de estabelecer normas programáticas (que não são apanágio de textos constitucionais, vejamos o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n. 8.069, de 13-7-1990, artigos 3º, 4º e 5º, *e. g.*), negando-lhe a possibilidade de conformar, ainda que minimamente, novos limites aos poderes e novos núcleos de direitos fundamentais em escala municipal, é contrária aos rumos democráticos do federalismo contemporâneo e às exigências de boa tutela do sistema constitucional brasileiro da atualidade, ou sob o argumento de excessos encontráveis em inúmeras Câmaras deste País, ou sob o temor de ao admitir-se tal direito se cometam abusos em seu exercício. Os excessos podem e devem ser debelados pelo exercício da jurisdição constitucional, seja ela a federal ou a estadual.

90 Cf. José Levi do AMARAL JÚNIOR, *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade — comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 93-108, 143p.

91 Sobre a técnica de decisão “interpretação conforme a Constituição”, ver Gilmar Ferreira MENDES, *Jurisdição Constitucional*, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 221-229, 268-280, 326p.; também Vasco Della GIUSTINA, *Leis Municipais e seu controle pelo Tribunal de Justiça — ação direta de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2001, p. 189-195, 248p.; igualmente, para grande aprofun-

ção de texto”<sup>92</sup> e/ou “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”.<sup>93</sup>

O mandado de injunção<sup>94</sup> (artigo 5º, LXXI, da CF), como instrumento de combate à inconstitucionalidade por omissão, é enquadrado como controle difuso de constitucionalidade<sup>95</sup>. Ele tem relevância para proteger, nos planos estadual e municipal, a efetividade de normas das constituições estaduais e municipais que estejam carentes de efetividade por inexistência de medidas legislativas e administrativas aptas a lhes conferir operatividade, desde que, é claro, essas normas digam respeito a direitos e liberdades constitucionais previstos nesses textos (ou mesmo em textos ordinários estaduais e municipais<sup>96</sup>).

Ao mandado de injunção, aplica-se o rito do mandado de segurança por força do artigo 24, parágrafo único, da Lei Federal n. 8.038/90. Assim, ao ser interposto para salvaguarda de direitos e liberdades previstos nas cartas estaduais e municipais, o impetrante e o órgão judiciário encarregado de processá-lo deverão respeitar seu rito e as normas que tratam de sua competência, que

---

damento, Lênio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica — uma nova crítica do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2002, p. 441-541, 710p.

- 92 Sobre a técnica de “declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto”, ver Gilmar MENDES *Jurisdição Constitucional, ibidem*; também Lênio Luiz STRECK, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica, ibidem*.
- 93 Sobre a técnica de “declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade”, ver Gilmar MENDES, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, São Paulo, Celso Bastos Editor, 1998, p. 27-66, 478p., com o artigo *A Doutrina Constitucional e o Controle de Constitucionalidade como Garantia da Cidadania — necessidade de desenvolvimento da declaração de inconstitucionalidade sem a pronúncia de nulidade no Direito brasileiro*.
- 94 O texto mais significativo sobre sua temática, ao nosso ver, foi o elaborado por Roberto Augusto Castellanos PFEIFFER, *Mandado de Injunção*, São Paulo, Atlas, 1999, 290p., embora ele nada refira sobre a possibilidade de seu manejo em face de normas das constituições estaduais e municipais.
- 95 Cf. Antônio Souza PRUDENTE, *Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à justiça*, Revista dos Tribunais — Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política, São Paulo, RT, ano 5, n. 20, jul./set. 1997, p. 195-212.
- 96 Sobre a idéia de que o *mandado de injunção* tutela direitos e liberdades constitucionais previstas ou desenvolvidas até mesmo em textos ordinários, desde que carentes de efetividade, ver Paulo de Tarso BRANDÃO, *Ações Constitucionais Típicas*, Florianópolis, Obra Jurídica, 2001.



se dividem em normas constitucionais federais, constitucionais estaduais<sup>97</sup>, legais federais e legais estaduais.

As ações judiciais de controle referidas podem ser objeto de ampla ou restrita regulação no plano do Estado-Membro, mormente pela Constituição Estadual, produto do exercício vinculado do poder constituinte decorrente. É disso que trataremos, em dada medida, no tópico seguinte.

## 6. Poder Constituinte do Estado-Membro e Constituição Estadual

Em uma federação, como a brasileira, existe um poder específico para elaborar a Constituição Estadual: poder constituinte do Estado-Membro<sup>98</sup>. Este poder é expressão da capacidade autonômica dos Estados integrantes de uma Federação, ou seja, é

---

97 A Constituição catarinense, no seu artigo 83, XI, *c*, dispõe que é competência privativa do Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente o mandado de injunção contra omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia Legislativa, do Tribunal de Contas, dos Secretários de Estado e do Procurador-Geral de Justiça.

98 A relação entre a Teoria da Federação e a Teoria do Poder Constituinte suscita a “produção federativa do Direito Constitucional”, ou seja, quem, quando e como, em uma federação, está autorizado a produzir Direito Constitucional como normas jurídicas constantes de Constituições (a central e as parciais) legitimamente instituídas, validamente adotadas pelo povo da federação e pelos povos das entidades federadas.

Lembremos fatores de história das instituições e das idéias políticas. Os elementos históricos e teóricos que desencadeiam uma praxe e uma teoria da federação começam nos Estados Unidos da América do Norte, mais especificamente em 1787, com a entrada em vigor de sua Constituição Republicana, Federativa e Presidencialista. Seu traçado teórico inicial constitui a obra *O Federalista*, *ob. cit.*, contendo os textos de Alexander HAMILTON, James MADISON e John JAY. Por sua vez, a teoria do poder constituinte ganha origem na obra do Abade Emanuel de SEYÉS, elaborada em 1804, *O Que é o Terceiro Estado*. Existe tradução brasileira com o seguinte título: SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa* [Qu'est-ce que le Tiers État?] Trad. Norma Azeredo, pref. José Ribas VIEIRA, org. e introd. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. 155p.

Lembremos ainda que a Teoria do Poder Constituinte nasceu em um Estado Unitário, a França, que não conheceu a riqueza da forma federativa encetada há muito no espírito dos americanos do Norte. E a nação-mãe da teoria da federação não conheceu a Teoria do Poder Constituinte. Aliás, na origem do sistema norte-americano, a *commow law*, descende de uma tradição que não só não conheceu como ainda hoje desconhece (em termos institucionais) a Teoria do Poder Constituinte: a inglesa.

Nos seus primórdios, a Teoria do Poder Constituinte apenas se ocupava da produção do Direito Constitucional Total, da Constituição total, não conhecia as ordens constitucionais parciais. Hoje ela se ocupa em responder como Estados-Membros, em uma Federação, podem produzir suas constituições, com que limites e com quais instrumentos para fazê-los efetivos.

O ajuste entre essas teorias demanda reflexão para melhor compreendermos as relações entre jurisdição constitucional federal e jurisdição constitucional estadual.



fruto do exercício de competência decorrente da autonomia estadual assegurada na Constituição Federal.

Segundo Anna Ferraz, “elemento caracterizador do Estado-Membro de um Estado federal é a sua autonomia. É, verdadeiramente, a autonomia o traço distintivo dos Estados-Federados.”<sup>99</sup> Para esta autora ela consistiria na “[...] capacidade ‘que tem as partes de um mesmo povo de organizar a sua vida própria, política e administrativa, dentro dos princípios constitucionais da União’.”<sup>100</sup>

A autonomia estadual caracteriza-se por quatro aspectos essenciais: capacidade de autogoverno, capacidade de auto-administração, capacidade de autolegislação e capacidade de auto-organização.<sup>101</sup>

Para Cunha Ferraz, o mais importante aspecto dessa autonomia seria o de auto-organização “[...] ou seja, a capacidade de que é dotada a unidade federada de dar-se uma organização de que descansa sobre suas próprias leis, isto é, sobre leis que não extraíam seu valor jurídico de nenhuma outra autoridade. Vale dizer, o primeiro elemento da autonomia estadual é a capacidade atribuída à unidade federada para dar-se uma Constituição particular”.<sup>102</sup>

---

Para os fins deste trabalho, a questão torna-se ainda mais interessante se considerarmos que o sistema francês até hoje não conhece o controle de constitucionalidade judicial, adotando a forma do controle político prévio realizado por órgão não integrante do Poder Judiciário. Para conhecer o controle de constitucionalidade francês, ver GOMES, Joaquim B. Barbosa. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade de tipo Francês*. In: Revista de Informação Legislativa, Brasília, Senado Federal, ano 40, n. 158, abr./jun. 2003, p. 97-125. Sobre a organização político-territorial francesa, ver MARIN, Eriberto Francisco. *Breves considerações sobre a Organização Política e Territorial do Estado Francês*. In: José Luiz Quadros de Magalhães (Coord.), *Pacto Federativo*, ob. cit., p.181-228.

Para saber sobre a forma de estado norte-americana, ver SANTIAGO, Myrian Passos. *O Modelo Federal dos Estados Unidos da América*. In: José Luiz Quadros de MAGALHÃES (Coord.), *Pacto Federativo*, ob. cit., p. 23-70 e PINTO FILHO, Francisco Bilac. *Traços da Formação e da Evolução do Estado Federal Norte-Americano*. In: Ribas VIEIRA (Coord.) *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*, ob. cit., p. 11-51.

99 Cf. Anna Cândida CUNHA FERRAZ, *Poder Constituinte [...]*, ob. cit., p. 53.

100 *Idem*, p. 54.

101 *Ibidem*.

102 *Ibidem*.

A capacidade de auto-organização estadual implica a idéia de Constituição Estadual, ou seja, o exercício dessa capacidade faz resultar a lei orgânica fundamental do Estado-Membro.<sup>103</sup>

O poder “constituente do Estado-Membro consiste “[...] numa regra de estrutura que estabelece como deve ser produzida a Constituição do Estado-Membro”.<sup>104</sup>

Essa *regra de estrutura* implica que se encontre os limites traçados na Constituição Federal, por um amplo bloco de princípios e regras constitucionais, sobre a atuação desse poder, que é de atuação limitada, condicionada e subordinada às normas constitucionais federais que adstringem sua ação constituinte estadual.

No âmbito do federalismo brasileiro, três elementos informam a natureza do poder constituinte estadual: “[...] a origem jurídica, a delimitação da competência e a atividade sucessiva à do constituinte federal”. Em outras palavras: “É na Constituição Federal que se localiza a fonte jurídica do Poder Constituinte do Estado-Membro. A Constituição Federal configura a competência desse poder constituinte e prevê a época de seu aparecimento, em período sucessivo, para organizar o Estado-Membro na estrutura federal definida na Constituição da Federação”.<sup>105</sup>

Segundo o quadro de competências legislativas remanescentes deixadas pela Constituição Federal aos Estados-Membros no Brasil, parece restar muito pouca inovação jurídica a ser realizada pelo constituinte estadual ao perfazer a Constituição do Estado-Membro.<sup>106</sup> Há países, como a Alemanha e a Suíça, onde existe grande liberdade conformadora por parte do constituinte estadual em algumas matérias (democracia semidireta, direitos fundamentais, direitos de oposição, tarefas estatais, direitos sociais, etc;)<sup>107</sup>.

---

103 *Idem*, p. 54-55.

104 Cf. Gabriel IVO, *Constituição Estadual — competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro*, ob. cit., p. 124.

105 Cf. Raul Machado HORTA, *Direito Constitucional*, ob. cit., título I “Poder Constituinte”, cap. 3 “Natureza do Poder Constituinte do Estado-Membro”, p. 67-81.

106 Cf. André Luiz BORGES NETTO, *Competências Legislativas dos Estados-Membros*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 108, 193p.

107 Cf. José Adércio Leite SAMPAIO, *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*, Belo Horizonte, ob. cit., p. 569.

O constituinte estadual, além de ter de observar os princípios constitucionais estabelecidos, os princípios constitucionais sensíveis, as regras que tratam de competências legislativas entre as entidades federadas, as regras de pré-ordenação, teria de observar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que seria pauta necessária a ser seguida pelos Estados, pelo papel que esta Corte ocupa na federação brasileira, segundo opinião de José Adércio Leite Sampaio.<sup>108</sup>

Em virtude da pouca margem de liberdade conformadora conferida aos Estados-Membros pela Constituição Federal<sup>109</sup>, as constituições estaduais têm sofrido, historicamente, o fenômeno da padronização<sup>110</sup>, ou seja, as constituições estaduais são textos que não diferem muito entre si em suas linhas gerais, havendo cá e acolá alguma peculiaridade, todavia de restrita configuração.

O conteúdo de uma Constituição Estadual também não difere muito do da Constituição Federal, ou por remissão expressa daquela a esta, ou porque existem matérias que ainda que não tenham sido tratadas no texto estadual, e são de observância

---

108 *Idem*, p. 574.

109 Isso, pelo que assevera Fernando SEGADO, parece ser uma tendência do federalismo latino-americano no que respeita ao princípio da autonomia estadual, à capacidade auto-organizativa do Estado-Membro. Vejamos suas observações críticas:

“La capacidad autoorganizativa, que como ya se há dicho es uno de los contenidos de la autonomía, no se agota en el puro ejercicio formal de la potestad constituyente por el Estado miembro, mediante el que dicho Estado se da su propia Constitución. Siendo esto inexcusable, la autonomía requiere de una capacidad de decisión real sobre la propia organización de los poderes del Estado. Esta capacidad decisoria puede sujetarse a algún límite general, pero no a unas restricciones tan amplias que el constituyente estatal se vea convertido en un mero ejecutor de los dictados que establece la Constitución federal. [...]”

Desde luego, no puede obviarse el hecho de que en todos los Estados federales la autonomía estatal, esto es, de los Estados miembros de la Federación, encuentra una serie de limitaciones que hallan su razón de ser en la necesidad de garantizar que las estructuras políticas existentes en la Federación y los Estados sean mínimamente homogéneas, y que también lo sean tales Estados entre sí. [...] Ello responde a lo conveniencia de generar una cierta homogeneidad, como antes se dijo; sin embargo no se exige ni la adecuación plena ni la uniformidad. En Latinoamérica [...] con la sola excepción de Argentina, las Constituciones federales incorporan normas que van mucho más allá de lo que el principio de homogeneidad debe suponer y exigir en un Estado federal, incidiendo sobre aspectos muy puntuales de la organización de los poderes públicos estatales que, por causa de la vertiente autoorganizativa que, entre otros contenidos, entraña el principio de autonomía, debieran de quedar sujetos a la propia capacidad decisoria del constituyente estatal, con lo que ello entraña de una muy seria devaluación del principio de autonomía”. Cf. *Seu Reflexiones Críticas em Torno al Federalismo* [...], ob. cit., p. 129-130.

110 CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, ob. cit., p. 124.

obrigatória por imposição de regras e princípios da Constituição Federal, ou seja, ainda que o constituinte estadual silencie, o constituinte federal é eloqüente.

A Constituição Estadual “[...] deveria ter, no seu âmbito de atuação, a mesma função básica da Constituição Federal, o que, na doutrina tradicional, significa dizer que lhe cabe organizar e disciplinar a forma de governo, o modo de aquisição e exercício do poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação. Assim, a Constituição do Estado deveria ser vista como o ‘conjunto de normas que organizam os seus elementos constitutivos’.”<sup>111</sup>

Nessa visão tradicional da Constituição Estadual, seu conteúdo está vinculado à organização do Estado-Membro e ao exercício e limites da atuação de seu governo. Preocupa-se mais com as coisas do Estado do que com as da cidadania, dos cidadãos, seus direitos fundamentais, garantias e prerrogativas. A mudança de conceito, de função e de estrutura da Constituição dos Estados nacionais<sup>112</sup> não pode deixar de influir no conceito, na função e na estrutura das constituições estaduais em um estado democrático de direito.

Por isso o conteúdo das constituições estaduais não deve apenas organizar *administrativamente* o exercício dos poderes estaduais, mas, também, sem dúvida, comportar pautas de atuação, instrumentos de controle dos poderes estaduais, para que esses se operem em prol dos direitos, garantias e prerrogativas inerentes à pessoa humana (direitos assentados na Constituição Federal, tratados internacionais, leis infraconstitucionais e na própria Constituição Estadual). Isso por meio de normas estaduais que densifiquem, por um lado, a vontade constituinte federal, respeitando-a, e, de outro, atendendo às peculiaridades estaduais, de-

---

111 *Idem*, p. 127.

112 No horizonte desta afirmação, preponderantemente centrado em problemas constitucionais europeus, ver artigo de Vital MOREIRA, *O Futuro da Constituição*. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago (Orgs.). *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*, São Paulo, Malheiros, 2001, p. 313-336. Para uma visão voltada aos problemas latino-americanos, ver Allan R. BREWER-CARIAS, *América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI*. In: STIFTUNG, Adenaur Konrad & CIEDLA — Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. p. 13-33. Edición 2000. Tratando de problemas constitucionais contemporâneos: VALADES, Diego. *Constitución y Democracia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, especialmente em “Las cuestiones constitucionales de nuestro tiempo”, p. 3-24.

senvolvendo e inovando os conteúdos constitucionais federais, de forma a melhor respeitar as expectativas e nível de consciência jurídica do povo e da cidadania estadual.

Desse modo, quanto mais tarefas e missões constitucionais tiver a Constituição Federal, após feito o cálculo de competências do Estado-Membro, mais a Constituição Estadual deverá revelar um conteúdo que evidencie a importância e o desenvolvimento dessas missões no plano local: assim teremos um texto com eventualmente novos direitos, ou direitos com dimensões mais densas do que as conferidas no plano federal; ou teremos instrumentos de garantia desses direitos mais eficazes e precisos do que os estabelecidos no plano fundamental federal, respeitada, é claro, a competência legislativa da União Federal em inúmeras matérias.

Alguns chegam a questionar se a natureza da Constituição Estadual seria de uma verdadeira constituição, dizendo que ela, por não ser fruto do poder constituinte originário, por não ser fruto do exercício de um poder soberano, apenas de um poder autônomo, por não constituir o fundamento de validade de todas as leis estaduais, não poderia compartilhar com a Constituição Federal a mesma natureza jurídica de texto ordenante do estado e da sociedade, de texto fundamentalizador da vida comunitária<sup>113</sup>.

Pensamos ser possível a rejeição dessas conclusões pelas mesmas razões que já aduzimos quanto à natureza de constituição das leis orgânicas municipais (item 4.2.). Todavia, uma razão mais se assoma: a de que a Constituição Estadual, por disposição expressa do constituinte federal (arts. 25 e 125, § 2º, da CF), é texto paramétrico em controle de constitucionalidade estadual, desenvolvido especialmente para protegê-la. Ou seja, uma constituição é muito mais constituição pela sua estrutura e função na ordem jurídica do que pela natureza jurídica ou política do poder que a perfaz, da sua soberania ou autonomia, do seu caráter originário ou derivado. Uma constituição tem o seu valor muito mais por uma decisão concreta do direito positivo do que pelo enquadramento teórico que eventualmente uma doutrina lhe confira;

---

113 Ver, nesse sentido, Sérgio FERRARI, ob. cit., p. 236, e Luz del Carmem Martí CAPITANACHI, “Las Constituciones Locales en el Sistema Federal Mexicano ¿Son Verdaderas Constituciones?”, in: GARZA, José María Serna de la (Coord.) *Federalismo Y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 645-661, 575p.

uma constituição é constituição mais pelo uso, práxis e costume que lhe envolva a atuação no plano da vida, do que por uma idealização teórica ou ideológica que lhe empreste certa corrente de pensamento.

Não só o Direito Constitucional positivo brasileiro confere caráter de constituição à Constituição Estadual, nossa práxis institucional, nosso olhar histórico lhe conferem tal dignidade. O que nos falta, para atentarmos devidamente para isso, é a solidez de uma cultura de Direito Constitucional verdadeiramente federalista, uma maior atenção para as questões do Direito Constitucional Estadual, para a sua natureza e importância no plano do Direito Constitucional como um todo. Todavia, essa falta não pode nos levar a conclusões irrefletidas, desconsentâneas à ordem jurídica e à nossa tradição federalista<sup>114</sup>.

Não obstante as considerações precedentes, parece haver uma razoável margem de conformação para o poder constituinte do Estado-Membro ao estabelecer o sistema de controle de constitucionalidade estadual destinado a tutelar o Direito Constitucional Estadual, a proteger as normas da Constituição Estadual, o sistema de direitos fundamentais e a separação de poderes operáveis no plano estadual.

E isso se revela não só pela capacidade de auto-organização dos Estados-Membros, mas também pelo exercício da sua capacidade de autolegislação. Disso nos ocuparemos com mais atenção no tópico seguinte.

## 6.1. Poderes de Elaboração e de Proteção da Constituição Estadual

Em nosso sistema federativo, podemos dizer que a competência normativa constituinte estadual se expressa pelos poderes de elaboração da Constituição Estadual, de emissão de normas constitucionais estaduais que serão paramétricas para os demais poderes estaduais e mesmo para os particulares. Nesse poder de elaboração da constituição está ínsito, implícito, o poder de criar o

---

114 Para estudo histórico, crítico e dogmático dessa tradição no Brasil, ver Celso BASTOS, *A Federação no Brasil*, in: *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Rio de Janeiro, Forense, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, número especial, 1987, p. 181-241. Para suas dimensões latinoamericanas, também em perspectiva crítica, ver Fernando SEGADO, *Reflexiones criticas em torno al federalismo en América Latina*, ob. cit.

sistema de proteção da constituição elaborado pelo Estado-Membro. E as regras, o rito e os instrumentos de proteção da constituição elaborada pelo Estado-Membro podem vir nela traçados por normas constitucionais estaduais ou por normas legislativas ou regimentais produzidas pelos poderes constituídos estaduais.

Os institutos basilares do controle estadual de constitucionalidade e seus legitimados devem estar positivados no texto constitucional estadual, podendo o legislador estadual — ou o judiciário por sua competência normante regimental — criar normas ordinárias que especifiquem, modulem, os efeitos das decisões liminares, e que, de mérito, definam o rito e o processo constitucional respeitante ao sistema de controle de constitucionalidade estadual<sup>115</sup>.

Podemos dizer que há uma reserva de Constituição Estadual quanto à previsão dos institutos. Todavia, quanto às regras do processo constitucional e suas características procedimentais secundárias, elas podem ser delineadas ou aprofundadas pela atividade legislativa infraconstitucional, como demonstram, no plano federal, as Leis Federais ns. 9.868/99 e 9.882/99, que definiram, respectivamente, o rito da ação direta de inconstitucionalidade federal, o da ação declaratória de constitucionalidade e o da arguição de descumprimento de preceito fundamental, bem como as disposições regimentais do Supremo Tribunal Federal e do Congresso Nacional que dispõem sobre ritos judiciais e parlamentares referentes a decisões e seus efeitos proferidos no controle de constitucionalidade. Nesse caso, o princípio da simetria deve funcionar como estimulante, como norte, como luz da liberdade de conformação do Estado-Membro.

O poder de proteção da Constituição Estadual realiza-se em três momentos distintos:

l) elaboração constituinte das linhas mestras do sistema, com a definição dos institutos basilares, com a opção pelos instrumentos processuais constitucionais que figuraram no rol de normas da Constituição Estadual, tanto no ato inicial constituinte estadual, quanto pela ação de reforma constitucional do texto local;

---

115 Nesse sentido, *e. g.*, o Estado de Santa Catarina promulgou a Lei Estadual n. 12.069, de 27 de dezembro de 2001, que dispôs “sobre o procedimento e julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina”. Antes da entrada em vigor dessa norma, regulava o rito da ADIn estadual a Resolução Tribunalícia n. 6, de 5 de setembro de 1990, do Tribunal catarinense.

II) os poderes constituídos estaduais, em atividade de normação infraconstitucional, por meio de leis ou atos regimentais, definirão com minúcia as características ordinárias do processo constitucional de controle da compatibilidade de atos e normas com a Constituição Estadual;

III) o Judiciário Estadual, pela cúpula do Tribunal de Justiça, em via de controle direto, ou os demais juízes estaduais, no âmbito do controle difuso, farão valer esses instrumentos diante das normas constitucionais estaduais paramétricas ao controle de constitucionalidade.

O processo constitucional estadual de controle é instituto que está na esfera constituinte e na legislação ordinária do Estado-Membro. Não se verá obstado pela regra de competência legislativa processual da União, art. 22, inciso I, da Constituição da República, por três razões básicas:

I) o processo judicial de que trata aquele texto é o civil e o penal, não o constitucional;

II) São inerentes aos Estados-Membros as capacidades de autolegislação, de auto-organização e de eles definirem o seu sistema processual de defesa da Constituição Estadual, podendo fazê-lo por normas constitucionais estaduais, legais e regimentais;

III) seria incoerente que se imaginasse poder o constituinte decorrente elaborar uma Constituição Estadual; todavia se o sistema de defesa dessa constituição fosse regulado por norma processual federal, sem que para isso houvesse disposição expressa posta pelo constituinte originário federal, a matéria, além de ser de competência implícita, também seria remanescente.

A doutrina registra que “[...] é da essência da autonomia do constituinte estadual criar o sistema de defesa da Constituição que dele emanar”. Cabe a ele e só a ele criar mecanismos de controle que assegurem a supremacia da Constituição Estadual no plano territorial dos Estados<sup>116</sup>. Seria ilógico e inaceitável que o sistema de controle de constitucionalidade estadual fosse ou devesse estar previsto e exaurido na Constituição Federal — isso,

---

116 Cf. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, *Poder Constituinte* [...], ob. cit., p. 186.



para Cunha Ferraz, anularia o significado da autonomia federativa<sup>117</sup>.

Para o Estado-Membro, em nossa federação, a criação de seu sistema de defesa seria “direito autônomo”, “[...] não estando adstrito a acompanhar os eventuais modelos de defesa da Constituição Federal, por esta criados e estruturados”.<sup>118</sup>

Assim, não haveria uma correspondência estrutural necessária entre controle federal e controle estadual de constitucionalidade. Óbvio que o sistema de defesa estadual está limitado pelas regras e princípios de observância obrigatória pelo poder constituinte decorrente, como são, a exemplo, a separação de poderes, o sistema de direitos e garantias fundamentais, a organização mínima do poder judiciário e sua articulação com os demais poderes.<sup>119</sup>

Para Anna Ferraz:

“[...] o controle de constitucionalidade frente à Constituição Estadual há de ser exercido por poderes constituídos pelo Constituinte Decorrente e, em regra, deve ser previsto na própria Constituição Estadual para que possa atuar eficazmente.

“O Constituinte Estadual ao criar o sistema de controle de defesa da Constituição há de indicar-lhe a natureza, estruturar-lhe os meios de funcionamento, inclusive os de natureza processual.

“Esse controle alcança, necessariamente, todos os atos jurídicos que tenham fundamento na Constituição Estadual, de modo direto ou indireto. Vale dizer que alcança a ação dos poderes locais, legislativo e executivo. Assim, à Constituição Estadual hão de ajustar-se, no plano legislativo, as leis estaduais e as leis municipais; no plano executivo, os atos do governador e das autoridades estaduais, dos prefeitos e autoridades municipais, e, no plano judiciário, os atos do Poder Judiciário Estadual, quer enquanto aplica normas (função jurisdicional), quer quando atua competências decorrentes da Constituição Estadual e das leis estaduais (função administrativa)”.<sup>120</sup>

---

117 *Idem*, p. 187.

118 *Idem*, p. 188.

119 *Idem*, p. 190.

120 *Idem*, p. 190-191.

Aderimos a esse pensamento, acrescentando-lhe apenas a seguinte ressalva: o controle poderá ser exercido não somente sobre aqueles atos normativos que encontram fundamento de validade mediato ou imediato na Constituição Estadual, pois muitos atos estaduais e municipais podem encontrar fundamento de validade imediato na Constituição Federal. Assim, no que toca ao controle de constitucionalidade, muitos atos podem não estar fundamentados na Constituição Estadual, mas encontrarão nela o fundamento paramétrico para eventual juízo de inconstitucionalidade, ou seja, podem não encontrar nela o seu fundamento de validade, mas nela encontrarão o fundamento para sua invalidação por inconstitucionalidade. Haveria assim, em muitos casos, uma cisão técnica e prática entre fundamento de validade e fundamento de invalidade.

Para Sérgio Ferrari, a Constituição Estadual teria ampla liberdade de configuração do controle de constitucionalidade, devendo obedecer a três requisitos mínimos<sup>121</sup>, defluentes da ordem constitucional federal:

I) regular o controle apenas sobre atos de conteúdos normativos abstratos, excluindo-se atos administrativos singulares ou equivalentes;

II) o parâmetro de controle de constitucionalidade deverá ser sempre norma constitucional da Constituição Estadual, nunca a da Constituição Federal ou a de Lei Orgânica Municipal;

III) a legitimação para mover as ações de controle de constitucionalidade nunca poderá ser atribuída a um único órgão ou entidade.

Apenas discordamos em um aspecto dessa opinião abalizada: é possível o controle de constitucionalidade de atos concretos, de políticas públicas, caso o constituinte estadual institua um instrumento similar ou idêntico ao da arguição de descumprimento de preceito fundamental no plano estadual<sup>122</sup>. Isso será por meio de

---

121 Cf. Sérgio FERRARI, ob. cit., p. 240.

122 André Ramos TAVARES adota a tese de que o Poder Constituinte do Estado-Membro pode adotar e regular a *arguição de descumprimento de preceito fundamental estadual*, sugerindo que a atividade constituinte decorrente defina o rol de preceitos fundamentais passíveis de ensejarem arguição perante o Tribunal de Justiça, conforme seu *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental*, São Paulo, Saraiva, 2001, p. 249-252. Como está se tornando corrente na opinião especializada, a *arguição de descumprimento* admite a im-

decisão constituinte local e legislativa ordinária, pois, a exemplo do modelo federal, terá de haver previsão na Constituição Estadual e na lei ordinária regulando-lhe as hipóteses de cabimento, rito e efeitos.

Em tudo e por tudo, o sistema de controle de constitucionalidade estadual é de matéria constitucional dos Estados-Membros.<sup>123</sup> O controle de constitucionalidade estadual deve ser regulado, no plano estadual, como manifestação da autonomia do Estado.<sup>124</sup>

O controle de constitucionalidade estadual deve ser operado pelo Poder Judiciário do Estado-Membro. Vejamos, em nosso sistema, alguns aspectos da jurisdição constitucional estadual como jurisdição operável por órgãos e membros do Judiciário Estadual.

## 7. Poder Judiciário Estadual e Competências Próprias à Jurisdição Constitucional

Em uma federação há uma divisão de competências horizontais e verticais entre os órgãos que a compõem. Assim, entre o Legislativo, o Executivo e o Judiciário há uma divisão horizontal de missões, de tarefas, de atribuições, de competências no sistema constitucional. Numa federação essa divisão dá-se em seus respectivos níveis. No caso da brasileira, dá-se em três níveis verticais: federal, estadual e municipal. É basilar à idéia de federação a repartição de competências, o asseguramento de um cír-

---

pugnação de “atos estatais de efeitos concretos no controle abstrato”, conforme André TAVARES, obra citada p. 205-208.

Regina Maria Macedo NERY FERRARI, em seu *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*, 3.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2003, além de admitir a possibilidade de controle de atos não normativos pela *arguição de descumprimento*, vai mais longe, entende que inclusive “políticas públicas” (composta, por vezes, de um conjunto de atos normativos e não normativos) podem ser objeto de impugnação na via da *arguição de descumprimento*, conforme se deflui das páginas 186-189 e 193-195 de seu livro.

Fábio Konder COMPARATO escreveu um dos mais significativos textos já produzidos entre nós sobre políticas públicas e controle de constitucionalidade, ver seu *Ensaio Sobre o Juízo de Inconstitucionalidade de Políticas Públicas*. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio (Org.) *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2 — Direito Administrativo e Constitucional*. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 343-359.

123 Cf. CUNHA FERRAZ, Anna Cândida, *Poder Constituinte* [...], ob. cit., p. 218.

124 Cf. Regina Maria Macedo NERY FERRARI, *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*, 4.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1999, p. 267, 286p.

culo de atuação aos órgãos constitucionais integrantes do pacto federativo.

Nossa doutrina constitucional destaca, preponderantemente, as competências legislativas e administrativas<sup>125</sup>, sem, no entanto, dar a devida atenção à divisão de competências entre os órgãos judiciários da federação (ao *federalismo judicial*<sup>126</sup>). No âmbito municipal não são asseguradas atribuições judiciais, ou seja, não há falar, entre nós, de um poder judiciário municipal<sup>127</sup>, como podemos falar de um poder judiciário da união e um poder judiciário dos Estados-Membros<sup>128</sup>.

No Brasil, desde 1891, vige o sistema dual de justiça<sup>129</sup>, ou seja, há uma justiça federal e vinte e sete justiças estaduais, cada qual com seu rol de competências jurisdicionais, delineadas, basicamente, nos enunciados constitucionais (arts. 92, 96, I, a, III, 102, 105, 108, 109, 111, § 3º, 113, 114, 121, *caput*, 124, parágrafo único, 125, § 1º, da CF).

Não há outro capítulo em nossa atual Constituição que tenha recebido maior número de artigos: o Judiciário<sup>130</sup> é pré-ordena-

---

125 Ver registros significativos do trato de competências legislativas e administrativas em: HORTA, Raul Machado. *Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988*. In: *Revista Trimestral de Direito Público*, IDEPE e IDAP, São Paulo, Malheiros, n. 2, 1993, p. 5-20; SUNDFELD, Carlos Ari. “Sistema Constitucional das Competências”. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, 1993, n. 1, p. 272-281; CLÈVE, Clémerson Merlin. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 63-82. Obra monográfica sobre competências legislativas do Estado-Membro: ver BORGES NETTO, André Luiz. *Competências Legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 193p. Obra monográfica sobre competência administrativa ver Manoel de Oliveira FRANCO SOBRINHO, *Da Competência Constitucional Administrativa*, Curitiba, Genesis, 1995, 193p.

126 Expressão baseada na obra de RUIZ, Gregorio. *Federalismo Judicial (el modelo americano)*. Madrid: Civitas, 1994. 196p.

127 No horizonte dessa temática, são interessantes os trabalhos de GAMA, Décio Xavier. *Justiça Municipal*. Revista da EMERJ, vol. 2, n. 6, 1999, p. 132-141 e ZEFIRO, Gabriel de Oliveira. *Juizados Especiais Municipais com Juizes Eleitos — uma proposta*. Revista da EMERJ, vol. 4, n. 14, 2001, p. 95-106.

128 Não estamos desatentos à tese da unidade do poder judiciário nacional: ver, nesse sentido, SILVEIRA, José Neri. *Aspectos Institucionais e Estruturais do Poder Judiciário Brasileiro*. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197-218, cf. p. 7-9 e p. 14-22 da obra.

129 Cf. Oswaldo TRIGUEIRO, *Direito Constitucional Estadual*, ob. cit., p. 196.

130 Sobre o Judiciário brasileiro na atual Constituição da República, interessantes as anotações sobre sua autonomia e papel na ordem jurídica nacional, no estudo de Clémerson CLÈVE, *Temas de Direito Constitucional*, ob. cit., p. 36-55.

do por 35 dispositivos. Neles a justiça dos estados é pré-ordenada largamente, seguindo tradição inaugurada com a Constituição de 1934<sup>131</sup>. Em dez artigos, a atual Constituição refere-se expressamente à competência própria dos órgãos da justiça nacional: Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça, Tribunal Superior do Trabalho, Tribunal Superior Eleitoral, Tribunal Superior Militar, Tribunais Regionais Eleitorais, Tribunais Regionais Federais, Tribunais Regionais do Trabalho, Tribunais de Justiça Militar, Tribunais de Justiça estaduais, juízes federais, eleitorais, trabalhistas, militares, estaduais. Em vários trechos de sua narrativa, a Constituição define a competência de órgãos do Poder Judiciário, fazendo-a de forma taxativa; é o caso das competências do STF, STJ, TRF's e juízes federais. Em outras, deixa à compleição da lei essa tarefa, hipótese relativa aos demais órgãos judiciários (arts. 111, § 3º, 113, 114, 121, *caput*, 124, parágrafo único, da CF).

Interessa-nos, para os efeitos deste trabalho e respectivo item de abordagem, a competência da Justiça Estadual para conhecer questões constitucionais, especialmente aquelas ligadas à proteção da Constituição Estadual — especificamente as competências vigentes. Ou melhor, interessa-nos sua competência de cognição judicial em matéria constitucional estadual.

Para tanto, precisamos trabalhar os conceitos acima expendidos: controle jurisdicional difuso e concentrado; jurisdição constitucional das liberdades e jurisdição como garantia da constituição. Ainda precisaremos tratar da interessante conexão entre jurisdição ordinária e jurisdição constitucional. Também impende sejam descritos os dispositivos constitucionais (e legais) centrais que se ocupam da matéria com reflexo no plano estadual. Para bem tratarmos alguns desses assuntos, tomaremos como exemplo normas da ordem jurídica do Estado de Santa Catarina.

Aos órgãos judiciários estaduais impõe-se o dever-poder de tutelar a Constituição Estadual, por força da regra do artigo 23, inciso I, da Constituição da República, que atribui competência comum à União, aos Estados-Membros e aos Municípios para tutelar a Constituição e as leis da República; do princípio do artigo 25, que especifica que o Estado-Membro deverá organizar-se e *reger-se* pelas Constituições que adotar; das regras do artigo 125, §§ 1º e 2º, insertas na Seção VIII “Dos Tribunais e Juízes dos

---

131 Cf. Raul Machado HORTA, *Direito Constitucional*, ob. cit., p. 70-71.

Estados”, que atribuem competência normante aos entes federados estaduais para organizarem suas justiças, estatuidando competência aos Tribunais de Justiça por meio da Constituição Estadual e instituindo representação de inconstitucionalidade de leis e de atos normativos estaduais e municipais em face da Constituição Estadual.

Dois princípios constitucionais estruturantes sobrepassaram esta competência de cognição constitucional e de proteção da Constituição Estadual pelos órgãos judiciários estaduais: o do Estado Democrático de Direito e o do Federalismo (ambos com assento no artigo 1º da CF).

Além desses fundamentos, na ordem jurídico-positiva, existem outros que decorrem de nossa tradição constitucional e da tradição própria ao federalismo, que não podem ser sonogados nos processos de compreensão e concretização<sup>132</sup> das normas que operaram a jurisdição constitucional estadual no Brasil: desde a estatuição da República Federativa, os órgãos judiciários estaduais tiveram a possibilidade de tutelar a Constituição Estadual em face de leis estaduais ou municipais que lhe fossem contrárias, e é insito às federações esse controle em prol das Constituições Estaduais<sup>133</sup>.

---

132 Sobre o programa normativo da norma constitucional, programa que atenta para importância da história, da tradição, da *genética* dos textos constitucionais no processo de concretização constitucional (interpretação/aplicação/construção da norma), ver nosso estudo *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 196-197 e 233-243.

133 A título exemplificativo, no Direito Comparado, sobre o controle jurisdicional de constitucionalidade desenvolvido por órgãos judiciários estaduais, ver o estudo de Anna Cândida CUNHA FERRAZ, *Poder Constituinte do Estado-Membro*, obra citada, p. 199-201, no qual a jurista de São Paulo se refere aos Estados Unidos da América do Norte, à Argentina e à Alemanha. Aprofundamentos interessantes sobre essa questão no Direito Tedesco, ver o trabalho de Gilmar Ferreira MENDES, *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988*, obra citada.

O problema é tão rico que, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, em seu *A Teoria das Constituições Rígidas*, obra citada, chega a referir que entre os americanos do norte, mesmo antes da promulgação da Constituição Federal de 1787, órgãos judiciários estaduais já haviam declarado a inconstitucionalidade de leis estaduais em face de Constituições estaduais. Vejamos:

“Alguns tribunais estaduais, antes da promulgação da Constituição Federal, decidiram que tinham o poder de discutir a validade das leis e declará-las nulas, quando em conflito com as suas Constituições Estaduais.

“Esta doutrina foi sustentada, parece, pela primeira vez, após a independência dos Estados Unidos, em 1780, por um tribunal de Nova Jersey, que deixou de cumprir um ato legislativo por considerá-lo infringente da Constituição Estadual, na disputa *Holmes-Walton*. Dois

Em nosso sistema, os Tribunais de Justiça operam, com exclusividade, o controle concentrado de constitucionalidade em face da Constituição Estadual. Nele conhecem ações diretas genéricas de inconstitucionalidade (art. 125, § 2º), ações interventivas nos municípios (art. 35, IV), ou outras ações que os Estados estatuírem, como exemplifica a processualística constitucional federal (arts. 102, § 1º, 103, § 4º).

Os juízes estaduais, órgãos de jurisdição monocrática, nas varas de comarca onde servirem ou nos juzados especiais que atuarem, seja em processos cíveis ou criminais, contenciosos ou de jurisdição voluntária, da petição inicial à prolação da sentença, poderão, por iniciativa própria ou atendendo argüição das partes, terceiros interessados ou Ministério Público, exercer, como prejudicial de mérito, o controle difuso de constitucionalidade em tutela da Constituição Estadual (ou mesmo da Constituição Municipal, quando se tenha em foco lei municipal contrastante com a Lei Orgânica Municipal).

---

anos depois, a Corte de Apelação de Virgínia, no caso *Commonwealth-Caton*, em 1782, decidiu ser inconstitucional um ato que tirava do chefe do executivo estadual o poder de perdoar, que a Constituição lhe conferira. Em 27 de agosto de 1784, a Corte Suprema de Nova Iorque, no pleito *Rutgers-Waddington*, declarou nula uma lei desse Estado. Em 1786, na célebre questão *Trevitt-Weedon*, a Corte Superior de Rhode Island decidiu como irrito um ato da sua legislatura. No ano seguinte, a Corte Máxima de Carolina do Norte, na contenda *Bayard-Singleton*, ainda declarou nulo ato contrário à Constituição do Estado” (p. 109-110). Essas conclusões do autor foram sustentadas com base na obra de David Watson, *The Constitution of the United States*, p. 1.169-1.179, vol. II (ano de 1910).

Todavia, devemos relativizar o valor da sustentação de Bandeira de MELLO para os fins de historicidade do controle estadual em federações, em face de que o período referido da história constitucional norte-americana era de “confederação” e não de “federação”. Ou seja, quando ele refere “constituições estaduais” devemos ler, em verdade, *constituições nacionais confederadas*. Mesmo assim, seu registro é deveras importante para sustentar que o controle de constitucionalidade estadual desenvolvido por órgãos judiciários estaduais em proteção de constituição estadual é insito às federações, já que a confederação norte-americana é a origem do grande modelo de federalismo inaugurado pelos Estados Unidos.

Outro registro importante sobre a necessidade de controlar a constitucionalidade da atividade legislativa estadual, é o que destaca os fatores históricos e filosóficos que fizeram emergir, nos Estados Unidos, a doutrina da *judicial review of legislation*. Fatores associados ao que se entendeu por abuso das assembléias estaduais ao produzirem leis “entidas” injustas e inconstitucionais, leis que visavam a atender a profunda crise econômica sofrida por pequenos agricultores (*a classe dos devedores*), que ficaram empobrecidos e sem capacidade para solver suas dívidas após a Revolução Americana de 1776 — empobrecidos pois lutaram na Revolução. Para tanto, ver o aprofundado trabalho do jurista argentino GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente Al Gobierno: sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*. Barcelona: Ariel, 1996, p. 17-26. 279p.



Da mesma forma, os órgãos judiciários colegiados integrantes do Tribunal de Justiça (Câmaras, Câmaras Reunidas, Pleno, Turmas etc.), para realizarem higidamente o controle difuso em prol da lei fundamental Estadual, deverão respeitar as regras processuais dos artigos 480 a 482 do Código de Processo Civil, com as alterações dadas pelas Leis ns. 9.756/98 e 9.868/99. Mais: deverão respeitar o artigo 97 da Constituição Federal, seja o parâmetro a Constituição Estadual diante de leis estaduais ou municipais, ou a Lei Orgânica municipal diante de lei infra-orgânica municipal contrastante (segundo entendemos, neste último caso). Essas normas definem a cisão do julgamento de constitucionalidade entre o órgão fracionário do Tribunal e seu órgão pleno ou especial. A decisão sobre a *inconstitucionalidade* de ato normativo, em Tribunal, só poderá ser tomada pela maioria absoluta dos membros integrantes do Pleno ou do Órgão Especial. É a regra do *full bench*.<sup>134</sup>

Ainda sobre controle difuso e órgãos judiciários colegiados, é preciso dizer que os juizados especiais civis e criminais, operáveis no plano estadual, por força da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995<sup>135</sup>, quando apreciarem recursos cíveis ou criminais por meio de suas turmas de juízes de primeiro grau (compostas de três magistrados), conforme artigos 41, § 1º, e 82, *caput*, para conhecer arguições incidentais de inconstitucionalidade, não precisam obedecer ao *quorum* do artigo 97, nem à processualística dos artigos 480 a 482 do CPC, pelo simples fato de não constituírem Tribunal<sup>136</sup>. O controle de constitucionalidade difuso nos juizados especiais estaduais tende a ser raro, pois o artigo 3º, § 2º, da Lei n. 9.099, excluiu da competência dos juizados cíveis as causas de natureza fiscal e de interesse da Fazenda Pública, causas em que, na maioria das vezes, surgem aduções de inconstitucionalidade *in concreto*.

---

134 Para estudo aprofundado sobre regra do *full bench*, ver o estudo monográfico de Amaral JÚNIOR, *Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade — comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil*, ob. cit.

135 Essa lei nacional foi produzida com fundamento nos artigos 98, I, 24, X e XI, da Constituição da República.

136 Nesse sentido ver Guilherme PEÑA, *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*, ob. cit., p. 295-296, no capítulo XIII “Controle de Constitucionalidade no Plano Estadual”.



A jurisdição constitucional como garantia da Constituição Estadual é aquela operada pelo controle concentrado de constitucionalidade no Tribunal de Justiça. O processo constitucional que veicula essa jurisdição deve ser regulado pelo próprio Estado-Membro, por seus órgãos com competência normante constituinte, reformadora, ordinária e regimental (como vimos no item 5.1). Mais: as próprias ações, os instrumentos processuais devem ser definidos pela ação normante estadual.

A jurisdição constitucional da liberdade no plano estadual, ou seja, aquela operada pelo mandado de segurança, *habeas data*, *habeas corpus*, mandado de injunção perante os órgãos judiciários estaduais, tem seu processo definido por leis federais (ou melhor, nacionais<sup>137</sup>). Essas ações constitucionais típicas encontram-se positivadas no texto constitucional central. O constituinte originário as elegeu. A Constituição da República apenas defere aos Estados-Membros, por meio da Constituição Estadual e de lei estadual de organização judiciária, a definição das competências do Tribunal de Justiça e dos órgãos de jurisdição monocrática estaduais. Assim, no exercício dessa faculdade normante, os Estados-Membros apenas decidem quais de seus órgãos conhecerão as matérias veiculadas pelas ações inseridas na jurisdição constitucional das liberdades.

---

137 A Lei Nacional n. 1.533, de 31 de dezembro de 1951, regula o rito e consectários do *Mandado de Segurança*; a Lei Nacional n. 9.507, de 12 de novembro de 1997, normatiza, por sua vez, o *Habeas Data*; o Decreto-Lei Nacional n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 — Código de Processo Penal — estabeleceu o procedimento e hipótese de cabimento do *habeas corpus*, especialmente em seus artigos 647 a 667; o parágrafo único do artigo 24 da Lei Nacional n. 8.038, de 28 de maio de 1990, manda aplicar ao mandado de injunção, no que lhe couber, o mesmo rito aplicável ao mandado de segurança, enquanto não sobrevier legislação específica.

Aliás, quanto ao tratamento legislativo-processual dado ao mandado de injunção, já afirmamos alhures: “[...] o mandado de injunção, às vezes de eficácia tão criticada pela interpretação inicial que lhe deu o STF, embora auto-aplicável, com imposição do rito do mandado de segurança por força do artigo 24, parágrafo único, da Lei n. 8.038/90, seria mais potente e hábil à sua missão constitucional se houvesse uma lei própria, regulando-lhe todos os efeitos e tramas processuais, como desfrutam as demais ações constitucionais. Atente-se para o fato de que o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade são as únicas ações constitucionais típicas que carecem de desenvolvimento processual via lei ordinária”. Cf. nosso *Princípios Constitucionais e Atividade Jurídico-Administrativa*: anotações em torno de questões contemporâneas. In: *Revista da ESMESC — Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, ESMESC, 2002, p. 37-66, ano 8, vol. 14, p. 64, nota 41.

Vejamos, a título de ilustração, o que definiu a ordem jurídica catarinense quanto ao ora tratado:

a) o artigo 83, inciso XI, letras *c* e *d*, da Constituição do Estado de Santa Catarina, respectivamente, diz que “compete privativamente ao Tribunal de Justiça”, “processar e julgar, originariamente”, “os mandados de segurança e de injunção e os *habeas data* contra atos e omissões do Governador do Estado, da Mesa e da Presidência da Assembléia, do próprio Tribunal ou de algum de seus órgãos, dos Secretários de Estado, do Presidente do Tribunal de Contas, do Procurador-Geral de Justiça e dos juizes de primeiro grau”, “os *habeas corpus* quando o coator ou paciente for autoridade diretamente sujeita a sua jurisdição”. O referido diploma, em seu artigo 4º, *caput*, e inciso V, prescreve que “O Estado, por suas leis e pelos atos de seus agentes, assegurará, em seu território e nos limites de sua competência, os direitos e garantias individuais [...] previstos na Constituição Federal [...]” e “o Poder Judiciário assegurará preferência no julgamento do *habeas corpus*, do mandado de segurança e de injunção, do *habeas data* [...]”.

b) a Lei Estadual n. 5.624, de 9 de novembro de 1979, que instituiu o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina, estabelece, nos seus artigos 93, III, e 99, letra e, que “compete ao juiz de direito no crime processar e julgar *habeas corpus*”, e que “compete-lhe como juiz dos feitos da fazenda [...] processar e julgar [...] os mandados de segurança contra [...] ato de autoridade estadual ou municipal, ou como tais consideradas, ressalvados os casos de competência originária do Tribunal”. Mesmo após a entrada em vigor da Constituição Estadual (5-10-89) até hoje, a Lei n. 5.624/79 carece de atualizações que fixem a competência para os órgãos judiciários monocráticos de primeiro grau conhecerem mandado de injunção e *habeas data*.

c) o Regimento Interno do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que entrou em vigor em 1º de julho de 1982 e sofreu alterações pelos Atos Regimentais n. 1, de 14 de outubro de 1982, ao n. 59, de 18 de junho de 2003, tratou dos procedimentos tribunálicos (I) do mandado de segurança, nos seus artigos 176 a 177, e (II) do *habeas corpus*, artigos 174 a 175;

c) (I) no artigo 29, I, letra *c*, estabeleceu que compete a uma das Câmaras Cíveis processar e julgar mandado de segurança im-

petrado contra juiz de primeiro grau, quando a matéria for civil; no art. 30, I, letra *h*, estabelece que compete a uma das Câmaras Criminais processar e julgar mandado de segurança impetrado contra juiz criminal e auditor da justiça militar; o Ato Regimental n. 41, de 9 de agosto de 2000, em seu artigo 3º, com a alteração conferida pelo Ato Regimental n. 50, de 26 de fevereiro de 2002, estabeleceu a competência das Câmaras de Direito Público (que absorveram as competências das Câmaras Cíveis no que se refere a mandado de segurança) “[...] para o julgamento dos recursos ou ações originárias de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios, bem como os feitos relacionados com atos que tenham origem em delegação de função pública, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do Poder Público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas [...]”, assim, resta claro que quanto à competência para mandado de segurança, em matéria não-criminal, será de uma dentre as três Câmaras de Direito Público existentes, instituídas pelo Ato Regimental n. 57, de 4 de dezembro de 2002, artigo 1º, inciso III; além dessas normativas regimentais, o Ato Regimental n. 39, de 22 de novembro de 1999, artigo 2º, II, estabeleceu que compete à Câmara de Férias processar mandados de segurança, incumbido o relator provisório de julgar o pedido de liminar (note-se que a decisão de mérito do *mandamus* não será proferida pela Câmara de Férias, que atuará, por meio do relator, apenas para efeito de apreciação do pedido liminar);

c) (II) o Regimento Interno, em seu artigo 28, inciso III, institui competência das Câmaras Criminais Reunidas para darem *habeas corpus*, de ofício, aos feitos submetidos à apreciação desse órgão fracionário; o art. 29, I, letra *h*, estabeleceu que, quando a prisão for civil, caberá à Câmara Civil conhecer de *habeas corpus*; no art. 30, I, letra *a*, estabeleceu que compete a uma das Câmaras Criminais conhecer de *habeas corpus* quando o coator ou paciente for deputado estadual, secretário de estado, juiz de primeiro grau, auditor da justiça militar e seus substitutos, e membros do Ministério Público; além desses dispositivos regimentais, o Ato Regimental n. 39, de 22 de novembro de 1999, no seu artigo 2º, I,

estabeleceu que compete à Câmara de Férias processar e julgar *habeas corpus* e recursos de decisões denegatórias de *habeas corpus*.

Cumprido dizer que os direitos subjetivos, postulados no âmbito da jurisdição constitucional das liberdades, podem ter assento em leis estaduais ou municipais, bem como na Constituição Estadual ou em Lei Orgânica Municipal. Assim, embora o processo seja imposto por lei nacional, para seu desenvolvimento a competência é fixada por normas estaduais, e os direitos tuteláveis, nesses instrumentos, podem ter assento na ordem objetiva estadual ou municipal, o que caberia falar, nesses termos, de jurisdição constitucional estadual das liberdades.

Outra questão relevante nesse item diz respeito às conexões de sentido entre jurisdição constitucional estadual e jurisdição ordinária estadual.

A primeira conexão refere-se ao fato da matéria própria a cada uma dessas jurisdições. A constitucional, nas palavras de Oliveira Baracho, é “[...] compreendida como a parte da administração da justiça que tem como objeto específico matéria jurídico-constitucional de um determinado Estado”.<sup>138</sup> Ela “[...] é tomada [...] no sentido de atividade jurisdicional que tem por objetivo verificar a concordância das normas de hierarquia inferior, leis e atos administrativos, com a Constituição, desde que violaram as formas impostas pelo texto constitucional ou estão em contradição com o preceito da Constituição, pelo que os órgãos competentes devem declarar sua inconstitucionalidade e conseqüente inaplicabilidade”.<sup>139</sup>

Por sua vez, a jurisdição ordinária não julga normas inferiores em face de normas superiores, aplica a lei aos casos concretos, subsumindo as normas legais inferiores aos casos fáticos submetidos à jurisdição civil, penal eleitoral, trabalhista e militar. Nessas hipóteses, a princípio, o terreno de cognição seria entre fato e norma, de mera subsunção entre hipótese legal e situação fática específica. Por exemplo, verificar-se-ia se diante do artigo 121 do Código Penal a acusação de homicídio encontra fundamento suficiente para levar a condenação daquele que fora acusado de assassinio, tendo em conta todas as circunstâncias fáticas que en-

138 Cf. seu *Processo Constitucional*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, p. 97.

139 *Idem*, p. 98.

volveram o caso, diante das normas materiais e processuais regentes da espécie.

Assim, ter-se-ia, em princípio, na jurisdição constitucional, o juízo de valor, de *sindicância de compatibilidade*, entre duas normas de diferente hierarquia, uma, a constitucional, outra, a infraconstitucional ou ordinária, haveria uma questão antes de direito, de aferição de validade, de fiscalização sobre o processo de produção da norma inferior, tendo em conta uma norma ou várias normas superiores, cujo resultado, caso houvesse contraste com a superior pela inferior, levaria ao invalidamento da última — teríamos uma discussão no plano da validade das normas. Por sua vez, na jurisdição ordinária, o contraste ou a subsunção axiológica seria entre norma e fato, um mero juízo de compatibilidade entre conduta prescrita na norma e comportamento concreto (*dare, facere, non facere*), efetivamente realizado no plano dos fatos, extraindo-se daí a consequência que a norma legal pré-determinasse: sanção penal, contratual, nulidade ou anulabilidade, condenação reparatória, multa pecuniária, etc.<sup>140</sup>

Essa separação serve apenas para fins didáticos, pois no plano da práxis jurídica, da aplicação efetiva dos direitos aos casos submetidos à jurisdição, ela apenas distingue os casos em que não se cogita de questões de controle de constitucionalidade por ação ou omissão, na via concentrada ou difusa. A separação entre jurisdição constitucional e jurisdição ordinária torna-se tênue, e de pouco efeito, se compreendermos que a Constituição e o Direito Constitucional não são relevantes apenas para o controle de constitucionalidade, mas também para a tutela de todo e qualquer direito que se funde diretamente na Constituição, ou que para sua aplicação faça-se necessário o olhar hermenêutico sobre os princípios e regras constitucionais que traçam conexões de sentido com as normas ordinárias que, em primeiro plano, fundarão a causa de pedir ou a motivação da sentença que houver de solver uma lide *ordinária*.<sup>141</sup>

---

140 Ilações a partir de Patrícia Teixeira de Rezende FLORES, *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei Municipal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2002, p. 126.

141 Nesse sentido vão as observações de German Fernandes FARRERES: “[...] la distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al *plano de la constitucionalidad* y la jurisdicción ordinaria al de la *simple legalidad*, pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e [sic!] incomu-

Os aspectos constitucionais da jurisdição não são apenas aqueles voltados para juízos de validade das normas inferiores em face das superiores normas fundamentais, mas também os atentos ao papel hermenêutico que as normas constitucionais desempenham diante de todo e qualquer caso submetido à jurisdição. Desse modo: mesmo que o juiz tenha em primeira mão apenas normas legais a aplicar, ele sempre, ou quase sempre, terá regras, princípios e valores constitucionais a considerar no ato de aplicação do direito aos casos que lhe são submetidos. A Constituição acabará concretizada direta ou indiretamente no ato-sentença. Assim, em nosso sistema, os juízes ordinários também são constitucionais, pois exercem jurisdição constitucional, mesmo a pretexto de apenas exercerem suas jurisdições ordinárias.

Em verdade, em nosso sistema todos os órgãos judiciários exercem jurisdição constitucional, ou melhor, são competentes e autorizados para exercê-la<sup>142</sup>. Ou ainda: todos os órgãos do Poder Judiciário exercem, cumulativamente, a jurisdição constitucional e a jurisdição ordinária. Essa distinção tem maior valor nos sistemas em que apenas um único órgão exerce jurisdição constitucional, como no histórico modelo austríaco.

Poderíamos dizer, com Castro Nunes, para sublinhar nota distintiva entre a jurisdição constitucional e a ordinária, que a primeira se governaria por exigências e método que lhe são próprios<sup>143</sup>, havendo naquela maior liberdade de interpretação em face da abertura e densidade das normas constitucionais, compara-

---

nicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguarda le esté encomendada”. *Apud* DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 22, 216p.

142 Nesse sentido ver André Ramos TAVARES, *Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário*, in: André Ramos TAVARES & Walter Claudius ROTHENBURG (Orgs.), *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil* — recurso extraordinário e arguição de descumprimento de preceito fundamental, Rio de Janeiro, Forense, 2003, p. 7.

143 *Apud* Patrícia FLORES, ob. cit., p. 123. A exemplo, os princípios de hermenêutica constitucional, interpretação conforme a constituição, e técnicas de decisão, a declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto, declaração de incompatibilidade sem declaração de nulidade, natureza das normas parâmetros no juízo de inconstitucionalidade etc.

das às normas ordinárias<sup>144</sup>. Ambas têm natureza jurídica, sendo que a polêmica sobre a natureza política da jurisdição constitucional já se encontra superada.<sup>145</sup>

No plano do Estado-Membro essa distinção ganha maior significado. A jurisdição constitucional estadual, ou seja, a jurisdição em matéria constitucional exercida pelos órgãos judiciários estaduais (juízes de direito, juizados especiais, tribunal de justiça), não se ocupa somente da Constituição Federal, como já vimos. A

144 Ilação a partir de Baracho, *Processo*, ob. cit., p. 108.

145 Cf. Patrícia FLORES, ob. cit., p. 141. Sobre a natureza da jurisdição constitucional afirma Baracho: “A definição da natureza da ‘jurisdição constitucional’ é de grande relevo para a própria estruturação do Estado Contemporâneo e para a defesa das liberdades fundamentais do cidadão, em qualquer setor que venha a realizar suas atividades e pronunciamentos”, em seu *Processo Constitucional*, ob. cit., p. 107.

Arrazoado clássico contra o controle de constitucionalidade desenvolvido pelo Poder Judiciário, acusando-o de politizar a justiça e investi-la de atribuição que deveria caber mais propriamente a um órgão político e não jurisdicional — o Presidente de *Reich* Alemão —, constitui o texto de Carl SCHMITT, *La Defensa de La Constitución [Der Hüter der Verfassung]*. 2.ed. Prol. Pedro Vega, trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998. 251p. Carl SCHMITT questionou, entre outros pontos, os seguintes: “¿hasta qué punto es posible instituir dentro de la esfera de la Justicia el protector de la Constitución? En principio, en términos generales, ¿cabe imaginar con carácter judicial la función de un protector de la Constitución? Semejante actividad, aunque su ejercicio quede aureolado con la apariencia de judicialidad ¿sigue siendo Justicia en la práctica o es, más bien, el disfraz engañoso de otras atribuciones de diversa índole, pero, en todo caso, de marcado carácter político?” (p. 62-63).

Hans KELSEN debateu com Schmitt a tese de “Quem deve ser o defensor da Constituição?”, e em análise de todos os pontos argüidos por ele, afirma quanto a um deles: “Não se pode negar que a questão lançada por Schmitt a respeito dos *limites* da jurisdição em geral e da jurisdição constitucional em particular seja absolutamente legítima” (p. 262).

Todavia, o teórico austríaco, quanto à tese que deveria ser o Presidente do *Reich* o supremo guardião da Constituição, aduz: “A função política da Constituição é estabelecer limites jurídicos ao exercício do poder. Garantia da Constituição significa a segurança de que tais limites não serão ultrapassados. Se algo é indubitável é que nenhuma instância é tão pouco idônea para tal função quanto justamente aquela a quem a Constituição confia — na totalidade ou em parte — o exercício do poder e que portanto possui, primordialmente, a oportunidade jurídica e o estímulo político para vulnerá-la. Lembre-se que nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão anônimo: ninguém pode ser juiz em causa própria.

“[...] Como não se podia declarar abertamente o verdadeiro objetivo *político* de impedir uma eficaz garantia da Constituição, ele era mascarado com a doutrina segundo a qual tal garantia seria tarefa do chefe de Estado” (p. 240-241). Cf. seu *Jurisdição Constitucional*, ob. cit., no capítulo “Quem deve ser o guardião da Constituição?” (p. 237-298) Há uma versão em espanhol deste capítulo consubstanciada no seguinte livro: KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución? [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?]* Estudo prel. Guillermo Gasió, trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. 82p.

A doutrina nacional registra síntese desta controvérsia na obra de PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade. Conceitos, sistemas e efeitos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 77-80. 271p.



Constituição Estadual e as Leis Orgânicas dos municípios, situados no território estadual, são objetos da guarda da jurisdição constitucional estadual. Dessa forma, o objeto da jurisdição constitucional estadual alcança três níveis de leis fundamentais: a federal, a estadual e as municipais respectivas.

Por outro lado, a jurisdição ordinária estadual lida com um número imenso de leis e atos normativos ordinários municipais, estaduais e nacionais para aplicação aos casos que lhe são submetidos, devendo compatibilizar suas aplicações com os níveis de leis fundamentais aludidos. Além de atos normativos, também os concretos, como sentenças e atos administrativos, são objetos de cognição no âmbito da jurisdição ordinária.

O universo de leis fundamentais e ordinárias, de atos normativos e concretos, que deve ser tomado em conta pelos magistrados estaduais no exercício de sua jurisdição constitucional e ordinária coloca instigantes problemas para o Direito Constitucional, para o Direito Público da federação brasileira, especialmente porque o convívio entre os poderes constituídos, estadual ou municipal, bem como as demandas que envolvem a proteção de direitos fundamentais no plano do Estado-Membro, desafia cada vez mais a cultura publicística brasileira, e exige dos operadores jurídicos em geral não só sensibilidade humana e política, mas, também, aprofundamento teórico e dogmático nas grandes questões que envolvem federação, constituição, jurisdição constitucional e direitos fundamentais.

## 8. Considerações finais

Muitas outras questões poderiam ter sido tratadas neste trabalho: o papel do Tribunal de Justiça como Corte Constitucional estadual; a interação processual entre jurisdição constitucional federal e jurisdição constitucional estadual, por meio do recurso extraordinário e da reclamação para preservação de competência do STF; os limites delineados pelo Supremo Tribunal Federal ao controle de constitucionalidade estadual; enfim, a abordagem se ampliaria largamente, se fôssemos seguir percorrendo notas respeitantes à sua problemática.

As questões descritas no item 1 deste trabalho demonstram, ainda que em parte, a riqueza da matéria a ser explorada quanto à



jurisdição constitucional estadual no âmbito da federação brasileira, no âmbito do que poderíamos chamar de “federalismo judicial brasileiro”, ou, à moda dos argentinos, “federalismo jurídico”<sup>146</sup> (Gualberto Sosa), expressões que neste momento são utilizadas para designar o papel do Poder Judiciário na guarda das ordens constitucionais integrantes do Estado federal brasileiro, a nacional, a federal, as estaduais e as municipais (Kelsen).

Resta-nos, a título de considerações finais, sumariarmos algumas conclusões, mesmo que precárias e sujeitas à intersubjetividade crítica. Assim, pelo que expusemos, parece-nos lícito concluir:

I) A partir da Constituição da República de 5 de outubro de 1988, o tema da jurisdição constitucional estadual, do controle de constitucionalidade estadual ganhou maior significação teórica, prática e normativa, especialmente diante dos avanços incorporados na Lei Fundamental brasileira e da doutrina constitucional contemporânea.

II) Na federação brasileira o Direito Constitucional é produzido, normativamente, em diferentes dimensões federativas: a nacional/federal, as estaduais e as municipais.

III) Os Direitos Constitucionais, como Direitos Constitucionais Positivos, tanto exigem poderes de proteção da juridicidade de suas regras e princípios, como reclamam o exercício da jurisdição constitucional federal e o da jurisdição constitucional estadual.

IV) A tutela da Constituição Estadual, ou melhor, a tutela da separação de poderes e dos direitos fundamentais, no âmbito territorial dos Estados-Membros, reclama a jurisdição constitucional estadual.

V) É no âmbito do federalismo, no da doutrina, no das idéias e no do movimento para constituição de formas federadas de estado que nascem, crescem e se fortalecem as exigências de um controle de constitucionalidade, preponderantemente para se tutelar a autoridade da Constituição Federal diante das ordens jurídicas parciais dos Estados-Membros.

VI) Em nações onde o federalismo foi mais exigente com a idéia de descentralização do poder, em que resolveu dotar de po-

---

146 Retiramos a expressão do livro da jurista argentina Maria Mercedes SERRA, *Procesos y Recursos Constitucionales*, Buenos Aires, Depalma, 1992, p. 433 e 440, que refere o trabalho de Gualberto L. SOSA intitulado “*federalismo jurídico y la dimensión trasnacional*”.

deres mais largos e democráticos as comunidades parciais, surge a jurisdição constitucional estadual em concorrência complexa e integradora com a jurisdição constitucional federal.

VII) O federalismo contemporâneo exige generosidade com a jurisdição constitucional ao potencializar, inovar e estender o rol dos instrumentos de controle de constitucionalidade federal aos Estados-Membros, dando maior atenção e importância à jurisdição constitucional estadual, já que esta constitui um reclamo do constitucionalismo contemporâneo.

VIII) A compreensão do federalismo contemporâneo reclama a compreensão da jurisdição constitucional estadual e do controle de constitucionalidade estadual. Seus novos rumos e perspectivas colocam sob o olhar do jurista os institutos, os processos e as matérias que podem ser deduzidas e tuteladas neste tipo de jurisdição.

IX) A jurisdição constitucional apresenta-se fundamental à configuração, à legitimação e ao asseguramento do que chamamos de Estado Democrático de Direito contemporâneo.

X) Esse Estado é instituição voltada à realização de promessas, tarefas e missões constitucionais, e a fiança para realizá-las funda-se na garantia de uma jurisdição constitucional que procure efetivar o teor dos textos fundamentais federais e estaduais e que os reconstrua de acordo com as possibilidades de câmbio que requer a atividade de interpretação e concretização das Constituições Federal e Estadual, especialmente em suas dimensões ligadas aos direitos fundamentais e à instrumentalidade da separação de poderes.

XI) A jurisdição constitucional, no Brasil, revela-se, destacadamente, pelo controle judicial de constitucionalidade das leis e atos normativos emanados do Poder Público. Os controles concentrado e difuso integram o sistema judicial de controle de constitucionalidade. Também existem os chamados controles políticos de constitucionalidade, exercitados pela Chefia do Executivo e pelo Legislativo.

XII) A jurisdição constitucional estadual ocupa-se com essas funções políticas e judiciais de controle. Há um sistema de controle de constitucionalidade complexo no plano dos Estados-Membros que conjuga processos políticos e jurisdicionais de controle de constitucionalidade e que competência autoridades judiciais,

legislativas e executivas a exercitarem determinadas formas de controle de compatibilidade das normas ou proposições normativas com a Constituição Estadual.

XIII) O controle de constitucionalidade estadual pode ser definido como o sistema integrado por ações, procedimentos e órgãos judiciais e políticos, destinado a garantir a supremacia e a eficácia da Constituição Estadual em seus âmbitos pessoal, temporal e territorial de validade. No Brasil, o sistema de controle de constitucionalidade estadual possibilita a fiscalização concentrada ou difusa tanto de normas estaduais quanto de municipais, contestadas em face da Constituição Estadual.

XIV) Logo após a promulgação da Constituição Republicana e Federativa brasileira de 1891, o controle de constitucionalidade começou a manifestar-se nas ordens jurídicas estaduais, positivado na forma de controle político prévio ou posterior, atribuindo aos Legislativos ou aos Executivos estaduais poderes para controlar a constitucionalidade de atos legislativos estaduais ou municipais contrários às constituições estaduais.

XV) Os controles políticos de constitucionalidade estadual foram admitidos com exclusividade até 1934, quando então os Estados-Membros passaram a admitir, em suas constituições, o controle judicial difuso de constitucionalidade, incumbindo as Assembléias Estaduais de mero poder suspensivo das leis estaduais e municipais já declaradas inconstitucionais pelo Judiciário do ente federado.

XVI) É possível, no plano do Estado-Membro, para proteção da Constituição Estadual, a adoção de todos os instrumentos processuais de controle de constitucionalidade adotados na Constituição da República para proteção da Lei Fundamental federal. É possível, também, a instituição de instrumentos não configurados no plano federal, podendo o Estado-Membro positivar outros, ou estabelecer, de forma diferente e peculiar, aqueles sugeridos no plano federal.

XVII) No plano do controle de constitucionalidade judicial difuso (ou incidental), realizado pelo Estado-Membro, podemos distinguir quatro situações: I) controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção à Constituição Federal; II) controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção à Constituição Estadual; III)

controle de constitucionalidade difuso realizado por órgão judiciário estadual em proteção à Constituição Municipal; IV) controle de constitucionalidade *incidental* realizado pelo Pleno ou Órgão Especial do Tribunal de Justiça no processamento de ações deduzidas no âmbito do controle de constitucionalidade *concentrado* estadual.

XVIII) A Lei Orgânica Municipal, na federação brasileira, deve ser entendida, aplicada e tutelada como Constituição, como lei fundamental municipal, cujas regras e princípios são paramétricos no controle de constitucionalidade no que diz respeito aos atos normativos e legislativos produzidos no âmbito territorial do Município.

XIX) O mandado de injunção tem relevância para proteger, nos planos estadual e municipal, a efetividade de normas das constituições estaduais e municipais que estejam carentes de efetividade por inexistência de medidas legislativas e administrativas, aptas a lhes conferir operatividade, desde que, é claro, essas normas digam respeito a direitos e liberdades constitucionais previstos nesses textos.

XX) Os institutos basilares, os legitimados ao controle estadual de constitucionalidade, devem estar positivados no texto constitucional estadual, podendo o legislador ordinário estadual — o judiciário estadual por sua competência normante regimental — criar normas que especifiquem, modulem os efeitos das decisões liminares e de mérito, e que definam o rito e o processo constitucional referente ao sistema de controle de constitucionalidade estadual.

XXI) O poder de proteção da Constituição Estadual concretiza-se em três níveis jurídicos: I) elaboração constituinte das linhas mestras do sistema, com a definição dos institutos basilares, com a opção pelos instrumentos processuais constitucionais que figuraram no rol de normas da Constituição Estadual, tanto no ato inicial constituinte estadual quanto na ação de reforma constitucional do texto local; II) os poderes constituídos estaduais, em atividade de normação infraconstitucional, por meio de leis ou atos regimentais, definirão com minúcia as características ordinárias do processo constitucional de controle da compatibilidade de atos e normas estaduais e municipais em face da Constituição Estadual; III) o Poder Judiciário estadual, por intermédio do Tribunal de Justiça, em

via de controle direto, ou pelos demais juízes estaduais, no âmbito do controle difuso, fará valer os instrumentos processuais diante das normas constitucionais estaduais paramétricas no controle de constitucionalidade estadual.

XXII) No atual sistema federal brasileiro, o processo constitucional estadual é instituto que está na esfera de competência constituinte e legislativa do Estado-Membro.

XXIII) No controle de constitucionalidade estadual, muitos atos estaduais ou municipais, objeto de impugnação, poderão não estar fundamentados na Constituição Estadual, mas encontrarão nela o fundamento paramétrico para o juízo de inconstitucionalidade, ou seja, não encontrarão nela o seu fundamento de validade, mas encontrarão o fundamento para sua invalidação por inconstitucionalidade. Assim, em muitos casos, haverá uma cisão técnica e prática entre fundamento de validade e de invalidade.

XXIV) A jurisdição constitucional estadual e a jurisdição em matéria constitucional exercida pelos órgãos judiciários estaduais (juízes de direito, juzados especiais, tribunal de justiça) tomam como parâmetro de constitucionalidade normas da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das Leis Orgânicas, e constituem objetos de sua fiscalização três níveis de normas jurídicas: a federal, a estadual e as municipais.

## 9. Referências bibliográficas

ALEXY, Robert. *Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático*: para uma relação entre direitos do homem, direitos fundamentais, democracia e jurisdição constitucional. Trad. Luis Afonso Heck. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Renovar, n. 217, p. 55-77, jul./set. 1999.

\_\_\_\_\_. *Teoria de Los Derechos Fundamentales [Theorie der Grundrechte]*. Trad. Ernesto Garzon Valdés. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. 606p.

AMARAL JR., José Levi Mello do. *Incidente de Argüição de Inconstitucionalidade*: comentários ao art. 97 da Constituição Federal e aos arts. 480 a 482 do Código de Processo Civil. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 143p. 2002.

- ALVES, José Carlos Moreira. A Evolução do Controle da Constitucionalidade no Brasil. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. *As Garantias do Cidadão na Justiça*. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 1-14.
- \_\_\_\_\_. A Jurisdição Constitucional Estadual e as Normas Constitucionais Federais Reproduzidas nas Constituições dos Estados-Membros. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 19-35.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2003. 127p.
- BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo. *A Teoria das Constituições Rígidas*. 2.ed. São Paulo: José Bushatsky, 1980. 248p.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1984. 406p.
- \_\_\_\_\_. *Teoria Geral do Federalismo*. Rio de Janeiro: Forense, 1986. 362 p.
- \_\_\_\_\_. Jurisdição Constitucional da Liberdade. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 1-44. 537p.
- \_\_\_\_\_. Teoria da Constituição. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva (Org.). *As Vertentes do Direito Constitucional Contemporâneo. Estudos em homenagem a Manoel Gonçalves Ferreira Filho*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. p. 267-305.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 326p.
- BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos Teóricos e Filosóficos do Novo Direito Constitucional Brasileiro. *Revista da EMERJ*, vol. 4, n. 15, 2001, p. 11-47.
- BASTOS, Celso. A Federação no Brasil. *Revista de Direito Constitucional e Ciência Política*, Publicação semestral do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Rio de Janeiro, Forense, número especial, 1987, p. 181-241.
- BERCOVICI, Gilberto. Constituição Dirigente e a Crise da Teoria da Constituição. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et alli. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003p. 75-150. 261p.

- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira: legitimidade democrática e instrumentos de realização*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 260p.
- BORGES NETTO, André Luiz. *Competências Legislativas dos Estados-Membros*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 193p.
- BRANDÃO, Paulo de Tarso. *Ações Constitucionais Típicas*. Florianópolis: Obra Jurídica, 2001.
- BREWER-CARIAS, Allan R. América Latina: retos para la Constitución del Siglo XXI. In: STIFTUNG, Adenaur Konrad & CIEDLA — Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinamericano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Edición 2000. 719p.
- BRITTO, Carlos Ayres. *Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 225p.
- CAPITANACHI, Luz del Carmem Martí. Las Constituciones Locales en el Sistema Federal Mexicano ¿Son Verdaderas Constituciones? In: GARZA, José Maria Serna de la (Coord.). *Federalismo Y Regionalismo. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 645-661, 575p.
- CLÉVE, Clémerson Merlin. *A Fiscalização Abstrata de Constitucionalidade no Direito Brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- \_\_\_\_\_. Controle de Constitucionalidade e Democracia. In: MAUÉS, Antonio G. Moreira (Org.). *Constituição e Democracia*. São Paulo: Max Limonad, 2001. p. 49-60. 55p.
- \_\_\_\_\_. “O Controle de Constitucionalidade e a Efetividade dos Direitos Fundamentais”. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (Coord.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 386 a 393. 537p.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Constitucional (e de Teoria do Direito)*. São Paulo: Acadêmica, 1993. 248p.
- COELHO, Inocêncio Mártires. Perfil Constitucional do Estado Contemporâneo: O Estado Democrático de Direito. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, Subsecretaria de Edições Técnicas, Senado Federal, a. 30, n. 118, 93, p. 5-18.
- COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio Sobre o Juízo de Inconstitucionalidade de Políticas Públicas. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso

- Antonio (Org.). *Estudos em Homenagem a Geraldo Ataliba 2* — Direito Administrativo e Constitucional. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 343-359. 632p.
- DANTAS, Ivo. *O Valor da Constituição: Do controle de constitucionalidade como garantia da suprallegalidade constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 1996. 216p.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. 274p.
- \_\_\_\_\_. A Constituição como garantia da democracia: o papel dos princípios constitucionais. *Novos Estudos Jurídicos. Revista Semestral do Curso de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da UNIVALI*, Itajaí, UNIVALI, ano VI, n. 11, out./2000, p. 51-69.
- \_\_\_\_\_. Princípios constitucionais e atividade jurídico-administrativa: anotações em torno de questões contemporâneas. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*, Florianópolis, AMC, ano 8, vol. 14, 2002, p. 37-66.
- FANCKIN, Reginaldo. O Malogro das Cartas Próprias Municipais. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, jul./set. 99, ano 25, n. 99, p. 236-244.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. *Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.
- \_\_\_\_\_. *Controle da Constitucionalidade das Leis Municipais*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 239p.
- \_\_\_\_\_. *Normas Constitucionais Programáticas – normatividade, operatividade e efetividade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. 263p.
- FERRARI, Sérgio. *Constituição Estadual e Federação*. São Paulo: Lumen Juris, 2003. 283p.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. *Poder Constituinte do Estado-Membro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979. 289p.
- \_\_\_\_\_. *Conflito entre Poderes: O Poder Congressional de Sustar Atos Normativos do Poder Executivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. 224p.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Breves Reflexiones sobre a la naturaleza, estructura e funciones de los organismos jurisdiccionales especializados en la resolución de processos constitucionales. In: GÓMEZ, Juan Vega e SOSA, Edgar Corzo (Coords.). *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Consti-*



- tucional*. Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 201-238. 575p.
- FLORES, Patricia Teixeira de Rezende. *Aspectos Processuais da Ação Direta de Inconstitucionalidade da Lei Municipal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. 384p.
- FRANCO SOBRINHO, Manoel de Oliveira. *Da Competência Constitucional Administrativa*. Curitiba: Genesis, 1995. 193p.
- GAMA, Décio Xavier. Justiça Municipal. *Revista da EMERJ*, vol. 2, n. 6, 1999, p. 132-141.
- GARGARELLA, Roberto. *La Justicia Frente al Gobierno. Sobre el Carácter Contramayoritario del Poder Judicial*. apres. Cass Sunstein. Barcelona: Ariel, 1996. 279p.
- GIUSTINA, Vasco Della. *Leis Municipais e seu Controle pelo Tribunal de Justiça: ação direta de inconstitucionalidade e incidente de inconstitucionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 248p.
- GOMES, Ana Cláudia Nascimento. *O Poder de Rejeição de Leis Inconstitucionais pela Autoridade Administrativa no Direito português e no Direito brasileiro*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 2002. 438p.
- GOMES, Joaquim B. Barbosa. A Evolução do Controle de Constitucionalidade de tipo Francês. *In: Revista de Informação Legislativa*. Brasília: Senado Federal, a. 40, n. 158, abr./jun. 2003, p. 97-125.
- GOUVÊA, Marcos Maselli. *O Controle Judicial das Omissões Administrativas: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. 427p.
- HAMILTON, Alexander, MADISON, James & JAY, John. *O Federalista*. [*The Federalist*] Introd. Benjamin Fletcher Wright, trad. Heitor Almeida Herrera. Brasília: UnB, 1984. Pensamento Político, 62.
- HORTA, Raul Machado. Poder Constituinte do Estado-Membro. *Revista de Direito Público*. São Paulo, Revista dos Tribunais, out./dez. 88, ano XXI, n. 88, p. 5-17.
- \_\_\_\_\_. *Direito Constitucional*. 3. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 725 p.
- \_\_\_\_\_. Repartição de Competências na Constituição Federal de 1988. *In: Revista Trimestral de Direito Público*, IDEPE e IDAP, São Paulo, Malheiros, n. 2, 1993, p. 5-20.
- IVO, Gabriel. *Constituição Estadual: competência para elaboração da Constituição do Estado-Membro*. Pref. Luiz Alberto David Araújo. São Paulo: Max Limonad, 1997. 254p.

- KELSEN, Hans. *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?* [Wer soll der Hüter der Verfassung sein?] Estudo prel. Guillermo Gasió, trad. Roberto J. Brie. Madrid: Tecnos, 1995. 82p.
- \_\_\_\_\_. La Función de la Constitución. *Apud* Enrique E. Mari *et alii*. *Derecho y Psicoanálisis: teoría de las ficciones y función dogmática*. Buenos Aires: Hachette, 1987. 168 p.
- \_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional*. Introd. Sérgio Sérvulo da Cunha. Trad. Alemão Alexandre Krug, trad. Italiano Eduardo Brandão, trad. Francês Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2003. 319p.
- KIMMINICH, Otto. *Jurisdição Constitucional e Princípio da Divisão de Poderes*. Trad. Anke Schlimm e Gilmar Ferreira Mendes. *Revista de Direito Público*, São Paulo, Revista dos Tribunais, ano XXII, out./dez. 1992, n. 92, p. 17-33.
- KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des)caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*. Porto Alegre: Sergio Fabris Editor, 2002. 119p.
- LEAL, Victor Nunes. *Coronealismo, Enxada e Voto*. 3.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1997. 440p.
- LEDUR, José Felipe. *O Contributo dos Direitos Fundamentais para a Efetividade dos Direitos Sociais*. Tese doutoral, Universidade Federal do Paraná, 2002, 243p.
- LOUREIRO, Lair da Silva, LOUREIRO FILHO, Lair da Silva. *Ação Direta de Inconstitucionalidade: Jurisprudência do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo 1986/1995*. São Paulo: Saraiva, 1996. 471p.
- MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. 279p.
- MANDELLI JÚNIOR, Roberto Mendes. *Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental: instrumento de proteção dos direitos fundamentais e da constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. 207p.
- MARCO, Edgar Carpio. *La Jury Constitutionnare en el Pensamiento de Sieyés*. *Boletim Mexicano de Derecho Comparado*, n. 95, may/ago 1999, p. 269-320.
- MARIN, Eriberto Francisco. *Breves considerações sobre a Organização Política e Territorial do Estado Francês*. In: MAGALHÃES, José Luiz

- Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p.181-228. 279p.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 1996. 326p.
- \_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1998.
- \_\_\_\_\_. *Moreira Alves e o Controle de Constitucionalidade no Brasil*. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2000. 872p.
- \_\_\_\_\_. *O Controle de Constitucionalidade do Direito Estadual e Municipal na Constituição Federal de 1988*.
- MIRANDA, Jorge. Controle da Constitucionalidade e Direitos Fundamentais. *Revista da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro* — EMERJ, vol. 6, n. 21, 2003, p. 61-84.
- MOREIRA, Vital. O Futuro da Constituição. In: GRAU, Eros Roberto e GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direito Constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 313-336.
- NAVARRO, José Luis Mirete. *Federalismo y Regionalismo*. Anales de Derecho. *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad de Murcia, 1987/1990, n. 10, p. 251-256.
- PALU, Oswaldo Luiz. *Controle de Constitucionalidade*. Conceitos, sistemas e efeitos. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. 271p.
- PEÑA, Guilherme. *Direito Constitucional: Teoria da Constituição*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 366p.
- PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos. *Mandado de Injunção*. São Paulo: Atlas, 1999. 290p.
- PRUDENTE, Antônio Souza. Pronúncia de inconstitucionalidade por omissão parcial no sistema difuso e acesso pleno à justiça. *Revista dos Tribunais*. Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política. São Paulo: RT, ano 5, n. 20, jul./set. 1997, p. 195-212.
- PINTO FILHO, Francisco Bilac. Traços da Formação e da Evolução do Estado Federal Norte-Americano. In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. 230p., p. 11-51.
- RAMOS, Dircêo Torrecillas. *O Controle de Constitucionalidade por via de Ação*. São Paulo: Angelotti, 1994. 178p.
- ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. *Controle de Constitucionalidade das Leis Municipais*. São Paulo: Atlas, 2002. 287p.

- ROLLA, Giancarlo. *Derechos Fundamentales, Estado Democrático Y Justicia Constitucional*. México: Universidad Nacional Autónoma de México/Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002. 180p.
- \_\_\_\_\_. Papel de La Justicia Constitucional em el marco del constitucionalismo contemporaneo. In: GÓMEZ, Juan Vega e SOSA, Edgar Corzo (Coords.). *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 355-375, 575p.
- ROMERO, Márquez Raúl. *Conclusiones y relatorías del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 175p.
- RHOTENBURG, Walter Claudis. *Princípios Constitucionais*. Porto Alegre: Sérgio Fabris Editor, 1999. 88p.
- RUIZ, Gregorio. *Federalismo Judicial* (el modelo americano). Madrid: Civitas, 1994. 196 p.
- SAGUÉS, Néstor Pedro. La Acción de Inconstitucionalidad por Omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro. In: BAZÁN, Victor (Coord.). *Inconstitucionalidad por Omisión*. Bogotá: Temis, 1997. p. 109-122, 171p.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. *A Constituição Reinventada pela Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002. 1.066p.
- SANTIAGO, Myrian Passos. O Modelo Federal dos Estados Unidos da América. In: MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *Pacto Federativo*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000. p. 23-70. 279p.
- SANTOS, Eduardo Sens dos. Ação Direta de Inconstitucionalidade em Santa Catarina. *Revista da ESMESC — Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina*. Florianópolis: AMC, ano 8, volume 13, 2002, p. 75-90.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998. 386p.
- SCHMITT, Carl. *La Defensa de La Constitución [Der Hüter der Verfassung]*. 2. ed. Prol. Pedro Vega, trad. Manuel Sanchez Sarto. Madrid: Tecnos, 1998. 251p.
- SCHUBERT, Klaus. Federalismo: entre Política e Ciência. *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, n. 96, abr./jun. 1997, p. 163-174.

- SEGADO, Francisco Fernández. Reflexiones críticas en torno al federalismo en América Latina. In: GARZA, José María Serna de la (Coord.). *Federalismo Y Regionalismo*. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional. Cidade do México, Instituto de Investigações Jurídicas, 2002, p. 105-157.
- \_\_\_\_\_. El control de la constitucionalidad en Iberoamérica: sus rasgos generales y su genesis en el pasado siglo. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas Constitucionais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1997. vol. II, p. 965-1.014.
- SERRA, Maria Mercedes. *Processos y Recursos Constitucionales*. Buenos Aires: Depalma, 1992.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. 871p.
- SILVA, Paulo Napoleão Nogueira. *A Evolução do Controle de Constitucionalidade e a Competência do Senado Federal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992. 155p.
- SILVEIRA, José Neri. Aspectos Institucionais e Estruturais do Poder Judiciário brasileiro. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). *O Judiciário e a Constituição*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 197 -218
- SLAIB FILHO, Nagib. *Ação Declaratória de Constitucionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 1994. 201p.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira. *Jurisdição Constitucional, Democracia e Racionalidade Prática*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. 378p.
- \_\_\_\_\_. Teoria da Constituição, Democracia e Igualdade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de *et alli*. *Teoria da Constituição: estudos sobre o lugar da Política no Direito Constitucional*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. p. 1-73. 261p.
- SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa [Qu'est-ce que le Tiers État?]* Trad. Norma Azeredo, pref. José Ribas Vieira, org. e introd. Aurélio Wander Bastos. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986. 155p.
- SUNDFELD, Carlos Ari. Sistema Constitucional das Competências, *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, Malheiros, 1993, n. 1, p. 272-281.
- STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002. 710p.
- TAVARES, André Ramos. *Tratado da Arguição de Preceito Fundamental: Lei n. 9.868/99 e Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Saraiva, 2001. 483p.

- \_\_\_\_\_. Perfil Constitucional do Recurso Extraordinário. In: — TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (Orgs.). *Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental: Análises à Luz da Lei n. 9.882/99*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 3-60. 238p.
- TRIGUEIRO, Oswaldo. *Direito Constitucional Estadual*. Rio de Janeiro: Forense, 1980. 330p.
- VALADÉS, Diego. *Constitución y Democracia*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2002. 197p.
- VELOSO, Zeno. *Controle Jurisdicional de Constitucionalidade*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 413p.
- VIANNA, Luiz Werneck *et alli*. *A Judicialização da Política e das Relações Sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999. 270p.
- VIEIRA, José Ribas. Construindo a Teoria da Constituição no Século XXI: a presença norte-americana e aspectos comparativos In: VIEIRA, José Ribas (Org.). *Temas de Direito Constitucional Norte-Americano*. Rio de Janeiro: Forense, 2002. p. 1-9. 230p.
- WIECHERT, Marlon Alberto. O Recurso Extraordinário no Controle Abstrato. In: — TAVARES, André Ramos & ROTHENBURG, Walter Claudius (orgs.). *Aspectos Atuais do Controle de Constitucionalidade no Brasil: Recurso Extraordinário e Argüição de Descumprimento de Preceito Fundamental*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 61-76. 275p.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. *El Derecho Dúctil — ley, derechos, justicia*. [*Il Diritto mitte — legge, diritti, giustizia*]. Trad. Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1999. 156p.
- ZEFIRO, Gabriel de Oliveira. Juizados Especiais Municipais com Juízes Eleitos — uma proposta. *Revista da EMERJ*, vol. 4, n. 14, 2001, p. 95-106.
- ZIMMERMANN, Augusto. *Teoria Geral do Federalismo Democrático*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 1999. 405p.

# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**





## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 1998.004465-0, DE TIMBÓ

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Mandado de segurança — Serviço notarial — Processo administrativo — Cobrança de custas em valor excessivo — Devido processo legal obedecido — Inexistência de cerceamento de defesa — Competência do Magistrado Diretor do Foro — Ordem denegada.*

*É competente o Juiz de Direito Diretor do Foro para impor penalidades a serventuários de cartórios extrajudiciais que exorbitam na cobrança de emolumentos a eles devidos, uma vez que “a fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13º, será exercida pelo juízo competente, assim definido na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, ou mediante representação de qualquer interessado, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos” (art. 37, caput, da Lei n. 8.935/95).*

*Em tratando do princípio da instrumentalidade das formas, não tendo o ato objurgado prejudicado direito, ademais, ampliou seu direito de defesa, impossível a decretação da nulidade, devendo ser cumprida a decisão atacada, posto que intocada quando intimada a impetrante para recorrer.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 1998.004465-0, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é impetrante Íris Germer Domning, sendo impetrado o Juiz de Direito Diretor do Foro da comarca de Timbó:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, denegar a ordem.

Custas legais.

Íris Germer Domning impetrou mandado de segurança contra ato do MM. Juiz de Direito Diretor do Foro da

comarca de Timbó em face do cumprimento da decisão transitada em julgamento do Processo Administrativo n. 009/96, que lhe impôs o recolhimento de multa de dez salários mínimos, devolução em tresp dobro do valor cobrado a mais, e suspensão do exercício das suas funções por trinta dias, com incidência do disposto no art. 366 do Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina.

Alegou que a Lei Estadual n. 5.624/79 não mais se aplica, pois a dita matéria está regulamentada pela Lei Federal n. 8.935/94, e que o procedimento disciplinar administrativo deveria ter origem por meio de portaria, o que não aconteceu, sendo nulo o ato atacado.

Afirmou, ainda, que não lhe foi garantido o devido processo legal, uma vez que o processo administrativo teve início por representação do Ministério Público e não por portaria, motivo pelo qual não deverão prosperar as penalidades aplicadas.

Negada a liminar (fls. 83 e 84), a impetrante pediu reconsideração da decisão (fls. 89 a 92), sendo a decisão parcialmente reformada para “que todas as sanções pecuniárias impostas à impetrante sejam depositadas em poupança judicial, o que evitará, em caso de concessão da ordem a final, a necessidade de ajuizamento de ação de repetição de indébito, operando-se, nesse caso, a devolução do valor e seus rendimentos mediante simples alvará” (fls. 94 e 95).

O Magistrado *a quo* prestou informações no sentido de o devido processo legal e a ampla defesa serem observados, tendo o processo administrativo tramitado normalmente.

Asseverou, por final, que “não se vislumbrando qualquer irregularidade na instauração e processamento da representação e sendo a impetrante merecedora das penalidades impostas, frente a evidente prova colhida e para que sirva de orientação, inibindo a renovação de atos semelhantes por parte da mesma, conforme se observa do elevado número de processos disciplinares e até mesmo criminal, anteriormente processados e outros que estão em tramitação, decorrentes de irregularidades por ela levado a efeito, impõe-se a denegação da ordem pretendida” (fl. 102).

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer da lavra do Dr. Promotor Lio Marcos Marin, opinou pela denegação da segurança, por não restar demonstrado o direito líquido e certo da impetrante (fls. 106 a 109).

É o relatório.

Íris Germer Domning impetrou mandado de segurança contra a execução da sentença administrativa transitada em julgado prolatada nos autos do processo administrativo que lhe foi instaurado pelo representante do Ministério Público, haja vista as reclamações de populares de que naquela serventia extrajudicial sofriam a cobrança de valores exacerbados em relação à tabela de custas.

Inicialmente, com relação à irregularidade na instauração do processo administrativo, cumpre ressaltar que, conforme muito bem observou o representante da douta Procuradoria-Geral de Justiça, “a nulidade pretendida não encontra respaldo legal. É do sistema do nosso Código que não haverá nulidade se não

demonstrado prejuízo às partes. Este é o denominado princípio da instrumentalidade das formas e dos atos processuais. [...] Assim, a impetrante não comprovou a irregularidade do processo administrativo instaurado contra si, não vislumbrando qualquer violação a direito seu, muito menos a direito líquido e certo” (fl. 107).

Portanto, *data venia* do entendimento da impetrante, inexistem irregularidades na instauração e processamento da representação recebida como reclamação, haja vista que foi assegurada a ampla defesa (citação para responder – fl. 24, e intimação para recorrer – fl. 76), não tendo produzido maiores provas ou recorrido, por sua liberalidade.

Ainda, mesmo que a aplicação da sanção tenha sido fundamentada na legislação estadual, esta apenas favoreceu à impetrante, pois, do contrário, a suspensão se estenderia por noventa dias, em vez dos trinta dias aplicados.

Por fim, cumpre-me citar o disposto no art. 37, *caput*, da Lei n. 8.935/95 (que regulamentou o art. 236 da CF/88, dispondo sobre serviços notariais e de registro), imprescindível para demonstrar a ausência de direito líquido e certo da impetrante. Senão vejamos:

“A fiscalização judiciária dos atos notariais e de registro, mencionados nos arts. 6º a 13, será exercida pelo juízo competente, assim definido

na órbita estadual e do Distrito Federal, sempre que necessário, *ou mediante representação de qualquer interessado*, quando da inobservância de obrigação legal por parte de notário ou de oficial de registro, ou de seus prepostos” (destaquei).

Dessa feita, inexistente a nulidade argüida, posto que impossível o reconhecimento de nulidade de ato que veio ao benefício da pleiteante, uma vez que, se instaurado por portaria, não possibilitaria maior amplitude na defesa, haja vista que a representação do Ministério Público explicitou todos os acontecimentos e direitos a serem apurados, e na portaria isso não ocorreria.

Diante do exposto, sendo o Juiz competente para aplicar a penalidade, tendo o processo administrativo obedecido o devido processo legal, sem implicar em qualquer cerceamento de defesa e a penalidade aplicada devidamente lastreada em lei vigente, denego a ordem.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Lio Marcos Marin.

Florianópolis, 21 de fevereiro de 2003.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

**MANDADO DE SEGURANÇA N. 2003.001903-0, DA CAPITAL****Relator: Des. Rui Fortes**

*Mandado de segurança – Tributário – Deficiente físico – Aquisição de veículo automotor – Isenção do IPVA – Mandado de segurança contra lei em tese – Inocorrência – Fato concreto demonstrado – Automóvel com direção hidráulica, vidro elétrico e câmbio automático – Exigência do Detran – Laudo médico comprovando a deficiência – Exegese do art. 8º, V, e, da Lei n. 7.543/88 – Ordem concedida.*

*“Aos rigores da Súmula 266, STF, a doutrina e a jurisprudência esclarecem que, embora seja o objetivo do mandado de segurança proteger direito líquido e certo ameaçado por ato ilegal ou abusivo, desde que a lei ou o regulamento, em si mesmos, produzam os resultados específicos que pretendem, isto é, não fiquem a pender de outro ato, mesmo sem perder o seu caráter normativo, transforma-se em ato administrativo que concretamente ofende direito subjetivo, suscetível de controle através do writ’ (STJ)” (ACMS n. 1996.012311-3, rel. Des. Eder Graf).*

*Comprovado nos autos que a impetrante é deficiente física (pós-operatório), ainda que em grau mínimo, necessitando do uso diário de veículo automotor com direção hidráulica, vidro elétrico e câmbio automático, deve ser isenta do recolhimento do IPVA, consoante dispõe o art. 8º, inciso V, alínea e, da Lei Estadual n. 7.543/88.*

*O escopo da lei é de compensar parcialmente o deficiente físico do dispêndio extra com a aquisição de veículo dotado de equipamento que lhe permita dirigi-lo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 2003.001903-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Marly Prades da Silva, sendo impetrado o Secretário de Estado da Fazenda:*

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, conceder a ordem.

Sem custas.

**I – Relatório**

Marly Prades da Silva impetrou mandado de segurança contra ato abusivo e ilegal praticado pelo Secretário de Estado da Fazenda, aduzindo, em apertada síntese, ser portadora de deficiência física pós-operatória no membro superior esquerdo, necessitando, para o exercício normal de sua profissão, do uso de veículo automotor adaptado (direção hidráulica, vidro elétrico

e câmbio automático). Acrescentou que, ao adquirir esse automóvel, teve concedida a isenção do IPI, o que não ocorreu em relação ao IPVA, destacando a autoridade fazendária que a impetrante não preenchia os requisitos do art. 8º da Lei Estadual n. 7.543/88.

Por fim, pugnou pela concessão de liminar a fim de ser autorizada a circular com o veículo independentemente do recolhimento do IPVA, até julgamento final do *mandamus*, e, ao final, confirmada a ordem, pela isenção do pagamento do mencionado tributo. Juntou os documentos de fls. 11 a 22.

Análise da liminar condicionada às informações da autoridade impetrada (fl. 25) que vieram aos autos (fls. 30 a 35), argüindo, preliminarmente, a impossibilidade do manejo do mandado de segurança contra lei em tese e, no mérito, que a impetrante não se enquadra nos requisitos do art. 8º da Lei Estadual n. 7.543/88, pois o veículo adquirido, possuindo direção hidráulica, vidro elétrico e câmbio automático, não pode ser considerado “adaptado”, conforme exigência contida na lei, sobretudo por ser um automóvel normal e à venda em qualquer loja revendedora.

Liminar indeferida à fl. 37.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pela concessão da ordem (fls. 43 a 46).

## II – Voto

Trata-se de mandado de segurança, em que a impetrante, deficiente física pós-operatório, busca a isenção do pagamento do IPVA incidente so-

bre o veículo adaptado que se viu obrigada a comprar, a fim de que pudesse exercer o seu labor diário.

### 1 — Preliminar

a) Impossibilidade do manejo do mandado de segurança contra lei em tese:

A prefacial não merece abrigo.

Em verdade, consoante dispõe a Súmula 266 do STF, “não cabe mandado de segurança contra lei em tese”; todavia, na espécie, a impetrante está questionando lei estadual, calçada em fato concreto, qual seja, o direito de ser isenta do pagamento do Imposto sobre Propriedade de Veículo Automotor (IPVA), em razão de ser portadora de deficiência física pós-operatória e estar obrigada, segundo laudo médico emitido pelo próprio Detran, a dirigir veículo com determinados acessórios vindos diretamente de fábrica.

Em caso análogo, já decidiu a colenda Casa de Justiça:

“Mandado de segurança – Prática de ato concreto pela autoridade impetrada – Lei em tese – Súmula 266 do STF – Exegese.

“Não há falar em impetração contra lei em tese quando o *writ* ataca ato concreto da autoridade coatora com reflexo direto na órbita do direito subjetivo do impetrante.

‘Aos rigores da Súmula 266 do STF, a doutrina e a jurisprudência esclarecem que, embora seja o objetivo do mandado de segurança proteger direito líquido e certo ameaçado por ato ilegal ou abusivo, desde que a lei ou o regulamento, em si mesmos, produzam os resultados específicos que pretendem, isto é, não fiquem a pen-

der de outro ato, mesmo sem perder o seu caráter normativo, transforma-se em ato administrativo que concretamente ofende direito subjetivo, suscetível de controle através do *writ* (STJ)” (ACMS n. 1996.012311-3, rel. Des. Eder Graf).

## 2 – Mérito

No mérito, a ordem deve ser concedida.

O direito perseguido pela impetrante encontra amparo no art. 8º, inciso V, alínea e, da Lei Estadual n. 7.543/88, a qual “institui o imposto sobre a propriedade de veículos automotores”:

“Art. 8º. Não se exigirá o imposto:

[...]

“V – sobre a propriedade:

[...]

“e) de veículo terrestre adaptado para ser dirigido, exclusivamente, por motorista portador de deficiência física que o impeça de dirigir veículo normal”.

Na mesma vertente, dispõe o art. 6º do RIPVA/SC, aprovado pelo Decreto Estadual n. 2.993/89:

“Art. 6º – são isentos do imposto (Lei n. 7.543, de 30 de dezembro de 1988, art. 8º):

“IV – os proprietários dos seguintes veículos, no que concerne à propriedade destes:

[...]

“e) veículo terrestre adaptado para ser dirigido, exclusivamente, por motorista portador de deficiência física que o impeça de dirigir veículo normal”.

Pois bem. Em síntese, a autoridade impetrada sustenta que a impe-

trante não merece a isenção do tributo, ao argumento principal de que ao veículo adquirido apenas foram inseridos alguns acessórios (direção hidráulica, vidro elétrico e câmbio automático), os quais podem ser encontrados em qualquer automóvel posto à venda em lojas revendedoras, não se enquadrando, dessa forma, no espírito da lei.

Ora, o espírito da lei, ao que parece, foi propiciar ao deficiente físico, seja a moléstia em grau máximo ou mínimo, a aquisição de veículo automotor para que possa exercer seu trabalho diário, ou mesmo suprir eventuais necessidades advindas com a deficiência (condução para tratamento médico, realização de fisioterapia, laser etc.). Na mesma vertente, também foi intenção da lei diminuir o custo desse veículo, máxime quando adquirido por deficiente físico, pois, como é cediço, automóveis com as características daquele comprado pela impetrante têm valor superior aos normais postos à venda no mercado.

Na espécie, não há dúvida, a impetrante sofre de deficiência no membro superior esquerdo, em razão de cirurgia realizada para a cura de câncer na mama (mastectomia – fls. 14 e 15). Frisa-se, tal fato afigura-se incontroverso nos autos.

Com efeito, realizados exames na junta médica do Detran (fls. 16 e 17), foi diagnosticado, por duas vezes consecutivas, que a impetrante necessita dirigir veículo automotor com “direção hidráulica, vidro elétrico e câmbio automático”. Tal advertência advém da necessidade de proporcionar maior segurança à impetrante e aos demais motoristas e ocupantes

dos veículos que circulam nas ruas e estradas, pois, se dirigir um veículo normal (sem os acessórios exigidos pelo Detran), certamente não terá a mesma mobilidade e eficiência para concluir manobras simples de trânsito ou mesmo executar eventuais manobras defensivas. Sem esquecer que, se fizer uso de um veículo sem direção hidráulica e com câmbio mecânico, poderá agravar a deficiência diagnosticada no membro superior esquerdo.

Assim, não há dúvida que, no caso concreto, a impetrante é uma deficiente física, ainda que em grau mínimo, necessitando fazer uso de um veículo adaptado para o exercício diário da sua profissão, razão pela qual faz jus ao benefício da isenção do IPVA, nos termos do art. 8º, inciso V, alínea e, da Lei Estadual n. 7.543/88.

Em casos que guardam tamanha similitude com o aqui em debate, este Tribunal de Justiça já decidiu:

“Tributário – IPVA – Deficiente físico – Veículo automotor adaptado – Câmbio automático – Direção hidráulica – Lei Estadual n. 7.543/88 – Isenção do tributo.

“Não incide IPVA sobre a aquisição de ‘veículo terrestre adaptado para ser dirigido, exclusivamente, por motorista portador de deficiência física que o impeça de dirigir veículo normal’ (Lei n. 7.543/88, art. 8º, V, e). O conceito de veículo adaptado compreende aquele com câmbio automático e direção hidráulica de produção em série. O escopo da lei é de compensar parcialmente o deficiente físico do dispêndio extra com a aquisição de veículo dotado de equipamento que lhe permita dirigir-lo. Na lei, o adjunto ad-

verbial exclusivamente está relacionado com a destinação do veículo – para uso do próprio deficiente físico – e não com o equipamento a ele adaptado” (AI n. 2002.017399-7, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Ainda:

“Apelação cível – Mandado de segurança – Isenção de IPVA – Veículo adaptado para o uso exclusivo de deficiente físico – Pleito procedente – Reclamo provido.

“É isento de IPVA o proprietário de veículo automotor adaptado para uso exclusivo de deficientes físicos (arts. 8º, V, e, da Lei n. 7.543/88, e 6º, IV, e, do RIPVA/SC, aprovado pelo Decreto Estadual n. 2.993)” (ACMS n. 2001.012898-5, da Capital, rel. Des. Francisco Oliveira Filho). No mesmo sentido: STJ, ROMS n. 9034/PB, rel. Min. Demócrito Reinaldo, julgado em 12-11-1998; STJ, ROMS n. 9051/PB, rel. Min. Ari Pargendler, julgado em 3-12-1998.

### III – Decisão

Isso posto, decide o Grupo de Câmaras de Direito Público, por votação unânime, afastar a preliminar e, no mérito, conceder a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cesar Abreu, Newton Trisotto, Luiz César Medeiros e Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 17 de junho de 2003.



João Martins,  
Presidente, com voto;  
Rui Fortes,  
Relator.

## APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA

### APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 1998.015110-4, DE SÃO FRANCISCO DO SUL

Relator: Des. Volnei Carlin

*Apelação cível em mandado de segurança – Licitação – Modalidade menor preço – Inabilitação – Falta do atestado de capacidade técnica – Exigência expressa pelo edital convocatório – Formalismo do certame.*

*In casu, o Atestado de Capacidade Técnica da empresa é peça integrante do edital da licitação, devendo ser emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado e acompanhado da respectiva certidão lançada pelo Crea, descrevendo os serviços de forma a permitir e constatar ter a empresa licitante realizado obras pertinentes e compatíveis em características com o objeto do certame licitatório. Faltante essa exigência, inabilita-se o participante em face do princípio administrativo da vinculação ao instrumento convocatório.*

*O excessivo formalismo alegado pela impetrante para suprir as irregularidades não pode ser aceito, haja vista a violação das verdades axiomáticas acima indicadas. O amor à forma, ademais, não pode relegar o conteúdo do direito e a realidade das coisas, desestabilizando a segurança jurídica e a clareza das normas editais.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 1998.015110-4, da comarca de São Francisco do Sul, em que é apelante Lemos Danova Engenharia e Empreendimentos Ltda. e apelada Administração do Porto de São Francisco do Sul:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, reconhecer prejudicada a preliminar e, no mérito, desprover o recurso voluntário.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Lemos Danova Engenharia e Empreendimentos Ltda. impetrou mandado de segurança contra ato do Senhor Administrador do Porto de São Francisco do Sul, tendo vista a sua ulterior participação no certame licitatório, cujo objeto era a ampliação e construção do pátio de contêineres.

Alegou que foi inabilitado em virtude do não-cumprimento do item 3.1.3 do instrumento convocatório, sendo que não existe fundamentação no ato impetrado e, por isso, nula a decisão administrativa.

Suscitou, também, que o edital não pode extrapolar as diretrizes da Lei n. 8.666/93, devendo-lhe obediência hierárquica (fl. 8). Pugnou pela concessão da liminar, para o fito de assegurar sua participação no processo licitatório e, ao final, a segurança definitiva (fl. 15).

A liminar foi deferida às fls. 185 e 186.

Prestadas as informações às fls.189/198, o impetrado requereu a improcedência do mandado de segurança, por não haver amparo legal ao processamento em curso.

O Togado monocrático, por entender que não houve violação a direito líquido e certo da impetrante, denegou a segurança e revogou a liminar concedida (fls. 271 a 274). Irresignada, a impetrante apelou (fls. 276 a 313), repetindo o exposto na inicial e pleiteando a reforma da sentença *a quo*.

Após as contra-razões (fls. 340 a 345), os autos ascenderam a este egrégio Tribunal, opinando o representante do Ministério Público pelo provimento do recurso.

## II — Voto

A preliminar tangente ao recebimento do recurso no efeito suspensivo resta prejudicada porque foi objeto de recurso próprio já findo (AI n. 1998.009674-0, de São Francisco do Sul, rel. Des. Xavier Vieira, j. em 24-9-1998). Afasta-se, pois, a proemial.

No mérito, é discutido, em síntese, o direito de questionar perante o Poder Judiciário as regras editalícias, a legalidade destas inerentes à capacidade técnica dos licitantes e a falta de fundamentação do ato administrativo.

A assertiva da empresa demandante, da necessidade de se apreciar a lesão ou ameaça de lesão de seu direito, relativo à preclusão e decadência do direito, inseridos no art. 41, §§ 2º e 4º, da Lei n. 8.666/93 (fls. 293 e 294), é oportuna e merece análise.

Assim, denota-se que os institutos da preclusão e da decadência devem ser vinculados com a matéria

que lhes é peculiar, ou seja, no processo civil se operam de acordo com as regras estipuladas pelo Direito Processual Civil, no penal, com as regras de Direito Penal e, ao relacioná-los com as diretrizes administrativas licitatórias, com a Lei n. 8.666/93. Veja-se o que dispõe a indigitada Lei:

“Art. 41. A Administração não pode descumprir as normas e condições do edital ao qual se acha estritamente vinculada.

“§ 1º — Qualquer cidadão é parte legítima para impugnar edital de licitação por irregularidade na aplicação desta Lei, devendo protocolar o pedido até 5 (cinco) dias úteis antes da data fixada para a abertura dos envelopes de habilitação, devendo a Administração julgar e responder à impugnação em até 3 (três) dias úteis, sem prejuízo da faculdade prevista no § 1º do art. 113.

“§ 2º — Decairá do direito de impugnar os termos do edital de licitação perante a Administração o licitante que não o fizer até o segundo dia útil que anteceder à abertura dos envelopes de habilitação em concorrência, à abertura dos envelopes com as propostas em convite, tomada de preços ou concurso, ou a realização de leilão, as falhas ou irregularidades que viciariam esse edital, hipótese em que tal comunicação não terá efeito de recurso (redação dada pela Lei n. 8.883, de 8-6-94 — DOU de 9-6-94).

[...]

“§ 4º — A inabilitação do licitante importa preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes”.

Segundo se infere no § 2º da Lei supracitada, o direito de questionar e impugnar as cláusulas contidas no Edital deve ser argüido antes da

abertura dos envelopes. Nesse momento, as licitantes poderiam levantar uma possível violação dos princípios da igualdade e da impessoalidade.

Não havendo procedimento nesse sentido (impugnação de alguma irregularidade a tempo e modo), os concorrentes devem ficar adstritos às regras editalícias.

*In casu*, conforme o art. 41, § 2º, da Lei das Licitações, ocorreu a decadência do direito da apelante, pois essa é a extinção de um direito por haver decorrido o prazo legal prefixado para o exercício dele.

Quanto à preclusão, tem-se que é a perda de uma determinada faculdade de agir da parte, ou pelo não exercício dela na ordem legal, ou por haver-se realizado uma atividade incompatível com esse exercício. Portanto, a inabilitação do licitante importou a preclusão do seu direito de participar das fases subseqüentes (§ 4º da Lei n. 8.666/93).

Dessa forma, tendo tacitamente aceitado as cláusulas do instrumento convocatório, a impetrante deve obedecer às suas regras sob pena de se ver inabilitada por ferir o princípio administrativo da vinculação ao edital. É o que preceitua o art. 3º da Lei n. 8.666/93:

“Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia e a selecionar a proposta mais vantajosa para a Administração e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julga-

mento objetivo e dos que lhes são correlatos” (Sem grifo no original).

Na realização do procedimento licitatório, que possui índole constitucional e administrativo, os licitantes e o próprio Poder Público ficam vinculados ao edital, que é um instrumento no qual são estabelecidas as regras do certame, condições e cláusulas específicas para a posterior contratação, visando à qualidade do serviço e ao interesse público. Nele são delineados os procedimentos, as propostas, a documentação, o julgamento e o próprio contrato. Nesse sentido, descreve a doutrina:

“O critério de julgamento das propostas deve estar indicado necessariamente no edital, com os fatores que serão considerados na avaliação das vantagens para a administração, tais como qualidade, rendimento, preço, condições de pagamento, prazos e outros pertinentes, de interesse do serviço público” (Meirelles, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, 24ª ed., atual., São Paulo : Malheiros, 1999, p. 263).

Em consonância com a lei e a doutrina, colhe-se da jurisprudência:

“Administrativo – Contratos – Licitação – Edital – Limites – Coleta de lixo – Pagamento – Modificação da data – Estado – Custas – Isenção.

“O princípio da vinculação ao instrumento convocatório veda a realização do procedimento em desconformidade com o estabelecido previamente no edital. Como lei interna da licitação, ao edital tudo se vincula. Nem os documentos de habilitação nem as propostas podem ser apresentados em desconformidade com o que foi solicitado no instrumento con-

vocatório, nem o julgamento do certame pode realizar-se senão sob os critérios nele divulgados. Tampouco o contrato poderá desviar-se de sua matriz – o instrumento convocatório – de modo a descaracterizar essa vinculação” (Ap. Cív. n. 1999.005517-5, de Chapecó, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 8-6-1999).

Este Relator também já decidiu:

“Administrativo – Licitação pública na modalidade concorrência – Contratação de serviço de transporte coletivo – Exigência de qualidade e conforto – Impugnação do edital – Alegação de afronta ao caráter competitivo não demonstrada – Ausência de direito líquido e certo.

“A qualidade dos serviços exigida no edital convocatório da licitação é ato anterior ao julgamento das propostas e de livre estipulação pública, para o interesse da coletividade. Após a vinculação ao edital é que as propostas serão analisadas segundo os critérios do menor preço” (ACMS n. 2001.010401-6, de Porto Belo, rel. Des. Volnei Carlin, j. em 18-4-2002).

Portanto, o edital é instrumento sujeito à publicação e à oficialidade, justamente para que os interessados em participar da licitação e contratar o seu objeto se oponham, em tempo hábil, para discutirem algum item abusivo ou até mesmo um formalismo exagerado.

Ocorrendo a decadência do direito de questionar as regras editalícias na esfera administrativa, não existiu ofensa ao direito líquido e certo do licitante, nem mesmo ofensa ao texto constitucional (art. 37, CRFB/88), devendo as partes envolvidas no cer-

tame cumprirem os requisitos estabelecidos pela lei interna das licitações: o Edital.

Traz-se à baila a jurisprudência:

“Licitação — Terraplanagem e pavimentação asfáltica — Edital — Acervo técnico-profissional cadastrado no Crea/SC — Exigência autorizada pelos arts. 30, II, da Lei n. 8.666/93 e 37, XXI, da Carta Magna — Inexistência de abusividade ou ilegalidade.

“Não se afigura abusiva ou ilegal a exigência, no edital de licitação, de comprovação de experiência profissional suficiente a capacitar a empresa concorrente a participar do certame, visando à garantia do fiel cumprimento das obrigações que contratará perante a Administração” (MS n. 1996.007600-0, da Capital, rel. Des. Eder Graf, j. em 11-8-1997).

Em razão do acima exposto, o ato administrativo em exame não deve ser interpretado como ilegal ou abusivo, pois a ilegalidade diz respeito ao exercício exorbitante do poder e à abusividade à lesão da lei ou do edital, o que efetivamente não ocorreu na hipótese estudada.

É o que descreve a doutrina:

“Se o ato de autoridade fere direito líquido e certo de alguém, configura-se o arbítrio, consistente na lesão frontal de texto de lei. O ato arbitrário é ato ilegal [...]”

“Abuso de Poder é o exercício irregular do poder. Usurpa poder quem, sem no ter, procede como se o tivesse [...]” (Júnior, José Cretella. Comentários às Leis do Mandado de Segurança. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 78).

Configurado o conceito de abuso e ilegalidade, pode-se afirmar que o Poder Público agiu corretamente ao inabilitar a impetrante, uma vez que detectou a ausência de uma exigência editalícia. Em contrapartida, seria ilegal o ato que ficasse omissivo em face da constatação da irregularidade.

Frisa-se que, ao inabilitar a empresa apelante, a autoridade impetrada fundamentou seu ato baseado única e exclusivamente no Edital de Concorrência n. 10/98 (fl. 21), em específico no item 3.1.1, alínea *b*: “Feita a análise, a Comissão inabilitou a empresa Lemos Danova Engenharia e Empreendimentos Ltda., no item 3.1.3 letra *b*”.

Por oportuno, veja-se o descrito no referido item editalício:

“3.1.3. Relativa à qualificação técnica

[...]

“b) Atestado de Capacidade Técnica emitido por pessoa jurídica de direito público ou privado, o qual deverá ser acompanhado da respectiva certidão emitida pelo Crea vinculada ao mesmo, descrevendo os serviços de forma a permitir e constatar ter a empresa licitante realizado obras pertinentes e compatível em características com o objeto desta licitação...”

Está transcrito, portanto, o fundamento da inabilitação da apelante.

Quanto à capacidade técnica acima citada, resta clara e detalhada, referindo-se à empresa licitante e não ao seu engenheiro, pois é possível este poder ser substituído no curso da obra.

É necessária a comprovação de que a empresa tenha competência notória para realizar o objeto da licita-

ção, por atestado técnico acompanhado de certidão expedida pelo Crea.

Incontroversa, assim, é a assertiva de que a impetrante foi inabilitada por deixar de comprovar a qualificação técnica e operacional da empresa para a realização dos serviços especificados no edital.

Por derradeiro, examina-se a alegação do apelante quanto ao formalismo empregado no procedimento licitatório, que descreve: “nas licitações de menor preço este fator deve preponderar, vedando-se o rigorismo formal” (fls. 301 e 302).

É cediço que no edital é fixado o fator a ser perseguido pelo Ente Público: interesse público. Assim, nem sempre o menor preço é o mais vantajoso para a Administração, pois devem ser computadas as vantagens oferecidas, incluindo-se aí: qualidade, durabilidade, rendimento, segurança, além do cumprimento das regras editalícias. Nesse sentido, colhe-se da doutrina:

“Na concorrência de menor preço a Administração não dá prevalência a qualquer outro fator para o julgamento das propostas, pelo que só se levam em consideração as vantagens econômicas das ofertas, *desde que satisfaçam ao pedido no edital*” (sem grifo no original) (Meirelles, Hely Lopes. *Licitação e Contrato Administrativo*, 9ª ed., atual., São Paulo: Editora dos Tribunais, 1990, p. 77).

Por oportuno, cita-se a jurisprudência:

“Agravado de instrumento — Cautelar — Licitação — Menor preço — Concorrente desclassificada — Sus-

tação da adjudicação — Pressupostos ausentes.

“1. O ‘menor preço’ não é critério absolutamente decisivo no julgamento da concorrência pública.

“2. Sem a demonstração da plausibilidade do direito substancial invocado, não pode subsistir medida cautelar deferida para suspender a contratação da obra licitada” (AI n. 1997.013315-4, de Joinville, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 27-11-1997) (sem grifo no original).

Assim, o formalismo empregado na desclassificação da empresa impetrante não obstou o caráter competitivo do certame, pelo contrário, cumpriu as exigências contidas no instrumento convocatório. Veja-se o descrito pela doutrina:

“O formalismo está presente na licitação exatamente por se tratar de procedimento competitivo. A inobservância de exigências formais, por um licitante, necessariamente leva à sua inabilitação ou desclassificação, conforme o caso. A comissão de licitação não pode relevar as falhas formais, a não ser em casos absolutamente excepcionais, em que a irregularidade se supera por outros elementos constantes dos autos; caso contrário, haveria ofensa aos princípios da legalidade, da vinculação ao edital e da isonomia.

“Além disso, estando as exigências contidas no instrumento convocatório, de forma expressa, elas impõem-se igualmente a todos os licitantes, porque todos a ele se vinculam. A Lei n. 8.666, além de mencionar o princípio da vinculação ao instrumento convocatório no art. 3º, ainda repete, no art. 41, a mesma

exigência, determinando que 'a Administração não pode descumprir as normas e condições do edital, ao qual se acha estritamente vinculada'" (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Temas polêmicos sobre licitações e contratos, 4ª ed., São Paulo : Malheiros, 2000, p. 40).

Esse formalismo descrito pela doutrina, especificamente no ponto referente ao suprimento das irregularidades por casos absolutamente excepcionais, não pode ser aplicado no presente caso, haja vista a violação do princípio administrativo mencionado no instrumento convocatório (art. 3º da Lei n. 8.666/93).

Assim sendo, a análise dos requisitos impostos pelo edital, em específico a capacidade técnica da apelante, é a forma de caracterizar a idoneidade profissional dos licitantes, para que posteriormente possam arcar com as obrigações contratuais.

A apelante não ofereceu a confiabilidade que deveria diante do Ente Público, pois deixou de cumprir o exigido no já citado item 3.1.3, letra *b*, ou seja, descumpriu uma cláusula do Edital.

O excessivo formalismo alegado pela impetrante para suprir as irregu-

laridades não pode ser aceito, haja vista a violação das verdades axiomáticas acima indicadas. O amor à forma, ademais, não pode relegar o conteúdo do direito e a realidade das coisas, desestabilizando a segurança jurídica e a clareza das normas editalícias.

Tendo em vista que o ato administrativo foi fundamentado (fl. 21), que não existiu abuso de poder da autoridade impetrada e que as regras do instrumento convocatório vinculam as partes e devem ser cumpridas na sua totalidade, nega-se provimento ao recurso de apelação.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, à unanimidade, reconhecer prejudicada a preliminar e, no mérito, desprover o recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 13 de março de 2003.

*Volnei Carlin,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 2002.011175-4, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Mandado de segurança coletivo. Sindicato. Legitimidade ativa. Licitação. Concessão de serviço público de engenharia sanitária e limpeza pública. Remuneração da concessionária. Previsão*



*no edital de remuneração: pelo poder concedente por meio da transferência do produto da taxa recolhida dos contribuintes, no ano da assinatura do contrato e no imediatamente posterior, e por cobrança de tarifa direta do usuário, nos anos subseqüentes, ao longo da concessão. Viabilidade. Instituto da concessão que não se desnatura pela inexistência de relação entre a remuneração da concessionária e a exploração do serviço, porque não alterado o seu regime jurídico. O conceito moderno de concessão sugere a solidariedade econômica entre o poder concedente e a concessionária, não sendo essencial, como era no conceito clássico, a remuneração por tarifa. Recursos e remessa providos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível em Mandado de Segurança n. 2002.011175-4, da comarca de Joinville, em que são apelantes o município de Joinville e a Engepasa Ambiental Ltda., sendo apelado o Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana do Estado de São Paulo — Selur:*

ACORDAM, em Quinta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento aos recursos e à remessa.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Cuida-se de mandado de segurança impetrado pelo Sindicato das Empresas de Limpeza Urbana do Estado de São Paulo (Selur) contra o Presidente da Comissão Especial de Licitação e o Secretário Municipal de Administração da Prefeitura Municipal de Joinville, atacando o processo licitatório, na modalidade de *concorrência*, lançado para contratação de empresa, em regime de concessão, para a execução dos *serviços de engenharia sanitária e de limpeza urbana*, conforme o Edital n. 180/2001 (fls. 62 a 99).

Sustenta o impetrante, em abreviada síntese, que o edital de licitação contempla exigências restritivas — aliás, o que foi denunciado: em recurso administrativo (fls. 117 a 135); em pedido de suspensão formulado ao Presidente do Tribunal de Contas do Estado (fls. 148 a 164); em representação formulada na Coordenadoria da Moralidade Administrativa do Centro das Promotorias da Coletividade do Estado de Santa Catarina (fls. 166 a 183) — , por pretender que o atestado técnico fosse fornecido exclusivamente por pessoas jurídicas de direito público, com a comprovação, inclusive, de já ter ou estar prestando serviços de limpeza urbana em regime de concessão e com cobrança de tarifa diretamente dos usuários dos serviços, contrariando o disposto no § 1º do art. 30 da Lei n. 8.666/93. E mais, que a forma de remuneração da concessionária mostra-se irregular, fugindo aos ditames do art. 9º da Lei Federal n. 8.987/95, que estabelece o pagamento por meio de tarifa, não sendo própria a remuneração direta da concessionária pelo poder concedente, no ano de assinatura do contrato e mais o exercício imediatamente posterior, por meio de cobrança de Ta-

xa de Limpeza e Conservação, como previsto no item 10 do edital. Finalmente, a falta de adequada publicidade dos atos da comissão licitante, em afronta ao art. 3º da Lei n. 8.666/93.

Concedida a liminar (fls. 196 a 208), foram prestadas as informações pelas autoridades apontadas coatoras e oferecida defesa pela litisconsorte Engepasa Ambiental Ltda. (fls. 216 a 248), única licitante que permaneceu no certame (fls. 585 a 598).

Em defesa, argumentam, quanto à ausência de interesse jurídico do Sindicato (Selur), porquanto nenhuma empresa de sua base territorial participa do certame ou nele se manteve, incidindo o disposto no art. 267, VI, do CPC. No mérito, afirmam que os princípios da licitação, entre os quais o da oportunidade de ampla participação, foram respeitados. E mais, que as exigências lançadas no edital atendem aos comandos dos arts. 37, XXI, da CF e 2º, II, da Lei n. 8.987/95, sendo, portanto, lícito pretender que a empresa concorrente demonstre capacidade para a realização do objeto da licitação. Quanto à remuneração, asseveram que é necessário estabelecer um período de transição do sistema, não havendo confundir o objeto do certame — concessão — com contrato de empreitada, sendo regular o encaminhamento proposto no edital, que garante o pagamento à concessionária, num primeiro momento, com recursos arrecadados com a cobrança da Taxa de Limpeza e Conservação referente aos serviços concedidos e por outras fontes de recursos na hipótese de eventual diferença remanescente. Relativamente à publicidade, entendem que esse princípio foi

atendido, havendo, inclusive, publicação no Diário Oficial (fls. 515 a 526). Reclama, a litisconsorte, afinal, quanto aos prejuízos que vem experimentando pela indefinição na conclusão do presente processo e a não adjudicação do seu objeto.

O Ministério Público, ouvido, opinou pela concessão da ordem, insurgindo-se no que respeita ao *fato de ser cobrada no período inicial taxa para pagar um serviço a ser remunerado por tarifa* (fl. 637).

Sentenciando, o Togado *a quo*, após afastar a preliminar suscitada quanto à legitimidade e interesse processual da impetrante, entendeu de conceder, em parte, a segurança para declarar a nulidade da letra *a* e seus desdobramentos (a1 a a5) do item 10.1, exatamente por não ser própria nem adequada, no regime de concessão, a remuneração direta, mesmo que provisória, pelo poder concedente, desacolhendo os demais argumentos da impetração (fls. 642 a 663).

Inconformados, o litisconsorte passivo (fls. 666 a 679) e o município de Joinville (fls. 739 a 779) formularam apelo, apresentando, o primeiro, parecer da boa lavra do Professor Doutor Marçal Justen Filho (fls. 681 a 725), defendendo a viabilidade da assunção pelo poder público de certos compromissos em face do concessionário, inclusive no tocante ao desembolso de recursos destinados ao custeio das atividades da concessão, como uma proposta inovadora, justificada pela necessidade de compatibilizar temporalmente a transferência dos encargos correspondentes aos



serviços e dos valores já pagos pela comunidade para o seu custeio.

Argumentam os recorrentes, inicialmente, que o impetrante padece de legitimidade, uma vez que comparece, segundo afirma na inicial, como qualquer cidadão para impugnar o edital, abroquelando-se no art. 41, § 1º, da Lei n. 8.666/93, quando o mandado de segurança coletivo não se presta a tal desiderato, ou seja, defender o controle objetivo de legalidade da licitação. No que respeita à questão de fundo, assinalam a ausência de qualquer ilegalidade nas condições estabelecidas, antes, pelo contrário, haja vista o princípio da continuidade do serviço público, sendo compatível com o sistema de desembolso provisório pelo ente público, principalmente quando se tem presente a transitoriedade do modelo de prestação de serviço com reflexos na sua forma de remuneração.

Oferecidas as contra-razões, com defesa da legitimidade da impetrante e reafirmada a existência de irregularidades no edital e na forma de remuneração da concessionária, os autos foram ao Ministério Público que se manifestou pelo conhecimento e improvemento dos recursos e da remessa.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Raul Schaefer Filho, igualmente pronunciou-se no sentido do prestigiamento da sentença combatida, entendendo incompatível com o instituto da concessão a remuneração direta da concessionária pelo poder público.

## II — Voto

A impetrante, apresentando-se como órgão representativo de classe, devidamente autorizada em assembléia geral realizada em 30-8-2001, busca, pela via do mandado de segurança coletivo, a anulação da Concorrência Pública n. 180/2001, de concessão para serviços de *engenharia sanitária de limpeza pública*, sustentando vícios no edital, decorrentes de exigências extremamente restritivas à ampla participação e previsão de forma de remuneração incompatível com o instituto que lhe norteia, além de falta de publicidade das decisões tomadas pela comissão de licitação.

Evidente, pois, que não comparece na condição de qualquer cidadão considerado pela doutrina exclusivamente a pessoa física, tendo invocado, em sua inicial, o art. 41 da Lei n. 8.666/93, apenas para esclarecer que baseada em tal disposição legal formulou, ao órgão licitante, impugnação administrativa contra o edital de concorrência, alertando sobre os fatos e fundamentos que agora sustentam a impetração. Aliás, esse dispositivo, consoante Toshio Mukai (Novo Estatuto Jurídico das Licitações e Contratos Públicos, 2ª ed., RT, 1993, p. 44), “somente pode ter aplicação em nível administrativo e não judicial, posto que, nesta seara, faltaria ao cidadão (salvo na ação popular) o legítimo interesse de agir” (art. 6º do CPC).

Ora, *in casu*, o sindicato, diversamente do cidadão a que alude o art. 41 da Lei de Licitações, atua como substituto processual, estando, assim, legitimado para impetração da segurança coletiva. A vedação suscitada pelo douto doutrinador, proveniente

do art. 6º do Digesto Processual Civil, a ele não alcança (RSTJ 84/63).

Consta dos estatutos sociais do sindicato (art. 4º, IV) a prerrogativa de “interpor, perante qualquer juízo ou tribunal, por autorização expressa de associadas na forma desse estatuto, mandado de segurança coletivo, propugnando pelos interesses da categoria ou os gerais e legítimos de suas associadas, bem como intervir em processos judiciais para os mesmos fins, como assistente”.

E essa atuação não está limitada à sua base territorial, tanto que, no art. 5º, ao tratar dos fins e deveres do Selur, inseriu-se o de “representar as associadas perante quaisquer repartições públicas, federais, estaduais ou municipais, defendendo os seus legítimos interesses” (letra c).

O Magistrado *a quo*, invocando precedente desta Corte, atacou bem o problema, afastando a arguição de falta de legitimidade ou interesse de agir do sindicato, ora apelado.

“A organização sindical legalmente constituída, em funcionamento há mais de um ano, cujo Estatuto confere poderes expressos para representar, administrativa ou judicialmente, os interesses coletivos da categoria”, já afirmou o eminente Des. Volnei Carlin, quando do julgamento da Apelação Cível n. 2000.009269-0, “é parte ativa legítima para impetrar mandado de segurança em favor de seus membros”. A legitimação das organizações sindicais é extraordinária, ocorrendo em tal caso a substituição processual (CF, art. 5º, LXX), como pondera o Ministro Carlos Velloso, *in RE* n. 181.438-1.

A legitimidade e o interesse da impetrante mostram-se indiscutíveis, presente a autorização assemblear, que lhe confere a condição de substituto processual, e o fato de se ter proposto, já na fase inicial do certame, pela via administrativa, a discutir as ilegalidades que entende contaminar o edital.

Afastada a preliminar, passa-se ao exame do mérito do recurso, com a restrição imposta pela preclusão (REsp n. 209.341, rel. Min. Peçanha Martins), visto que o reexame necessário só aproveita à Fazenda Pública.

O Edital de Concorrência Pública n. 180/2001, tendo como finalidade a seleção de empresas para a concessão de serviços de engenharia sanitária e limpeza urbana, foi expedido pelo município de Joinville, com base na Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, que dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal. Cuida-se, pois, de lei nacional, como propugnado por Celso Ribeiro Bastos (Comentários à Constituição do Brasil, vol. 7º, Ed. Saraiva, 1990, p. 131 e 132). A matéria, entretanto, não é pacífica, entendendo alguns juristas, a exemplo de Toshio Mukai (Concessões e permissões de Serviços Públicos, Ed. Saraiva, 1995, p. IX), que a lei em referência é a própria e privativa de cada ente federativo. De qualquer forma, caberia à União o estabelecimento das normas gerais, como sinaliza o art. 22, XXVII, da CF.

E como norma de caráter geral temos, entre outros dispositivos, o artigo 2º da Lei n. 9.074, de 7 de julho de

1995, que dispensa, na execução de obras e serviços públicos, por meio de concessão ou permissão, a exigência de lei autorizativa.

O art. 175 da Constituição Federal veio estabelecer que o Estado pode prestar serviço público, na forma da lei e diretamente, ou ainda de forma indireta mediante o regime de concessão ou permissão, e, nesse caso, sempre por meio de licitação.

Pois bem, o município de Joinville, que presta diretamente os serviços de engenharia sanitária e limpeza urbana, remunerados por taxa, resolveu, e a Constituição Federal facultou-lhe, implantar o sistema de concessão, abrindo o correspondente processo licitatório.

E assim ocorreu, sendo aberta a licitação, na modalidade de concorrência pública, estabelecendo-se no edital os pressupostos do certame, o seu objeto, os direitos e deveres da concedente e da concessionária e, detalhadamente, a forma de remuneração do serviço.

Impugnado o edital em duas de suas cláusulas e afirmada a falta de publicidade nas deliberações da comissão de licitação, a segurança acabou sendo, em parte, concedida, entendendo o Togado *a quo* que a natureza jurídica da concessão não permite a remuneração do concessionário por taxa, mesmo que por lapso temporal restrito.

O parecer do Professor Marçal Justen Filho que, em essência, fundamenta as razões de apelação, a despeito de impugnado pelo impetrante, ao argumento de que dissonante de sua posição como escritor, invocando no particular um artigo publicado na Revis-

ta de Interesse Público, vol. 6, ano 2000, Nota Dez Editora, p. 89 a 98, artigo esse, aliás, reproduzido na Revista de Direito Administrativo, vol. 219: 271 a 292, como que querendo lembrar Piero Calamandrei que vê nos pareceres um único senão, qual seja, o de coincidir sempre com o interesse da parte que o apresenta, é positivamente uma referência que não deve passar despercebida, na medida em que, tratando do caso concreto, evidencia que a mudança do sistema de prestação de serviço, que passa do ente público para uma concessionária, torna obrigatória uma certa flexibilidade para que a transição aconteça sem transtornos ou traumas.

Sua excelência entende possível, no período de transição, suportar o ente público com a remuneração do serviço prestado pela concessionária, utilizando como fonte de pagamento, entre outras, o produto da taxa recolhida dos usuários dos serviços. E assiste razão ao eminente parecerista, vale dizer, aos apelantes, quando sustentam esta tese.

A Lei n. 8.987/95, em seu art. 2º, inciso II, considera "concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para o seu desempenho, *por sua conta e risco* e por prazo determinado".

O edital, na definição do objeto da licitação, cláusula 1.1, consigna que a concessão dos serviços de engenharia sanitária e limpeza urbanas realizar-se-ão por conta e risco da proponente. Essa questão do risco, considerada da essência do instituto da

concessão, mostra-se presente nas cláusulas afetas à remuneração do serviço, tanto que as diversas empresas que se preocuparam com o certame, embora dele não participando diretamente, manifestaram enfaticamente essa ocorrência, a despeito, inclusive, da circunstância de numa primeira fase a remuneração proceder-se de forma direta com a transferência pela concedente do produto da arrecadação da taxa de limpeza e conservação urbana, principalmente pelo alto índice de inadimplência dos usuários, próximo à cifra dos 37%, como registrado no ano de 2001 (fls. 442, 444 e 445) pela Municipalidade.

A licitação desenvolveu-se obedecendo ao sistema de menor preço, sendo previsto na cláusula 2.11. que o valor máximo do contrato ao longo de 10 anos em R\$ 145.424.708,73. O estabelecimento desse montante decorreu de estudos prévios contratados à empresa OAP Consultores Associados Ltda., que sugeriu algumas formas alternativas de cobrança para a remuneração da concessionária, entre as quais aquela que estabelece, num primeiro momento, no ano da assinatura do contrato e no imediatamente posterior, a remuneração efetivada pela transferência do produto da arrecadação com a cobrança da Taxa de Limpeza e Conservação, instituída pela Municipalidade, como expressa a cláusula 10.1.a do Edital.

Colhe-se do estudo procedido pela OAP (fl. 393) — e a referência é importante pelos seus efeitos financeiros — que a estimativa das despesas com a *Cobrança da Tarifa (TLU) e Relação com o Usuário* estava montada para a hipótese de arrecadação direta

pela concessionária, ao longo de 10 anos. Entretanto, com a elaboração do edital prevendo a forma mista de remuneração da concessionária por transferência do produto da arrecadação da taxa no ano da assinatura do contrato, e no imediatamente posterior, e pela cobrança da tarifa subseqüentemente —, restou definido expressamente que os concorrentes, ao formularem suas propostas financeiras, deveriam considerar essa circunstância. Consta do Anexo IV (fl. 113), relativamente ao item 9, identificado como de *Cobrança da Tarifa (TLU) e Relação com o Usuário*, que o valor máximo ali estabelecido, de R\$ 29.375.381,20, *leva em consideração a cobrança da tarifa (TLU), realizada pela concessionária diretamente dos usuários dos serviços, conforme item 10.1. letra b do Edital*. E que, *as proponentes deverão considerar esta condição para a elaboração de sua proposta financeira, ao longo do período de 8 anos e 8 meses*. Mandou, portanto, considerar e decotar dos R\$ 29.375.381,20 o período de 1 ano e 4 meses em que a remuneração da concessionária se faria pela transferência pela concedente da taxa arrecada dos usuários dos serviços. Esse fato altera, para menos, o custo máximo do serviço quantificado no item 9 do orçamento básico, passando este de R\$ 29.375.381,20 para R\$ 25.458.663,70, o que se reflete no valor máximo do contrato que deixa de ser de R\$ 145.424.708,73, passando para R\$ 141.507.991,23, acumulando uma diferença — a menos — da ordem de R\$ 3.916.717,50. A única proposta levada a efeito aponta um valor total de R\$ 144.708.217,00 (fl. 111). Embora não tratada a matéria quando do ajuizamento do *mandamus*, o fato não deve

passar despercebido do Juízo, que tem a obrigação legal, na ampla exceção que se empresta ao art. 102 da Lei de Licitações, de alertar as partes, o Ministério Público e a Comissão de Licitação, essa última incumbida da homologação do certame.

Retornando ao que é objeto de julgamento, cumpre assinalar que o instituto da concessão não se vê caracterizado pela adoção dessa forma múltipla de remuneração: *numa primeira fase*, diretamente pelo poder concedente, com a transferência do produto da taxa, e, posteriormente, *numa segunda fase*, pela cobrança da tarifa. Note-se que a concessionária não está sendo remunerada por taxa e não poderia ser diferente, mas tão-somente com o produto da arrecadação do referido tributo, devido ao Município.

Benedicto Porto Neto, ao tratar do tema Concessão de Serviço Público no Regime da Lei n. 8.987/95, *in* Coleção de Temas de Direito Administrativo (Ed. Malheiros, 1998, p. 73 e 74), sustenta, e com razão, que a distinção entre os institutos da *concessão* e do *contrato de prestação de serviço* não repousa na forma de remuneração da concessionária. É que, segundo afirma, o importante é o vínculo jurídico que se forma entre a prestadora do serviço e o usuário, que não precisa ser necessariamente de ordem econômica.

Senão vejamos:

“Por ora é importante adiantar que o vínculo jurídico direto entre prestadora do serviço e usuários, que aparta a concessão do contrato de prestação de serviço, não precisa ser necessariamente de ordem econômi-

ca (obrigação do usuário de pagar à concessionária pela fruição dos serviços). Antes, e sobretudo, é aquele que impõe à concessionária a obrigação e a responsabilidade de prestar os serviços e que, em conseqüência, atribui aos usuários o direito de lhe exigirem a prestação” (ob. cit., p. 74).

O Município justifica o sistema implantado invocando o estudo prévio realizado pela OAP, que aponta inúmeras dificuldades iniciais para a concessionária, principalmente de estruturação, para cobrança por sua conta (fl. 383). E mais, alude ao fato de que cumprirá à concessionária (fl. 334) “realizar e manter o cadastro de usuários, administrar a cobrança direta das tarifas, realizar a divulgação externa quanto à operação e forma de cobrança das tarifas, dispor dos meios de comunicação de massa para divulgação à população quanto à nova sistemática de contratação pela Prefeitura (campanha de *marketing*), e criar e manter um programa contínuo de educação ambiental aos seus funcionários e usuários”, o que implica na necessária fixação de um prazo mínimo para adoção do sistema de cobrança direta do usuário.

O parecer trazido à colação por ocasião do recurso de apelação, da lavra do professor Marçal Justen Filho, suscita e defende a compatibilidade do custeio estatal com o direito brasileiro e a legalidade do estabelecimento de um sistema de transição, sem desnaturar o instituto da concessão, diante da impossibilidade de implementação imediata da cobrança da tarifa.

A remuneração por tarifa é fato incontroverso constituiu, por

longo tempo, elemento essencial no conceito clássico de concessão.

Atualmente, quem observa é Laubadère, citado por Benedicto Porto Neto, surge “uma solidariedade econômica entre o poder concedente e concessionária, quando o primeiro, em alguns casos, passa a aportar recursos na concessão para o seu sucesso” (ob. cit., p. 74).

Em sua obra *Traité des Contrats Administratifs*, André de Laubadère, expõe que o fenômeno também é observado por Rivero, para quem na concessão “o casamento da autoridade pública com o empresário passou de um regime de separação de bens para um regime de comunhão” (p. 518).

Celso Antônio Bandeira de Melo, nas primeiras edições de sua obra *Prestação de Serviços Públicos e Administração Indireta* (Ed. RT, 5ª ed., p. 369), afirmava que a concessionária deveria ser remunerada com a cobrança da tarifa dos usuários, na 5ª edição do *Curso de Direito Administrativo* passou a sinalizar que a concessionária é remunerada pela exploração do próprio serviço concedido, em geral e basicamente pela percepção de tarifas cobradas dos usuários (Ed. Malheiros, 10ª ed., 1998, p. 456).

O que é certo, segundo Benedicto Porto Neto (ob. cit., p. 75), é que “a remuneração da pessoa encarregada da prestação do serviço mediante a arrecadação de tarifa paga diretamente pelos usuários descaracteriza o contrato de prestação de serviço, porquanto reclama vínculo jurídico direto entre prestadora e usuários (embora, por si só, não seja suficiente para caracterizar a concessão). Mas a

inexistência de relação entre remuneração da concessionária e exploração do serviço não desnatura o instituto da concessão, porque não altera o seu regime jurídico” (p. 76).

O art. 9º da Lei n. 8.987, invocado pelo impetrante, prescreve apenas que a remuneração da concessionária decorre de ajuste contratual, como é expressão da presente licitação, mandando, afinal, que a relação econômico-financeira seja preservada ao longo de toda a concessão. Decorre, portanto, desse dispositivo que a fixação e alteração da tarifa paga pelos usuários são disciplinadas pelas normas regulamentares da concessão. O que as partes pactuam, segundo se depreende, é a remuneração devida à concessionária e não o valor da tarifa.

Consabido, aliás, que a fixação da tarifa é ato unilateral da administração pública, enquanto que a remuneração da concessionária, repete-se, decorre de ajuste de vontades entre ela e a administração. O valor da tarifa poderá, assim, cobrir o valor da remuneração contratada ou ser-lhe inferior, situação em que o poder público comparece para completar o numerário ajustado. A lei, aliás, contempla fontes alternativas de receitas para a concessionária (art. 11 da Lei n. 8.987/95), sem impor relação entre tais receitas e a exploração do serviço concedido.

O art. 2º, inciso II, da Lei n. 8.987/95, da mesma forma, apenas prevê que a concessão de serviço público deve correr por *conta e risco* da concessionária, sem impor, igualmente, uma relação direta entre a remuneração e a exploração do serviço. E a relevância está exatamente na possi-



bilidade de se remunerar a concessionária por preço pago pela administração, hipótese que não exclui a assunção do *risco*. Como alerta François Llorens, “Numa concessão em que a concessionária presta os serviços por preço certo e determinado seu risco financeiro pode ser maior do que na prestação dos serviços mediante a cobrança de tarifa dos usuários. É que, além das contingências próprias do negócio, a concessionária assumirá o risco pela variação do número dos usuários durante a concessão. Assim, o recebimento de tarifa dos usuários não é o que caracteriza o risco financeiro pela prestação do serviço” (Benedicto Porto Neto, p. 81).

*In casu*, o risco não foi afastado com a adoção de um sistema misto de remuneração da concessionária, uma vez que a concedente se obrigou a repassar, única e exclusivamente, o produto da arrecadação da taxa, sem se obrigar pelo inadimplemento dos usuários.

A fixação de um prazo mínimo razoável para a adaptação e modificação da forma de remuneração não infringe, de outra parte, os princípios que informam a Lei de Licitações, não incidindo a limitação do inciso II do art. 57, porquanto não descaracterizado o instituto da concessão.

Ademais, a hipótese versada de certa forma implementa um modelo misto de concorrência com um objeto único e complexo de prestação de serviço público por *contratação e concessão*.

Ao prestador de serviço, ademais, deve-se garantir, além de uma remuneração justa e compatível com os encargos decorrentes de sua ativi-

dade, a aplicação do próprio princípio da razoabilidade que, no caso, pode ser traduzido pelo estabelecimento de um mecanismo garantidor da viabilidade do empreendimento, como é o caso do pagamento direto pelo poder concedente, por um período mínimo necessário à implementação das políticas de esclarecimento, cadastramento e cobrança direta do usuário. O princípio da razoabilidade *deve ser visto como um parâmetro de valoração dos atos do Poder Público*, como pontifica Luís Roberto Barroso (Interpretação e Aplicação da Constituição, 2ª ed., Saraiva, 1998, p. 204), *para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo o ordenamento jurídico: a justiça*. E considera-se razoável, na hipótese concreta, a solução que melhor atenda ao interesse público, ou seja, aquela que for mais adequada para a obtenção do fim legalmente almejado. No particular, não há negar razoabilidade à solução administrativa municipal que escolheu uma fórmula de transição para viabilizar a concessão do serviço público de engenharia sanitária e limpeza urbana.

Por fim, considerando que na concessão não é essencial a forma com que se remunera a concessionária, sendo fundamental apenas que as partes concessionária e concedente pactuem, por meio do processo licitatório, a retribuição da concessionária pela prestação do serviço, dá-se provimento ao recurso para reconhecer a validade da cláusula de remuneração, item 10.1., letras *a* e *b*.

### III — Decisão

Diante do exposto, por maioria de votos, rejeita-se a preliminar de ilegitimidade ativa e, à unanimidade, dá-se provimento aos recursos e à remessa para reformar a sentença impugnada e denegar a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Tor-

res Marques. Funcionou como Procurador de Justiça o Dr. Mário Gemin.

Florianópolis, 24 de outubro de 2002.

*João Martins,*  
*Presidente, com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.017723-7, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Embargos à execução fundada em sentença judicial não submetida à remessa necessária — Ineficácia da execução — Possibilidade de reexame na fase executiva, em atinência aos princípios da razoabilidade, economia e aproveitamento dos atos judiciais — Inexistência de prejuízo — Impugnação dos cálculos do INSS realizados em liquidação de sentença — Sentença que os acolheu para que fossem aplicados os índices legais, recalculada renda mensal inicial, e fixou as custas pela metade, a teor do parágrafo único do art. 33 da LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97 e honorários advocatícios em 10% das parcelas vencidas — Irresignação recursal do INSS visando à reforma da sentença — Impossibilidade — Remessa necessária da sentença de conhecimento parcialmente provida — Apelo e remessa necessária da sentença proferida nos embargos à execução desprovidos.*



*“A sentença, sujeita ao duplo grau obrigatório, enquanto não submetida a esse reexame, permanece no mundo jurídico em estado de latência, não transitando em julgado e não produzindo quaisquer dos efeitos a que está destinada e em razão dos quais tenha sido proferida” (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil, 2002, p. 77).*

*Em atinência aos princípios do aproveitamento dos atos processuais, da economia processual e da razoabilidade, deve ser analisada a remessa necessária de sentença proferida no processo de conhecimento, cuja inobservância tenha motivado o prosseguimento da lide em liquidação de sentença e execução, por ocasião da interposição de apelação cível da sentença que acolheu os embargos opostos pelo obreiro aos cálculos ofertados pela autarquia previdenciária, pois se tornaria inócuo e excessivamente oneroso anular todo o processado, pois não há falar em nulidades sem prejuízo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.017723-7, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), autos remetidos, em que é apelante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, sendo apelado João Marques:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, por força dos princípios do aproveitamento dos atos processuais, da economia processual e da razoabilidade, em conformidade com o art. 475 do CPC, arts. 33, parágrafo único, e 55 da LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97, e Súmula 111 do STJ, prover parcialmente a remessa necessária da sentença de conhecimento para fixar pela metade as custas processuais e honorários advocatícios em 10% das parcelas vencidas, e desprover o recurso e a remessa necessária da sentença pro-

ferida nos autos dos embargos à execução.

Custas legais.

João Marques, perante a Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos da comarca de Criciúma, opôs embargos à execução contra o Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ambos devidamente qualificados.

Insurgiu-se contra os cálculos apresentados pelo embargado nos autos principais que utilizou como renda mensal inicial, base para a fixação do *quantum* do auxílio-acidente conquistado a ser pago, aquela percebida a título de aposentadoria por tempo de serviço, correspondente a 76% do salário de contribuição original, restando defasado o valor do benefício.

Sustentou, ainda, que a porcentagem paga no início da concessão do benefício, correspondente a 30% sobre o salário de contribuição, deve ser mantida nos meses subse-

qüentes. Outrossim, alegou que a UFIR, como índice de correção monetária, deve ser afastada. Por derradeiro, postulou o cômputo dos honorários advocatícios sobre as parcelas vencidas e mais uma anuidade vincenda, conforme estipulado na sentença condenatória.

Citada, a autarquia contestou, alegando que obteve a renda mensal inicial considerando as últimas 36 contribuições, conforme preceito insculpido na Lei n. 8.213/91.

Sustentou que a porcentagem paga mensalmente obedeceu aos critérios legais, e que a UFIR é o indexador apropriado.

Instado a se manifestar, o representante do Ministério Público opinou pela procedência dos embargos.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito, às fls. 50 a 56, julgou procedentes os embargos opostos, apreciando os cálculos juntados às fls. 30 a 46 e condenando o embargado ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor da diferença entre os valores apresentados pelas partes mais custas parciais. Sem remessa necessária.

Irresignada, a autarquia interpôs recurso de apelação, às fls. 58 a 61, postulando pela reforma da sentença e conseqüente procedência dos embargos, pelos mesmos fundamentos expostos na contestação, acrescentando que a planilha exposta pelo embargante apresenta débitos, os quais já foram quitados, quais sejam, os referentes ao período de 10-97 a 4-99.

Foram apresentadas as contra-razões, às fls. 69 a 74.

Os representantes do Ministério Público de primeiro grau e da douta Procuradoria-Geral da Justiça manifestaram-se, respectivamente às fls. 76 e 77 e 82 a 86, pelo improvemento do recurso.

É o relatório.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, o INSS interpôs o presente recurso de apelação, visando à reforma integral da r. sentença atacada, argumentando que implantou o benefício de auxílio-acidente em favor do obreiro em 1º-10-1997, apresentando-se equivocada a conta do autor, uma vez que aparecem parcelas devidas até a competência abril-1999. Destacou, ainda, que, estando o autor aposentado na data inicial do benefício, o valor a ser considerado é 30% sobre a renda mensal percebida no referido mês, sendo correta a utilização da UFIR para a correção das parcelas atrasadas.

Trata-se de embargos à execução de sentença, opostos por segurado da Previdência Social impugnando os cálculos e índices aplicados pelo INSS para a apuração do *quantum* devido.

Ocorre que, compulsando os autos, verifica-se que da sentença prolatada em ação de conhecimento não houve recurso de apelação. Igualmente, não observou o douto Togado sentenciante a remessa necessária, a teor do art. 475 do CPC, tendo sido determinado o prosseguimento do processo para liquidação de sentença, no qual seriam apurados os cálculos a serem executados.

Uma vez apresentados os cálculos pelo INSS (fls. 68 a 75), o indito obreiro com estes não concordou, oferecendo-lhes embargos à

execução, impugnando-os por meio de embargos, informando os índices que entende aplicáveis ao cálculo, requerendo o seu acolhimento e conseqüente condenação da autarquia nas verbas devidas, juntando documentos (fls. 6 a 20), sendo que o INSS pugnou pela sua improcedência às fls. 21 a 24.

Cumpre-me enfatizar que tanto o Ministério Público de primeiro grau (fls. 24 e 25) quanto o douto Togado sentenciante (fls. 50 a 56) acolheram as razões dos embargos, entendendo corretos os cálculos oferecidos pelo embargante às fls. 30 a 46, tendo restado o INSS condenado a pagar os valores apurados pelo embargante, mais honorários de 10% sobre a diferença entre o valor por ele apontado e pelo credor, além dos fixados na sentença do processo de conhecimento, anteriormente fixados em 15% do valor da condenação (parcelas vencidas e 12 parcelas vincendas), bem como nas custas processuais pela metade, além de custas anteriormente fixadas na totalidade.

Ocorre que a sentença exequenda ainda não transitou em julgado, ante a ausência de revisão pelo segundo grau de jurisdição, por força da remessa necessária, a teor do art. 475 do CPC, pois foi inobservada pelo douto Togado sentenciante que determinou o seu prosseguimento em liquidação de sentença.

Wambier e Wambier definem a remessa necessária como sendo uma condição de eficácia da sentença.

Exatamente por não constituir recurso, o duplo grau obrigatório opera mediante simples ordem de remessa dos autos ao tribunal competente, ou

avocação pelo próprio tribunal, tudo sem maiores formalidades, não estando sujeito a preparo ou a prazo, não comportando razões das partes, nem recurso adesivo, apesar de submeter a sentença proferida em primeiro grau a reexame pela superior instância, como se fosse um recurso, com a conseqüente substituição da sentença pelo acórdão, na medida em que o tribunal proceder ao novo julgamento com o mesmo objeto da sentença.

Wambier e Wambier, mais adiante, destacam que “a sentença, sujeita ao duplo grau obrigatório, enquanto não submetida a esse reexame, permanece no mundo jurídico em *estado de latência*, não transitando em julgado e não produzindo quaisquer dos efeitos a que está destinada e em razão dos quais tenha sido proferida” (Breves Comentários à 2ª Fase da Reforma do Código de Processo Civil, 2002, p. 77).

Para Ganesini, a remessa obrigatória tem em sua natureza jurídica a condição de eficácia da sentença:

“Com efeito, enquanto a sentença não for reapreciada pelo segundo grau, não produz efeito algum, é inexecutável, não podendo ser executada definitiva ou provisoriamente, não transita em julgado, não produz coisa julgada” (Ganesini, Rita. XXXI – A Fazenda Pública e o Reexame Necessário. In Nery Jr., Nelson; Wambier, Teresa Arruda Alvim (coord.). Aspectos Polêmicos e Atuais dos Recursos Cíveis e de outras formas de impugnação às decisões judiciais, vol. 4, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 918).

Segundo Ganesini, a finalidade da remessa necessária é verificar ou

confirmar a exatidão da condenação do Poder Público e, eventualmente, eliminar os erros e as imperfeições que sejam prejudiciais à Fazenda Pública, já que inexistente preclusão, pois a devolução da matéria em relação ao seu conhecimento pelo grau superior de jurisdição é amplo, geral e irrestrito.

Diante desse contexto, por força dos princípios do aproveitamento dos atos processuais, da economia processual e da razoabilidade, já que se tornaria inócuo e excessivamente oneroso anular todo o processado, pois não há falar em nulidades sem prejuízo, passo a analisar, conjuntamente, as remessas necessárias na sentença de conhecimento e da sentença proferida nos autos dos embargos, bem como a apelação cível da autarquia previdenciária.

Em relação ao benefício de auxílio-acidente, implementado em favor do obreiro, na r. sentença de fls. 51 a 54 do processo de conhecimento, este foi corretamente fixado, uma vez que constatou o déficit laboral, consistente em “hipoacusia neurossensorial moderada em agudos nos dois ouvidos” (quesito 1º, de fl. 28), deflagrado por traumatismo coclear (quesito 3º, de fl. 28), que teve origem na excessiva exposição a ruídos ou em razão de explosão (quesitos 3º e 4º, de fl. 28). Como a incapacidade laboral é permanente e parcial, devido é o auxílio-acidente a partir da perícia judicial realizada em 25-8-1992 (ocasião em que a doença foi diagnosticada). Ademais, a doughta sentença corretamente acatou a prescrição quinquenal, tendo com ela concordado o Instituto réu, uma vez que permaneceu silente, sem recorrer.

No entanto, por força do art. 475 do CPC c/c arts. 33, parágrafo único, e 55 da LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97, e a Súmula 111 do STJ, impõe-se a parcial reforma da sentença de conhecimento em relação às custas e honorários advocatícios, o que proporcionará uma pequena mudança nos cálculos executados, que deverão ser refeitos nesses itens.

Dispõem os arts. 33, parágrafo único, e 55 da LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97:

“Art. 33 – São isentos de custas judiciais e os emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público em que o Estado de Santa Catarina e seus Municípios, for interessado e tenha que arcar com este encargo.

“Parágrafo único – São devidos pela metade, as custas e emolumentos previstos neste artigo, quando devidos pelas autarquias federais, estaduais e municipais.

“Art. 55. As disposições da presente Lei terão imediata aplicação aos atos judiciais e extrajudiciais ainda não pagos”.

E a Súmula 111 do STJ:

“Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, não incidem sobre prestações vencidas”.

Portanto, fixo as custas processuais devidas pelo INSS no processo de conhecimento pela metade e os honorários advocatícios em 10% das prestações vencidas até a prolação da sentença, 17/4/1995.

De outro norte, a remessa necessária e o recurso voluntário do

INSS, decorrentes da sentença proferida nos embargos à execução, não merecem ser providos, uma vez que bem-lançado o *r. decisum* impugnado.

Sem sombra de dúvidas, a fórmula empregada pelo INSS para apuração do crédito e da renda mensal inicial está equivocada, pois, ao que se infere dos autos, a aposentadoria do autor por tempo de serviço foi calculada na proporção de 76% de seu salário de benefício, conforme depende-se do documento de fl. 14.

Assim como bem lançou o doutor representante do Ministério Público *a quo*, à fl. 77, “ao calcular o auxílio-acidente (30%) sobre a renda da aposentadoria, o ente autárquico trouxe inocultável prejuízo ao autor. Correto, portanto, o valor da RMI do benefício apurado pelo autor em sua conta, adotada pela sentença objurgada”.

É que, sendo o valor da renda mensal do benefício superior àquele apresentado pelo INSS, temos como correto o procedimento adotado pelo autor na conta de liquidação apresentada nos autos, apurando a partir da competência outubro/97 as diferenças entre o efetivamente devido e o que foi pago. Assim, improcede igualmente o reclamo da autarquia quanto à inclusão das parcelas devidas até abril/99.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em judicioso parecer da lavra do Exmo. Procurador Dr. Dálcio Moser, no mesmo sentido opinou, dizendo que, “em relação à renda mensal inicial – RMI utilizada para o cálculo do benefício auxílio-acidente, muito bem decidiu o Magistrado sentenciante, acatando o valor apresentado pelo

embargante/apelado, uma vez que o cálculo deve ser efetuado sobre o salário de contribuição do segurado e não sobre o valor que percebe a título de aposentadoria por tempo de serviço.

“Destarte, resta evidenciado que não assiste razão ao órgão ancilar quando sustenta que a base de cálculo do auxílio-acidente deveria ser o valor mensal percebido pelo segurado a título de aposentadoria por tempo de serviço, pois tal tese é manifestamente contrária à lei e prejudicial ao segurado” (fl. 84).

Por outro lado, não merece prosperar a pretensão da autarquia recorrente no sentido de que as prestações pretéritas sejam corrigidas pela UFIR. Sem dúvida, a correção monetária utilizada no cálculo do autor incide nos termos da legislação aplicável, ou seja, aplicação do INPC, IRSM, URV, IPC-r, INPC e IGP-DI, pois, somente, após a elaboração do cálculo é que a atualização dar-se-á pela UFIR (art. 18 da Lei n. 8.870/94).

As custas fixadas na sentença proferida nos autos dos embargos à execução, que fixou custas pela metade, a teor do parágrafo único do art. 33 do Regimento de Custas do Estado (LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97) e honorários advocatícios em 10% sobre as parcelas vencidas até a sentença, foram bem-lançadas, razão pela qual devem ser mantidas.

Diante desse contexto, por força dos princípios do aproveitamento dos atos processuais, da economia processual e da razoabilidade, já que não há nulidade sem prejuízo, em conformidade com o art. 475 do CPC,

arts. 33, parágrafo único, e 55 da LC n. 156/97, alterada pela LC n. 161/97, e Súmula 111 do STJ, conheço e provejo parcialmente a remessa necessária da sentença de conhecimento para fixar pela metade as custas processuais e honorários advocatícios em 10% das parcelas vencidas (pois somente em relação a estes é que devem ser refeitos os cálculos do *quantum* executado) e desprovejo o recurso e a remessa necessária da sentença proferida nos autos dos embargos à execução.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Dálcio Moser.

Florianópolis, 28 de fevereiro de 2003.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.019775-0, DE LAGES**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Ação de prestação de contas. Cliente contra instituição financeira. Viabilidade. Prescrição. Prazo trintenário. Cômputo da cessação da incapacidade absoluta do correntista. Primeira fase da demanda. Honorários. Possibilidade de arbitramento.*

*No direito brasileiro, sendo os contratos bancários relações nas quais intercorrem operações continuadas de débito e crédito, não há dúvida quanto à possibilidade de o cliente poder requerer prestação de contas quanto aos saldos disponíveis.*

*O abandono da quantia depositada em conta bancária somente se opera em trinta anos. Durante esse período assiste ao correntista o direito de reaver os valores depositados, podendo para tanto servir-se de ação de prestação de contas.*

*Cessada a incapacidade absoluta do menor, aos 16 anos, deflagra-se o prazo prescricional da ação voltada à obtenção da quantia depositada em seu favor em instituição bancária.*

*São devidos honorários advocatícios na primeira fase da ação de prestação de contas, em decorrência do acolhimento ou rejeição do pleito condenatório formulado em face do réu.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*2000.019775-0, da comarca de Lages, em que são apelantes Banco do Estado*



*de Santa Catarina S.A. e Vera Lúcia Xavier, e apelados Banco do Estado de Santa Catarina S.A., Vera Lúcia Xavier, Rita de Cássia Xavier Furtado, Ângela Maria Xavier e Edmundo José Xavier Filho:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, desprover o recurso da autora e prover parcialmente o recurso da instituição financeira.

Custas de lei.

1. Vera Lúcia Xavier e outros aforaram ação de prestação de contas contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A., objetivando o esclarecimento das movimentações havidas em contas bancárias abertas em 1966, destinadas ao depósito de valores referentes à herança recebida do seu genitor. Disseram que procuraram a instituição financeira por diversas vezes para reaver o numerário e que esta ter-se-ia esquivado com evasivas, tal como a de que os depósitos foram dilapidados por diversos planos econômicos.

Contestando, o demandado sustentou a prescrição vintenária da ação de prestação de contas e a quinquenal em relação à eventual pretensão à consecução de juros. Argumentou que as contas vinculadas ao juízo seguiam o regime do depósito popular, que não previa a incidência de correção monetária, sujeitando os depositantes às modificações havidas na economia. Os depósitos judiciais, como salientou, somente passaram a receber atualização na década de oitenta, quando foram atrelados à caderneta

de poupança. Por fim, ressaltou não lhe incumbir o dever de prestar contas.

Após nova manifestação dos autores, sentenciou o Dr. Juiz de Direito, dizendo que a prescrição seria trintenária, pois corresponderia ao período necessário para que os depósitos bancários fossem considerados abandonados. Em seu entender, essa prescrição ter-se-ia operado unicamente em relação à pretensão formulada por Vera Lúcia Xavier.

Inconformada, a instituição financeira apelou argüindo que os depósitos bancários consideram-se abandonados se não forem movimentados em 20 anos. Mencionou que cumpriria ao inventariante prestar contas e que a primeira fase da demanda não comportaria condenação em honorários advocatícios. Sucessivamente, requereu a redução da verba honorária.

Também insatisfeita, Vera Lúcia Xavier recorreu dizendo não ter sido alcançada pelo prazo prescricional trintenário.

Após as contra-razões, alçaram os autos a este Tribunal.

2. Desprovê-se o recurso da autora e provê-se parcialmente o recurso da instituição financeira.

2.1. A instituição financeira alega cumprir ao inventariante o dever de prestar contas acerca dos depósitos bancários, uma vez que estes foram realizados em decorrência da distribuição de quinhões hereditários aos demandantes.

Cumpra anotar que a relação existente entre os herdeiros e o inventariante, que também ensejaria

ação de prestação de contas, não exonera a instituição financeira do encargo de esclarecer o destino dado ao numerário recolhido em seus cofres, discriminando os juros e correção monetária que eventualmente deveriam ter sido repassados aos correntistas.

Como é sabido, no direito brasileiro, sendo os contratos bancários relações nas quais intercorrem operações continuadas de débito e crédito, não há dúvida quanto à possibilidade de o cliente poder requerer da instituição financeira a prestação de contas quanto aos saldos disponíveis.

Referida faculdade pode ser exercida ainda que tenha ocorrido a emissão de extratos bancários, pois estes documentos se destinam a mera conferência, e dispensa a existência de prévio pedido administrativo de prestação de contas.

Arnaldo Rizzardo anota que o “correntista pode conferir toda a movimentação através de extratos de conta, que expressam a reprodução gráfica e contábil dos ingressos e dos egressos. Mediante tal demonstrativo, terá ele condições de verificar o saldo disponível e aprovar ou impugnar os lançamentos”. E conclui:

“Caso discordar dos termos apresentados, assiste ao correntista o direito de reclamar a prestação de contas ao banco, ou postular outra medida judicial cabível” (Contratos de Crédito Bancário. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 57).

Na mesma esteira, colhe-se de julgados:

“Como administrador dos recursos financeiros de seus correntistas, tem o estabelecimento bancário

obrigação de prestar contas acerca dos lançamentos que efetua a débito de seus clientes, sempre que estes, ao receberem os respectivos extratos bancários, discordem de algum daqueles lançamentos, identificando-os com precisão. Em hipótese tal, ressalta evidente deter o cliente discordante legitimidade e interesse para, via ação de prestação de contas, obter pronunciamento judicial a respeito da correteza ou não dos lançamentos impugnados” (TJSC, Ap. Cív. n. 1998.004962-8, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 2-6-1998).

“Sendo a conta corrente bancária contrato no qual intercorrem relações continuadas de débito e crédito entre o banco e o cliente, este pode, a qualquer tempo, requerer, àquele, prestação de contas quanto aos saldos disponíveis, até porque o extrato de contas destina-se a mera conferência” (RJTJMS, 53/136).

Referida ação, como a grande maioria das demais demandas, sujeita-se a prazo prescricional, que comumente coincide com o período disponível para o exercício do direito advindo da relação de direito material que enseja a obrigação de prestar contas.

Dessa forma, os tribunais têm decidido que a ação de prestação de contas vinculada à obrigação cambial prescreveria em 3 anos, bem como que a relativa à obrigação contraída por mandatário obedeceria ao prazo prescricional vintenário. Nesse sentido, extrai-se:

“Em hipótese de ação de prestação de contas referente a resgate de letra de câmbio efetuado por terceiro o prazo prescricional é de três anos, na



forma do art. 70 da Lei Uniforme (Ac. 2ª Câm. Cív. do TJPR, na Ap. Cív. n. 4.343, j. 6-12-1983)” (João Roberto Parizatto. Ação de Prestação de Contas. Ouro Fino: Edipa, 1998, p. 96).

“Apelação cível. Ação de prestação de contas. Natureza. Mandato. Advogado. Prescrição. Inocorrência. [...] O caso envolve direito pessoal, sendo a prescrição vintenária, de acordo com o disposto no art. 177 do Código Civil” (TJRS, Ap. Cív. n. 70003415205, relatora Desembargadora Genacéia da Silva Alberton, j. 10-12-2002).

De outra sorte, adotou-se o prazo prescricional trintenário para a ação de prestação de contas relacionada a contribuições de FGTS, *in verbis*:

“Ação de prestação de contas. Contribuição relativa ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). Prescrição. Inocorrência. [...]”

“A prescrição de recolhimento dos depósitos do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço é trintenária” (TJSC, Ap. Cív. n. 39.836, de Joinville, rel. Des. Wilson Guarany, j. 3-11-1992).

Esse lapso também corresponde ao de que dispõe o correntista para exigir contas, uma vez que a Lei n. 370/37 estabelece o prazo prescricional trintenário para recobrar as quantias confiadas à instituição financeira.

Consoante a lição de Nelson Abrão, “tratando-se de obrigação pessoal, o direito de reclamar os haveres em depósito deveria prescrever em 20 anos, conforme o art. 177 do Código Civil de 1916. Entretanto, norma especial, qual seja, a Lei n. 370, de 4 de março de 1937, e seu regulamento, o

Decreto n. 1.508, de 17 de março de 1937, prescreve que se consideram abandonados os valores em depósito quando a conta ficar sem movimento durante 30 anos, ocasião em que serão recolhidos ao Tesouro Nacional” (Direito Bancário. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 85).

Assim, enquanto não ocorrer o abandono, subsiste o direito de o correntista recobrar as quantias depositadas, podendo, para tanto, servir-se da ação de prestação de contas.

2.2. Vera Lúcia Xavier, a seu turno, alega que o prazo trintenário não se iniciaria aos 16 anos do correntista, mas sim aos seus 18 anos, época em que poderia dispor livremente do valor depositado.

Referida alegação não encontra guarida, pois se ampara em hipótese de interrupção da prescrição não contemplada no ordenamento jurídico.

Como é sabido, os casos de interrupção da prescrição são taxativamente enumerados pelo legislador, devendo ser observado o disposto no art. 169, inciso I, do Código Civil de 1916, que obsta a deflagração do prazo prescricional contra os menores impúberes, ou seja, pessoas com idade inferior a 16 anos.

Assim, cessando a incapacidade absoluta aos 16 anos, nada impede que a prescrição comece a ser computada.

Em caso análogo, averbou-se:

“O Código Civil, ao estabelecer, no art. 169, I, que não corre a prescrição ‘contra os incapazes de que trata o artigo 5º’, deixou bem claro que a

causa impeditiva se refere apenas aos absolutamente incapazes, vale dizer, o momento em que o titular do direito completa dezesseis (16) anos de idade é o limite para início da prescrição” (TJSC, Ap. Cív. n. 1997.001935-1, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 20-4-1997).

2.3. Quanto à verba honorária, a instituição financeira alega ser indevida na primeira fase da ação de prestação de contas.

A insurgência, contudo, é insubsistente, porquanto é amplamente aceita a condenação ao pagamento de honorários advocatícios na primeira fase desta demanda.

Como alude Edson Cosac Bortolai, os honorários “devem ser fixados na primeira fase da ação, em função da procedência ou não do pedido de condenação do réu à prestação de contas” (Da Ação de Prestação de Contas. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1984, p. 120).

Humberto Theodoro Júnior complementa o ensinamento:

“Passando-se à segunda fase pode tudo transcorrer sem novas controvérsias entre os litigantes, caso em que prevalecerão os encargos da sucumbência inalterados, tal como definidos na fase inicial. Podem, porém, surgir impugnações às contas produzidas e ao saldo pretendido. Ao dirimir as novas controvérsias, a sentença da segunda fase imporá, então, novas verbas de sucumbência segundo a posição em que forem localizados os litigantes. Assim, tanto poderá ocorrer acréscimo à condenação da primeira fase, como imposição de encargos em sentido contrário, o que conduziria a

uma sucumbência recíproca, com a necessidade de promover-se a necessária compensação” (Curso de Direito Processual Civil. 13ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996, vol. III, p. 114 e 115).

Seguindo essa orientação, averbrou-se:

“A primeira fase da ação de prestação de contas impõe sentença condenatória, reconhecedora de uma relação jurídica, havendo vencido e vencedor. Dessa forma, cabível é a imposição do ônus da sucumbência, com a ressalva de que ainda não se definiu o saldo devedor e/ou credor; portanto, incide o art. 20, § 4º, do CPC, já que na segunda fase ele pode reverter-se em favor do vencido na primeira” (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.012665-9, da Capital, rel. Des. Carlos Prudêncio, 13-3-2001).

2.4. Sucessivamente, pugna a instituição bancária pela redução da verba honorária arbitrada em R\$ 3.000,00.

De fato, dada a natureza e importância da demanda, atendendo as peculiaridades do caso concreto e os esforços exigidos do causídico da parte *ex adversa*, é apropriada a redução da verba honorária para R\$ 2.500,00, de molde a ajustar-se ao art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

3. Por todo o exposto, desprové-se o recurso da autora e provê-se parcialmente o recurso da instituição financeira.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Sérgio Roberto Baasch Luz.

Florianópolis, 25 de agosto de 2003.

Pedro Manoel Abreu,  
Presidente e Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.023341-8, DE SOMBRIO**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Execução — Duplicidade de executados — Penhora em bens de um deles — Co-executado não citado para a execução e nem intimado da penhora — Prazo autônomo para o ingresso dos embargos — Rejeição, entretanto, por intempestividade — Sentença, nesse aspecto, equivocada — Executado intimado da penhora — Propositura a destempo dos embargos — Intimação da penhora não efetuada — Certidão falsa emitida pelo oficial de justiça — Argumentos não provados — Decisum rejeitatório, quanto a este executado, mantido — Assistência judiciária — Deferimento.*

*Em execução proposta contra dois devedores, cada um deles tem qualidade autônoma para a oferta de embargos, com o prazo interposicional sendo contado de forma individual, considerada a data em que cada um deles foi intimado da penhora. Desse modo, não citado o obrigado principal para a ação e nem intimado ele da penhora que recaiu sobre bens do co-devedor, fluência não tem o prazo para a propositura dos embargos, pelo que, interpostos eles espontaneamente, não podem ser tidos como extemporâneos.*

*Certificada a intimação da penhora do devedor que teve bens seus constritados, o prazo para o oferecimento dos embargos começa a fluir da data em que foi entranhada nos autos a prova dessa intimação. Escoado o prazo legal de dez dias, a propositura dos embargos após esse escoamento macula-os de extemporaneidade, autorizando a sua rejeição liminar.*

*Improsperável é a argüição de ausência de intimação da penhora quando essa intimação é atestada expressamente pelo meirinho encarregado da diligência. Tendo o oficial de justiça fé pública, a certidão por ele expedida a respeito do integral cumprimento da diligência intimatória somente pode ser desconsiderada ante prova inequívoca de falsidade ou equívoco do atestado por aquele serventário. Ausente dos autos essa prova, meras alegações do*

*executado não se mostram acreditáveis para o efeito de, invalidando-se a certidão intimatória emitida, tornarem-se tempestivos embargos à execução deduzidos fora do prazo de lei.*

*Não examinado pelo magistrado singular o pedido de assistência judiciária formulado por ambos os executados, inexistente óbice ao seu deferimento em sede recursal. É que a benesse em questão pode ser deferida em qualquer momento processual, sem qualquer limitação temporal, retroagindo seus efeitos à data da propositura da ação. E é de ser concedido o benefício quando, a par de afirmadas as condições legais autorizatórias dessa concessão, a própria condição dos executados, exercentes da atividade rural, está a indicar a falta de recursos financeiros para arcar com os encargos do processo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.023341-8, da comarca de Sombrio, em que são apelantes Horácio Bento da Silva e Pedro Jovino Santana, sendo apelada Dimon do Brasil Tabacos Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer do recurso deduzido por Horácio Bento da Silva, dando-se-lhe provimento, provendo-se apenas em parte, entretanto, o apelo deduzido pelo co-executado Pedro Jovino Santana.

Custas de lei.

### **I — Relatório**

Horácio Bento da Silva e Pedro Jovino Santana opuseram embargos à execução contra ambos deflagrada por Dimon do Brasil Tabacos Ltda., os quais foram rejeitados liminarmente com supedâneo no art. 739, inciso I, do Código Buzaid, por ter reconhecido o magistrado sentenciante a extemporaneidade da defesa, condenados os

embargantes ao pagamento das custas processuais.

Inconformados com os termos do *decisum* singular, os embargantes deduziram embargos de declaração, os quais foram rejeitados pelo nobre Sentenciante *a quo*, pelo que, ato contínuo, apelaram, pugnando pela reforma *in totum* da sentença atacada, uma vez que compareceram espontaneamente aos autos, por inexistir a intimação da penhora, apesar de na certidão do Oficial de Justiça constar que Pedro Jovino Santana recusou-se a assinar o auto de penhora e depósito.

Insurgiram-se, ainda, quanto à condenação nas custas processuais, haja vista a ausência de apreciação do pedido de assistência judiciária.

O apelo foi rebatido pela exequente.

Nesta instância recursal, à fl. 17, houve o deferimento do pedido de assistência judiciária.

## II — Voto

A irresignação recursal manifestada pelo apelante Pedro Jovino Santana impõe-se acolhida apenas parcialmente, para que lhe seja concedido o benefício da justiça gratuita, dando-se guarida, entretanto, à postulação recursal do irresignado Horácio Bento da Silva.

Inquestionavelmente, em relação ao embargante Horácio Bento da Silva, laborou o MM. Juiz sentenciante em evidente equívoco ao ditar a rejeição *in limine* dos embargos aforados, com ancoramento no art. 739, inciso I, do Código Procedimental Civil.

Refalado art. 739, I, faz-se certo, determina a rejeição liminar dos embargos à execução, quando ajuizados eles a destempo.

Não é, no entanto, a situação refletida nos autos.

Como se observa dos autos da execucional em apenso, apenas o executado Pedro Jovino Santana foi devidamente citado e intimado da penhora efetuada, apesar da recusa em assinar o respectivo termo, o que não ocorreu com o embargante Horácio Bento da Silva, conforme demonstra a certidão de fl. 26 dos autos de execução.

Verifica-se, tão-somente, que o embargante Horácio compareceu espontaneamente aos autos para apresentar defesa, iniciando seu prazo em 6-6-02, data da juntada da procuração e posterior retirada em carga para oferecimento dos embargos.

O aforamento realizado em 17-6-02 (segunda-feira) pelo executado Horácio Bento da Silva, em assim sendo, foi tempestivo, tendo em vista

que o prazo interposicional dos embargos somente começa a fluir a partir da data da juntada aos autos da prova da intimação da penhora garantidora do juízo executório, segundo prevê o art. 738, I, do Código de Processo Civil.

E, sendo vários os executados, cada qual tem prazo autônomo para embargar, conta-se esse prazo da data da juntada aos autos da individual intimação da penhora.

A orientação dos Tribunais Superiores a respeito é pacífica. Basta ver os acórdãos seguintes:

“Cada devedor tem qualidade autônoma para oferecer embargos. Assim, após sua intimação da penhora, começa a contagem do prazo para que os ofereça” (RTJ, 107/903).

“A jurisprudência desta Corte encontra-se pacificada no sentido de que, em execução contra vários devedores, a cada um deles, de forma autônoma, é conferido o prazo de dez dias para oferecimento de embargos” (RTJ 122/790).

“O prazo para os embargos, sendo vários os executados, principia, para cada um deles, do momento da respectiva intimação da penhora” (STJ – REsp n. 4.496—MG, rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 5-11-90, RSTJ 15/460).

“O prazo para oferecimento dos embargos é singular, iniciando-se, para cada devedor, na data em que intimado da penhora” (STJ — 4ª Turma, AG n. 27.981—RN, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 8-2-93, DJU de 8-3-93).

Adicionam-se, ainda, os seguintes precedentes de nossa relação:

“Execução contra diversos devedores — Prazo autônomo para o oferecimento de embargos.

“Sendo diversos os executados, o prazo para o oferecimento de embargos é autônomo, iniciando-se, para cada um deles, na data em que ocorreu a respectiva intimação da penhora” (Ap. Cív. n. 41.857, de Mafra).

“Embargos do devedor. Rejeição liminar, por intempestividade. Equívoco, porém, do magistrado *a quo* na contagem do prazo. Apelação provida. Sentença anulada.

“Manifesto o equívoco do julgador de primeira instância, rejeitando liminarmente os embargos quando não ocorrente a hipótese do art. 739, inciso I, do Código de Processo Civil, é de se reformar o *decisum*, a fim de que o rebate do executado seja normalmente processado” (Ap. Cív. n. 1996.002744-0, de Ituporanga).

Sobre o assunto, idêntico é o posicionamento adotado por este egrégio Tribunal de Justiça, ao decidir:

“O Código de Processo Civil em vigor, no art. 598, manda aplicar subsidiariamente à execução as disposições que regem o processo de conhecimento. Neste, o prazo para contestar, quando vários são os réus, começa a correr da juntada aos autos do último mandado de citação, devidamente cumprido (art. 241, II).

“Essa norma, no entanto, não pode ser aplicada no processo de

execução porque este tem dispositivo expresso sobre o tema — o art. 738 — que dispensa qualquer subsídio: ‘o devedor oferecerá os embargos no prazo de 10 (dez) dias, contados: I — da intimação da penhora (art. 669)’.

“Tal preceito não sofre restrição alguma se são vários os executados, pois, à medida que qualquer deles for sendo intimado da penhora de seus bens, começa aí fluir o seu prazo para embargos, independentemente dos demais” (rel. Des. Ernani Ribeiro, JC 33/264).

Outros Tribunais pátrios, não divergindo, têm assim julgado:

“Havendo pluralidade de executados, o prazo para embargos conta-se da intimação da penhora e deve fluir, independentemente e de forma singela, para cada um deles” (TJMS, Ap. Cív. 22.933-8, rel. Des. Rubens Bergonzi Bossay, RF 308/179).

“O prazo para oposição de embargos à execução, ainda que diversos sejam os executados e seus procuradores, é autônomo e singular, iniciando-se da intimação feita a cada um dos co-executados, dispensando-se a complementação de todas as intimações para a sua fluência” (TACivRJ, 8ª Câmara, Ap. Cív. n. 6.764/92, rel. Juiz Wilson Marques, ADV de 10-10-93, verbete n. 63.227).

“Conforme o disposto no inc. I do art. 738 do CPC, o prazo para o oferecimento dos embargos começa a fluir a partir da intimação da penhora. Se são vários os executados e o embargante não foi intimado da penhora, que se efetivou nos demais, o prazo para a apresentação dos embargos em relação a ele não começou a fluir. Por isso incabível a rejeição dos em-

bargos sob o fundamento da sua intempestividade, pelo menos em relação a esse embargante” (TACivRJ, 6ª Câm., Ap. Cív. n. 2.657/93, rel. Juiz Nilson Adão, ADV de 2-10-94, verbete n. 66.854).

Por derradeiro:

“Havendo mais de um executado, o prazo para embargar é individual e se conta da intimação da penhora a cada co-devedor” (TARS, 1ª Câm., Ap. Cív. n. 192124618, rel. Juiz Juracy Vilela de Souza, JTARS 86/239).

Tempestivos, pois, os embargos à execução propostos pelo recorrente Horácio Bento da Silva, devendo-se prover, por isso, o apelo por ele deduzido.

Todavia, o mesmo não acontece com relação ao embargante Pedro Jovino Santana.

Sustenta este recorrente que o auto de penhora lavrado às fls. 25 e 26 apresenta-se totalmente irregular, uma vez que, da penhora, o apelante e sua esposa não foram intimados, como jamais se recusaram a assiná-lo, ao contrário do certificado pelo Oficial de Justiça.

A argüida ausência de intimação da penhora não possui fundamento, pois a certidão do Meirinho (fl. 26 dos autos de execução) é clara, ao narrar que “[...] intimei o executado Pedro Jovino Santana e cônjuge, para querendo, apresentar embargos em 10 dias, porém negaram-se a assinar”.

Ocorre que, certificado pelo Oficial de Justiça que o executado foi intimado, é de aceitar-se como válido o ato intimatório, pois goza o meirinho de fé pública, demovível, apenas, an-

te prova inequívoca de falsidade ou equívoco do atestado por aquele serventário, prova essa inexistente nos autos.

A respeito do tema, preleciona o mestre Egas Moniz de Aragão:

“A negativa de lançar a nota de ciência no mandado de citação não tem a menor conseqüência para a realização do ato. Dotado de fé pública — por isso que pode portar por fé — o oficial atesta o que se passou, independentemente da contribuição do citando” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. II, Forense, RJ, p. 220).

As argumentações alinhadas, afirme-se, estão totalmente desprotegidas de elementos probatórios, por administráveis que sejam, a indicar-lhes a veracidade.

Não é suficiente, como é óbvio, a mera afirmação da parte executada quanto a não ter sido efetivamente intimada da penhora que incidiu sobre bens seus, lançando, com isso, eiva de falsidade à certidão exarada a respeito, para que alcance ela um juízo de verossimilhança plena, a autorizar o reconhecimento de ineficácia.

A quem afirma determinada circunstância invalidatória de certo ato judicial, e mais precisamente a sua não-efetivação, ao contrário do que se encontra afirmado nos autos pelo serventário incumbido da diligência, incumbe o encargo de provar suas alegativas; se nada prova a propósito, subsistente é o ato atacado.

A norma estabelecida no Código de Processo Civil em vigor dispõe:

“art. 239. [...]”

“Parágrafo único. A certidão de intimação deve conter:



[...]

“III — a nota de ciente ou certidão de que o interessado não a após no mandado”.

Faz-se suficiente, a partir de então, em sendo assim, a certidão do meirinho revelando que o intimando recusou-se a exarar o seu ciente, para que formalizado reste o ato de intimação da penhora, para todos os efeitos jurídicos comportáveis.

Entretanto, não revelada restou nenhuma má-fé do Oficial de Justiça, principalmente quando o apelante não positivou, por qualquer forma permitida, a inveracidade da certidão lavrada, de molde a destruir a fé pública que milita em favor de certidões tais.

E, uma vez intimado o apelante da penhora em 4-6-02, (data da junta da do mandado de fls. 25 e 26, dos autos de execução), o prazo para a interposição de embargos começou a fluir em 5-6-02, uma quarta-feira.

Encerrado o prazo embargatório em 14-6-02, o recorrente somente veio a aforar a inicial dos embargos em 17-6-02, portanto, a destempo.

Nega-se, ante isso, provimento ao reclamo recursal promovido por Pedro Jovino Santana, por visivelmente extemporâneos os embargos à execução por ele deduzidos, o que estava a autorizar a sua rejeição liminar.

Por derradeiro, cumpre analisar o pedido de assistência judiciária efetuado por ambos os apelantes nos autos, pedido esse não examinado na instância *a quo*, posto inexistir óbice ao seu deferimento em grau de recurso.

Perfilhando esse entendimento, proclamou esta Casa de Justiça:

“Não importa em que momento processual foi deferida a benesse em tela. Seja na inicial ou na contestação, seja após o trânsito em julgado, é ela absoluta, irrestrita, sem qualquer limitação temporal. Vale dizer, retroage até o início da ação” (Ap. Cív. n. 42.763, de Biguaçu, rel. Des. Cid Pedroso).

No mesmo sentido, transcreve-se:

“Assistência judiciária requerida em fase recursal. Possibilidade. Deferimento.

“Comprovado que a parte não dispõe de condições para arcar com as despesas processuais, o benefício da assistência judiciária pode ser concedido a qualquer momento, inclusive em grau de recurso” (Ap. Cív. n. 1996.011186-7, de Lages, rel. Des. Silveira Lenzi).

E, em face da própria condição dos apelantes, exercentes da atividade rural, autorizada está a concessão, nesta instância recursal, à ambos, da benesse legal questionada, conforme se denota no deferimento de fl. 17.

Acolhe-se, pois, o reclamo recursal deduzido pelos apelantes, reformando-se a sentença atacada para excluir a condenação nas custas processuais impostas a eles.

Pelas razões assim expostas é que se agasalha a insurgência recursal deduzida nestes autos pelo apelante Horácio Bento da Silva, para, desconstituindo-se quanto a ele a sentença vergastada, determinar o recebimento dos embargos por ele aforados, dando-lhes o regular processamento.

Acolhe-se parcialmente, entretanto, o apelo deduzido pelo co-recor-



rente Pedro Jovino Santana, para deferir-lhe as benesses da assistência judiciária, isentando-o do pagamento dos encargos sucumbenciais, mantida, entretanto, referentemente a ele, a rejeição liminar dos embargos à execução.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, dá-se provimento parcial ao recurso deduzido pelo apelante Pedro Jovino Santana, acolhendo-se na íntegra o

intentado pelo recorrente Horácio Bento da Silva.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2003.

*Trindade dos Santos,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.021188-0, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Volnei Carlin**

*Apelação cível — Município — Indenização — Dano moral — Dano estético — Deformidades — Valor de acordo com as circunstâncias causadoras do evento lesivo, com o prejuízo sofrido, com o grau de culpa do agente, com a condição econômica do ofensor e com o objetivo de desestímulo a danos futuros.*

*A fixação do quantum da indenização por dano moral deve ser apta para servir como elemento de coerção destinado a frear o ânimo do agressor, que o iniba, dessa forma, a recidiva, depreendendo-se da própria voluntas legis tal finalidade.*

*No arbitramento do dano moral, deve o julgador basear-se nos critérios advindos da doutrina e da jurisprudência, colocando-se sempre em confronto os princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade, do bom senso e atento à realidade e experiência de vida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.021188-0, da comarca de Criciúma, em que é apelante o município de Forquilha, sendo apelado Luiz Antônio Schimidt:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao apelo e à remessa, mantendo inabalada a sentença recorrida.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Na comarca de Criciúma, Luiz Antônio Schimidt ingressou com ação indenizatória contra o município de Forquilha, argumentando que, no dia 9-1-2000, por volta da 1 hora, o autor trafegava na Avenida 25 de Julho, em sua motocicleta CG 125, ano 1996, quando, ao passar por uma lombada desprovida de sinalização, localizada próxima à empresa Ceval Alimentos S.A., perdeu o controle da moto e capotou. Postulou a condenação do réu ao pagamento da quantia de R\$ 1.536,26 (mil, quinhentos e trinta e seis reais e vinte e seis centavos) acrescida de juros e correção monetária relativos aos danos materiais sofridos juntamente com a devida indenização por danos morais e estéticos.

Em sua contestação, o Ente Municipal alegou preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*, além de protestar pela total improcedência do feito, com a inversão do ônus da sucumbência.

O feito foi processado e instruído.

Sentenciando, o Togado monocrático julgou procedente o pedido (fls. 96 a 101) para condenar o réu — município de Forquilha — a pagar o valor de R\$ 1.536,26 (mil, quinhentos e trinta e seis reais e vinte e seis centavos), a título de danos materiais, a serem corrigidos monetariamente e de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em face dos danos morais, a serem atualizados a partir da data da sentença. Irresignada, apelou a Municipalidade a fls. 104 a 109, sustentando a reforma da sentença *a quo* para eximir-se do pagamento da indenização, além

do requerimento para que os juros de mora incidam a partir da citação e não da data da sentença. Nas contra-razões, o recorrido peticionou pelo não provimento do recurso interposto.

Nessa instância, o representante do Ministério Público não se manifestou sobre o *meritum causae*, por não se fazer necessária sua atuação em virtude da situação pleiteada não estar condicionada ao interesse público.

## II — Voto

Agasalham os presentes autos ação indenizatória de danos causados em acidente de veículo movida por Luiz Antônio Schimidt contra o município de Forquilha, almejando a indenização pelos danos materiais e morais/estéticos sofridos, causados em decorrência da má sinalização das vias públicas.

Alega o Município, em suas razões de apelação (fls. 104 a 109), que houve equívoco na interpretação do laudo pericial, visto que da análise das respostas do perito (fl. 63), percebeu-se que os itens não apontavam nenhuma certeza de que tais lesões eram decorrentes do acidente.

Entretanto, o exame neurológico, datado de 13 de março de 2000 (fl. 24), confirmou que a paralisia facial do autor existia há dois meses, aproximando-se essa data daquela do acidente, ou seja, 9 de janeiro de 2000.

Desse modo, o dano estético, mesmo que seja mínimo, deve ser indenizado, como determina o art. 1.538 do Código Civil:

“No caso de ferimento ou outra ofensa à saúde, o ofensor indenizará o ofendido das despesas do tratamen-

to e dos lucros cessantes até ao fim da convalescença, além de lhe pagar a importância da multa no grau médio da pena criminal correspondente”.

Sobre o mesmo assunto, o art. 1.539 do Código Civil é claro:

“Se da ofensa resultar defeito, pelo qual o ofendido não possa exercer o seu ofício ou profissão, ou se lhe diminua o valor do trabalho, a indenização, além das despesas do tratamento e lucros cessantes até ao fim da convalescença, incluirá uma pensão correspondente à importância do trabalho, para que se inabilitou, ou da depreciação que ele sofreu”.

Como se observa, os danos ocorridos com o Sr. Luiz Antônio Schmidt não de ser indenizados, ainda mais por o laudo do Dr. Rui José Knabben, médico neurologista, ser taxativo em suas conclusões, ao relatar que houve paralisia facial direita periférica. Portanto, caíram por terra as alegações de que não havia confirmação sobre a existência de um exame de eletroneuromiografia feito por especialista da área de neurologia ou fisioterapia e, também, de que para a reparação desse tipo de dano estético existe a possibilidade de uso de óculos.

Com isso, estabelece Maria Helena Diniz:

“O dano estético é toda alteração morfológica do indivíduo, que, além do aleijão, abrange as deformidades ou deformações, marcas e defeitos, ainda que mínimos, e que impliquem sob qualquer aspecto um afeamento da vítima, consistindo numa simples lesão desgostante ou num permanente motivo de exposição no ridículo ou de complexo de inferioridade, exercendo ou não influência sobre

a sua capacidade laborativa” (Curso de direito civil brasileiro, vol 7, 12ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998, p. 73).

Acerca do assunto, José de Aguiar Dias preconiza:

“A alteração do aspecto estético, se acarreta maior dificuldade no granjeio da subsistência, se tornam mais difíceis para a vítima as condições de trabalho, se diminui as suas probabilidades de colocação ou de exercício da atividade a que se dedica, constitui sem nenhuma dúvida um dano patrimonial. Não se pode objetar contra a sua reparação, nem quando, erradamente, se considere dano moral, porque nem apresenta dificuldade para avaliação. Deve ser indenizado, pois, como dano patrimonial, o resultado prejudicial da ofensa ao aspecto estético, sempre que se traduza em repercussão de ordem material, porque a lesão a sentimento ou a dor psíquica, com repercussões patrimoniais, traduzem dano patrimonial. É dessa natureza o dano estético que deforme desagradavelmente as feições, de modo que cause repugnância ou ridículo e, portanto, dificuldade à atividade da vítima. Ao lado desse há, porém, o dano moral: este consiste na penosa sensação da ofensa, na humilhação perante terceiros, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano, em consequência deste, seja provocada pela recordação do defeito ou de lesão, quando não tenha deixado resíduo mais concreto, seja pela atitude de repugnância ou de reação a ridículo tomada pelas pessoas que o defrontam” (Da responsabilidade civil,

vol. 2, 6ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 431 e 432).

No mesmo sentido, preleciona Teresa Ancona Lopez:

“Nós definiríamos o dano estético (ou *ob deformitatem*, da mesma maneira que o chama Giorgi), como qualquer modificação duradoura ou permanente na aparência externa de uma pessoa, modificação esta que lhe acarreta um ‘enfeamento’ e lhe causa humilhações e desgostos, dando origem portanto a uma dor moral” (O dano estético — responsabilidade civil, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 38).

E conclui a autora:

“Finalmente, o dano estético acarreta um *dano moral*. Toda essa situação terá de causar na vítima humilhações, tristezas, desgostos, constrangimentos, isto é, a pessoa deverá sentir-se diferente do que era — menos feliz. Há, então, um sofrimento moral tendo como causa uma ofensa à integridade física e este é o ponto principal do conceito de dano estético” (O dano estético — responsabilidade civil. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 44).

Indubitável é, portanto, a responsabilidade do município de Forquilha, porque, com o acidente, o Sr. Luiz Antônio Schmidt sofreu deformações permanentes, causando-lhe sofrimento e aflição, o que deve ser indenizado.

É o entendimento do nosso Tribunal:

“Responsabilidade civil — Indenização — Dano moral — Verba devida.

“A verba indenizatória correspondente ao dano moral é devida em cumulação com a correlata oriunda do prejuízo estético, posto que aquela advém justamente da penosa sensação de ofensa, na dor sofrida, enfim, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima” (Ap. Cív. n. 47.094, de Blumenau, rel. Des. Eder Graf, julgada em 2-1-1995).

No mesmo sentido, tem-se:

“Dano estético — Fotos que instruem a inicial — Comprovação suficiente para a condenação — Indenização devida.

“Para caracterização do dano estético não há necessidade de lesão horrível ou repugnante, sendo suficiente uma alteração física que provoque, ainda que minimamente, uma afetação da vítima” (Ap. Cív. n. 1998.013747-0, de São José, rel. Des. Silveira Lenzi, julgada em 25-5-1999).

Ainda:

“Responsabilidade civil objetiva — Redutor de velocidade (lombada) — Falta de sinalização — Morte de motociclista — Dever do município de indenizar os danos.

“Comprovado que o acidente de trânsito, do qual resultou a morte de motociclista, ocorreu porque não foram colocadas placas advertindo aos motoristas da instalação, dias antes, de redutor de velocidade (lombada), o Município deve indenizar os danos causados [...]” (Ap. Cív. n. 1997.015470-4, de Balneário Camboriú, rel. Des. Newton Triotto, julgada em 30-11-2000).

Por fim, não restam dúvidas de que a Municipalidade tem o dever de indenizar o autor da presente ação,

tendo em vista os danos causados no Sr. Luiz Antônio Schmidt serem lesões permanentes, e, assim, devidamente indenizáveis.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso e à remessa.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao apelo e à remessa, mantendo-se inabalada a sentença recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Newton Janke. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2003.

*Volnei Carlin,*  
Presidente e Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.021172-0, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

*Tributário – Executivo fiscal – Notificação do lançamento – Inocorrência – Nulidade da CDA – Recurso desprovido.*

*Quando se trata de tributo de lançamento direto, como ocorre com o IPTU e taxas municipais, a constituição do crédito tributário só se formaliza após a regular notificação do contribuinte (CTN, arts. 142 e 173, parágrafo único). Nulo, portanto o título executivo que se funda em obrigação tributária em que não foi observado o devido processo legal (CF, art. 5º, inc. LV).*

### † — Relatório

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.021172-0, da comarca de Criciúma, em que é apelante o município de Criciúma e apelada Coque Catarinense Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso e confirmar a sentença em reexame.

Custas legais.

Trata-se de apelação cível interposta pelo município de Criciúma da sentença proferida nos autos de Embargos à Execução Fiscal n. 020.99.004190-5, em que figura como embargante a empresa Coque Catarinense Ltda., por meio da qual o MM. Juiz julgou procedente o pedido formulado na inicial para o fim de desconstituir a certidão de dívida ativa por vício formal, sem prejuízo de novo lançamento, em que seja obedecido o contraditório na fase pré-processual.

A execução fiscal ajuizada pelo município de Criciúma está fundada em CDA de crédito tributário referente ao Imposto Predial e Territorial Urbano. A embargante, como matéria principal de sua impugnação, reclamou a juntada do processo administrativo que deu origem ao lançamento do tributo exigido, enfatizando não ter sido regularmente notificada, fato que a impediu de proceder a sua defesa administrativa. A par disso, relaciona outros vícios que, no seu entender, maculariam o título executivo: a) falta de certeza e liquidez do título por englobar o valor do imposto predial com o territorial; b) falta da identificação do indexador de correção monetária; c) ilegalidade da multa aplicada por exceder o patamar previsto no Código de Defesa do Consumidor.

O doutor Hélio do Vale Pereira acolheu a assertiva de inexistência da notificação do lançamento, desconstituindo a Certidão de Dívida Ativa e, por consequência, extinguindo a execucional.

O Município em suas razões repete os termos já deduzidos na contestação e sustenta que a impugnação da embargante não passa de meio para eximir-se do pagamento do tributo.

O Ministério Público não oficiou na primeira instância. Neste grau, a douta Procuradoria-Geral de Justiça pugna pela anulação do feito por não ter sido dada oportunidade à obrigatória intervenção do *Parquet*.

## II — Voto

1. Sobre a preliminar suscitada pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, tenho manifestado insistentemen-

te que, muito embora os termos da Súmula 189 do Superior Tribunal de Justiça, é imprescindível a intervenção do Ministério Público nos executivos fiscais. Além do evidenciado interesse público imanente a esse tipo de demanda, o simples fato de o Código de Processo Civil impor o reexame necessário quando vencida a Fazenda Pública, implica o reconhecimento da importância de uma fiscalização mais rigorosa nas ações em que figuram pessoas jurídicas de direito público. Nesse sentido, dentre outros precedentes, a Ap. Cív. n. 1999.006464-8, Des. Newton Trisotto.

Não obstante, em nome da economia processual, deve-se analisar a prejudicial sob a ótica do princípio *pas de nullité sans grief*. O doutor Procurador de Justiça não declinou em que consistiu o prejuízo decorrente da não-intervenção ministerial. De outro vértice, em se tratando de matéria estritamente de direito, não se vislumbra, *in casu*, a prejudicialidade que a omissão possa ter causado.

Rejeita-se, portanto, a proemial sustida pela douta Procuradoria-Geral de Justiça.

2. O crédito tributário, como sabido, constitui-se – ou formaliza-se –, segundo Bernardo Ribeiro de Moraes (Compêndio de direito tributário, Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 582), dentre outros requisitos, pelo lançamento (CTN, art. 142).

Na lição de Ruy Barbosa Nogueira, os lançamentos podem ser resumidos em três grupos: “o primeiro, do lançamento direto ou de ofício, em que o fisco age por iniciativa própria; o segundo, denominado lançamento

misto, em que o fisco recebe informações do contribuinte para efeito de operar o lançamento; e, finalmente, o chamado autolancamento, em que o próprio contribuinte opera o lançamento e liquida o débito, sob o controle genérico de fiscalização e a eventualidade da homologação expressa, ou tácita” (Curso de Direito Tributário, 4ª ed., São Paulo: Instituto Brasileiro de Direito Tributário, 1976, p. 210 e 211).

E acrescenta o renomado mestre:

“Pois bem, nos dois primeiros casos, o fisco, após fazer o lançamento, expede ao contribuinte uma notificação ou aviso de lançamento e cobrança.

“Se o contribuinte estiver de acordo com o lançamento e pagar no prazo assinado, estarão extintos a obrigação constituída pela realização do fato gerador e o crédito fixado ou formalmente constituído pela conclusão do lançamento regularmente notificado.

“Se, porém, ele não concordar, poderá apresentar uma impugnação, reclamação ou defesa” (*op. cit.*, p. 211).

E ainda:

“O CTN deixa clara a definitividade procedimental do lançamento regularmente notificado, dentre outros, pelos arts. 145, 160 e 82, § 2º. Para todos os efeitos legais, considera-se o crédito tributário formalmente constituído na data do ato administrativo de sua notificação ao sujeito passivo. Nesta data é constituído formal e validamente como ato administrativo definitivo. O fato de ser excepcionalmente revisível (art. 151) não lhe tira o

caráter de ato administrativo formal e definitivo” (*op. cit.*, p. 244).

Após, o mesmo doutrinador traça as linhas diferenciais da obrigação tributária e do crédito tributário – aquela nasce com a lei e a realização do fato tributável como pretensão, enquanto este decorre da obrigação, “mas depende para a sua determinação de um procedimento administrativo ou de constituição formal, isto é, de declaração de sua existência, quantia, identificação do devedor e, para sua exigibilidade ou eficácia, depende da notificação deste ao devedor para pagar o débito no prazo legal ou assinado” (*ibidem*).

O crédito tributário referente ao IPTU, bem como às Taxas de Licença e Localização e de Verificação do Cumprimento de Postura e Normas Urbanísticas, dentre outras, resulta de lançamento direto, ou de procedimento de ofício e, exatamente por isso, segundo a abalizada lição doutrinária, torna-se imprescindível a notificação do contribuinte, cientificando-o do lançamento, bem assim do prazo para apresentação da defesa ou para pagamento do débito (CTN, art. 201, *caput*).

Somente após o transcurso do prazo para pagamento, ou tendo transitado em julgado a decisão relativa ao recurso administrativo, caso tenha sido oferecida a defesa, é que sobrevém a inscrição do crédito tributário em dívida ativa e, posteriormente, a deflagração da ação executiva instruída com a respectiva CDA (Lei n. 6.830/80, art. 6º, § 1º).

Nesta Corte de Justiça, há inúmeros precedentes no sentido da imprescindibilidade da notificação do lançamento para efeito da regular



constituição do crédito tributário. Destaco a posição da egrégia Primeira Câmara Civil que, em votação unânime, com relatoria a cargo do eminente Des. Trindade dos Santos, consignou:

“Cogente é a necessidade de notificação do devedor para o procedimento administrativo de lançamento do débito, cuja contenciosidade condiciona-se à oportunização do exercício do direito de defesa ao contribuinte. Sem a possibilidade dessa defesa administrativa, não se instaura o contencioso, restando viciada, sem essa instauração, a inscrição em dívida ativa, por ostensivo cerceamento de defesa” (Ap. Cív. n. 97.000040-5).

Do corpo do v. acórdão vale ser ressaltado:

“Como primeiro passo, o próprio Município exequente reconhece não ter havido a notificação do executado na fase do procedimento administrativo de lançamento.

“Essa notificação fazia-se essencial à validade da própria Certidão de Dívida Ativa pretendida na cobrança”.

Acentua, a respeito, o emérito Hugo de Brito Machado:

“O procedimento administrativo de lançamento tem duas fases: a oficiosa e a contenciosa. Concluída a primeira fase, com a determinação do valor do crédito tributário, é feita a notificação do sujeito passivo. [...]”

“A verdade é que se a oportunidade para o exercício do direito de defesa pelo contribuinte é essencial no procedimento de lançamento, este não se completa com o auto de infração. É que a defesa somente é possível a partir deste, e se exerce precisamente

na segunda fase, ou fase contenciosa” (Curso de Direito Tributário, 10ª ed., São Paulo, Malheiros Editores, 1995, p. 120).

Outrossim, sobre o tema, este Pretório já teve a oportunidade de ressaltar:

“Embargos do devedor. Execução Fiscal. Falta de notificação da embargada para acompanhar a fase administrativa. Anulação da execução fiscal. Embargos procedentes. Sentença confirmada” (Ap. Cív. n. 19.497, de Lages, JC 40/115, rel. Des. Osny Caetano).

Ainda, identificando-se com a hipótese dos autos:

“Execução fiscal. Inscrição do débito. Ausência do procedimento administrativo. Nulidade da CDA.

“Inexistindo procedimento administrativo de apuração do débito, nulo é o título executivo. Ausência dos requisitos previstos no art. 202 do CTN e art. 2º, § 5º, da Lei n. 6.830/80” (TRF, 5ª Região, DJU de 19-4-96, p. 25.655, rel. Juiz Ridalvo Costa).

E também, na mesma linha de entendimento:

“Execução fiscal – Intervenção do Ministério Público – Súmula 189 do STJ – Desnecessidade – Nulidade afastada.

“Certidão de dívida ativa – Vício formal – Processo administrativo para constituição da dívida – Inexistência – Ausência de notificação do lançamento tributário à empresa devedora – Requisitos dos arts. 202, V, do CTN, e 2º, § 5º, VI, da Lei n. 6.830/80 não atendidos – Embargos do devedor procedentes – Execução extinta – Sentença



mantida” (Ap. Cív. n. 1999.018503-6, rel. Des. João Martins).

“Tributário – IPTU – Lançamento – Notificação – Execução fiscal – Nulidade – Processual – Município – Custas – Isenção.

“Se do lançamento do tributo o contribuinte não foi previamente notificado, é nula a execução fiscal [...]” (Ap. Cív. n. 1999.009195-3, rel. Des. Newton Trisotto).

“Execução fiscal – IPTU – Não encaminhamento do carnê de recolhimento do tributo do contribuinte – Ausência de notificação – CDA carente dos requisitos essenciais – Inviabilidade do devido processo legal – Apelo e remessa desprovidos.

“Não tendo a municipalidade encaminhado o carnê de recolhimento do IPTU do contribuinte, é flagrante a nulidade da inscrição de dívida ativa, por ausência de lançamento da notificação que ensejaria a instauração do devido processo legal, previsto no art. 5º da Constituição Federal de 1988” (Ap. Cív. n. 99.019864-2, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Execução fiscal — IPTU — Ausência de notificação — Carnês colocados à disposição dos contribuintes nas sedes municipais — Lançamento inócurrenente — Iliquidez da dívida fiscal — Embargos acolhidos — Execucional extinta.

“Sendo o IPTU tributo de lançamento direto, decorre ele de atividade exclusiva da administração que deve procedê-lo pela expedição de regular notificação do contribuinte (CTN, arts. 142 e 173, parágrafo único), que é a forma em que se constitui o crédito tributário e enseja a sua impugnação

pelo contribuinte no pleno exercício do devido processo legal que se constitui em garantia constitucional (art. 5º, LV, da CF/88).

“Para a constituição do crédito tributário não basta que os carnês de recolhimento do imposto restem na rede da municipalidade à disposição do contribuinte, para a efetiva constituição do crédito tributário, sem a qual inviável é a cobrança executiva do tributo” (Ap. Cív. n. 1997.014680-9, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Embargos à execução fiscal. Intervenção do Ministério Público. Desnecessidade. Preliminar de nulidade afastada. Certidão da dívida ativa. Notificação do devedor para acompanhar o procedimento administrativo. Indispensabilidade. Pressuposto legal para a sua constituição. Falta caracterizadora da nulidade do lançamento. Embargos acolhidos. Sentença confirmada. Remessa desprovida.

Para a validade jurídica do procedimento administrativo de lançamento de débito em dívida ativa, e sob pena de ineficácia deste, imperiosa é a prévia notificação do contribuinte/devedor para que o possa acompanhar e, inclusive, impugná-lo, querendo, em respeito aos princípios do contraditório e ampla defesa, constitucionalmente assegurados a todos” (Ap. Cív. n. 1998.014725-5, rel. Des. Gaspar Rubik).

“Execução fiscal. IPTU. Ausência de notificação do lançamento ao sujeito passivo da obrigação tributária. Cerceamento de defesa. Nulidade da execução. Exegese do art. 145 do Código Tributário Nacional.

“É nula a execução fiscal, quando o contribuinte não foi regularmente notificado do lançamento do crédito tributário” (Ap. Cív. n. 1999.021173-8, rel. Des. Silveira Lenzi).

O ponto comum nos precedentes citados é o reconhecimento de que o contraditório é essencial no processo administrativo fiscal. E não pode haver gravames fiscais ou punição administrativa fiscal sem o devido processo legal. A garantia de defesa ou o devido processo legal assegura o contraditório, a observância de rito adequado, a notificação do procedimento de lançamento ou do início do ato de fiscalização (princípio da auto-executoriedade ou da autotutela da administração tributária), com o conhecimento de todos os atos praticados pela fiscalização, a oportunidade para oferecer esclarecimentos e/ou impugnar a exação.

Desse modo, em reforço ao já dito, se o procedimento administrativo do lançamento ou o procedimento administrativo fiscal, no processo fiscal, estiver viciado pela não-observância dos requisitos legais, em especial, por não ter havido notificação válida ou por ter sido de qualquer modo cerceada a defesa a que teria direito o contribuinte, a constituição do crédito tributário é nula, como nula será a CDA a ele referente.

O Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Recurso especial — Tributário — IPTU — Lançamento — Revisão — Ausência de notificação do sujeito passivo — Irregularidade que acarreta a nulidade do procedimento — Alegada contrariedade ao artigo 149 do CTN —

Não-ocorrência — Recurso especial não conhecido.

Consoante ensina Bernardo Ribeiro de Moraes, “feita a revisão do lançamento tributário, o sujeito passivo deve ser notificado do mesmo. O lançamento revisto não deixa de ser um lançamento e, como tal, deve ser de conhecimento do contribuinte” (cf. “Compêndio de Direito Tributário”, Ed. Forense, p. 77. 2). Não ocorrendo hipótese de contrariedade ao artigo 149 do Código Tributário Nacional, não merece conhecimento o recurso especial” (REsp n. 140.652/MG).

Invocando novamente a ensinância de Hugo De Brito Machado observa-se que “se na constituição do crédito tributário, vale dizer, se no procedimento administrativo de lançamento não foi assegurada oportunidade de defesa ao sujeito passivo, o lançamento é nulo, é de nenhuma validade. Pode ocorrer, então, o anulamento do crédito tributário. Não obstante, a obrigação tributária respectiva não foi afetada. Tanto que poderá ser feito um novo lançamento e assim constituído validamente o crédito tributário respectivo”.

E, mais adiante, complementa o doutrinador:

“O procedimento administrativo de lançamento tem duas fases: a oficiosa e a contenciosa. Concluída a primeira fase, com a determinação do valor do crédito tributário, é feita a notificação do sujeito passivo.

[...] Observa-se, entretanto, que o próprio Tribunal Federal de Recursos entendeu ser a garantia do direito de defesa do sujeito passivo da relação tributária essencial ao lançamento. E por isto já decidiu pela nuli-

dade de lançamento em que foi cerceada a defesa do contribuinte (Ap. Cív n. 52.786-PR, DJU de 3-9-80, e Ementário do TFR, n. 15, p. 67) [...].

“A verdade é que, se a oportunidade para o exercício do direito de defesa pelo contribuinte é essencial no procedimento administrativo de lançamento, este não se completa com o auto de infração. É que a defesa somente é possível a partir deste, e se exerce precisamente na segunda fase, ou fase contenciosa” (Curso de direito tributário, São Paulo: Malheiros Editores, 1995, p. 117 a 120).

Antônio da Silva Cabral explica que “o art. 145 do CTN se refere a lançamento regularmente notificado ao contribuinte. Isto significa, antes de tudo, que não basta a autoridade ou o agente autorizado elaborar um lançamento e mantê-lo no local da repartição, mas o interessado deve tomar ciência do lançamento feito, por qualquer das formas que a lei autorize” (Processo Administrativo Fiscal, São Paulo: Saraiva, 1993, p. 229).

E acrescenta logo a seguir:

“O CTN distingue perfeitamente a constituição do crédito tributário, que se formaliza pelo lançamento, e a exigência do crédito tributário, que se concretiza após o lançamento. Na realidade, a obrigação de pagar nasce com a própria ocorrência do fato gerador, mas a lei, por outro lado, supõe um procedimento específico da Administração no sentido de concretizar essa obrigação e exigir do contribuinte ou responsável o pagamento respectivo. O lançamento, por sua vez, só começa a ter eficácia quando regularmente notificado ao sujeito passivo” (*op. cit.*, p. 229”).

Importante ressaltar que, no caso do município de Criciúma, a legislação local, ao tratar do IPTU, é expressa em assentar que “o aviso de lançamento será entregue no domicílio tributário do contribuinte, considerando-se como tal o local indicado pelo mesmo” (Código Tributário Municipal, Lei n. 2.044/84, art. 221).

Inafastável, portanto, a notificação do lançamento do crédito tributário (CTN, art. 142), sob pena de sua inexigibilidade e, por consequência, da invalidação da CDA.

3. *Ad argumentandum tantum*, não obstante todas as considerações, tenho firme o entendimento de que em relação aos tributos cujo lançamento resulta de procedimento de ofício (CTN, art. 149), como, por exemplo, o IPTU, a TLL e a TVPNU – “a simples emissão do carnê respectivo e a sua entrega ao contribuinte é suficiente para dar-se o sujeito passivo como notificado regularmente, levando-se em consideração que costumeiramente os Municípios elegem o primeiro dia do ano como aquele em que ocorre o fato gerador deste imposto” (TAPR, Ap. Cív. n. 121287900, rel. Juiz Cristo Pereira).

Da mesma forma, a utilização de outros meios hábeis que possibilitem ao sujeito passivo tomar ciência do lançamento e, se for o caso, apresentar defesa, cumpre a formalidade cujo escopo não é outro senão a fiel observância ao princípio do devido processo legal, erigido à categoria de garantia constitucional pela Carta Política de 1988.

Afinal, não é justo nem razoável que o contribuinte se veja executado sem que ao menos tenha sido cientificado do débito. Todas as matérias

que o embargante teve a oportunidade de alegar somente após instaurado o executivo fiscal e seguro o juízo, com as naturais conseqüências prejudiciais que isso lhe trouxe, poderiam perfeitamente ter sido deduzidas na defesa administrativa.

4. Merece ser enaltecido o registro da r. sentença sobre a possibilidade de novo lançamento em que seja observado o contraditório, já que, nos termos do art. 173, II, do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos contados “da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado”.

Hugo de Brito Machado sustenta que “o crédito tributário como realidade formal pode ser afetado sem que o seja a sua substância. Assim, se na constituição do crédito tributário, vale dizer, se no procedimento administrativo de lançamento, não foi assegurada oportunidade de defesa ao sujeito passivo, o lançamento é nulo, é de nenhuma validade. Não obstante, a obrigação tributária respectiva não foi afetada. Tanto que poderá ser feito um novo lançamento e assim constituído validamente o crédito tributário respectivo” (Curso de direito tributário, 4ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1987, p. 86).

5. Diante de todas as considerações expendidas e verificado que o apelante não comprovou a necessária notificação do lançamento do tributo que originou a certidão de dívida ativa objeto da executiva, descumprindo, assim, as disposições do Código Tributário Nacional, não poderia a sentença olvidar essa causa de nulidade do título executivo.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso interposto pelo município de Criciúma e confirmo a sentença em reexame.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, negaram provimento ao recurso e confirmaram a sentença em reexame.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Newton Trisotto e Jaime Ramos. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 2003.

*Newton Trisotto,*  
*Presidente, com voto;*  
*Luiz César Medeiros,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.022178-3, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Luiz César Medeiros.**

*Administrativo – Professora – Contratação em caráter temporário – Término do período – Dispensa – Servidora grávida – Ine-*

*xistência de direito à percepção da indenização pela licença-maternidade – Recurso provido.*

*Findo o prazo previsto no contrato, não pode ser tida como arbitrária ou sem justa causa a dispensa de professora admitida em caráter temporário. Nessa situação afigura-se inaplicável a garantia prevista na alínea b do inc. II do art. 10 do ADCT da Constituição Federal de 1988.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.022178-3, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante o município de Balneário Camboriú e apelada Ielva Wippel:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso, prejudicada a remessa necessária.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo município de Balneário Camboriú, inconformado com a sentença prolatada nos autos da reclamação trabalhista contra ele aforada por Ielva Wippel, que o condenou ao pagamento da indenização pelos 120 (cento e vinte) dias de licença-maternidade devida à apelada, bem como 13º salário proporcional, tendo por parâmetro o valor do vencimento básico mensal, assim como das custas processuais.

Aduz o insurgente, em síntese, que o contrato de trabalho da apelada estabelecia tempo certo para extinção; assim, era fato certo que, tão logo o ano letivo chegasse ao fim, seria ela exonerada do serviço público, tendo em vista que estava apenas substituindo temporariamente outra servidora.

Sustenta ainda que a legislação de nosso País não concede estabilidade nem mesmo a licença à gestante nos contratos por tempo determinado (contrato temporário).

Alega, finalmente, que a Lei Complementar Estadual n. 156/97 isenta os municípios das custas judiciais e emolumentos pela prática de atos notariais e de registro público.

Devidamente intimada, a apelada deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentar contraminuta ao apelo.

Instado a manifestar-se, o representante do Ministério Público de primeiro grau opinou pelo provimento parcial do recurso, para isentar o município do pagamento das custas processuais.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Humberto Francisco Scharf Vieira, pugnou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso e da remessa, apenas e tão-somente para isentar o município do pagamento das custas processuais.

### **II — Voto**

Colhe-se dos autos que a autora da reclamatória trabalhista foi contratada temporariamente pelo município de Balneário Camboriú para exercer a função de Professor II, por

meio do contrato de trabalho juntado às fls. 36 e 37, com prazo determinado, que iniciava em 7-3-1994 e se findava em 20-12-1994.

Conforme afirmado pela própria autora da ação e corroborado pelo documento de fl. 40 (Termo de Rescisão do Contrato de Trabalho), ela foi desligada dos quadros da Prefeitura em data de 20-12-1994, ou seja, justamente quando terminou o contrato de trabalho temporário com prazo determinado celebrado com o município.

Extraí-se dos autos, também, que por ocasião da rescisão do contrato de trabalho a autora estava grávida, no 6º (sexto) mês de gestação, conforme se extrai da certidão de nascimento juntada à fl. 11 dos autos.

Mesmo estando grávida na data em que teve seu contrato de trabalho rescindido, a autora não faz jus à percepção da indenização pela licença-maternidade, pois o seu vínculo com o município foi extinto em razão do término do prazo estabelecido no contrato de trabalho temporário.

Com relação à matéria, colhe-se do Excelso Pretório:

“Estagiária do Estado de São Paulo contratada por tempo determinado, que pretende ver reconhecido o direito ao pagamento de licença-maternidade, mesmo após o término do contrato de estágio. Alegação de afronta aos arts. 5º, *caput* e XXXVI, e 226 da Constituição Federal.

“As referidas normas constitucionais não geram para estagiária contratada por tempo determinado o direito ao gozo da licença-maternidade.

“Inexistência, ademais, de direito adquirido ao referido benefício, porquanto não restou provado nos autos tenha sido concedida a licença” (RE 197643/SP, Ministro Ilmar Galvão).

Do Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região cita-se o seguinte precedente:

“Salários. Estabilidade provisória. Não há vedação de dispensa de empregada grávida quando do término do contrato a prazo determinado, porquanto não há ânimo do empregador em fraudar a lei. Ajustado o prazo de término do contrato de trabalho entre as partes, a estabilidade provisória da gestante não pode desconstituí-lo, alterando-lhe o objeto e o prazo. Quando a prazo determinado, as disposições da alínea *b* do inciso II do art. 10 do ADCT da CF/88 não são aplicáveis” (RO n. 96.031559-4, Juiz Ivens Gomes Jardim).

É da jurisprudência desta egrégia Corte:

“Mandado de segurança – Professora da rede pública estadual – Contratação em caráter temporário – Servidora gestante – Dispensa após o término do prazo – Legalidade.

“A servidora contratada por prazo determinado para exercer a função de professora em escola estadual pode ser dispensada após o término do lapso temporal previsto no contrato, ainda que esteja grávida, independentemente de concessão de licença-maternidade.

“Licença gestação – Término ocorrido antes do fim do contrato – Direito líquido e certo à percepção dos vencimentos.

“A licença-maternidade deve perdurar enquanto estiver em vigor o contrato de trabalho, de modo que, se o prazo deste for maior que o daquela, deve ser garantido à servidora o recebimento dos vencimentos relativos ao período de afastamento” (MS n. 1999.009324-7, rel. Des. Volnei Carlin).

“Professora da rede pública estadual – Contratação em caráter temporário – Servidora gestante – Dispensa após o término do prazo – Legalidade.

“A servidora contratada por prazo determinado para exercer a função de professora em escola estadual pode ser dispensada após o término do lapso temporal previsto no contrato, ainda que esteja grávida, independentemente de concessão de licença-maternidade” (Ap. Cív. n. 1999.013758-9, rel. Des. Volnei Carlin).

Assim, a autora não possui direito à percepção da indenização da licença-maternidade (120 dias), haja vista o término do período previsto no contrato de trabalho temporário, motivo pelo qual a sentença proferida merece reforma.

Por outro lado, o documento de fl. 34 comprova o pagamento da

verba referente ao 13º salário; não há, pois, falar em gratificação proporcional ao tempo laborado.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso e reformo a sentença para julgar improcedente o pedido deduzido na inicial. Invertidos os ônus da sucumbência, condeno a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, obrigação que fica suspensa nos termos do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso, prejudicada a remessa necessária.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jaime Ramos. Pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 17 de março de 2003.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente, com voto;*  
*Luiz César Medeiros,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.003074-0, DA CAPITAL

**Relator designado: Des. Vanderlei Romer**

*Apelação cível. Ação popular. Publicidade dos atos de órgão público. Inserção do nome e imagem de servidor público por diversas vezes. Promoção pessoal caracterizada. Violação do art. 37, § 1º, da CF. Recurso desprovido.*



*“A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos” (art. 37, § 1º, CF).*

*Caso concreto em que o então Secretário de Estado da Educação e do Desporto de Santa Catarina teve mais destaque em matéria veiculada na imprensa, às custas do erário, do que o próprio objetivo da companhia institucional do governo.*

*E, curiosamente, acusadora e acusado, pelos seus respectivos partidos, hoje estão de mãos dadas na base de sustentação de governo, tanto na esfera federal, quanto na estadual (fato público e notório – art. 334, I, CPC). E o eleitor?*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.003074-0, da comarca da Capital (1ª Vara da Fazenda), em que é apelante João Matos, sendo apelada Ideli Salvati:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, afastar as preliminares e, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Cuida-se de ação popular proposta por Ideli Salvati contra João Matos, então Secretário de Estado da Educação e do Desporto de Santa Catarina, com fundamento nos seguintes dispositivos: arts. 5º, LXXIII, e 37, § 1º, da Constituição da República; arts. 16, § 6º, da Constituição Estadual e art. 2º da Lei n. 4.717/65.

A autora alegou, em síntese, que o réu, em desrespeito aos dispositivos legais supracitados, assim como aos princípios da legalidade, impessoalidade e finalidade, utilizou-se

da publicidade dos atos realizados pelo Governo do Estado com o intuito de promoção pessoal.

Assim sendo, pleiteou a declaração de “invalidade do ato administrativo que determinou o pagamento e veiculação da publicidade oficial do Governo do Estado no jornal ‘O Estado’, à fl. 10, seção ‘Especial’, nos dias 11 e 25 de setembro de 1997” (fl. 13), bem como a condenação do réu a ressarcir ao Erário o *quantum* relativo ao referido ato, acrescido de juros e correção monetária, e, também, ao pagamento dos ônus decorrentes da sucumbência.

Regularmente citado, o requerido não apresentou resposta.

O Estado de Santa Catarina, litisconsorte necessário, de outro vértice, absteve-se de contestar o pedido inicial, pugnando pelo prosseguimento do feito.

Seguiu-se a sentença, tendo o Magistrado *a quo* julgado procedente o pedido, declarando nulo o ato administrativo que determinou o pagamen-



to e a veiculação, no jornal “O Estado”, da publicidade oficial do Governo Estadual, relativa aos dias 11 e 25 de setembro de 1997, condenando, ainda, o requerido a restituir ao Estado os valores referentes ao ato anulado (R\$ 25.000,00 – vinte e cinco mil reais), corrigidos monetariamente desde a data do ato indevido e acrescidos de juros legais desde a citação.

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, no qual requereu, em sede de preliminar, a nulidade do processo, em razão da violação do art. 321 do CPC, e, também, da ilegitimidade passiva *ad causam*. No mérito, sustentou a legalidade do ato reputado lesivo, pleiteando a improcedência do pedido.

Com contra-razões, e após a manifestação do Ministério Público de primeiro grau, que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso, os autos ascenderam a esta Corte, sendo remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, a qual se manifestou pela decretação da nulidade do processo em razão da ausência de citação dos demais responsáveis e beneficiários do ato administrativo em questão, tendo-se desrespeitado, assim, o art. 47 do CPC *c/c* o art. 11 da Lei n. 4.717/65.

É o relatório.

## II — Voto

As preliminares aventadas não procedem.

O apelante suscitou a prefacial de nulidade do feito por violação ao art. 321 do Código de Processo Civil.

Esse dispositivo prevê a proibição de alteração do pedido ou causa

de pedir sem que haja nova citação. Isso, contudo, não ocorreu.

Argumentou, inicialmente, que a apelada inovou o pedido inicial ao pugnar pelo ressarcimento no valor do empenho global do contrato de prestação de serviços de publicidade

Em que pese tenha havido pedido nesse sentido, almejando a autora ampliar os limites da lide, o Magistrado de origem corretamente afastou essa possibilidade, limitando o julgamento aos termos do pleito inaugural, questão, portanto, que já fora decidida.

Veja-se:

“No tocante ao valor do ressarcimento, é de ser deferido aquele requerido na peça vestibular, ou seja, apenas em relação ao pagamento do material veiculado no jornal “O Estado” nos dias 11 e 25 de setembro de 1997 (fls. 13 e 57 a 58 – R\$ 25.000,00), já que o pleiteado à fl. 60 (valor do contrato 8/97) somente o foi após a citação, isto é, após a estabilização da lide, não permitindo o Cãnone Processual Civil a alteração do pedido, mesmo que ocorrendo à revelia (art. 321)” (fl. 85).

De outro turno, não se pode cogitar que a falta de intimação do réu relativamente às reportagens juntadas aos autos posteriormente à citação seria causa de nulidade.

As referidas páginas de jornal foram tomadas como documentos comprovatórios da índole da campanha publicitária que estava sendo levada a termo pelo então Secretário e não das propagandas inquinadas de vício. Ao contrário do que afirma o apelante, elas não se prestaram a modificar o pedido inicial.

Com efeito, “se o documento não é relevante, mas simples complementação da prova já feita, a audiência da parte contrária pode ser dispensada a critério do juiz (Teixeira, PCSTJ, 322)” (Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Código de Processo Civil comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 643).

Ressalta-se, aliás, que a intimação acerca de tais documentos, diante da revelia do réu, era providência despicienda.

O recorrente aduziu, por outro lado, que pelo fato de seu nome não constar no contrato de publicidade e empenhos referentes ao ato em questão não teria ele “nenhuma responsabilidade na contratação e veiculação da aludida publicidade” (fl. 96), sendo, portanto, parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda.

Ora, tendo sido o serviço de publicidade efetivamente contratado pela Secretaria de Estado da Educação e do Desporto, mais precisamente, por sua Assessoria de Imprensa, e sendo o requerido chefe daquele órgão, é evidente que o citado ato está na esfera de sua responsabilidade. Destaca-se, por oportuno, que a publicação de propaganda acerca das realizações do órgão estatal em referência necessitaria, ao menos em tese, do consentimento de seu secretário, mormente quando há divulgação de seu nome e imagem.

Ademais, o vício contra o qual se insurgiu a autora não consiste no procedimento realizado pela Secretaria ou no contrato firmado com a agência de

publicidade, mas, sim, na execução das matérias jornalísticas dele decorrentes, ou seja, o seu conteúdo, visto que foi a citação de seu nome e a aparição de sua imagem por diversas vezes que infringiu a regra insculpida no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

O Ministério Público, neste grau de jurisdição, manifestou-se pela declaração de nulidade processual em razão da ausência de citação dos demais beneficiários e responsáveis pelo ato administrativo que ora se impugna, quais sejam, o jornal “O Estado” e a agência Ângulo Propaganda Ltda., o que teria violado o art. 6º da Lei n. 4.717/65.

A norma em comento refere-se aos beneficiários diretos do ato como partes passivamente integrantes da relação processual. “Note-se que a lei fala em beneficiário direto, o que significa dizer que o favorecido, remota ou indiretamente, não deve ser incluído no pólo passivo, ressalvado apenas ao próprio direito de ingressar no feito como assistente do(s) réu(s), se quiser e demonstrar interesse jurídico na causa” (Hely Lopes Meirelles, Ação popular, ação civil pública, mandado de injunção e *habeas data*, São Paulo: Malheiros Editores, 1998, p.119).

Nesse contexto, as empresas divulgadoras da publicidade, ainda que beneficiárias do ato, o são de modo indireto, destarte sua citação não pode ser tida como ato processual indispensável para a validade do processo.

Desse modo, afasta-se as preliminares suscitadas, passando-se, pois, à análise do mérito da *quaestio*.

Dispõe a Constituição da República:

“Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência [...]”

Estes são os chamados de princípios constitucionais da administração pública.

O primeiro deles, o princípio da legalidade, tido como o fundamental para a configuração do regime jurídico-administrativo, consiste na completa submissão da Administração às leis, ou seja, “o administrador público somente poderá fazer o que estiver expressamente autorizado em lei e nas demais espécies normativas, inexistindo, pois, incidência de sua vontade subjetiva, pois na administração pública só é permitido fazer o que a lei autoriza, diferentemente da esfera particular, em que será permitida a realização de tudo que a lei não proíba. Esse princípio coaduna-se com a própria função administrativa, de executor do direito, que atua sem finalidade própria, mas em respeito à finalidade imposta pela lei, e com necessidade de preservar-se a ordem jurídica” (Alexandre de Moraes, Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, São Paulo: Atlas, 2002, p. 781).

O princípio da impessoalidade, por sua vez, afeto ao princípio da legalidade, é chamado, por alguns, de princípio da finalidade administrativa.

Confira-se a lição de Hely Lopes Meirelles a respeito:

“O princípio da impessoalidade, referido na Constituição de 1988 (art. 37, *caput*), nada mais é do 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 da promoção pessoal de autoridades 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 a 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)” (sem grifo no original) (Direito administrativo brasileiro, São Paulo: Malheiros Editores, 1999, p. 85).

Na hipótese, a ação popular aforada contra o então Secretário de Estado da Educação e do Desporto de Santa Catarina, João Matos, tem por objetivo a invalidade do ato administrativo que determinou o pagamento e veiculação da publicidade oficial do Governo do Estado na imprensa escrita (Jornal “O Estado”), assim como a condenação do réu a ressarcir ao Estado a respectiva quantia que fora gasta.

As regras relativas à publicidade dos atos da administração encontram-se insculpidas no art. 37, § 1º, da Constituição da República, corroborando

das pelo art. 16, § 1º, da Constituição do Estado de Santa Catarina, a saber:

“Art. 37, § 1º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos”.

“Art. 16, § 6º. A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos e entidades da administração pública, ainda que não custeadas diretamente por esta, deverão ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, delas não podendo constar símbolos, expressões, nomes ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos, e serão suspensas noventa dias antes das eleições, ressalvadas as essenciais ao interesse público”.

Verifica-se pelas provas produzidas que a imagem do requerido aparece por diversas vezes, em quase todas em close e sozinho; seu nome também é citado várias vezes; o logotipo do Governo do Estado aparece em seis das sete reportagens.

Bem explicitou o Magistrado de origem, ao analisar detidamente os documentos carreados aos autos. Veja-se: “No primeiro documento (fl. 15 – nas primeiras linhas) *seu nome é citado*, sugerindo-o como realizador das obras ali divulgadas; a segunda prova, com *imagem* ainda em tamanho maior, traz matéria fechada por retângulo, divulgando seu nome por duas vezes; o terceiro documento (fl. 29) exhibe outra vez sua *imagem*, em uma das três foto-

grafias, onde aparece em primeiro plano, além de ser *novamente citado seu nome*, por duas vezes; no registro de fl. 30 tem-se transcrito seu nome. No documento de fl. 31, assim como nos outros dois (fls. 32 e 33), *reaparecem seu nome e imagem*, inclusive por mais de uma vez, tendo seis dos registros o logotipo do Governo do Estado” (fl. 79).

Como observado nas reportagens mencionadas, vislumbra-se a existência de propaganda oficial que extrapola os limites permitidos pela Lei Fundamental, conseqüentemente, a procedência do pedido formulado na inicial é medida que se impõe ante a deliberada intenção de propaganda pessoal do requerido.

Como cediço, a teor do princípio da publicidade, ao administrador cabe prestar contas e levar informações à população, deve fazê-lo, contudo, da forma mais objetiva possível, atendendo aos princípios que norteiam a Administração Pública e, sempre, de modo impessoal.

Pela melhor exegese dos dispositivos constitucionais supracitados, dессome-se que o seu objetivo primordial não é proibir qualquer tipo de menção a nomes, símbolos ou imagens, buscou-se, sim, impedir que na publicidade oficial constem nomes, símbolos ou imagens de servidores ou autoridades públicas que caracterizem promoção pessoal.

*In casu*, o modo como foram inseridos o nome e a imagem do réu, bem como o símbolo do governo do Estado, isto é, reiteradamente, e dando a entender que seria o requerido o responsável pelos atos realizados, por si só, revela o desrespeito à norma em referência.

Nota-se, além disso, que diante das especificidades do caso em concreto, ainda que não se aplique o efeito da revelia em que os fatos afirmados pelo autor reputam-se verdadeiros, o fato de não ter o réu contestado a ação, permanecendo inerte, sem rebater as graves afirmações que contra ele foram feitas, deve ser levado em consideração, sopesando-se aos outros elementos do processo.

As publicações apontadas, sem sombra de dúvidas, contrariam as normas constitucionais até aqui invocadas, nas quais se inserem, repita-se, o nome, o cargo, a imagem etc., numa verdadeira comprovação de promoção pessoal proibida por nossa Lei Maior, como decorrência dos princípios constitucionais administrativos.

Dentre esses princípios, o que traduz com maior perfeição a essência da norma contida no § 1º do art. 37 da Constituição Federal parece ser o da impessoalidade, que para o caso em comento pode ser resumido numa palavra: objetividade, que em nenhuma das publicações referidas se fez presente.

Nessa esteira, verifica-se nos documentos acostados aos autos algumas reportagens que demonstram a violação das regras atinentes à publicidade dos atos, obras e serviços da administração pública.

Só a título de exemplificação, destacam-se as seguintes: 1) Colhe-se da reportagem: “A Secretaria Estadual de Educação e do Desporto apresentou semana passada ao governador Paulo Afonso Vieira um *balanço das atividades da pasta nos dois anos e nove meses de atuação do se-*

*cretário João Matos. Os números demonstram a grandiosidade do trabalho desenvolvido pela Secretaria, [...]*”. Imagem do requerido em close com o dizer, “*Matos: Santa Catarina como referência nacional*” (grifou-se) (Jornal O Estado, 25-8-1997 – fl. 16).

2) *Matéria de autoria do próprio requerido*, contendo, novamente, sua foto em destaque (Jornal A Notícia, 11-2-1998 – fl. 28). 3) Foto do requerido com o seguinte enunciado: “*Matos: Vamos reduzir pela metade os 7,4% de crianças fora da escola*” (grifou-se) (Jornal A Notícia, 28-1-1998 – fl. 31).

4) Extrai-se da reportagem: “Em nenhum outro ano, nas últimas décadas, a rede estadual de ensino esteve tão habilitada, tanto no aspecto físico, de móveis, equipamentos e aperfeiçoamento profissional’, *declara orgulhoso o secretário João Matos [...]. João Matos revela orgulhoso* que Santa Catarina deverá registrar novamente índices positivos que projetarão a educação catarinense a nível nacional. ‘Esperamos melhorar ainda mais a qualidade e as condições físicas do ensino no Estado *para que possamos, de cabeça erguida e com muito orgulho, entregar aos catarinenses os resultados do trabalho de toda uma equipe que faz da educação sua vida*’, concluiu”. Mais uma foto grande na qual aparecem o ex-governador Paulo Afonso Vieira e o demandado, ambos em destaque, com o seguinte enunciado: “*Governador Paulo Afonso Vieira e o Secretário da Educação João Matos entregam inúmeras obras que vem ampliar a rede pública estadual de ensino*”. Em seguida, ainda na mesma página, mais uma foto em close do réu, na qual há a inscrição: “Secretário Educação, João

Matos” (grifou-se) (Jornal O Estado, 17 e 18-1-1998 – fl. 33).

Registra-se, outrossim, que na maioria das matérias produzidas há a sua foto em destaque e em todas há a transcrição de seu nome e opiniões, *ipsis litteris*, por diversas vezes.

A transgressão aos princípios da impessoalidade, finalidade, moralidade administrativa, dentre outros, é flagrante, mostrando-se plenamente comprovado o intuito de promoção pessoal do requerido.

Certamente, tudo o que até aqui fora dito, no que tange à publicidade dos atos da administração, aplica-se a todas as autoridades e servidores públicos envolvidos em procedimentos dessa natureza, no entanto, pelo contexto em que se elaborou a norma constitucional, objetivando-se regulamentar a publicidade da atuação do Poder Público, diante da generalizada prática de grandiosas promoções pessoais de autoridades públicas, em especial dos próprios membros do Executivo, na espécie, ante a proximidade das eleições e a reconhecida carreira política do então secretário João Matos (tanto que, fato público e notório, lançou-se candidato ao legislativo federal e foi eleito), parece evidente que as restrições que se aplicam aos administradores em geral, a ele, com maior razão, devem ser observadas.

Há, às vezes, mais destaque para a figura de João Matos como secretário do que para a campanha institucional do governo ao qual pertencia. Dever-se-ia ter dado um maior enfoque ao aspecto fático das matérias, do que a fotos, nomes e comentários pessoais. Fugiu-se, assim, não só dos princípios e normas constitucionais

até aqui relatados, mas também do objeto do contrato de prestação de serviços de publicidade e divulgação dos atos do governo (fls. 43 a 55) firmado com a agência de propaganda anteriormente mencionada.

E, curiosamente, acusadora e acusado, pelos seus respectivos partidos, hoje estão de mãos dadas na base de sustentação de governo, tanto na esfera federal, quanto na estadual (fato público e notório – art. 334, I, CPC). E o eleitor?

O § 1º do art. 37 da Constituição da República “é cogente, inflexível, ou seja, mesmo admitindo-se que as matérias divulgadas realmente tivessem caráter educativo, informativo ou de orientação social, a indicação de nomes e a publicação de fotografias de servidores públicos e autoridades municipais, com nítido caráter de promoção pessoal, colide frontalmente com a atual Constituição Republicana” (Ap. Cív. n. 1997.000456-7, rel. Des. Sérgio Paladino, j. 14-8-1997).

A regra constitucional em tela é clara, taxativa e bastante rigorosa. Proíbe a aparição da imagem do servidor público ou sua referência pela invocação de seu nome ou símbolo que produza igual efeito. A matéria veiculada deve ter um caráter eminentemente objetivo e voltado para atingir sua finalidade, sem que, com isso, esteja simultaneamente promovendo o governo ou alguns de seus servidores.

“Fere a moralidade administrativa a conduta do agente que se vale da publicidade oficial para realizar promoção pessoal” (TJSP, RT 671/94).

Em comentários ao citado dispositivo, visando a um melhor entendi-



mento da matéria, traz-se à colação excerto da obra de Alexandre de Moraes, a saber:

“O legislador constituinte, ao definir a presente regra, visou à finalidade moralizadora, vedando o desgate e o uso do dinheiro público em propagandas conducentes à promoção pessoal de autoridade ou servidores públicos, seja por meio da menção de nomes, seja por meio de símbolos ou imagens que possam de qualquer forma estabelecer alguma conexão entre estes e o próprio objeto divulgado.

“Ressalta-se que o móvel para essa determinação constitucional foi a exorbitância de verbas públicas gastas com publicidade indevida.

“Nota-se, portanto, que a publicidade não está vedada constitucionalmente, pois o princípio da publicidade dos atos estatais, e mais restritamente dos atos da Administração, inserido no *caput* do art. 37, é indispensável para imprimir e dar um aspecto de moralidade à Administração Pública ou à atuação administrativa, visando ao referido princípio, essencialmente, proteger tanto os interesses individuais, como defender os interesses da coletividade mediante o exercício do controle sobre os atos administrativos.

“Está condicionada, porém, à plena satisfação dos requisitos constitucionais, que lhe imprimem determinados fins: caráter educativo, informativo ou de orientação social; e ausência de nomes, símbolos ou imagens que caracterizem *promoção pessoal* de autoridades ou servidores públicos.

“Não poderão, portanto, as autoridades públicas utilizar-se de seus nomes, de seus símbolos ou imagens para, no bojo de alguma atividade publicitária, patrocinada por dinheiro público, obterem ou simplesmente pretendem obter promoção pessoal, devendo a matéria veiculada pela mídia ter caráter eminentemente objetivo para que atinja sua finalidade constitucional de educar, informar ou orientar, e não sirva, simplesmente, como autêntico *marketing* político.

“Importante ressaltar que o desrespeito aos requisitos constitucionais do art. 37, § 1º, em clara afronta aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa e da proibição expressa do uso do nome, símbolo ou imagem que caracterize promoção pessoal da autoridade, havendo, pois, aproveitamento do dinheiro público para realização de *promoção pessoal*, caracteriza *ato de improbidade*, legitimado o Ministério Público, no exercício da competência contemplada no art. 129, II e III, a exercer a fiscalização do cumprimento constitucional e a aplicação das sanções previstas, constitucional e legalmente, independentemente da utilização da ação popular para anulação do ato.

[...]

“Assim, o preceito constitucional veda de maneira absoluta a utilização de mensagens publicitárias oficiais para promoção pessoal de autoridades e servidores públicos, em respeito à legalidade, impessoalidade, moralidade e ética na Administração Pública, pois o cunho eminentemente personalístico da publicidade atenta, inclusive, contra o princípio da

impessoalidade, uma vez que o administrador público tem o dever de prestar contas à sociedade, sem contudo autopromover-se às custas do erário público.

“Essa vedação abrange a inclusão de nomes, símbolos ou imagens que vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, sob pena de ferimento aos princípios da impessoalidade e da moralidade administrativa” (sem grifo no original) (Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, São Paulo : Atlas, 2002, p. 889 e 890).

O entendimento jurisprudencial pátrio fortalece o que fora até aqui exposto. Veja-se:

“Ação popular. Ato lesivo ao patrimônio público. Publicidade da administração pública onde se incluem nome e imagem do administrador. Inadmissibilidade. Ofensa aos princípios da impessoalidade e moralidade. Inteligência do art. 37, § 1º, da CF. A administração pública, quando fizer publicidade de atos, programas, obras e serviços, não pode incluir nomes, símbolos ou imagens, que de qualquer modo vinculem a matéria divulgada a governante ou servidor público, eis que tal divulgação é apenas de caráter educativo, informativo ou de orientação social, nos termos do art. 37, § 1º, da CF, que preza os princípios da impessoalidade e moralidade administrativa” (TJSP – Ap. Cív. n. 263.817-1/1, rel. Des. Yoshiaki Ichihara, j. 5-2-1997).

E ainda:

“Improbidade administrativa. Publicidade. *Slogan*. Televisão. Filme. Limites finalísticos e formais. Promoção pessoal. Sanções alternativas. 1.

Configura ato de improbidade administrativa a publicidade — exibição de filme na televisão — que, recorrendo a *slogan* vinculado a determinado governo, visa à promoção pessoal do prefeito ao louvar as obras e atividades realizadas em período de sua gestão. Publicidade que por não ter caráter educativo, informativo ou de orientação social infringe o § 1º do art. 37 da Constituição Federal. 2. As sanções previstas no artigo 12 da Lei n. 8.429/92 não são de aplicação cumulativa, podendo ser fixadas conjunta ou alternativamente consoante apreciação do juiz. Exegese do art. 12, parágrafo unico. Recursos desprovidos” (TJRS – Ap. Cív. n. 70000532739, rela. Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, j. 12-4-2000).

No mesmo norte é o posicionamento deste egrégio Tribunal de Justiça. Confira-se:

“Ação popular – Divulgação de publicidade oficial – Art. 37, § 1º, da Magna Carta – Exegese – Preliminares – Ilegitimidade passiva *ad causam* da agência de publicidade – Nulidade da sentença – Carência de ação – Ausência de citação das empresas de mídia – Rejeição – Vinculação das obras na propaganda à pessoa do Chefe do Poder Executivo – Coincidência com a proximidade de eleições – Ato irritó – Verba advocatícia – Fixação em percentual sobre o valor da condenação – desprovidimento dos apelos dos legitimados passivos *ad causam* – Procedência daquele interposto por autores.

“*Ex vi* do art. 6º da Lei n. 4.717/65, o beneficiário direto do contrato deve compor a relação jurídico-processual, integrando o pólo passivo.



“Inexiste nulidade da sentença quando o art. 458 do CPC é acatado, expressando o veredicto o objeto do litígio. A circunstância de ter ocorrido representação ao Tribunal de Contas acerca da matéria *sub judice* não provoca a suspensão do processo ou a sua extinção em face daquela iniciativa, porque *ex vi* do art. 5º, inciso XXXV, da *Lex Mater*, a ação popular poderia tramitar.

“Incogitável é a citação como litisconsortes passivas das empresas de mídia que divulgaram a publicidade anômala, em virtude de serem beneficiárias remotas ou indiretas, enquanto a exigência é restrita ao beneficiário direto.

“Perde o caráter objetivo, informativo e educativo a publicidade oficial protagonizando inaugurações de obras, em que o Governador do Estado, que se fez acompanhar de membros da sua equipe política, é colocado em amplo destaque, aparecendo em 18 (dezoito) diferentes oportunidades, vinculando-o a realizações, em clara insinuação de que se trataria de administração dinâmica e operosa. A imagem da autoridade ou a utilização de qualquer símbolo que possa estabelecer associação é vedada no art. 37, § 1º, da Constituição da República.

“Reconhecida a nulidade do ato administrativo, há efeito *ex tunc*, alcançando aquele e seus efeitos.

“Havendo condenação a restituir *c/c* perdas e danos no provimento jurisdicional popular, a verba advocatícia é de ser arbitrada em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação” (Ap. Cív. n. 1999.005151-0, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 16-11-2000).

E mais:

“Ação popular – Publicidade oficial de obras públicas – Inserção de logomarca ou locução (*slogan*) identificadora do administrador – CF, art. 37, § 1º – Ilegalidade.

‘A publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos públicos deverá ter caráter educativo, informativo ou de orientação social, dela não podendo constar nomes, símbolos ou imagens que caracterizem promoção pessoal de autoridades ou servidores públicos’ (CF, art. 37, § 1º). Nessa vedação está compreendida a utilização de logomarca ou locução que identifique a obra pública com o administrador responsável pela sua realização” (AI n. 2001.022504-2, rel. Des. Newton Trisotto, j. 11-3-2002).

Em suma, faltou objetividade na divulgação das obras e atos do Governo do Estado, uma vez que os atos de publicidade que ora se impugna dão, sem sombra de dúvidas, destaque à pessoa do Secretário de Estado da Educação e do Desporto de Santa Catarina, João Matos, ora demandado, o qual foi projetado e tido como o realizador dos atos ali propalados.

As publicações relacionadas nos autos apresentam-se em desconformidade com o preceito ínsito no § 1º do art. 37 da Constituição da República e § 6º do art. 16 da Constituição do Estado de Santa Catarina, seja porque imotivadas ou não imbuídas de interesse público, seja porque ostentam desnecessariamente o nome e a imagem do requerido. Ofendendo, sobretudo, os princípios que regem a administração pública.

Destarte, evidenciada a publicidade ilícita, ocorrendo o uso da máquina administrativa como propaganda do governo e de promoção pessoal do requerido, a nulidade do ato que determinou o pagamento da publicidade em questão é medida que se impõe.

Com relação ao *quantum* que deve o réu ressarcir ao Erário, agiu com acerto o Magistrado sentenciante ao deferir “aquele requerido na peça vestibular, ou seja, apenas em relação ao pagamento do material veiculado no jornal ‘O Estado’ nos dias 11 e 25 de setembro de 1997 (fls. 13 e 57/58 – R\$ 25.000,00), uma vez que o pleiteado à fl. 60 (valor do contrato 8/97) somente o foi após a citação” (fl. 85). Observou-se, assim, o princípio da correlação entre o pedido e a sentença, aplicando-se o comando inserto no art. 321 do CPC.

Por todo o exposto, nega-se provimento ao apelo, mantendo-se a sentença na íntegra por seus próprios fundamentos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, afastar as preliminares e, por maioria de votos, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 24 de abril de 2003.

*João Martins,*  
*Presidente com voto vencido;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João Martins:

Divergi da douta maioria por entender que o caso em tela não se enquadra nas hipóteses de nulidade de ato administrativo previstas na Lei n. 4.717/65.

O Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado para declarar nulo o ato que determinou o pagamento e a veiculação, no jornal “O Estado”, da publicidade oficial do governo Estadual, condenando o requerido a restituir ao Estado de Santa Catarina os valores referentes ao ato anulado.

Compulsando os autos verifica-se pelo teor da publicidade em questão que não há referência direta ao apelante como único realizador das obras divulgadas. Se o seu nome foi citado, o foi em razão de ser titular da pasta responsável pelas realizações ali descritas, todas na esfera da competência da Secretaria de Educação.

Não há comprovação de que a propaganda tenha sido tendenciosa no sentido de promoção pessoal do apelante, o qual se apresenta apenas como servidor público indicado para informar sobre as ações governamentais na área da educação.

Extrai-se, sobre a matéria, da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Constitucional e processual penal. Administração pública. Limite da publicidade dos atos, programas, obras e serviços.

“Se na avaliação do conteúdo da matéria publicitária, quando deve-se verificar se a ênfase está posta na obra ou serviço, ou na pessoa que

os realizou, e não se vislumbra a existência de informes publicitários que extrapolem os limites permitidos pela Constituição, o inquérito deve ser arquivado” (Inq. n. 85-1/BA, rel. Min. José de Jesus Filho, j. 12-8-93).

E do voto do Ministro José de Jesus Filho:

“No exame da questão deve-se observar, antes do mais, que a Lei Maior não proíbe, propriamente, a publicidade, de caráter informativo, dos atos, programas, obras serviços e campanhas dos órgãos públicos; veda, apenas, aquela que visa à promoção de autoridades ou servidores públicos. Assim, o fato de em determinada campanha publicitária mencionar-se o nome da autoridade ou do servidor público responsável pelo ato, obra ou serviço, a que se dá divulgação, não caracteriza, por si só, infração ao dispositivo no artigo 37, § 1º, da Constituição Federal. Isto porque a norma tem por objetivo coibir o abuso,

a promoção de cunho nitidamente pessoal, a autopromoção, e não exigir modéstia daquele que, julgando haver bem desempenhado a sua missão, presta contas à comunidade a que está a serviço, divulgando as realizações de seu governo ou de sua administração.

“Assim, na avaliação do conteúdo da matéria publicitária, há de se levar em conta a utilidade pública da divulgação: deve-se verificar se a ênfase está posta na obra ou serviço, ou na pessoa que os realizou”.

Posto isso, uma vez que o teor da propaganda oficial dá ênfase à importância do empreendimento, e não à pessoa do apelante, inexistindo ofensa ao comando do art. 37 da Constituição Federal, a ação deve ser julgada improcedente.

Florianópolis, 24 de abril de 2003.

*João Martins.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.013147-0, DE OTACÍLIO COSTA**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Ação civil pública – Ato de improbidade administrativa praticado por prefeito municipal – Prefaciais afastadas – Fatos sobejamente comprovados nos autos – Incidência do art. 9º, IV, da Lei n. 8.429/92 – Devolução do acréscimo patrimonial indevidamente obtido — Recurso provido parcialmente apenas para reduzir a cominação da multa civil aplicada e excluir a condenação ao ressarcimento em decorrência da utilização de servidores e maquinários do município para a prestação de serviços a terceiros, visto que não configuradas as infrações previstas no art. 10 da Lei n. 8.429/92.*

*A absolvição no juízo penal com fundamento de o fato não constituir infração penal (art. 386, III, do CPP) não interfere no re-*

*sultado da demanda civil ajuizada, posto que resguardada a independência das instâncias civil e criminal.*

*Não há obrigatoriedade de que o magistrado enfrente todas as teses articuladas pelas partes na sentença, desde que fundamenta as eleitas para a resolução da questão, a teor do art. 93, IX, da Constituição Federal.*

*Fica evidenciado no decisum o grau de culpabilidade atribuído ao requerido quando cominada pena no limite mínimo previsto.*

*Comprovada a existência de dano ao erário, não há impedimento que se remeta a apuração de sua extensão para o procedimento de liquidação de sentença, ainda mais quando não se cingem a simples cálculos aritméticos, mas a levantamentos pormenorizados dos gastos expendidos.*

*O litisconsórcio necessário apenas tem lugar se a decisão da causa acarretar obrigação direta para o terceiro, prejudicá-lo ou afetar seu direito subjetivo.*

*Restando amplamente demonstrados os atos de improbidade administrativa, torna-se imperiosa a procedência da ação civil pública, condenado o requerido ao pagamento dos danos causados ao erário municipal.*

*Desnecessária é a análise pormenorizada acerca da culpa do agente ímprobo, a qual se evidencia pela própria conduta realizada em dissonância com o senso comum de honestidade, moralidade e ética das instituições.*

*Não tem aplicabilidade a lei municipal antes do início da vigência de seu decreto regulamentador.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.013147-0, da comarca de Otacílio Costa, em que é apelante Ary Espíndola, sendo apelado representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar as preliminares, e por maioria de votos prover parcialmente o

recurso para reduzir a multa civil a uma vez o valor do acréscimo patrimonial indicado e excluir a condenação de ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados em decorrência da utilização de servidores e maquinários do Município para prestação de serviços a terceiros, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina em desfavor de Ary Espíndola, ex-Prefeito Municipal de Otacílio Costa, e Evanildo Souza Muniz, ex-Secretário do Município, aos quais foram imputadas a prática de atos de improbidade administrativa no exercício de seus cargos, nos termos dos arts. 9º, IV, e 10, II e XIII, da Lei n. 8.429/92.

Aduz o autor, em síntese, que o primeiro requerido durante a sua gestão (período de janeiro de 1993 a dezembro de 1996), em violação aos princípios mais elementares da Administração Pública, amealhou vários funcionários pertencentes aos quadros da Prefeitura, para que em horário de expediente, sob a supervisão do segundo requerido, construíssem a sua residência particular. Afirma que na obra em questão e em outra levada a efeito pelo réu Evanildo Souza Muniz eram também utilizados maquinário público. Diz que vários particulares, por igual, foram favorecidos por ordem direta dos requeridos, e acrescenta que a Lei Municipal n. 427/89, a juízo dos réus permissiva de citada prática, é de duvidosa constitucionalidade.

Propugna, assim, pela procedência do pedido para ser determinada a reparação dos danos causados ao erário; pela suspensão dos direitos políticos dos réus pelo período de 10 (dez) anos; pela indisponibilidade de bens destes como garantia do ressarcimento dos prejuízos; pela aplicação de multa civil; pela proibição de contratar com o poder público e de receber incentivos fiscais por 10 (dez) anos; e pela condenação ao paga-

mento de danos morais ao Município e à sociedade do Otacílio Costa.

O feito tramitou regularmente, culminando com a sentença que julgou parcialmente procedente a pretensão, para condenar o requerido Ary Espíndola ao ressarcimento aos cofres públicos em valores consistentes no acréscimo patrimonial obtido pela utilização de servidores e maquinário municipais, assim como à reparação pela prestação de serviços a terceiros, tudo a ser apurado em liquidação de sentença. Decretou, ainda, quanto ao citado requerido, a suspensão dos direitos políticos pelo prazo de 8 (oito) anos, o pagamento de multa civil no montante de três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido, a proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais pelo prazo de 10 (dez) anos, mantendo-se a liminar de indisponibilidade dos bens concedida.

No tocante ao réu Evanildo Souza Muniz, a sentença julgou totalmente improcedente o pedido.

Inconformado, o requerido Ary Espíndola, a tempo e modo, interpôs recurso de apelação. Suscitou, em preliminar, a nulidade da sentença ao fundamento de que esta teria omitido a análise de questões relevantes apresentadas pela defesa; ou aos argumentos de que a decisão não teria motivado as sanções aplicadas, bem como indevidamente transferido a prova da existência do dano (*an debetur*) para a fase de liquidação. Defendeu, ainda, a nulidade do feito diante da ausência de citação de litisconsortes passivos necessários, dispostos estes na peça inicial e na sentença como beneficiários dos atos de improbidade imputados aos réus.

No mérito, sustentou que não foi apreciado o elemento subjetivo de sua conduta, visto que teria agido sem dolo e com amparo na Lei Municipal n. 427/89, lei esta perfeitamente hígida, não havendo cogitar de sua inconstitucionalidade. Afirmou que referida lei não teria sido revogada pela Lei n. 8.429/92, uma vez que versam ambas sobre esferas distintas do governo. Disse também que a lei municipal não estaria obstruída pela inexistência de decreto regulamentar, assim como que adequadamente recepcionada pelo art. 128 da Lei Orgânica Municipal. Pleiteou, afinal, a improcedência da ação.

As contra-razões clamaram pela manutenção do *decisum*.

Quando já conclusos os autos, o recorrente peticionou informando que na esfera criminal foi proferida sentença absolutória.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

## II — Voto

Satisfeitos os pressupostos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

Inicialmente, resta consignar que a absolvição no juízo criminal, noticiada pelo apelante, com fundamento de o fato não constituir infração penal (art. 386, III, do Código de Processo Penal), em nada modifica o resultado da presente demanda.

Primeiro por que a decisão absolutória na esfera penal não transitou em julgado, porquanto ainda passível de modificação no julgamento da apelação criminal contra ele interposta.

Segundo por que é cediço que as instâncias cível e criminal são inde-

pendentes, salvo quando no juízo penal for reconhecida a inexistência material do fato ou da autoria, situações que, por óbvio, não refletem o caso em tela.

Fernando da Costa Tourinho Filho, comentando a matéria, afirma que:

“A disposição *supra* indica que se o Juiz penal proferir decreto absolutório, em princípio, essa circunstância não é impeditiva da propositura da ação civil, salvo se o Juiz penal, ao proferi-lo, reconhecer de forma categórica a inexistência material do fato.

“Muitas vezes a parte interessada, ao invés de promover a ação civil, tal como permite o art. 64 do CPP, aguarda o desfecho do processo, na expectativa de um decreto condenatório, quando, então, transitado em julgado, ensejaria a execução nos moldes do art. 63 do CPP. *Mas, sobrevindo uma sentença absolutória, nada lhe impede o ingresso na esfera civil em busca do ressarcimento. Diz o art. 66: salvo se o Juiz penal, categoricamente, reconhecer a inexistência material do fato. Lógico; se ficou provado que o fato gerador da responsabilidade penal não existiu, como poderia o pretense ofendido postular ressarcimento de dano com fundamento num fato que não houve? Se o Juiz absolver o réu, sob o fundamento de não ter sido ele o autor do crime (art. 386, IV, do CPP) a ação civil também não pode ser proposta, e o impedimento esbarra no art. 1.525 do CC. Já nas hipóteses previstas no art. 386, II, III e VI do CPP, não há obstáculo algum, nem mesmo possibilidade de decisões inconciliáveis”* (Código de Processo Penal Comenta-



do, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1997, p. 136) (grifo nosso).

Cristalina também é a redação do art. 67, III, do Código de Processo Penal, que determina:

“Art. 67: Não impedirão igualmente a propositura de ação civil:

[...]

“III – a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime”.

No que tange à alegação de que a sentença combatida estaria eivada de nulidade, haja vista a omissão da análise de questões cruciais levantadas pela defesa, ela não comporta guarida.

É exigência constitucional que todas as decisões emanadas do Poder Judiciário sejam fundamentadas (art. 93, IX), contudo inexistente obrigatoriedade de que, na sentença cível, o magistrado enfrente todas as teses argüidas pelas partes, podendo fundamentar o seu convencimento apenas naquelas que entenda pertinentes para resolução da *quaestio*. Daí eventual omissão do julgador não implica necessariamente em nulidade.

Já se decidiu:

“O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tinha encontrado motivos suficientes para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um ou todos seus argumentos” (EDEResp n. 231.651, rel. Min. Vicente Leal; EDAC n. 1996.006076-6, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

É construção pretoriana, ademais, que a sentença quando concisa, desde que contenha o essencial e

esteja fundamentada, não há ser anulada. Nessa direção: REsp n. 7870/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

No caso *sub examen* retira-se que o MM. Juiz apreciou suficientemente todos os aspectos relevantes e indispensáveis para o deslinde da demanda.

Quanto ao argumento de nulidade da sentença, diante da não individualização motivada das sanções impostas ao apelante, não prospera.

O Magistrado definiu as penas dentro dos estreitos limites do art. 12, I, da Lei n.º 8. 429/92, de aplicação compulsória.

Ressalte-se que das duas sanções que apresentam gradação (suspensão dos direitos políticos e multa civil), a primeira foi cominada no mínimo legal previsto, situação que evidencia ter o Magistrado considerado brando o grau de culpabilidade do apelante.

A outra, relativa à multa civil, portanto, apresenta-se em dissonância com aquela, razão pela qual merece reforma para se adequar ao grau mínimo de culpabilidade considerado no *decisum*.

Não há, todavia, cogitar de nulidade pela afronta aos princípios da proporcionalidade, graduação e individualização das penas, visto que nitidamente demonstrada a intenção do juiz *a quo* quanto à intensidade das sanções arrogadas.

Tampouco acarreta nulidade a remissão da cognição *an debeat* para a fase de liquidação da sentença.

Certa a existência de dano causado ao erário, não é razoável julgar-se improcedente a ação, negando-se o

resgate à moralidade pública, apenas porque incerto o seu quantitativo.

Saliente-se que, na hipótese, a natureza do objeto da lide exige que se proceda ao procedimento liquidatório, uma vez que não se cinge a simples cálculos aritméticos, mas sim a levantamentos pormenorizados das edificações e dos gastos nelas expendidos, bem como o cálculo do custo da mão-de-obra indevidamente utilizada pelo requerido.

Finalmente, inviável o reconhecimento de nulidade em função da ausência de citação de litisconsortes passivos necessários.

Infere-se que apesar de a sentença ter mencionado os nomes de Valmir Martins Luciano, Manoel Antunes Schischting, Amadeus Boaventura Pereira, Marcos Antônio de Barba e Sálvio Antônio Paim, como beneficiários do uso de bens públicos, em verdade não os responsabilizou pela prática efetiva de ato de improbidade.

Assim, desnecessária é a citação destes para figurarem no pólo passivo da ação, haja vista que a decisão não lhes acarretou nenhum prejuízo. Apenas se lhes sobreviesse decisão desfavorável é que seria de rigor as suas citações para integrarem a lide como litisconsortes.

É da jurisprudência:

“O litisconsórcio necessário tem lugar se a decisão da causa propende a acarretar obrigação direta para o terceiro, a prejudicá-lo ou a afetar seu direito subjetivo” (STF – RT 594/248). Do contrário, ele não ocorre (RTJ 84/267).

Ultrapassada a análise das questões preliminares argüidas, resta o exame do mérito.

Conclui-se que é de todo acertado o decreto de procedência da ação civil pública, posto que indubitável, diante dos elementos probatórios carreados aos autos, a responsabilidade do apelante pela prática de ato de improbidade administrativa.

Irrefragável é a circunstância de que este, aproveitando-se da condição de Prefeito Municipal, ter utilizado maquinário e agrupado funcionários pertencentes ao quadro municipal para a construção de obra particular.

Praticamente todos os depoimentos colacionados aos autos corroboram tal fato, inclusive o recorrente, em fl. 708, não desmente citada prática:

“[...] que os *funcionários do município de Otacílio Costa trabalharam efetivamente na edificação da casa do informante*, mas em horário extra-expediente, principalmente nos finais de semana; que os servidores quando prestaram serviços particulares ao informante foram remunerados pelo próprio informante e obedeceram ordem do informante como pessoa física; *que as máquinas municipais prestaram serviços na casa do informante*, mas houve o pagamento do combustível e também foi recolhida a taxa municipal devida pelos serviços, conforme previsto em lei municipal; [...]” (grifo nosso).

Ainda, vários testemunhos acrescentam que os serviços prestados na residência particular do ex-Prefeito Municipal muitas vezes eram rea-



lizados em dias úteis, no horário de expediente.

Nesse sentido, extrai-se a declaração de Adolfo Paneck, em fl. 712:

“[...] que o informante recebeu denúncias de vizinhos de Ary de que o mesmo estava se utilizando de serviços na edificação de sua casa prestados por funcionários municipais em horário de expediente; que o informante dirigiu-se ao local e constatou que efetivamente existiam funcionários públicos municipais prestando serviços particulares à Ary no horário de expediente; que havia uns 20 servidores prestando serviços para Ary e quando da chegada do informante eles tentaram se esconder; que alguns inclusive foram fotografados no local; que as fotografias foram tiradas em dias úteis; que o informante não sabe quem remunerou os servidores que prestaram serviços para Ary; eram Pedro Ferreira de Andrade, Juarez José da Silva, Albanir Xavier de Almeida; que nos finais de semana a casa de Ary continuava sendo edificada pelos funcionários da prefeitura, bem como, *lá trabalhavam os maquinários do município de Otacílio Costa* [...]” (grifo nosso).

Liliana Marcondes Pinho, em fls. 714 e 715, afirmou:

“[...] que na época dos fatos a depoente representava a associação de moradores deste município e foi chamada para constatar o favorecimento de Ary Espíndola na construção da casa dele por máquinas e serviços do município; que foi até o local onde a casa de Ary estava sendo edificada em dia útil e lá chegando constatou que vários funcionários do muni-

*cípio de Otacílio Costa estavam trabalhando na obra da edificação da casa, bem como, estavam sendo utilizados maquinários da prefeitura, tais como, patrôla, caminhões; que um dos funcionários que prestou serviços para Ary e que a depoente se recorda era o ‘Pedrão’, o qual era mestre de obras [...]*” (grifo nosso).

Albanir Xavier de Almeida, em fl. 716, declarou:

“[...] que o requerente retifica alguns termos acima, alegando que não sabe mas é possível que foram prestados serviços de máquina para os requeridos em horário de expediente, mediante o pagamento das taxas devidas [...]” (grifo nosso).

Juarez José Silva, em fl. 719, disse:

“[...] que o depoente trabalhou para o município de Otacílio Costa na época dos fatos como operador de máquinas e nestas condições com o maquinário do município prestou serviços para Ary Espíndola, então prefeito na época, arrancando alguns tocos de pinheiro na propriedade dele; que esses serviços foram prestados pelo depoente em horário de expediente da prefeitura; que o depoente não tem conhecimento se Ary recolheu as taxas pelos serviços recebidos [...]” (grifo nosso).

Manoel Antunes Schlishting, em fl. 721, asseverou:

“[...] que o depoente presenciou por diversas vezes servidores e máquinas do município, prestando serviços na edificação da casa do requerido Ary Espíndola; que esses serviços eram realizados às vezes no horário normal de expediente da prefeitura e

*outras vezes em finais de semana;* que o depoente não se recorda do nome de nenhum servidor que prestou serviços na edificação da casa de Ary, mas esclarece que lá trabalhavam quatro, cinco ou seis servidores; que o depoente não tem certeza porque somente via quando passava no local, mas acha que referidos servidores públicos trabalhavam diretamente na edificação da casa de Ary [...]” (grifo nosso).

Ressalta-se que o apelante não trouxe elementos no processo a refutar a validade da prova testemunhal juntada.

As fotografias, de fls. 48 a 57, ainda, dão conta da grandiosidade do ato ímprobo realizado pelo requerido Ary Espíndola.

Do mesmo modo, as matérias veiculadas nos jornais locais (fls. 38 a 45) evidenciam as providências tomadas pelos vereadores à época, e a indignação da população quanto à prática levada a efeito pelo réu, que, inclusive, teria mencionado à imprensa que a obra em questão servia “para o embelezamento da cidade” (fl. 42).

Nítida, dessa forma, a afronta ao art. 9º, inciso IV, da Lei n. 8.429/92, que dispõe:

“Art. 9º Constitui ato de improbidade administrativa *importando enriquecimento ilícito* auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

[...]

IV – utilizar, *em obra ou serviço particular*, veículos, máquinas, equipa-

mentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades” (grifo nosso).

Acerca dos atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito, vale transcrever a lição de Alexandre Rosa e Affonso Ghizzo Neto, na obra *Improbidade Administrativa e Lei de Responsabilidade Fiscal*, Florianópolis: *Habitus*, p. 62 a 64:

“Em conclusão, o ato de improbidade administrativa que importe *enriquecimento ilícito* restará configurado a partir da união de quatro requisitos originais, quais sejam, *ter sido o ato de improbidade praticado por agente público; não existir fundamento plausível que justifique a apropriação alheia; a presença do nexos causal, ou seja, ter o agente público obtido esta vantagem no exercício ou em razão de sua condição profissional*. O resultado danoso à Administração Pública não se faz necessário, sendo suficiente a expectativa de sua efetivação” (grifo nosso).

E acrescentam:

“O ato de improbidade administrativa previsto no inciso IV se *concretizará com a utilização irregular de bens, serviços e servidores da Administração Pública, ou que pelo erário esteja sendo custeado, em obra privada*. Não será qualquer empreendimento particular que caracterizará o ilícito, devendo a obra favorecida ser de propriedade do agente público ímprobo [...]”.

Ao contrário do que pretende o apelante, não há cogitar para a procedência da *actio* a análise pormenorizada sobre a culpa do agente, a qual, aliás, encontra-se translúcida no bojo dos autos.

Todavia, mesmo que a culpabilidade do requerido não estivesse tão facilmente perceptível, tem-se entendido que em “algumas hipóteses de atos de improbidade, em especial nos que causam enriquecimento ilícito, a culpa é presumida” (Di Pietro, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2002, p. 689).

A respeito, elucida a renomada autora, *in* Discricionariedade administrativa na Constituição de 1988. São Paulo: Atlas, 1991, p. 111:

“[...] não é preciso penetrar na intenção do agente, porque do próprio objeto resulta a imoralidade. Isto ocorre quando o conteúdo de determinado ato contrariar o senso comum de honestidade, retidão, equilíbrio, justiça, respeito à dignidade do ser humano, à boa fé, ao trabalho, à ética das instituições. A moralidade exige proporcionalidade entre os meios e os fins a atingir; entre os sacrifícios impostos à coletividade e os benefícios por ela auferidos; entre as vantagens usufruídas pelas autoridades públicas e os encargos impostos à maioria dos cidadãos. Por isso mesmo, a imoralidade salta aos olhos quando a Administração Pública é pródiga em despesas legais, porém inúteis, como propaganda ou mordomia, quando a população precisa de assistência médica, alimentação, moradia, segurança, educação, isso sem falar no mínimo indispensável à existência digna. Não é preciso, para invalidar despesas des-

*se tipo, entrar na difícil análise dos fins que inspiraram a autoridade; o ato em si, o seu objeto, o seu conteúdo, contraria a ética da instituição, afronta a norma de conduta aceita como legítima pela coletividade administrada. Na aferição da imoralidade administrativa, é essencial o princípio da razoabilidade”* (grifo nosso).

Portanto, *in casu*, denota-se que o ato de improbidade é objetivo e resulta da simples comprovação da conformidade da conduta implementada pelo agente e aquela definida no inciso IV do art. 9º da Lei n. 8.429/92. O fato singelamente demonstrado, bem como a sua prática, já implicam na caracterização de improbidade administrativa e, *ipso facto*, na presunção legal de enriquecimento ilícito.

No que concerne à prática de uso de mão-de-obra de servidores, assim como de máquinas e equipamentos pertencentes ao Poder Público para o favorecimento de particulares, frágil é a prova colacionada nesse sentido.

O art. 10 e seus incisos estabelecem atos de impropriedade administrativa que causam enriquecimento ilícito a terceiros irregularmente beneficiados, em detrimento do patrimônio público.

O conjunto probatório não deixou, estreme de dúvidas, evidente que municípios tenham sido efetivamente beneficiados.

Assim, como as condutas do art. 10 da Lei n. 8.429/92 não restaram caracterizadas, sequer caberia cogitar da hipótese de sanção do art. 12, II, de citada lei, observando-se adequado o enquadramento legal da sentença que se

limitou às disposições do art. 12, I, da lei em comento.

Em conseqüência, reparo merece o *decisum* quanto ao trecho que dispõe (fl. 834): “deverá ressarcir aos cofres públicos do Município de Otacílio Costa os prejuízos causados ao ente público em decorrência da utilização de servidores e maquinários do município para prestação de serviços a terceiros”.

Ora, se não enquadradas as condutas dispostas no art. 10 da lei em exame, tanto que excluídos da decisão os terceiros ditos beneficiados, não há falar em indenização pelo acréscimo patrimonial obtido em virtude da prestação de serviços a particulares.

É provável que o ilustre Magistrado tenha laborado com engano diante do argumento do requerido que se considerou “terceiro” nos termos do que dispunha a Lei Municipal n. 427/89.

Diga-se, a propósito, que a afirmativa do réu Ary Espíndola de que a Lei Municipal n. 427/89 teria autorizado o emprego do maquinário e contingente humano da Prefeitura em serviço particular, bem como possibilitado o uso destes por terceiros, não o exime da prática da conduta antes tipificada.

Nesse tópico, razão assiste ao nobre MM. Juiz em aduzir que citada lei é inconstitucional. Patente está a ofensa desta a princípios fundamentais da Administração Pública, principalmente o da moralidade, disposto no art. 37, *caput*, da Constituição Federal.

Colhe-se novamente os ensinamentos de Alexandre Rosa e Affonso Ghizzo Neto:

“O art. 37, *caput*, consagra como princípios fundamentais da Administração Pública a legalidade, a impessoalidade, a moralidade, a eficiência e a publicidade. É certo que todos eles bastariam no próprio princípio da moralidade administrativa, que representa a matriz de um ordenamento complexo. *A moralidade administrativa tem alcance extenso, determinação destinada a todos os agentes públicos, que deverão proceder conforme o padrão jurídico da moral, da boa-fé, da lealdade, da honestidade, da publicidade, da competência e da impessoalidade*” (*op. cit.*, p. 47) (grifo nosso).

Da obra Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional, São Paulo: Atlas, 2002, p. 783, de Alexandre de Moraes, extrai-se:

“A Constituição Federal, ao consagrar o princípio da moralidade administrativa como vetor da atuação da administração pública, igualmente consagrou a necessidade de proteção à moralidade e responsabilização do administrador público amoral ou imoral.

“Dessa forma, deve o Poder Judiciário, ao exercer o controle jurisdicional, *não se restringir ao exame estrito da legalidade do ato administrativo, mas, sim, entender por legalidade ou legitimidade a conformação do ato não só com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo.*

“A conduta do administrador público em desrespeito ao princípio da moralidade administrativa enquadra-se nos denominados atos de improbidade, previstos pelo art. 37, § 4º, da Constituição Federal, e sancionados com a suspensão dos direitos po-

líticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível, permitindo ao Ministério Público a propositura de ação civil pública por ato de improbidade, com base na Lei n. 8.429/92 para que o Poder Judiciário exerça o controle jurisdicional sobre lesão ou ameaça de lesão ao patrimônio público”(grifo nosso).

Salienta-se que o art. 4º da Lei n. 8.429/92 impõe que todos os agentes públicos se pautem em rigorosa observância a citados princípios constitucionais.

No mais, não bastasse a inconstitucionalidade acima apontada, manifesta é a impropriedade redacional de mencionada norma, pois que autoriza o Poder Executivo Municipal a prestar serviços para terceiros, mediante o pagamento do que denomina de “taxa” a ser fixada por “decreto”.

Sabe-se que taxa é um tributo e, como tal, deve estrita observância aos princípios da legalidade tributária e da anterioridade, insculpidos no art. 150, I e III, *b*, da Constituição Federal, respectivamente, que determinam que seja fixado por lei e cobrado no exercício seguinte ao de sua edição.

Mesmo que dito pagamento autorizado pela lei municipal tivesse natureza de tarifa, conforme pretende o apelante, ainda assim inviável a procedência do pleito.

Destaque-se que o “decreto regulamentador” mencionado pela lei em exame nunca existiu, situação que basta para torná-la inexecutável.

É cediço que “na hipótese de regulamento necessário, o início da aplicabilidade da lei só ocorre na data do início de vigência do regulamento. A lei, no interregno, estará em vigor, mas não terá aplicabilidade antes que tenha início de vigência o regulamento necessário” (Batalha, Wilson de Souza Campos. Direito Intertemporal. Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 21).

Arremata Celso Ribeiro Bastos, no livro Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Saraiva, 1989, p. 111:

“A utilização de certas expressões lingüísticas, como ‘a lei regulará’ ou ‘a lei disporá’, ou, ainda, ‘na forma da lei’, deixa logo claro que a vontade constitucional não está integralmente composta. *A matéria normada não ganhou sua definitividade em seu perfil. Ela reclama a superveniência de normação posterior que venha a delimitá-la na sua exata extensão, quer para alargá-la, quer para restringi-la*” (grifo nosso).

Além disso, é completamente destituída de fundamento a alegação de que a Lei Municipal n. 427/89 e a Lei n. 8.429/92 não seriam incompatíveis entre si.

É evidente a contrariedade da norma municipal aos preceitos contidos na Lei de Improbidade Administrativa, em especial ao art. 9º desta lei, que define a conduta praticada pela municipalidade como ato de improbidade administrativa.

Sabe-se também que a lei federal tem aplicabilidade em todo o território nacional, não podendo o seu cumprimento ser excepcionado por outra norma de abrangência restrita ao Município.

Ademais, apenas a título de argumentação, se referida lei tivesse eficácia, esta estaria limitada ao território da municipalidade, conforme expressa redação do art. 3º da própria norma em comento (fl. 104), que disciplina que os serviços autorizados somente poderiam “ser realizados dentro do território do Município de Otacílio Costa”. Contudo, o próprio recorrente admitiu ter utilizado os caminhões caçamba da Prefeitura para transporte de telhas do município vizinho de Sangão (fls. 105 e 106).

Dessa feita, conclui-se que a lei exarada pela Administração Municipal, por si só, emana grave e intolerável lesão à moralidade administrativa, na medida em que se desvia da finalidade inerente a qualquer ente público, qual seja, o bem comum do povo.

Por todo o exposto, o recurso deve ser conhecido, afastadas todas as questões preliminares suscitadas, e provido parcialmente somente para reduzir a multa civil a uma vez o valor do acréscimo patrimonial indicado e excluir a condenação de ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados em decorrência da utilização de servidores e maquinários

do Município para prestação de serviços a terceiros.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara decidiu, por votação unânime, rejeitar as preliminares, e por maioria de votos prover parcialmente o recurso para reduzir a multa civil a uma vez o valor do acréscimo patrimonial indicado e excluir a condenação de ressarcimento aos cofres públicos dos prejuízos causados em decorrência da utilização de servidores e maquinários do Município para prestação de serviços a terceiros, mantidas as demais cominações da sentença. Vencido o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu que julgou no sentido de prover o recurso para julgar improcedente a ação.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Dalcio Moser.

Florianópolis, 27 de março de 2003.

*Vanderlei Romer,  
Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.021332-8, DE ITAJAÍ

**Relator designado: Des. Vanderlei Romer**

*Direito material. Responsabilidade civil objetiva. Morte de preso em estabelecimento penitenciário. Excludente de culpa configurada. Detento que, segundo os elementos probatórios, criou para si situação de risco motivadora do infeliz evento. Obrigação de indenizar afastada. Apelação e reexame providos.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.021332-8, da comarca de Itajaí (Vara da Fazenda Pública, Execuções Fiscais, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que são apelantes e apelados Cyriaco Batista, Hilda Malaquias Batista e Estado de Santa Catarina e outro:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar a preliminar e, por maioria de votos, prover o recurso e a remessa, prejudicado o recurso dos autores. Vencido em parte o Exmo. Sr. Des. Relator, que julgou no sentido de prover parcialmente o recurso e a remessa.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Tratam os autos de Ação de Indenização por Danos Morais, em que litigam Cyriaco Batista, Hulda Malaquias Batista e o Estado de Santa Catarina; respectivamente, autores e réu.

Relata a exordial que os requerentes são pais de Moacir Batista, brutalmente assassinado no interior da Cadeia Pública de Itajaí, em data de 21 de fevereiro de 1998, fato este que só ocorreu em virtude da manifesta desídia dos agentes carcerários, que nada fizeram para impedi-lo. Consta, ainda, que o evento enseja a reparação pelos danos morais, cuja ocorrência é indiscutível, dada a ofensa à honra, moral e à imagem dos postulantes.

Daí por que se requereu a condenação do ente público ao pagamento das verbas a seguir discrimi-

nadas: a) 10.800 salários mínimos, a título de danos morais; b) pensão mensal vitalícia de 1 (um) salário mínimo mensal; c) 2/3 de um salário mínimo à guisa de décimo terceiro salário; d) 2/3 sobre os depósitos de FGTS; e) prestações vencidas, mais 12 vincendas, a contar do ingresso da ação; e f) correção monetária, além dos ônus da sucumbência.

Contestando o pedido, o Estado de Santa Catarina asseverou, inicialmente, que é inaplicável à hipótese a teoria da responsabilidade objetiva, por versar a lide sobre a suposta ocorrência de ato omissivo. Após discorrer longamente sobre o tema, aduziu que é indiscutível o direito do indivíduo encarcerado à proteção dos órgãos públicos. Todavia, sustentou, que o dano não se qualifica juridicamente como injusto se decorre exclusivamente do procedimento doloso ou gravemente culposo do próprio ofendido. Afirmou que é justamente o que se deu *in casu*, haja vista que a vítima, João do Pulo, teria prometido vingar seu companheiro de cela e com isso “acabou assinando sua própria sentença de morte”, ou, então, ter-se-ia envolvido em encrenca recente ao denunciar alguns presos. Após, passou a impugnar o direito às verbas indenizatórias, bem como o *quantum* postulado.

Houve réplica.

O feito prosseguiu regularmente, culminando com a sentença que deu pela procedência parcial dos pedidos, condenando o requerido ao pagamento de uma indenização por danos morais em valor equivalente a 300 (trezentos) salários mínimos.

Ambas as partes recorreram.

Pediram os autores a reforma do decisório para que seja acolhida a pretensão referente ao pensionamento mensal, majorando-se, ainda, a verba indenizatória, assim como os honorários.

De sua vez, o ente público insistiu na tese de que não há prova cabal de sua culpa, diante da forte possibilidade de o *de cujus* ter-se suicidado. No mais, reeditou a argumentação anteriormente expendida nos autos, encerrando por clamar pela reforma. Outro o entendimento, porém, pediu pela aplicação do art. 21 do CPC à espécie, diante da sucumbência recíproca.

Com as contra-razões, os autos alçaram a esta Corte, tendo a ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça argüido, em preliminar, a ilegitimidade ativa *ad causam* dos autores, uma vez que legitimado para postular o direito seria o filho da vítima. *In meritis*, é pelo desprovimento dos recursos.

É o que cumpria relatar.

## II — Voto

O Ministério Público, por seu digno representante, opinou pela extinção do feito sem julgamento de mérito, dada a ilegitimidade dos autores. E isto pelo fato de o morto ter deixado um filho que, na qualidade de herdeiro, é que poderia manejar a ação.

Não há, todavia, dar guarida à preambular.

A circunstância suso não tira o direito dos pais de propugnarem pela tutela jurisdicional, especialmente no que pertine ao dano moral. Há inescusável legitimidade para tanto, haja vista que a indenização decorrente diz

respeito precipuamente à reparação pelo sofrimento moral, decorrente, em tese, “das perdas de ordem afetiva, da dor, do vazio deixado pela morte do ente querido e da sensação de insegurança experimentados pelos familiares” (TARS, Ap. Cív. n. 194.084.331, sem grifo no original).

Em tais casos, a legitimidade é concorrente, podendo-se, quanto muito, proceder à divisão da verba indenizatória, com menor participação dos requerentes.

Assim, tem-se por satisfeitas as condições de ação, e, via de consequência, de rigor a análise do mérito da causa.

Os autos indicam com precisão que, em 21-2-98, Moacir Batista, vulgo “Galo Cego”, foi encontrado morto no interior de sua cela, de n. 6 da Galeria B, na Cadeia Pública de Itajaí. O exame cadavérico revelou “a ocorrência de morte por asfixia por enforcamento” (fl. 32). Também o laudo pericial apontou “feridas sangrentas nas pernas”, localizando-se no local, ainda, uma “mancha de material semelhante a sangue” (fl. 38). A teor do Relatório de fl. 114, as lesões indicam agressão, gerando suspeitas de que o custodiado teria sido enforcado, a bem da verdade. Nada obstante, o caso acabou por ser arquivado, à míngua de provas.

A instância singular concluiu pela procedência do pedido inaugural, ao entendimento de que, quer se trate de suicídio, quer de homicídio, o Estado deve responder pelos danos advindos pelo falecimento.

Em outras palavras, independentemente da morte no interior de estabelecimento prisional decorrer de



ato voluntário, caracterizada estaria a culpa *in vigilando*, tornando certa a obrigação estatal de indenizar.

É indiscutível que se está diante de responsabilidade objetiva, cumprindo apenas perquirir se presente o nexo de causalidade entre a ação, ou a omissão do Estado e o evento danoso.

Não se nega que “o ordenamento constitucional vigente assegura ao preso a integridade física (CF, art. 5º, LXLIX), sendo dever do Estado garantir a vida de seus detentos, mantendo, para isso, vigilância constante e eficiente” (TJMS – Ap, Cív. n. 55.252-9, rel. Des. José Augusto de Souza).

Realmente, a obrigação do ente público de preservar a integridade física do preso, com o emprego de todos os meios necessários ao integral desempenho desse encargo jurídico, é corolário da lei. Não o fazendo, corre o risco de ver caracterizada a responsabilidade civil pelos danos a ele ocasionados, ou, por extensão, a seus parentes.

Yussef Said Cahali, com a perspicácia que lhe é muito própria, observa que “na realidade, a partir da detenção do indivíduo, este é posto sob a guarda e responsabilidade das autoridades policiais, que se obrigam pelas medidas tendentes à preservação da integridade corporal daquele, protegendo-o de eventuais violências que possam ser contrapracadas, seja da parte de seus próprios agentes, seja da parte de outros detentos, seja igualmente da parte de estranhos” (Responsabilidade Civil do Estado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 175).

Bem por isso, repita-se, há que se cogitar apenas da causalidade do ato praticado pela administração pública.

Contudo, há que se ter em mente que “o princípio da responsabilidade objetiva não se reveste de caráter absoluto, eis que admite o abrandamento e, até mesmo, a exclusão da própria responsabilidade civil do Estado, nas hipóteses excepcionais configuradoras de situações liberatórias – como o caso fortuito e a força maior – ou evidenciadoras de ocorrência de culpa atribuível à própria vítima (RDA 137/233 – RTJ 55/50)” (STF – RE 109.516, rel. Min. Celso Mello).

Em valiosa lição, o Ministro Carlos Velloso registra que “a teoria do risco administrativo que foi adotada pela nossa Carta Magna (CF, art. 107, parágrafo único), todavia, inobstante o seu caráter objetivo, admite abrandamentos, vale dizer: a culpa da vítima, desde que comprovada, influi ‘para minorar ou mesmo para excluir a responsabilidade civil do Estado’, preleciona Wilson Melo da Silva, com apoio em Paul Due e Aguiar Dias (ob. cit., p. 147)” (TFR, Ap. Cív. n. 33.552). E mais adiante, remetendo-se a voto do Min. Thompson Flores, consigna:

“[...] embora tenha a Constituição admitido a responsabilidade objetiva, aceitando mesmo a teoria do risco administrativo, fê-lo com temperamentos, para prevenir os excessos e a própria injustiça.

“Não obrigou, é certo, à vítima e aos seus beneficiários, em caso de morte, a prova da culpa ou dolo do funcionário, para alcançar indenização. Não privou, todavia, o Estado do propósito de eximir-se da reparação, que

o dano defluíra do comportamento doloso ou culposo da vítima.

“A *contrario sensu*, seria admitir a teoria do risco integral, *forma radical que obrigaria a administração a indenizar sempre, e que, pelo absurdo, levaria Jean Derefroidmont (La Science du droit positif, p. 339) a cognominar de brutal*” (sem grifo no original).

Com apoio na doutrina e jurisprudência transcritas, e após meticulosa análise dos autos, tem-se que o réu/apelante não pode ser responsabilizado pela morte do filho dos autores.

É que, na espécie, não pode haver dúvida se o evento decorreu da conduta da própria vítima, fator excludente de causalidade, como exaustivamente dito.

Fora de dúvida que o próprio Moacir Batista, vulgo “Galo Cego”, é que criou o risco para si próprio. E isso admitindo-se que tenha efetivamente sido assassinado por seus companheiros de cárcere.

O *de cuius* encontrava-se recluso em virtude da prática de vários delitos, possuindo impressionante folha de antecedentes criminais. Há notícia, ainda, que se teria envolvido em uma contenda com outros detentos, e que sua morte seria mesmo fruto de um acerto de contas. Ou, quando muito, de uma vendeta. Notícia o caderno processual que ele teria prometido se vingar de seu companheiro de cela, assinando, destarte, “sua própria sentença de morte” (fl. 152).

Sumariando, o detento é que criou para si mesmo uma situação de risco motivadora do infeliz evento, à revelia do Estado.

Neste contexto, não é admissível cogitar-se da responsabilidade estatal. É evidente que o morto contribuiu decisivamente e exclusivamente para sua própria morte, que nada mais é do que a conseqüência de uma série de atos nocivos à sociedade e a si próprio.

Em ilustrada lição, Rui Stocco nos diz:

“Embora a lei civil codificada não faça qualquer menção à culpa da vítima como causa excludente da responsabilidade civil, a doutrina e o trabalho pretoriano construiu a hipótese, pois, como se dizia no Direito Romano: *Quo quis ex culpa sua damnum sentit, intelligitur damnum sentire*.

“Como ensina Aguiar Dias, a conduta da vítima como fato gerador do dano elimina a causalidade.

“Realmente, se a vítima contribuiu com ato seu na construção dos elementos do dano, o direito não se pode conservar alheio a essa circunstância.

“Da idéia da culpa exclusiva da vítima, que quebra um dos elos que conduzem à responsabilidade do agente (o nexos causal), chega-se à concorrência de culpa, que se configura quando a essa vítima, sem ter sido a única causadora do dano, concorreu para o resultado, afirmando-se que a culpa da vítima ‘exclui ou atenua a responsabilidade, conforme seja exclusiva ou concorrente’ (Aguiar Dias, *op. cit.*, n. 221).

“Assim emerge importante para apurar-se a responsabilidade considerar-se a parte com que a vítima contribuiu para o evento, de modo que na liquidação do dano calcular-se-á proporcionalmente a participação de

cada um, reduzindo, em conseqüência, o valor da indenização.

“Quando se verifica a culpa exclusiva da vítima, tollitur quaestio: in-corre indenização [...] O que importa, no caso, como observam Alex Weill e François Terré, é apurar-se se a atitude da vítima teve o efeito de suprimir a responsabilidade do fato pessoa do agente, afastando a sua culpabilidade (Droit Civil, Les Obligations, n. 635, p. 647; Malaurie e Aynès, ob. cit., n. 59, p. 5, *apud* Caio Mário, op. cit., p. 269)” (in Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 89, sem grifo no original).

*Mutatis mutandis:*

“Responsabilidade civil – Acidente ferroviário – Culpa exclusiva da vítima – Afastamento da responsabilidade do transportador – A vítima, seja por qual motivo fosse, ao colocar a cabeça para fora da composição ferroviária, em movimento, por si só criou a situação de risco que foi fatal. Não caracterizando a inadimplência ao contrato de transporte” (TACRJ – Ap. Cív. n. 4016/96).

“Responsabilidade civil. Vítima que tenta realizar travessia de pista sem atentar para as condições do trânsito. Responsabilidade objetiva (art. 37, §6º, da CF). Risco administrativo. Prova da culpa exclusiva da vítima. Imprudência de pedestre que, sem atentar para as condições de trânsito do local, tenta realizar travessia de pista, colocando-se em situação de risco. Comprovada a culpa exclusiva da própria vítima, inexistente responsabilidade civil da concessionária do serviço público, porque o art. 37, § 6º, da Constituição Federal consagra a responsabilidade objetiva,

mas na modalidade do risco administrativo, não na do risco integral. Apelo a que se nega provimento” (Ap. Cív. n. 20010710000049APC-DF, rel. Des. Mário Machado).

Enfim, reconhecida a excludente, dilui-se a responsabilidade do Estado.

Vale ainda dizer que, se fosse efetivamente caso de suicídio, ainda assim, não lograriam êxito os suplícantes.

Ementa de precedente desta Casa de Justiça sintetiza à perfeição a matéria:

“Ação ordinária de reparação de danos – Responsabilidade civil do estado – Suicídio de preso – Ausência de nexo de causalidade entre a conduta estatal e o funesto evento – Sentença reformada – Reclamo provido – Remessa prejudicada.

‘A prisão não determina por si só, e necessariamente, que um preso se suicide. Tal ato depende da exclusiva vontade enferma do suicida.

‘Todos os atos de mau funcionamento do aparelho de custódia dos presos, falta de vigilância, de revista, não se relacionam, necessariamente, com um ato exclusivo do suicida que resolve terminar com a vida. Se o Estado pudesse prever a tendência suicida do preso, desde que a quase totalidade destes e a quase totalidade de bêbados não se suicidam, e, assim mesmo, proporcionasse, por sua ação, colocando uma arma ao alcance da mão do suicida, haveria aí uma causação, um ato determinante que, por mais evidente que fosse, dependeria, ainda, da vontade do morituro, podendo este frustrá-lo. Não lobrigo, de conseqüência, no fato

do suicídio do preso, condenado ou eventual, um ato de causação do Estado, desde que o ato do autocida corta, rompe a causação que pudesse ter sido iniciada pelo Estado no seu ato de custódia. O preso, de costume, não se mata. Suicida-se alguém que já possui em si o gérmen de doença e que pretende extinguir com a vida. E neste caso, o local, o ambiente, o tempo, não importa, influenciando, isto sim, o resultado psíquico negativo limite, a carga enferma máxima psicológica do que atenta contra a vida' (RJTJRS vol. 142, p. 247 e 248)" (Ap. Cív. n. 1997.015379-1, rel. Des. Orli Rodrigues).

Pelo exposto, são providos o recurso voluntário e o reexame, restando prejudicado o apelo dos suplentes.

É o voto.

## II — Decisão

A Câmara decidiu, por votação unânime, rejeitar a preliminar e, por

maioria de votos, prover o recurso e a remessa, prejudicado o recurso dos autores. Vencido em parte o Exmo. Sr. Des. Relator que julgou no sentido de prover parcialmente o recurso e a remessa.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Volnei Carlin e dele participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jacson Correa.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2003.

*João Martins,*  
*Presidente, para o Acórdão;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.000056-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação monitoria. Cheque em favor de município. Endosso subscrito por ex-prefeito. Ilegitimidade ativa da endossatária. Manifesta nulidade do endosso. Proemial acolhida. Carência da ação. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Inteligência do artigo 267, VI, do CPC. Recurso provido.*

*Diante da nulidade do endosso, aposto por quem não reunia condições para implementá-lo, é manifesta a ilegitimidade ativa da endossatária para a ação monitoria, de modo que, na hipótese, o processo deve ser extinto sem julgamento do mérito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*2000.000056-6, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara), em que*

*é apelante Jaú Noé Gaya, sendo apelada Jocelina Steil Vicente:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Na comarca de Balneário Camboriú, Jocelina Steil Vicente ajuizou ação monitória contra Jaú Noé Gaya.

Citado, o réu opôs embargos monitórios (fls. 11 a 14) e, em seguida, a autora os impugnou (fls. 28 a 31).

Julgando antecipadamente a lide, a Magistrada rejeitou os embargos e converteu o mandado inicial em título executivo judicial, condenando o embargante ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (fls. 41 a 43).

Irresignado com o teor do decisório que lhe foi adverso, o embargante apelou, aduzindo, preliminarmente, que se encontra ausente pressuposto de constituição e de desenvolvimento válido do processo, uma vez que a embargada não narrou a causa de pedir, e da narração dos fatos não se pode depreender logicamente a conclusão (fls. 45 a 51).

Obtempera que, por ter sido o cheque emitido nominalmente à Prefeitura de Balneário Camboriú, somente o Prefeito poderia tê-lo endossado. Por assim ser, nulo é o endosso sobreposto por Luís Vilmar de Castro ao carimbo de devolução do cheque pelo banco. Aponta que Luís Vilmar de Castro não era mais prefeito em

15-1-97 e que, portanto, a embargada é parte ilegítima para figurar no pólo ativo da demanda.

Afirma, ainda, ter havido cerceamento de defesa por não lhe ter sido oportunizado comprovar que a embargante adquirira o cheque conscientemente em detrimento do devedor (circunstância em que, nos termos do artigo 25 da Lei n. 7.357/85, permite opor ao portador exceções que sejam fundadas com o portador anterior).

No mérito, sustenta que é indício da má-fé da autora o fato de esta haver recebido o cheque por endosso após sua devolução pelo agente pagador. Consigna, ainda, que a situação dos autos é uma exceção ao princípio da inoponibilidade das exceções, consagrado no artigo 25 da Lei do Cheque.

Requer, pois, o provimento do apelo a fim de que o processo seja extinto sem julgamento do mérito, ou, alternativamente, sejam acolhidos os embargos monitórios.

Ofertada a resposta, com pedido de manutenção do julgado (fls. 54 a 59), ascenderam os autos.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

O apelo procede.

Prescrito o cheque emitido, é viável ao credor, como se sabe, valer-se do manejo da ação monitória, bastando, para tanto, a juntada aos autos do referido título, suficiente, pois, à satisfação da exigência insculpida no artigo 1.102a do CPC.

É que, como consoa a jurisprudência desta Corte, “A prescrição do cheque afeta-lhe a executividade

apenas; entretanto revela-se o cheque prescrito como documento de crédito perfeitamente apto a motivar ação monitória, visando à recomposição da exeqüibilidade perdida” (Ap. Cív. n. 2000.007077-7, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

Sendo assim, preenchidos, nessa parte, os requisitos ao ajuizamento da ação monitória, rejeito a preliminar de inépcia da inicial, passando, desde logo, ao exame da alegada nulidade do endosso, da qual decorreria a ilegitimidade ativa da apelada.

É relevante salientar, de princípio, que, ainda que emitido nominalmente — caso não contenha a cláusula “não à ordem” —, o cheque é passível de transferência a terceiros por meio do endosso (artigo 17 da Lei do Cheque).

Uma vez endossada a cártula, o terceiro que a adquiriu passa a figurar na qualidade de credor, possuindo legitimidade para se utilizar dos meios legais à satisfação de seu crédito.

No caso enfocado, constato que Jaú Noé Gaya, no segundo semestre de 1996, emitiu cheque nominal à Prefeitura Municipal de Balneário Camboriú, no valor de R\$ 6.006,00 (fl. 6), no afã de quitar débitos fiscais que mantinha com a aludida Municipalidade — circunstância esta, aliás, incontroversa nos autos (fl. 18).

Como constatasse, posteriormente, a não-utilização do aludido cheque à quitação dessas dívidas (fls. 21 a 27), o apelante determinou o seu cancelamento. Não obstante isso, o título acabou sendo curiosamente endossado, no verso, à apelada, tendo sido o carimbo do endosso da Prefei-

tura Municipal sobreposto ao do Banco do Brasil relativo à devolução.

Sendo assim, consoante essa inarredável prova documental, não é difícil depreender que o endosso — apesar da ausência de data no carimbo da Prefeitura subscrito pelo então prefeito Luiz Vilmar de Castro — ocorreu posteriormente à devolução do cheque pelo banco, este que, segundo o carimbo bancário, ocorreu em 15-1-97.

Há nos autos, ainda, certidão expedida pela mesma Municipalidade demonstrando, de modo irrefutável, que em 31 de dezembro de 1996 expirou o mandato de Luiz Vilmar de Castro como Prefeito Municipal (fl. 52).

A conclusão a que se chega do episódio é uma só, ou seja, a de que o endosso do cheque em favor da recorrida — considerando-se, como visto, que o carimbo da Prefeitura foi sobreposto ao do Banco, e que o carimbo de devolução da cártula data de 15 de janeiro de 1997 — foi concretizado quando Luiz Vilmar de Castro não mais detinha poderes para tanto, se é que o referido alcaide algum dia os teve.

Dessarte, comprovado o fato de que a emissão do cheque deu-se para o pagamento de IPTU (fls. 18 a 27), e, bem assim, diante da ausência de poderes do ex-prefeito para endossá-lo em favor da apelada, é latente a nulidade do endosso.

Esta Câmara, ainda recentemente, decidiu, mudando o que deve ser mudado:

“Constatado o conluio entre tomador e endossatário, a irregularidade no endosso resta patente, impondo-se a declaração de nulidade e conseqüente ilegitimidade ativa do endossa-

tário” (Ap. Cív. n. 1998.013121-9, de Brusque, rel. Des. Torres Marques).

De conseguinte, nulo o endosso, a apelada é, de fato, parte ilegítima para o ajuizamento da ação monitoria, a qual deve ser extinta sem julgamento do mérito, conforme postulação preambular do apelo.

Sendo assim, pelo meu voto dou provimento ao recurso a fim de, acolhendo os embargos monitorios, julgar extinto o processo (artigo 267, VI, do CPC), sujeitando a apelada ao pagamento das custas judiciais e honorários advocatícios, estes que, consoante o princípio da apreciação equitativa previsto no § 4º do artigo 20 do CPC, arbitro em setecentos reais.

Por fim, em razão da aparente gravidade dos fatos apontados, entendendo, com base no artigo 27 do Código de Processo Penal, deva ser remetida,

à Procuradoria-Geral de Justiça, cópia integral das peças constantes dos presentes autos, a fim de, se for o caso, ser apurada a responsabilidade do ex-alcaide.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, deu provimento ao recurso, com remessa das peças à Procuradoria-Geral de Justiça.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Tulio José Moura Pinheiro e Victor Ferreira.

Florianópolis, 10 de abril de 2003.

*Eládio Torret Rocha,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.020329-7, DE TIJUCAS

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Falência. Decreto-Lei n. 7.661/45. Artigo 1º. Extinção do processo sem julgamento do mérito. Protesto regular. Valor econômico inexpressivo. Inadmissibilidade, entretanto, de utilização da via falimentar com finalidade de cobrança. Carência de ação pela falta de interesse de agir por inadequação do meio processual escolhido (art. 267, VI, CPC). Sentença acertada. Apelo desprovido.*

*1 – Em sendo válido e regular o protesto realizado para fins falimentares, a ação falimentar não deve ser extinta sem julgamento do mérito, dado que presentes os pressupostos para a válida constituição e o regular desenvolvimento do processo.*

*2 – Estando, todavia, demonstrada, com razoável nitidez, a intenção do credor de – utilizando-se da via falimentar – cobrar dívida de módico valor, deve o Judiciário obstar a satisfação de tal desi-*



*derato, sobretudo em se considerando as conseqüências nefastas advindas da decretação da falência.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.020329-7, da comarca de Tijucas, em que é apelante Calçados Klin Indústria e Comércio Ltda., sendo apelada Valdeci Ana Coelho ME:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Calçados Klin Indústria e Comércio Ltda. ajuizou ação de falência contra Valdeci Ana Coelho ME, aduzindo ser credora da requerida da importância de R\$ 1.987,77, representada por cinco triplicatas protestadas.

Citada, a requerida opôs embargos ao pedido de falência (fls. 40 a 48), e, logo após, a autora lançou manifestação (fls. 53 a 59).

A representante ministerial opinou pelo deferimento do pedido de quebra (fl. 63).

Decidindo, o Magistrado de primeiro grau entendeu tratar-se de pedido de falência com sucedâneo de execução forçada, pelo que, diante da ausência de interesse de agir, julgou extinto o processo sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, VI, do CPC (fls. 70 a 72).

Irresignada com o teor do decisorio que lhe foi adverso, apela a autora sustentando, em suma, que atendeu a todos os requisitos essenciais da Lei de Falências (fls. 74 a 84).

Salienta que, diante da imponibilidade da recorrida, não possui outra alternativa para a satisfação do seu crédito que não o acesso às vias judiciais, por meio do processo de execução, cobrança ou falência.

Aduz inexistir qualquer disposição legal que a obrigue a percorrer as vias executivas e que o Magistrado negou vigência ao artigo 1º da Lei de Falências. Nesse sentido, afirma haver interesse de agir, sobretudo diante da necessidade e da utilidade da tutela jurisdicional.

Requer o provimento da apelação a fim de que seja decretada a quebra da empresa recorrida.

Intimada, a apelada ofertou contra-razões ao recurso (fls. 89 a 94).

A representante do Ministério Público no primeiro grau opinou pelo provimento do apelo (fls. 97 a 105).

Subiram os autos a este Tribunal e, remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, foi lavrado parecer pelo desprovimento do reclamo (fls. 110 a 112).

É o sucinto relatório.

### **II — Voto**

Trata-se de apelo interposto contra sentença que julgou extinto, sem julgamento do mérito, o pedido de falência ajuizado com fundamento no artigo 1º do Decreto-Lei n. 7661/45.

Apesar de merecer guarida a argumentação da apelante no que tange à regularidade dos protestos,



tenho que este recurso não comporta provimento.

Com efeito, examinando a documentação capeada, constato que os protestos foram efetuados de modo regular, tendo sido a intimação feita pessoalmente à sócia-gerente Valdeci Ana Coelho (fls. 24, 26, 28, 32 e 34).

Presentes, pois, os pressupostos de válida constituição e desenvolvimento do processo, à primeira vista seria o caso de decretação da quebra da recorrida. Entretanto, correto está o Magistrado no que tange à finalidade de cobrança da dívida, travestida de processo falimentar.

Ora, a ação falimentar está lastreada em cinco triplicatas, cujo valor global é inferior a R\$ 2.000,00 (fls. 23, 25, 27, 31 e 33).

A própria apelante informa não haver sequer tentado a satisfação do crédito pela via executiva (fl. 76). Buscou receber seu crédito diretamente pelo desencadeamento do processo falimentar, o que, absolutamente, é-lhe defeso, conforme entendimento jurisprudencial que repudia a utilização do processo falimentar com nítido intuito de cobrança.

Com relação ao tema, cito, por oportuno:

“Falência — Nota promissória — Protesto regular — Valor economicamente inexpressivo — Processo extinto — Sentença mantida por sua conclusão — Pleito apelatório desprovido.

“Não atende ao espírito da justiça, pelo menos da verdadeira justiça, decretar-se a quebra de uma empresa comercial, lançando sobre ela,

e mormente sobre seus empregados, as agruras decorrentes de um provimento falitário, em razão de débito de valor quase inexpressivo, com as drásticas conseqüências sociais que seriam, fatalmente, irradiadas dessa situação, afigurando-se como por demais nocivas e desproporcionadas em relação ao montante do crédito em discussão” (Ap. Cív. n. 2002.009407-8, de Rio do Sul, rel. Des. Trindade dos Santos).

Em igual perspectiva, também já foi decidido por esta Corte, mudando o que deve ser mudado:

“Somente, porém, quando dos termos em que vazado exsurgir evidente a sua deturpação, e se de outros elementos dos autos não se inferir o estado falencial do devedor, o que o julgador identificará com a habilidade e a argúcia inerentes ao Magistrado é que deverá ser proclamada a extinção do processo pelo indeferimento da inicial” (Ap. Cív. n. 51.505, de Guaramirim, rel. Des. Gaspar Rubik).

Ausentes nos autos indícios da insolvência da apelada — que, aliás, demonstrou possuir bens para garantir o pagamento da dívida — e, ao mesmo tempo, caracterizado o nítido intuito de cobrança por parte da recorrente, entendo deva ser mantida na íntegra a sentença guerreada.

Isso posto, pelo meu voto, nego provimento ao apelo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gastaldi Buzzi, tendo lavrado parecer, pe-

la douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antonio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 13 de março de 2003.

Cláudio Barreto Dutra,  
Presidente, com voto;  
Eládio Torret Rocha,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.006255-9, DE CONCÓRDIA**

**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Apelação cível – Ação de reparação de danos – Acidente de veículos – Cerceamento de defesa – Nulidade da sentença – Ausência de fundamentação – Conexão de ações – Decisum extra petita – Documentos em língua estrangeira – Mérito – Culpa concorrente – Boletim de ocorrência – Verbas indenizatórias – Pensão mensal – Dano moral – Juros e correção monetária – Constituição de capital – Honorários advocatícios – Má-fé – Apelos parcialmente providos.*

*Não há cerceamento de defesa se, considerando desnecessária a dilação probatória, o magistrado julga antecipadamente a lide com base nos elementos até então coligidos.*

*Não se declara a nulidade da sentença, por ausência de apreciação da tese de culpa concorrente, se, examinada a prova, foram exaustivamente expostos os fundamentos pelos quais o togado concluiu pela ocorrência da culpa exclusiva do condutor do veículo.*

*Apesar de configurado o pressuposto legal da conexão, não se declara a nulidade da sentença por não terem sido reunidas as ações para julgamento simultâneo, porque a norma inserida no art. 105 do CPC não define competência, mas apenas direciona o trâmite processual.*

*Não caracteriza sentença extra petita a referência a outros filhos da vítima, por consistir em mera justificativa da fixação da pensão mensal em determinado valor.*

*Se a ausência de tradução dos documentos redigidos em língua estrangeira não dificultou o exame da prova, sequer o alcance do seu conteúdo pelo magistrado, não se declara a nulidade do processo.*

*Não existindo prova cabal de que a conduta da vítima contribuiu para a ocorrência do sinistro, forçoso reconhecer a imprudência do condutor do caminhão como a única causa eficiente do acidente.*

*O salário mínimo é utilizado como parâmetro para fixação da pensão mensal apenas quando não comprovada a percepção de renda pela vítima.*

*Incluem-se os danos morais no rol dos danos pessoais, em razão da sua natureza, sendo irrelevante a previsão de exclusão de cobertura nas cláusulas gerais da apólice.*

*Os danos morais devem ser fixados com base em parâmetros razoáveis, dentre os quais se incluem as condições pessoais do causador dos danos, bem como a intensidade da sua culpa, além da extensão da dor sofrida pela vítima.*

*São devidos juros de mora e correção monetária, a partir da data da ocorrência do sinistro, para todas as verbas indenizatórias. Exceção feita às prestações vincendas da pensão mensal, hipótese em que incidirão a partir do vencimento da obrigação.*

*É indispensável a constituição do capital para garantia do pensionamento, sendo a inclusão em folha de pagamento uma das formas de cumprimento da obrigação.*

*Aplica-se a norma inserida no § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil nas ações de indenização por ato ilícito.*

*No caso concreto, a fim de evitar a fixação da verba honorária em valor exorbitante, reduz-se o percentual, o qual deverá incidir apenas sobre a soma das prestações vencidas, o valor arbitrado a título de danos morais e as despesas materiais, excluídas as prestações vincendas.*

*A condenação por litigância de má-fé só tem cabimento se comprovada a alteração da verdade dos fatos e abuso do direito de defesa, ocasionando injustificada oposição ao andamento processual.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.006255-9, da comarca de Concórdia (2ª Vara), em que são apelantes/apelados Leo Pedro Petkov,*

*Renato Petkov e Bradesco Seguros S.A. e apelados Nora Beatriz Rivarola Alves, Boris Frederico Potschka, Franco Rodolfo Potschka e José Francisco Potschka:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, rejeitar as preliminares e, no mérito, dar provimento parcial aos apelos.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Leo Pedro Petkov e Renato Petkov interpuseram apelação cível, irresignados com a sentença proferida nos autos da ação de reparação de danos pessoais, morais e materiais promovida por Nora Beatriz Rivarola Alves, Boris Frederico Potschka, Franco Rodolfo Potschka e José Francisco Potschka, que julgou parcialmente procedentes os pedidos deduzidos na ação principal, condenando os apelantes/réus: a) ao pagamento dos danos materiais, consubstanciados nas despesas de funeral e na perda total do veículo, descontado o valor pago pela seguradora do país de origem; b) ao pagamento de pensão mensal, em valor correspondente a 4/6 (quatro sextos) de U\$ 1.076,40 (mil e setenta e seis dólares norte-americanos e quarenta centavos), em benefício de cada um dos apelados/autores, bem como dos outros 2 (dois) filhos do *de cujus*, devendo a conversão da moeda ser feita com base no salário mínimo vigente à época da propositura da ação; c) ao pagamento dos danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), incidindo juros de mora e correção monetária a partir da data do evento; d) à constituição de capital para garantia do pensionamento; e e) ao pagamento dos ônus sucumbenciais.

A ação secundária, de denúncia à lide, foi julgada procedente,

sendo reconhecida a obrigação da seguradora em efetuar o pagamento dos valores desembolsados pelos apelantes/réus, observado o limite da apólice (fls. 269 a 278).

Argüiram, preliminarmente: a) cerceamento de defesa; b) nulidade da sentença por ausência de fundamentação; c) nulidade da sentença por inobservância ao art. 105 do Código de Processo Civil; d) nulidade da sentença, por ser *extra petita*; e) nulidade do processo, em razão da juntada de documentos em língua estrangeira; f) nulidade do boletim de ocorrência, haja vista não terem sido observadas as normas legais pertinentes.

No mérito, pugnaram pelo reconhecimento da culpa concorrente da vítima. Em relação às condenações, requereram: a) exclusão da pensão mensal, porquanto não comprovados os rendimentos do falecido; b) dedução, daqueles valores devidos pela perda total do carro, da quantia paga pela seguradora do país de origem da vítima aos apelados; c) redução do *quantum* fixado a título de danos morais, para valor equivalente a 50 (cinquenta) salários mínimos, reduzido em 50% (cinquenta por cento) em razão da culpa concorrente da vítima; d) determinação para incidência de juros e correção monetária a partir da citação inicial; e) o reconhecimento da desnecessidade de constituição de capital, por pretenderem obter o desconto direto da folha de pagamento (fls. 319 a 344).

Também inconformada, a seguradora apelou, defendendo a tese de culpa concorrente da vítima para a ocorrência do sinistro. No tocante às verbas indenizatórias, requereu: a) a

alteração dos critérios utilizados para apurar o valor da pensão mensal, fixando-a em 2/3 (dois terços) sobre o montante percebido pelo extinto, sendo devido 1/3 (um terço) aos filhos, ora apelados, incluída a reserva àqueles nascidos do casamento anterior; b) a exclusão do dano moral, por não existir previsão na apólice para sua cobertura, ou, alternativamente, a redução para 20 salários mínimos para cada apelado/autor; c) a redução dos honorários advocatícios para 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação; e d) a condenação dos apelados/autores na pena de litigância de má-fé, por força da omissão de fatos relevantes para a solução da lide (fls. 287 a 314).

Regularmente intimadas, as partes apresentaram contra-razões (fls. 367 a 371, 378 a 381, 382).

Ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo acolhimento das preliminares de nulidade, por inobservância do disposto no art. 105 do Códex Instrumental Civil e por estar configurado o julgamento *extra petita*. No mérito, manifestou-se pelo não provimento dos apelos (fls. 388 a 394).

Vieram conclusos.

É o relatório.

## II — Voto

Trata-se de apelações cíveis interpostas com desiderato de ver reformada sentença, proferida nos autos da ação de reparação de danos decorrentes de acidente de veículos, que reconheceu a culpa dos apelan-

tes/réus, condenou-os à reparação dos danos causados e condenou a apelante/seguradora ao reembolso dos valores pagos aos apelados/autores, observado o limite da apólice.

### 1. Preliminares

#### 1.1. Cerceamento de defesa

Argüiram os apelantes/réus a ocorrência de cerceamento de defesa, haja vista não lhes ter sido possibilitada a produção de prova sobre o efetivo ganho mensal da vítima.

Em matéria de prova, o norte do juiz é o princípio da razoabilidade, segundo o qual, entendendo despicienda a instrução do feito, pode dispensá-la e proferir julgamento antecipado.

A decisão antecipada, em casos tais, não caracteriza cerceamento de defesa quando seus fundamentos guardam correlação com o conjunto probatório existente.

Outra não é a situação destes autos, em que o elenco probatório até então produzido é suficiente para o julgamento da lide, sendo desnecessária a produção de outras provas.

Se o Julgador *a quo* entendeu suficientes os elementos probatórios indicativos da renda auferida pela vítima, a ponto de acolher o pedido, não há razão para, neste grau de jurisdição, anular a sentença. Tiveram os apelantes/réus oportunidade para impugnar os documentos juntados pela parte adversa e para produzir prova em sentido contrário. Mas optaram por permanecer silentes para, em grau recursal, suscitar essa tese.

Sobre a matéria, já decidiu esta Corte de Justiça:

“Apelação cível – Locação – Rescisão – Perdas e danos – Fiador – Illegitimidade ativa – Julgamento antecipado – Cerceamento de defesa inexistente.

“O fiador do contrato de locação não é parte legítima para postular em juízo a rescisão do contrato e a indenização por perdas e danos eventualmente sofridos pelo locatário.

*“Inexiste cerceamento de defesa, pelo julgamento antecipado da lide, se o mesmo foi requerido pela parte vencida, que, tendo em vista os fundamentos da demanda, pretende produzir prova irrelevante, sem influência alguma na decisão”* (grifou-se) (Ap. Cív. n. 2000.007804-2, rel. o Subscritor).

Ainda:

“Apelação cível – Ação de despejo – Cerceamento de defesa – Julgamento antecipado da lide – Inocorrência – Indenização por benfeitorias – Existência de cláusula contratual contrária ao pleito ressarcitório – Indenização indevida – Recurso não provido.

“1. ‘É cediço que quando o caso comporta matéria exclusivamente de direito, ou de direito e de fato sem necessidade de produzir prova em audiência, a entrega antecipada da prestação jurisdicional, de acordo com o art. 330, I, do Códex Instrumental, é medida que se impõe, não configurando cerceamento de defesa, principalmente quando as provas requeridas evidenciam-se meramente procrastinatórias’ (TJSC – Ap. Cív. n. 1998.001547-2, rel. Des. Silveira Lenzi – 3ª C.Cív. – j. 23-6-1998)”

(Ap. Cív. n. 1999.002532-2, rel. o subscritor).

E:

“Se o Juiz, em face da pouca plausibilidade jurídica dos temas desenvolvidos na inicial, entende desnecessária a produção de provas outras afora as já existentes nos autos, pode e deve proferir julgamento antecipado, atendendo, assim, ao princípio da economia processual e tornando mais célere o procedimento” (Ap. Cív. n. 1996.008312-0, rel. Des. Eder Graf).

O caso comportou julgamento antecipado, motivo pelo qual rejeita-se essa prefacial.

*1.2. Nulidade da sentença por ausência de fundamentação*

Aduziram os apelantes/réus ser nula a sentença, em face da não apreciação da tese de culpa concorrente da vítima.

Sem razão. Apesar de não ter examinado, expressamente, a tese da culpa concorrente, o Togado apreciou a prova e concluiu pela ocorrência de culpa exclusiva dos apelantes/réus.

Indiretamente, foram feitas referências à tese, conforme se verifica do seguinte trecho extraído do *decisum*:

“O condutor do veículo da ré, é bem verdade, afirmou que a vítima vinha ultrapassando outro automóvel quando do acidente, mas do depoimento do patrolheiro se lerá que a rodovia, no sentido em que seguia a vítima, tinha duas faixas de rolamento, de modo a tornar perfeitamente lícita a ultrapassagem” (fl. 274).

Depreende-se da leitura do parágrafo *supra* que o Togado entendeu

serem os apelantes/réus os únicos culpados pela ocorrência do acidente.

Registra-se, o acerto da decisão não será discutido nesta fase, sendo suficientes os fundamentos expostos na sentença para concluir pela inexistência da nulidade apontada.

Pelo exposto, rejeita-se essa proemial.

### 1.3. Conexão de ações

A presente ação indenizatória foi promovida pela companheira e filhos da vítima, objetivando a reparação dos danos causados pelo acidente de veículos que ceifou a vida do companheiro e genitor.

As demais ações, também indenizatórias, foram propostas: uma pelos filhos havidos no primeiro casamento e outra pela irmã da vítima.

A causa de pedir é idêntica, com alterações pontuais nos pedidos.

Reza o art. 103 do Código de Processo Civil: “Reputam-se conexas duas ou mais ações, quando lhes for comum o objeto ou a causa de pedir”.

O art. 105 do mesmo diploma preconiza: “Havendo conexão ou continência, o juiz, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, pode ordenar a reunião de ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas simultaneamente”.

A reunião dos processos, na abalizada lição de Humberto Theodoro Júnior, “[...] impõe-se em virtude da conveniência intuitiva de serem decididas de uma só vez, de forma harmoniosa e sem o risco de soluções contraditórias, todas as ações conexas” (Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento. 26ª ed.,

Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. I. p. 181).

Adiante, afirma:

“O que realmente torna imperiosa a reunião de processos, para julgamento em sentença única, e com derrogação de competência anteriormente firmada, é a efetiva possibilidade prática de ocorrerem julgamentos contraditórios nas causas. E isso só se dará quando nas diversas ações houver *questão* comum a decidir, a não apenas fato comum não litigioso” (*op. cit.*, p. 182).

Enfim, porque inadmissível proventos jurisdicionais conflitantes, é dever de o magistrado reunir as ações e proferir julgamento simultâneo.

Todavia, esse ‘dever’ não tem caráter absoluto, mas, antes, discricionário, afastado apenas quando houver efetiva possibilidade de serem julgadas, de forma diversa, ações conexas.

O Tribunal de Alçada mineiro assentou: “A discricionariedade do juiz, admitida pelos que entendem, que pode ele determinar, ou não, a reunião dos processos é afastada sempre que existir a possibilidade de decisões contraditórias” (Ap. Cív. n. 0308346-9, rel. Juiz Antônio Carlos Cruvinel).

*In casu*, a conexão entre as ações está configurada, existindo probabilidade de ocorrer julgamento conflitante, mas não a ponto de ensejar a anulação da sentença e a reunião nesta fase processual. Não se pode perder de vista que essas normas não contêm regras de competência, mas apenas de direção do processo.

Do repertório jurisprudencial catarinense, extrai-se: “[...] no caso de conexão, a reunião de ações não é



obrigatória, cogente, podendo o juiz decidir pelo critério de oportunidade quanto ao pensamento dos processos e a decisão unificada” (Ap. Cív. n. 40.268, rel. Des. Amaral e Silva).

Ainda:

“Embargos do devedor — Consignatória em pagamento — Conexão inadmitida — Recurso improvido.

“O art. 105 do CPC está inserido no contexto das normas de direção do processo, não constituindo, por isso, regra de competência, daí por que é possível ao magistrado avaliar a oportunidade em que deve ser reconhecida a conexão, considerando, inclusive, se necessário, a fase em que se encontram as ações deflagradas” (Ap. Cív. n. 32.642, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Destarte, afasta-se essa prefacial.

#### 1.4. Sentença *extra petita*

Argüiram os apelantes/réus a nulidade da sentença, sob fundamento de ser *extra petita*, haja vista o deferimento da pensão mensal em favor dos demais filhos da vítima, terceiros estranhos à relação processual.

Não procede a alegação. O magistrado limitou-se a fazer referência, nos fundamentos da sentença, ao direito de, também herdeiros do *de cuius*, German Roberto e Liz Gretel Potschka, advindos do seu primeiro casamento, receberem a pensão mensal.

Tal menção não implicou no reconhecimento e deferimento da verba nestes autos, justamente por não integrarem a lide. Ao contrário, por constatar a existência de mais dois filhos da vítima, buscou, sábia e correta-

mente, aplicar e adequar o direito ao caso concreto, especificamente em relação a essa verba indenizatória.

A referência significou a justificativa da fixação da pensão mensal em determinado valor e não o deferimento do benefício a terceiros. Tanto é que no dispositivo constaram como beneficiários apenas os autores: “[...] c) a pagar aos autores uma pensão mensal, com duração entre 26-3-97 e 26-12-2017, no valor correspondente a 4/6 de U\$ 1.076,40 a cada um dos autores [...]” (fl. 277).

Assim, porque não configurada a nulidade apontada, refuta-se essa proemial.

#### 1.5. Nulidade do processo

Sendo os autores de nacionalidade estrangeira (argentinos), parte da prova documental produzida não está redigida em língua nacional e também não foi traduzida para o vernáculo.

As certidões de nascimento e os documentos de identificação do veículo sinistrado (fls. 17 a 22, 25, 27 e 29) foram adequadamente traduzidos (fls. 89 a 97), permanecendo alguns (fls. 20, 26 a 28, 30 e 254 a 255) sem a respectiva tradução.

Alguns desses documentos não traduzidos foram determinantes para a formação do convencimento pelo julgador primo. São eles: declaração de rendimentos da vítima (fl. 20), correspondência enviada pela seguradora da vítima (fl. 254) e a sentença judicial de homologação do acordo celebrado perante o juízo estrangeiro (fl. 255).

Preconiza o art. 156 do Código de Processo Civil: “Em todos os atos e termos do processo é obrigatório o uso do vernáculo”.



O art. 157 do mesmo diploma reza: “Só poderá ser junto aos autos documento redigido em língua estrangeira, quando acompanhado de versão em vernáculo, firmada por tradutor juramentado”.

A forma prevista nos dispositivos *supra* foi preterida, mas não a ponto de contaminar o processo com a eiva de nulidade. A ausência de tradução não dificultou o exame da prova, sequer o alcance do seu conteúdo pelo magistrado.

Oportuno citar:

“Mandado de segurança – Desembaraço aduaneiro – Normas do Ministério da Agricultura – Portaria n. 70/98 – Inaplicabilidade no caso dos autos – 1. Não viola o art. 157 do CPC a juntada de documento em língua estrangeira sem a respectiva tradução, quando não foi obstáculo à apreciação da prova documental, sendo ainda desconsiderado pelo d. juiz prolator da sentença. Preliminar que se afasta” (TRF 3ª R. – ACVMS n. 198013 – rel. Des. Fed. Marli Ferreira).

Os defensores da interpretação branda dessas normas afirmam tratar-se de poder discricionário aquele de que dispõe o julgador para aferir sobre a necessidade de tradução do documento redigido em língua estrangeira. Se considerá-la desnecessária, transfere-se à parte tal responsabilidade.

*In casu*, os “interessados” na tradução dos documentos são os apelantes/réus, os quais não demonstraram, em momento algum, intenção de assim proceder.

De qualquer modo, a declaração de nulidade do processo, nesta fase, ensejaria o retorno dos autos à origem, para, tão-somente, cumprir mera

formalidade processual, que é a tradução dos documentos para o vernáculo, postergando ainda mais a solução definitiva da lide.

Os prejuízos pela demora na entrega da tutela jurisdicional serão suportados apenas pelos apelados/autores, e a credibilidade depositada no Estado, que detém o monopólio da prestação da tutela jurisdicional, restará abalada.

Assim, visando a tornar efetiva a prestação da tutela e evitar o descrédito sobre a atuação jurisdicional, aplicam-se os princípios informadores da moderna ciência processual, superando-se o rigorismo formal.

Sobre o assunto, manifesta-se com propriedade Ovídio A. Baptista da Silva:

“Através da expressão *formas processuais*, designa-se, tecnicamente, as condições de tempo, lugar e modos de praticarem-se e exprimir-se os atos processuais.

“Notam-se, em nossos dias, tendências doutrinárias e jurisprudenciais no sentido de exaltar a inutilidade das formas. O saudoso Francisco Campos, já na exposição de motivos do Código de 1939, denunciava o apego às formas como instrumento de chicana. E realmente, não raro deparamo-nos, ainda hoje, com processos anulados após uma longa tramitação, em decorrência da inobservância de formas muitas vezes irrelevantes.

“Com efeito, deixar de considerar o caráter eminentemente instrumental das formas e erigi-las ao *status* de fim, implicaria renegar a própria natureza do processo, com prejuízo do direito e da justiça. [...]” (Teoria Geral

do Processo Civil. 3ª ed., São Paulo: RT, 2002, p. 219).

Mais adiante, assevera:

“Além das categorias já referidas, parte da doutrina costuma classificar os vícios dos atos em sanáveis e insanáveis, identificando estes últimos com a inexistência e a nulidade absoluta, enquanto sanáveis seriam as nulidades relativas e as irregularidades (bem como as anulabilidades para quem as admite distintamente das nulidades relativas).

“Estamos com a corrente doutrinária que entende sanável o vício da nulidade absoluta. E consoante acima já exposto, nem os efeitos dos atos reputados juridicamente inexistentes poderão ser *ab initio* desconsiderados. O espírito da lei, não será demais repetir, sugere sempre o caminho que salva o processo. E à paz social interessa tanto a justiça ideal quanto a rapidez e a segurança [...].

“A preocupação do legislador com o *salvamento* dos processos vem traduzida pela sistematização de princípios que emergem da própria lei [...]” (*op. cit.*, p. 233 e 234).

Dentre os princípios referidos pelo renomado jurista, destaca-se o do prejuízo, sobre o qual leciona com a precisão que lhe é peculiar:

“As nulidades, mesmo as absolutas, não escapam à incidência dos princípios da finalidade e do prejuízo. [...] Subjaz a estes dois princípios o da *instrumentalidade das formas*, que implica não se impor a forma pela forma, mas como instrumento para atingir-se o fim [...].

“Também em decorrência destes princípios, mais o da *economia*

*processual* e o do *interesse*, deve a nulidade ser relevada na hipótese de o Juiz estar convicto de decidir o mérito a favor da parte a quem aproveitaria a decretação da mesma (art. 249, § 2º, do CPC) [...]” (*op. cit.*, p. 235 e 236).

Nesse contexto, em que se ressalta a importância do desapego ao formalismo e à rigidez das normas processuais, desponta a atuação do juiz, por ser aquele a quem o Estado delega poderes para a distribuição da justiça.

Cumprе transcrever a arguta observação feita por Cândido Rangel Dinamarco:

“Examinar as provas, intuir o correto enquadramento jurídico e interpretar de modo correto os textos legais à luz dos grandes princípios e das exigências sociais do tempo —, eis a grande tarefa do juiz, ao sentenciar. Entram aí as convicções sociopolíticas do juiz, que não de refletir as aspirações da própria sociedade; o juiz indiferente às escolhas axiológicas da sociedade e que pretenda apegar-se a um exagerado literalismo exegético tende a ser injusto, porque pelo menos estende generalizações a pontos intoleráveis, tratando os casos peculiares como se não fossem portadores de peculiaridades, na ingênua crença de estar com isso sendo fiel ao direito. O juiz moderno compreende que só se lhe exige *imparcialidade* no que diz respeito à oferta de iguais oportunidades às partes e recusa a estabelecer distinções em razão das próprias pessoas ou reveladoras de preferências personalíssimas. Não se lhe tolera, porém, a *indiferença*.

“Por isso é que a jurisprudência representa papel importante na evolução do direito, contando-se casos muito expressivos em que se manifesta o exercício dessa função. [...]” (A instrumentalidade do processo, 2ª ed., São Paulo: RT, 1990, p. 274 e 275).

Destarte, apesar de reconhecida a ocorrência de nulidade, não será ela declarada pelos motivos já expostos, ressaltando o esforço em garantir segurança jurídica aos jurisdicionados e em não caminhar pela contramão da evolução da ciência processual, pois o Direito é a união da segurança jurídica à aplicação efetiva da justiça ao caso concreto.

Pelas razões declinadas, afastase esta preliminar.

### 1.6. Nulidade do boletim de ocorrência

Esta prefacial está diretamente relacionada às questões de mérito, razão pela qual será apreciada no momento oportuno.

## 2. Mérito

### 2.1. Culpa concorrente

Argüiram os apelantes/réus a tese de culpa concorrente da vítima, por estar conduzindo seu automóvel em alta velocidade e ter invadido a contramão de direção.

Sem razão. A análise da prova dos autos não permite concluir pela concorrência de culpas.

O boletim de ocorrência indica o local em que ocorreu a colisão, exatamente sobre a faixa amarela, de divisão das pistas, indicando estar a vítima iniciando a invasão da pista contrária (fl. 16).

Cumprir registrar, a ausência de subscrição do boletim de ocorrência por testemunhas, bem como a retirada dos veículos do local do acidente, não eiva de nulidade a prova, conquanto necessária esta última providência para permitir tráfego regular pela rodovia.

A prova documental não está isolada no contexto probatório. Ao contrário, os esclarecimentos prestados pelas testemunhas vão ao seu encontro.

Houve apenas uma testemunha presencial, cujas informações são compatíveis com as conclusões extraídas do boletim de ocorrência:

“[...] percebeu na ocasião que enquanto dito veículo se deslocava de Campos Novos a Curitiba, em sentido contrário veio um veículo Fiesta em velocidade excessiva, chocando-se contra a carroceria da carreta, do lado do motorista; a colisão ocorreu sobre a faixa divisória das pistas [...]” (fl. 185).

Os fatos conhecidos por Jacir Luis Salvi têm origem no relato feito por curiosos, no local do sinistro:

“[...] que soube por curiosos que estavam no local, que tinham morrido duas pessoas, que neste momento havia comentários de que os veículos vinham em velocidade e se chocaram no meio da pista, que o que pode observar pelas marcas deixadas do veículo no chão é que o Fiesta vinha numa pista dupla de mão única e o caminhão vinha em uma pista única no sentido contrário e se chocaram no meio da linha que divide as duas pistas [...]” (fl. 202).

Luiz Pedroso, patrulheiro convocado para atender a ocorrência, asseverou:

“[...] que confirma o teor do boletim de ocorrência que na época foi elaborado juntamente com o colega Antonio Alves Coelho; que o depoente acredita que o caminhão invadiu a pista em que trafegava o automóvel das vítimas, porque *constatou a existência dos sulcos acima mencionados sobre a faixa que divide as duas pistas* e também sobre a pista em que trafegava o fiesta [...]” (grifou-se) (fls. 209 e 210).

As informações prestadas por Odir Zanescio (fl. 186) não trouxeram nenhum fato novo aos autos, de modo que não serão transcritas por nada acrescentar à busca da verdade real.

Se a vítima estava, efetivamente, conduzindo o automóvel em alta velocidade, ou se invadiu a contramão de direção, não restou comprovado, ônus que incumbia aos apelantes/réus.

Assim, se do exame das provas e indícios existentes no processo é possível concluir ter o acidente ocorrido por imprudência de um dos motoristas dos veículos envolvidos, não há falar em culpa concorrente.

Sobre os critérios de apreciação das provas em casos dessa natureza, esta Corte de Justiça já se manifestou:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Dano — Culpa concorrente — Motorista — Prova oral — Entrelaço — Seguradora — Ação regressiva — Causador do acidente. 1. ‘A prova oral, quando traz duas versões antagônicas, deve, pelo princípio da persuasão racional (CPC, art. 131), ser analisada, medida e ponderada, posta em confronto com a

lógica e as regras da experiência, desprezando-se o inverossímil e o improvável, para acolher-se o que se evidencia racional, coerente e compatível com as circunstâncias’ (Ap. Cív. n. 34.133, rel. Des. João José Schaefer)” (Ap. Cív. n. 1998.010678-8, rel. Des. Newton Trisotto).

Em sede de culpa concorrente, necessária a comprovação da atuação eficiente da vítima para a ocorrência do ato danoso. Nessa linha de raciocínio, Rui Stoco doutrina:

“Para nós a questão se resume em verificar a *causa eficiente* do fato danoso e se resolve no plano da causalidade material, de modo que, ainda que a vítima tenha agido com culpa, dever-se-á verificar se sua atuação interferiu no resultado e contribuiu para a sua ocorrência. Inexistindo esse liame, a causa eficiente do resultado danoso terá sido outra e outro o responsável único pela reparação” (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial. 2ª ed. São Paulo: RT, 1995, p. 55).

Destarte, forçoso atribuir a culpa exclusivamente aos apelantes/réus, haja vista não estar comprovada a contribuição da vítima para a ocorrência do sinistro.

## 2.2. Pensão mensal

### 2.2.1. Prova dos rendimentos

A base de cálculo da pensão não merece reparos, haja vista sua fixação com parâmetro nos rendimentos percebidos pela vítima, que exercia funções de médico, especialidade pediatria, na província de Rosário, Argentina.

A declaração de fl. 20, na qual consta o valor de U\$ 14.531,45 (qua-

torze mil, quinhentos e trinta e um dólares norte-americanos e quarenta e cinco centavos) como sendo aquele equivalente a 9 (nove) meses de trabalho, é suficiente para tal desiderato.

A impugnação lançada pelos apelantes/réus não afasta o valor probante do citado documento, mesmo porque não produziram prova em sentido contrário, limitando-se a argumentar.

O critério do salário mínimo somente é aplicável se não existirem outros elementos capazes de informar o ganho real da vítima à época do acidente.

Anota-se a posição deste Pretório:

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Morte. Filho maior e solteiro. Culpa comprovada. Pagamento de pensão mensal. *Quantum*. Fixação em 1/3 (um terço) do salário percebido pela vítima. Dano moral e material. Cumulação. Admissibilidade. Aplicação da Súmula 37 do Superior Tribunal de Justiça. Pedido julgado procedente. Apelações. Recursos providos.

Comprovada a culpa pela morte de filho maior e solteiro que vivia em companhia dos pais e contribuía para as despesas da família, a pensão mensal a ser paga aos beneficiários deve corresponder a um terço do salário da vítima, até a data em que completaria a idade de vinte e cinco anos [...]” (Ap. Cív. n. 39.789, relatora Des. Rejane Andersen).

Ainda, guardadas as devidas proporções:

“[...] Não havendo comprovação de remuneração da vítima para fi-

xação dos alimentos devidos a título de indenização (art. 1.537, II, CC), há que se presumir rendimento mínimo que não poderá ser inferior ao salário mínimo, observado o Verbete n. 490 da Súmula do STF” (Ap. Cív. n. 48.656, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

E: “O salário mínimo só é considerado como parâmetro na falta de outros elementos” (Ap. Cív. n. 24.135, rel. Des. Hélio Mosimann).

Nesse diapasão:

“Responsabilidade civil — Acidente de trânsito com vítimas fatais — Caminhão — Ultrapassagem por outro veículo de grande porte — Faróis apagados e condutor sob ‘embriaguez com ressalva’ — Retorno à mão de direção e colisão ali com veículo que procedia em sentido contrário e que fora infletido para a contramão — Culpa concorrente — Absolvção no crime — Irrelevância — Pensão às viúvas e filhos menores — Duração até idade provável da vítima (65 anos) — Redução do valor da pensão com a maioridade ou estado civil dos beneficiários — Inadmissibilidade — Reversão em favor da remanescente da cota — Parte da pensão extinta por motivos legais — *Base de cálculo da pensão — Salário real da vítima — O salário mínimo só é considerado como parâmetro na falta de outros elementos conhecidos — Recurso provido parcialmente*” (grifou-se) (Ap. Cív. n. 28.838, rel. Des. Alcides Aguiar).

Conhecidos os rendimentos da vítima, com base neles, acertadamente, foi fixada a pensão alimentícia.

2.2.2. *Divisão proporcional*

Os critérios de proporcionalidade foram observados, porquanto fixada a pensão em 2/3 sobre a remuneração percebida pela vítima.

Merece reparos a sentença apenas em relação aos benefícios individuais. A destinação de 4/6 aos filhos da vítima, com a ressalva de que feito o cálculo com a inclusão daqueles que não são parte no processo, está equivocada.

Não parece justa a fixação em cotas proporcionais. A mãe das crianças, por gerir todas as despesas com a manutenção do lar, deve receber parcela superior.

Assim, a pensão deve ser fixada em 2/3 dos rendimentos auferidos e, após a conversão para a moeda nacional, destinar-se-á à genitora 40% (quarenta por cento) e 60% (sessenta por cento) aos filhos, este último percentual dividido em proporções iguais entre os 5 (cinco). Obviamente, o montante cabível aos herdeiros que não são parte neste processo deverá ser buscado pela via própria.

Oportuno colacionar os seguintes julgados: “Ação ordinária de indenização por ato ilícito. Pensão à viúva e filhos por responsabilidade na morte do esposo e pai na base de 2/3 do que percebia a vítima. Razoável ressarcimento. Confirmação da sentença” (Ap. Cív. n. 34.248, rel. Des. Protásio Leal).

Ainda:

“Pensão mensal. Existência nos autos de elementos indicadores da renda mensal da vítima. Fixação em 2/3.

“Havendo nos autos prova do valor auferido pela vítima a título de

renda mensal à época do acidente, impõe-se a fixação da pensão devida aos seus dependentes em dois terços (2/3) daquele montante, considerando-se que o terço restante destinar-se-ia aos seus gastos pessoais” (Ap. Cív. n. 98.016902-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

Assim, as pensões para a esposa e filhos, apelados/autores, foram corretamente arbitradas na proporção de 2/3 (dois terços) da remuneração mensal da vítima.

No tocante à divisão entre os beneficiários, observar-se-ão, após a conversão para a moeda nacional, os seguintes critérios: 40% (quarenta por cento) à genitora e 60% (sessenta por cento) aos filhos, este último dividido em proporções iguais entre os 05 (cinco) filhos, com a ressalva em relação aos demais herdeiros.

### 2.3. Danos materiais

Pugnaram os apelantes/réus pela exclusão da condenação dos valores relativos aos danos materiais, haja vista quitação efetuada pela seguradora contratada pela vítima, no seu país de origem. Alternativamente, requereram a dedução dos valores pagos.

Com efeito. O falecido contratou seguro para seu veículo com a empresa San Cristobal – Seguros Generales. Os valores contratados foram quitados pela seguradora, totalizando \$ 23.000 (vinte e três mil pesos), sendo \$ 13.000 (treze mil pesos) pela perda total do veículo e \$ 10.000 (dez mil pesos) a título de danos pessoais (fl. 254).

A improcedência integral do pedido de indenização por danos materiais não merece acolhida, haja vista



ser da natureza dessa pretensão sua ampla abrangência.

Todavia, não se admite o enriquecimento ilícito e dupla penalização, estando correta a sentença objugada ao determinar o abatimento desses valores da quantia fixada na condenação.

#### 2.4. Danos morais

##### 2.4.1. Limite da apólice

A responsabilidade da apelante/denunciada decorre da culpa incontroversa dos apelantes/denunciantes pela ocorrência do sinistro, estando obrigada ao ressarcimento dos valores repassados aos apelados/autores por força do contrato de seguro celebrado, observado o limite da apólice.

Dentro desse limite, está incluído o reembolso relativo aos danos morais, porquanto incluídos no rol dos danos pessoais, sendo irrelevante a previsão de exclusão de sua cobertura, haja vista a natureza dessas modalidades de danos.

Merece destaque não ter a apólice excluído, expressamente, a indenização por danos morais, motivo pelo qual consideram-se incluídos na cláusula dos “danos pessoais”, os danos morais decorrentes do acidente (fl. 78).

Esta é a orientação da jurisprudência desta Corte de Justiça:

“[...] Denúnciação à lide da seguradora. Cobertura securitária expressa dos danos pessoais. Responsabilidade pelo pagamento dos danos morais sofridos pela vítima.

“Os danos pessoais abrangem todos os valores afetados concernentes à própria pessoa do lesado, nos

aspectos físico, psíquico ou moral, motivo por que, havendo previsão expressa na apólice da cobertura destes, responde a seguradora pelos danos morais sofridos pela vítima, em virtude do acidente provocado pelo segurado, até o limite da apólice pactuada” (Ap. Cív. n. 2000.021234-2, rel. Des. Carlos Prudêncio).

E:

“O dever da seguradora de indenizar os danos morais é inafastável quando faz constar na apólice a cobertura por danos pessoais, decorrendo o direito do segurado diretamente das normas contratuais que, em caso de dúvida a esse respeito, serão interpretadas em seu favor” (Ap. Cív. n. 2000.022181-3, rel. Des. Volnei Carlin).

Ainda:

“Ação de indenização – Acidente de trânsito. Preliminar de conexão. Dano moral. Ausência de condenação da seguradora nos danos morais suportados pela seguradora – Previsão de cobertura dos danos pessoais na apólice — Inclusão daquele neste. Denúnciação à lide – Condenação em verba honorária da denunciada – Pretensão de isenção – Impossibilidade. Lucros cessantes – Existência do direito mas incerto seu quantitativo – Relegação à fase de liquidação da sentença – Possibilidade.

“[...] Inquestionavelmente, os danos morais subsomem-se na classificação de danos pessoais. Prevista, no contrato de seguro, cobertura para os danos pessoais, os danos morais enquadram-se na responsabilidade de ressarcimento da seguradora, impondo-se, pois, ressarcidos por conta da apólice que rege as relações esta-



belecionadas entre a responsável direta pela reparação advinda do cometimento de ilícito e a companhia de seguros denunciada à lide” (Ap. Cív. n. 1998.015971-7, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assim, comprovada a participação do veículo segurado no acidente, tem a apelante/denunciada o dever de ressarcir aos apelantes/denunciados os valores pagos a título de indenização pelos danos causados, incluídos os danos morais, observado o limite da apólice.

#### 2.4.2. *Quantum indenizatório*

Todos os apelantes impugnaram o *quantum* fixado a título de indenização por danos morais, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), pugnando pela sua redução.

Sabe-se ser indispensável a observância ao critério da proporcionalidade, levando-se em conta as circunstâncias em que o fato danoso ocorreu, cumprindo sua função satisfatória genérica, sem, contudo, levar ao enriquecimento ilícito da vítima e ao conseqüente empobrecimento da parte adversa.

O entendimento jurisprudencial dominante é no sentido de que a fixação do valor do dano moral deflui do prudente arbítrio do julgador ao examinar o nível econômico das partes, dentro da especialidade do caso concreto, não podendo alcançar cifras extremamente elevadas, culminando no enriquecimento da parte lesada.

A indenização não pode se constituir em loteria para a vítima, com a insolvência do responsável pelo ato ilícito, e, alcançado o equilíbrio, o dano moral cumprirá sua função de

minorar os efeitos decorrentes do ato lesivo.

Acerca dos critérios para fixação do *quantum*, já decidiu esta Corte de Justiça:

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há que representar, para o ofendido, uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos dissabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, de modo que, sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ainda:

“Como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a avaliação dos interesses morais afetados, a medida da prestação do ressarcimento deve ser fixada ao arbítrio do juiz, levando em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa” (Ap. Cív. n. 34.906, rel. Des. Xavier Vieira).

No caso em tela, o *quantum* fixado pelo Juízo monocrático, além de ser aquele compreensível pelo magistrado como suficiente para reparar os danos causados aos apelados, foi criteriosamente fixado, haja vista serem os responsáveis pela reparação dos danos o proprietário de frota de cami-

nhões de transporte e um dos seus motoristas.

Não se tem conhecimento sobre os rendimentos de ambos, todavia não são necessários grandes esforços mentais para concluir pela disposição de capacidade econômica suficiente para suportar tal condenação.

Assim, por ser medida justa e consentânea à realidade encontrada nos autos, mantém-se a verba indenizatória, fixada em R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

Para dar destaque à matéria, cita-se:

“A fixação da verba reparatória do dano moral tem sido problema de árdua resolução, dada a dificuldade de estabelecer-se o *pretium doloris*. Assentada a reparabilidade desse tipo de dano, hoje com foro constitucional, longos embates doutrinários ainda se travam no afã de identificar os critérios para a estipulação das cifras devidas. Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: 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 (Cf. Prof. Fernando Noronha). Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na determinação do quantitativo a arbitrar, os juízes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil” (TJSC – Ap. Cív. n. 1996.007731-6, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

Destarte, por haver o juízo monocrático observado os critérios para a fixação do *quantum*, mantém-se aquele fixado na sentença objurgada, restando prejudicado o pleito deduzido pela apelante/denunciada para redução em razão da culpa concorrente.

#### 2.5. Juros e correção monetária

Insurgiram-se os apelantes/réus contra a determinação da incidência de juros e correção monetária, a partir da data do sinistro, em todas as verbas indenizatórias.

Com razão. É devida a incidência da correção monetária e dos juros de mora, estes calculados com base no percentual de 0,5% (meio por cento) ao mês e aquela com base no INPC, a partir da data do sinistro, conforme preconiza o art. 962 do Código Civil de 1916: “Nas obrigações provenientes de delito, considera-se o devedor em mora desde que o perpetrar”.

Trata-se de matérias sumuladas pelo Superior Tribunal de Justiça: “Súmula 54. Os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual”; “Súmula 43. Incide correção monetária sobre dívida por ato ilícito a partir da data do efetivo prejuízo”.

A posição do citado Tribunal Superior é a seguinte:

“Responsabilidade civil – Colisão de navios – Responsabilidade extracontratual – Juros moratórios – Termo inicial – Art. 962, CC – Súmula/STJ, Enunciado n. 54 – Recurso desprovido – Tratando-se de responsabilidade extracontratual, os juros moratórios fluem a partir do evento danoso, nos termos do Enunciado n. 54 da Súmula” (AGRESP n.

302178, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ainda:

“Civil – Juros – Termo inicial – Responsabilidade extracontratual – O vocábulo delito, no contexto do artigo 962 do Código Civil, diz respeito aos atos ilícitos de natureza não contratual, de modo que os juros incidentes sobre condenação resultante de acidente de trânsito são contados a partir do evento danoso (STJ – Súmula 54). Agravo regimental não provido” (AGA n. 183410, rel. Min. Ari Pargendler).

O Tribunal de Justiça Mineiro também já decidiu:

“Ato ilícito – Sentido da expressão ‘delito’ – Fluência dos juros de mora – Termo inicial – Art. 962 do Código Civil – Compreendem-se na conceituação de delito, a que se refere o art. 962 do Código Civil, os atos ilícitos penais, civis, mercantis e administrativos, todos eles justificando a fluência dos juros moratórios a partir do fato lesivo e não a partir da citação” (Ap. Cív. n. 000.191.560-2/00, rel. Des. Cláudio Costa).

Encontra-se precedente na Corte de Justiça Carioca:

“Responsabilidade civil – Acidente de trânsito – Atropelamento – Morte da vítima – Culpa concorrente – Dano moral – Indenização. Atropelamento seguido de morte. Culpa concorrente. Evidencia-se a culpa concorrente se houve imprudência das vítimas, que empreenderam a travessia em local perigoso e de difícil visibilidade. A culpa do condutor do veículo atropelador deriva-se da comprovação da excessiva velocidade, obstati-

va da retomada da direção, que poderia desviar o automóvel dos transeuntes ou a sua frenagem. Nestas condições, mantém-se a sentença que fixou a indenização pelo dano moral, em valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos vigentes à data do efetivo pagamento. Os juros e a correção monetária visam à recomposição da moeda, e as Súmulas 43 e 54 do eg. Superior Tribunal de Justiça determinam que a incidência de ambos seja contada a partir da data do evento danoso. Recursos conhecidos, improvidos o primeiro e o segundo e parcialmente provido o terceiro” (Ap. Cív. n. 19517/1999 – (3-5-2000) – 11ª C.Cív., rel. Des. Claudio de Mello Tavares – j. 23-3-2000).

Na sentença, constou: a) correção monetária a partir de cada desembolso e juros da data do acidente, para as despesas materiais, com traslado de corpo, embalsamamento e sepultamento; b) juros a partir do vencimento, para as prestações vincendas devidas a título de pensão mensal; e c) juros e correção monetária a contar da ocorrência do sinistro, para os danos materiais (fls. 277 e 278).

De acordo com as Súmulas e a orientação pacífica da jurisprudência, merece ser reformada a sentença para fixar a incidência da correção monetária e dos juros de mora, a partir da data do acidente, em todas as verbas indenizatórias, excetuando-se aquela relativa à pensão mensal, especificamente às prestações vincendas, mantendo-se incólume, neste item, o *decisum*.

## 2.6. Constituição de capital

Os apelantes/réus objetivam a exclusão da condenação para consti-

tuição de capital, conquanto tencionam incluir os apelados na folha de pagamento de sua empresa.

Não merece acolhida essa pretensão. Trata-se de pedido não amparado em prova documental robusta da solvabilidade da empresa de transportes, da qual afirmam ser sócio e funcionário.

A condição de sócio, por si só, não exime da obrigação de constituir o capital, sendo indispensável a produção da prova de ter a empresa suporte econômico suficiente para garantir o cumprimento dessa obrigação.

Na realidade, estão os apelantes/réus confundindo a obrigação de constituir o capital com a forma pela qual irão cumpri-la.

Trata-se de situações distintas que merecem tratamento diferenciado. Conforme asseverou o eminente Des. Wilson Guarany, em acórdão de sua lavra:

“[...] a constituição de capital serve tão-somente para garantia da obrigação, e a inclusão dos beneficiários em folha de pagamento constitui-se em benefício para a executada que terá, sem sombra de dúvidas, facilidades em melhor planejar o cumprimento da obrigação determinada pela decisão judicial.

“Portanto, a maneira pela qual será cumprida a obrigação (rendimentos dos bens ou inclusão em folha de pagamento) caberá à empresa alimentante fazer a opção, mas a constituição de capital faz-se necessária ante a possibilidade de que, futuramente, não possa mais honrar a obrigação fixada” (Ap. Cív. n. 1996.011607-9).

Essa decisão recebeu a seguinte ementa:

“[...] Constituição de capital — Inclusão dos beneficiários em folha de pagamento que, por si só, não garante o cumprimento da obrigação — Incerteza quanto ao futuro financeiro da empresa — Necessidade da medida — Apelo desprovido [...]”.

Destarte, rejeita-se a pretensão dos apelantes/réus, ressaltando a liberdade de escolha quanto à forma de pagamento da pensão.

### 3. Honorários advocatícios

Objetivou a apelante/denunciada a redução do percentual fixado, em razão da “grande soma remuneratória” fixada na sentença (fl. 302).

Com efeito. Várias foram as verbas indenizatórias deferidas, razão pela qual a fixação dos honorários deve ser feita com critérios.

A regra, em casos dessa natureza, é fixá-los em quantia equivalente à soma das prestações vencidas, mais doze das vincendas. Preconiza o § 5º do art. 20 do Código de Processo Civil:

“[...] § 5º. Nas ações de indenização por ato ilícito contra pessoa, o valor da condenação será a soma das prestações vencidas com o capital necessário a produzir a renda correspondente às prestações vincendas (artigo 602), podendo estas ser pagas, também mensalmente, na forma do § 2º do referido artigo 602, inclusive em consignação na folha de pagamento do devedor”.

A aplicação dessa norma, aliada ao percentual fixado pelo Juízo a quo, em 20% (vinte por cento), resultaria em quantia elevada, muito supe-

rior à remuneração condigna da profissão exercida pelo causídico.

Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, impõe-se a redução do percentual para 15% (quinze por cento), o qual deverá incidir apenas sobre as parcelas vencidas e demais verbas, incluídos os danos morais e as despesas materiais, excluídas as prestações vincendas.

Dessa feita, neste ponto, dá-se provimento ao apelo, para reduzir a verba honorária, fixando-a em valor eqüivalente a 15% (quinze por cento) sobre a soma das prestações vencidas, o valor arbitrado a título de danos morais e as despesas materiais, sendo excluídas as prestações vincendas.

#### 4. Litigância de má-fé

Relativamente ao pedido de condenação dos apelados/autores na pena de litigância de má-fé, não merece acolhida, pois seu reconhecimento depende da presença dos requisitos previstos no art. 17 do Código de Processo Civil, dentre os quais a não-observância, pela parte, ao seu dever de lealdade processual, criando incidente desnecessário ou protelatório, fundado em fato que sabe não ser verdadeiro.

Estabelece referido dispositivo:

“Reputa-se litigante de má-fé aquele que:

“I — deduzir pretensão ou defesa contra texto expresso de lei ou fato incontroverso;

“II — alterar a verdade dos fatos;

“III — usar do processo para conseguir objetivo ilegal;

“IV — opuser resistência injustificada ao andamento do processo;

“V — proceder de modo temerário em qualquer incidente ou ato do processo;

“VI — provocar incidentes manifestamente infundados;

“VII — interpuser recurso com intuito manifestamente protelatório”.

Sem razão. Não estavam os apelados/autores cientes do fato da quitação pela seguradora alienígena, mesmo porque o pagamento somente foi efetuado em meados de 1999, ao passo que a ação foi promovida em 1998.

Pela análise cronológica dos fatos, verifica-se que, tão logo cientes do pagamento, providenciaram a comunicação ao Juízo *a quo*.

Na sentença que homologou o acordo celebrado na ação promovida contra referida empresa, em trâmite perante o juízo estrangeiro, foi feita referência à data da composição: 19-4-99 (fl. 255). A petição de comunicação foi protocolada em ago./98 (fl. 252). Isto é, 4 (quatro) meses depois. Portanto, inequívoco o fato de não terem recebido os valores à época da propositura da ação e, conseqüentemente, de não terem conhecimento da quitação, porque não efetuada na mesma época.

A atuação foi pautada pela lealdade processual, não tendo deixado de observar os deveres impostos pela legislação em vigor.

Na realidade, a má-fé alegada pela apelante/denunciante está fundamentada na relação de ordem material existente entre as partes, e não na processual, sendo esta a única que tem o condão de autorizar a aplicação da pe-

na prevista no art. 18 do Código de Processo Civil.

Este é o entendimento desta Câmara:

“Busca e apreensão. Apelação cível. Nulidade da sentença. Requisitos presentes. Vício inexistente. Falta de provas. Inércia da autora. Condenação em litigância de má-fé. Inconfiguração dos casos previstos no art. 17 do CPC. Recurso parcialmente provido.

‘Incorre infração ao art. 458, incs. II e III, do CPC, atendendo, assim, à norma constitucional prevista no art. 93, IX, da Carta Magna, a sentença que contém relatório e fundamentos suficientes para entender-se por que motivos o julgador decidiu a causa como o fez, demonstrando sua convicção’ (JC 73/348).

*“A má-fé do litigante que autoriza a aplicação de pena é de ordem processual, e não a resultante da relação material existente na lide”* (grifou-se) (Ap. Cív. n. 51.822, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ainda:

“Acidente do trabalho — Pneumoconiose — Prova técnica positiva — Explosão de dinamite — Lesão no dorso vertebral — Fato indemonstrado — INSS — Isenção de custas inadmissível — Litigância de má-fé — Requisitos insatisfeitos — Sentença mantida — Reclamos — Provedimento, em parte, do principal — Negativa do adesivo.

*“[...] A litigância de má-fé é admissível apenas quando caracterizados os pressupostos indispensáveis.*

“Aplicação da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça” (grifou-se) (Ap. Cív. n. 51.172, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Não evidenciada a temeridade da conduta dos apelados/autores, rejeita-se essa pretensão.

Assim, dá-se provimento parcial ao apelo interposto pelos réus/denunciados para, rejeitadas as preliminares, fixar a incidência da correção monetária e dos juros de mora, a partir da data do acidente, em todas as verbas indenizatórias, excetuando-se aquela relativa à pensão mensal, especificamente às prestações vincendas.

A apelação interposta pela apelante/denunciada também é parcialmente provida para: a) condenar os apelantes/réus ao pagamento da pensão mensal com base nos seguintes critérios: 40% (quarenta por cento) à genitora e 60% (sessenta por cento) aos filhos, este último dividido em porções iguais entre os 5 (cinco) filhos, ressalvando que o montante cabível aos herdeiros que não são parte neste processo deverá ser buscado pela via própria; e b) reduzir a verba honorária, fixando-a em valor equivalente a 15% (quinze por cento) sobre a soma das prestações vencidas, o valor arbitrado a título de danos morais e as despesas materiais, sendo excluídas as prestações vincendas.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime: I) dar provimento parcial ao apelo interposto pelos apelantes/réus para, rejeitadas as preliminares, fixar a incidência da correção monetária e dos juros de mora a partir da data do acidente em todas as verbas indenizatórias, excetuando-se aquela relativa à pensão mensal, especificamente às prestações vincendas; e II) dar provi-



mento parcial ao apelo interposto pela apelante/denunciada para: a) condenar os apelantes/réus ao pagamento da pensão mensal com base nos seguintes critérios: 40% (quarenta por cento) à genitora e 60% (sessenta por cento) aos filhos, este último dividido em proporções iguais entre os 5 (cinco) filhos, ressalvando que o montante cabível aos herdeiros que não são parte neste processo deverá ser buscado pela via própria; e b) reduzir a verba honorária, fixando-a em valor equivalente a 15% (quinze por cento) sobre a soma das prestações vencidas, o valor arbitrado a título de

danos morais e as despesas materiais, sendo excluídas as prestações vencidas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Túlio Sartorato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyeseleben.

Florianópolis, 25 de abril de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.008802-7, DE PONTE SERRADA**

**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Apelação cível – Ação de ressarcimento por ato ilícito c/c reparação por danos morais – Atropelamento de menor – Via urbana – Imprudência – Culpa do motorista reconhecida – Dever geral de cautela – Culpa presumida da empregadora.*

*Demonstrada a culpa do motorista, resta evidente a responsabilidade da empregadora pelos danos causados, nos termos da Súmula 341 do STF.*

*Pensão mensal devida aos pais – 2/3 do salário mínimo – Limite temporal – Termo inicial na data que a vítima completaria 14 anos – Termo final na data em que a vítima completaria 65 anos – Redução para 1/3 a partir dos 25 anos – Baixa renda familiar – Dano moral inarredável – Dever de indenizar sofrimento causado.*

*Embora a vítima ainda não exercesse atividade laboral, a pensão mensal aos pais é devida, tratando-se de família humilde, pois, em tais casos, presume-se que os filhos menores trabalham para colaborar para o sustento familiar.*

*Indescritível é a dor experimentada pela perda prematura de uma filha e irmã, devendo o quantum indenizatório equiparar-se a este abalo moral sofrido.*



*Denúnciação da lide – Seguradora – Responsabilidade contratual – Cobertura dos danos morais – Seguro obrigatório – Não-demonstração do pagamento – Dedução indevida – Sentença reformada – Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.008802-7, da comarca de Ponte Serrada (Vara Única), em que são apelantes Bruno Alves de Oliveira e Francisca Cibulski, por si, e representando seus filhos, Gilberto Alves de Oliveira e Higo Filippi, sendo apelados Márcio Zonta, Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, e HSBC Bamerindus Seguros S.A.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Bruno Alves de Oliveira e Francisca Cibulski, por si, e representando seus filhos, Gilberto Alves de Oliveira e Higo Filippi, interpuseram recurso de apelação, pois irrisignados com a sentença proferida nos autos da ação de ressarcimento por ato ilícito c/c reparação por danos morais, ajuizada contra Márcio Zonta, Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, e HSBC Bamerindus Seguros S.A., que julgou improcedente o pedido formulado.

O Magistrado singular reconheceu ter o acidente ocorrido por culpa exclusiva da vítima, pois esta atravessou a rodovia de forma inesperada, inexistindo qualquer responsabilidade do motorista (fls. 398 a 340).

Os recorrentes alegaram a culpa do motorista pela morte da menor,

requerendo: o pagamento de uma pensão mensal até quando a vítima completasse 65 (sessenta e cinco) anos, ou 25 (vinte e cinco) anos, ou até a morte de um de seus pais, no valor de 1 (um) salário mínimo; o pagamento de indenização pelo dano moral sofrido em quantia equivalente a 900 (novecentos) salários mínimos; o pagamento de verba referente ao luto da família; e ao pagamento dos honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação (fls. 404 a 429).

Devidamente intimados, os apelados Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, e HSBC Bamerindus Seguros S.A. apresentaram contra-razões, reforçando os termos do *decisum* (fls. 464 a 480 e 484 a 500). O apelado Márcio Zonta deixou de apresentar as contra-razões.

Instado, o Procurador de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso (fls. 536 a 545).

Após, ascenderam os autos a esta Corte de Justiça.

Vieram conclusos.

É o relatório.

### **II — Voto**

Trata-se de apelação cível interposta com o desiderato de ver reformada a sentença que julgou improcedente o pedido indenizatório pelos danos causados em virtude do atropelamento.

lamento da menor, filha e irmã dos apelantes.

Em 21-6-1997, a menor, após despedir-se de sua mãe, atravessou a rua, passando pela frente de um ônibus parado, sendo atropelada em seguida pelo veículo conduzido por Márcio Zonta. O acidente causou graves lesões, as quais levaram a criança a óbito (fl. 61).

Eis a razão da *actio* deflagrada.

Os apelantes alegam a culpa do motorista Márcio Zonta pelo acidente, pugnando pelo pagamento de uma pensão mensal até quando a vítima viesse a completar 65 (sessenta e cinco) anos, ou 25 (vinte e cinco) anos, ou até a morte de um de seus pais, no valor de 1 (um) salário mínimo mensal. Requerem, ainda, o pagamento de indenização pelo dano moral sofrido na quantia equivalente a 900 (novecentos) salários mínimos e o pagamento de verba referente ao luto da família. Por fim, pugnam pela constituição de capital e condenação dos apelantes aos honorários advocatícios em 20% (vinte por cento) sobre o valor da condenação.

#### 1. Responsabilidade pelo evento danoso

O Magistrado singular entendeu ter o atropelamento ocorrido por culpa exclusiva da vítima, afastando qualquer responsabilidade do apelado Márcio Zonta, motorista do veículo.

A vítima foi atropelada pelo automóvel que era conduzido pelo apelado Márcio Zonta, e, em consequência disso, veio a falecer, caracterizando a responsabilidade deste pelo falecimento da menor.

Oportuno colacionar alguns trechos da prova testemunhal:

“[...] que não ouviu o barulho de freio, não sabendo dizer se chegaram a ser acionados pelo furgão; [...] que acredita que o veículo viesse rápido, pegando embalo para a subida que existe mais adiante na estrada, que 700 metros antes existe um quebra-mola” (fl. 294).

“[...] estando embalado para subir, em seus cálculos, a uns oitenta quilômetros por hora; que não deu tempo nem para que os freios fossem acionados e, com o choque, a menina foi para longe” (fl. 296).

Colhe-se, ainda, do testemunho do motorista do ônibus, Sr. Bemhur Lange: “[...] que não viu o barulho de freio, apenas o estouro do impacto” (fl. 297).

A prova testemunhal demonstra a não-utilização dos freios, evidenciando a alta velocidade e a imprudência com que apelado conduzia o veículo, em via urbana, onde a presença de pedestres é previsível.

Como bem salientou o representante do Ministério Público de primeiro grau: “[...] Talvez, se a velocidade empregada não estivesse tão alta, com um pouco mais de atenção e prudência, o evento poderia não ter ocorrido” (fl. 394).

Portanto, caracterizado está o nexo de causalidade entre a conduta do apelado e o evento danoso.

Colhe-se do entendimento desta Corte de Justiça:

“Apelação cível — Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Atropelamento de criança — Motorista que empreendia velocidade in-

compatível com o local – Coletivo estacionado para embarque e desembarque de passageiros — Previsibilidade evidenciada – Imprudência caracterizada – Culpa *in vigilando* – Indenização por danos morais – Anulação de sentença — Recurso provido” (Ap. Cív. n. 1999.016874-3, rel. Des. José Volpato).

Demonstrada a culpa do motorista, resta evidente a responsabilidade da empresa Dimed pelo dano, eis que era proprietária do veículo e empregadora, consoante norma apontada no art. 1.521, III, do Código Civil de 1916:

“São também responsáveis pela reparação civil:

“III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviços e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele (artigo 1.522)”.

Sobre a matéria, eis o entendimento do Supremo Tribunal Federal: “É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto” (Súmula 341 do STF).

Nessa direção:

[...] O empregador é, por força de lei, responsável pela conduta culposa de seu preposto que, mesmo habilitado para a condução de veículos, dá causa a acidentes de circulação, dos quais resultam danos para a vítima. E, condenado o preposto em ação criminal instaurada em razão dos fatos, o reconhecimento da culpa constitui julgada em relação à ação cível, como resulta do art. 1.525, segunda parte, do Código Civil [...]” (Ap. Cív. n. 1998.012584-7, rel. Des. Trindade dos Santos).

Com efeito, não há falar de culpa exclusiva.

## 2. Indenização

### 2.1 Pensão mensal

Os apelantes pugnam pelo pagamento de uma pensão mensal até a data em que a vítima viesse a completar 65 (sessenta e cinco) anos, ou 25 (vinte e cinco) anos, ou até a morte de um de seus pais, no valor de 1 (um) salário mínimo mensal.

É cediço que, em famílias com baixo poder aquisitivo, os filhos começam a trabalhar com idade reduzida, contribuindo, desse modo, para o sustento familiar.

No caso em apreço, o fato de a vítima ser menor não afasta o direito de seus pais receberem uma pensão mensal, em conformidade com a Súmula 491 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “É indenizável o acidente que cause a morte do filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

Assim, os pais da menor merecem uma reparação pelo dano futuro e presumido, na modalidade de lucros cessantes.

Colhe-se da lavra deste Relator:

[...] Não obstante a vítima ter menos de três anos de idade e, obviamente, não auferir renda, é cabível o pagamento de pensão aos pais, porquanto, como ordinariamente ocorre nas famílias humildes, tão logo possível, aquela passaria a contribuir, com seu trabalho, para o sustento da família” (Ap. Cív. n. 2002.005293-6).

Sobre o tema, discorre Arnaldito Marmitt: “Mesmo que sem condições de exercer trabalho remunera-

do ou lucrativo, constituindo-se apenas em esperança de futuramente poder auxiliar os pais, ainda assim a sua morte é duplamente ressarcível” (A responsabilidade civil nos acidentes de automóvel, Rio de Janeiro: Aide, 1986, p. 157).

Com efeito, deve a verba indenizatória ser fixada no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e, como termo final, a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, com redução da pensão para 1/3 (um terço) do salário mínimo, a partir da data em que a menor completaria 25 (vinte e cinco) anos.

Os irmãos da vítima ficam afastados do recebimento da pensão mensal, porquanto inexistente qualquer obrigação alimentar entre eles.

Em suma, é devida a pensão mensal para cada um dos genitores da menor, nos termos anteriormente fixados.

## 2.2 Dano moral

Os apelantes pugnam pela indenização por danos morais no valor equivalente a 900 (novecentos) salários mínimos.

Importante salientar, indubitavelmente, que os apelantes sofreram dano moral, eis que indescritível o sofrimento causado pela perda prematura de uma filha ou irmã.

Colhe-se da lavra deste Relator:

“[...] É cediço, o amor incondicional dos pais pelos filhos faz com que estes sejam, com certeza, o bem mais importante da vida daqueles. Por essa razão, não há dúvida, é grande a

dor dos genitores pela perda trágica e prematura da infante, sofrimento este que, provavelmente, acompanhará-los-á até o fim de suas vidas” (Ap. Cív. n. 2002.005293-6).

No mesmo sentido:

“A morte de filho menor ocasiona, para os pais, inegável é, danos morais, estes ligados a sentimentos essencialmente subjetivos, como a dor, o abalo psíquico, a mágoa, a tristeza, afetando exclusivamente o patrimônio ideal dos atingidos pela perda, pelo que não são passíveis de comprovação no plano fático. Decorrem esses danos, apenas e simplesmente, da intensidade da ofensa havida, sendo eles implicações inarredáveis da natureza e das consequências advindas do fato” (Ap. Cív. n. 1998.011661-9, rel. Des. Trindade dos Santos).

Nas ações de natureza indenizatória pela morte de filho menor, o que se tem a fazer é buscar amenizar o sofrimento da família, uma vez que impossível arbitrar um *quantum* indenizatório condizente com o real prejuízo moral sofrido.

Assim, ao julgador cabe fixar, prudentemente, a verba indenizatória, objetivando proporcionar uma compensação econômica ao dano suportado pela vítima, atendendo sua consciência de justiça e apaziguando seu sentimento de vingança privada, com a imposição de uma diminuição econômica ao ofensor, haja vista que a dor não encontra correspondência no critério valorativo econômico, impossível de ser mensurada.

A propósito, Carlos Alberto Bitar acentua:

“Desse modo, parece-nos de bom alvitre analisar, primeiro, a) a repercussão na esfera do lesado, depois, b) o potencial econômico social do lesante e c) as circunstâncias do caso, para finalmente se definir o valor da indenização, alcançando-se, assim, os resultados próprios: compensação a um e sancionamento a outro” (Reparação civil por danos morais, 3ª ed. rev. atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 284).

Solução razoável à espécie é a fixação dos danos morais em valor equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos, considerando a gravidade da lesão e as condições financeiras dos apelados.

Portanto, inarredável a ocorrência do dano moral, ficando os apelados obrigados a compensar a dor causada, mediante o pagamento de indenização aos pais e irmãos da vítima.

### 2.3 Luto da família

No tocante à condenação dos apelados ao pagamento de verba indenizatória referente ao luto da família, não merece guarida a pretensão dos apelantes.

Compulsando os autos, verifica-se que, embora apontados na inicial, inexistem qualquer comprovação dos valores realmente despendidos pelos apelantes.

“[...] Vítima embriagada — Invasão da pista de rolamento — Conductor de veículo que divisa ciclistas a distância ocupando o leito da via asfáltica — Estrada estreita, com precário ou nenhum acostamento — Movimento de pedestres saindo de uma

festa no local — Proximidades ademas de um trevo da rodovia — Réu que admite estar dirigindo a uma velocidade de 70/80km/horários quando da colisão com uma das bicicletas, após conseguir desviar-se de outra — Reciprocidade de culpa — Danos — Funeral e luto — Despesas não comprovadas — Exclusão.

“*Inadmissível é a condenação por despesas com funeral e luto da família desde que não comprovados (grifou-se) [...]*” (Ap. Cív. n. 1996.012575-2, rel. Des. Alcides Aguiar).

Desse modo, não há condenar os apelados ao pagamento de tal verba indenizatória.

### 3. Ônus da sucumbência

Constou na sentença a condenação dos apelantes ao pagamento dos honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor reclamado (fl. 400).

Todavia, em razão da reforma do *decisum*, impõe-se a alteração no ônus da sucumbência.

Assim, os apelados Márcio Zonta, Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, e HSBC Bamerindus Seguros S.A. deverão suportar o ônus da sucumbência, incluindo custas e despesas processuais, inclusive a verba honorária, equivalente a 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, nos termos do art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil, respectivamente, devidas por força da sucumbência na demanda principal e secundária.

### 4. Constituição de capital

Referentemente à constituição do capital dos apelados à satisfação da

obrigação, merece guarida tal pretensão.

Reza o art. 602, *caput*, do Código de Processo Civil: “Toda vez que a indenização por ato ilícito incluir prestação de alimentos, o juiz, quanto a esta parte, condenará o devedor a constituir um capital, cuja renda assegure o seu cabal cumprimento”.

Nessa direção:

“[...] toda vez que a indenização por ato ilícito consistir em prestação alimentícia, o alimentante deve ser condenado a constituir capital cuja renda assegure o cumprimento da obrigação. É imperativa a norma do art. 602 do Código de Processo Civil” (Ap. Cív. n. 1999.008449-3, rel. Des. Newton Trisotto).

Com efeito, devem os apelados constituir capital para garantir o pagamento das verbas indenizatórias anteriormente fixadas.

#### *5. Responsabilidade contratual da seguradora*

Em conformidade com o documento acostado aos autos (fl. 130), a empresa apelada/ré (Dimed) mantém um contrato de seguro com a apelada/denunciada (HSBC Bamerindus Seguros S.A.). Neste contrato, o sinistro do veículo estava abrangido, prevendo a cobertura para danos materiais e pessoais.

Desse modo, é incontestável a responsabilidade contratual da seguradora, ficando obrigada a ressarcir a apelada/ré dos prejuízos advindos da condenação, até o limite previsto na apólice.

Salienta-se, ainda, que a responsabilidade entre a apelada/denunciada (HSBC Bamerindus Seguros S.A.)

e a apelada/ré (Dimed) é solidária, conforme prescrito no art. 101, II, do Código de Defesa do Consumidor, e no art. 80 do Código de Processo Civil.

Dispõem os dispositivos legais supramencionados, respectivamente:

“Art. 101. Na ação de responsabilidade civil do fornecedor de produtos e serviços, sem prejuízo do disposto nos Capítulos I e II deste Título, serão observadas as seguintes normas.

[...]

“II - o réu que houver contratado seguro de responsabilidade poderá chamar ao processo o segurador, vedada a integração do contraditório pelo Instituto de Resseguros do Brasil. Nesta hipótese, a sentença que julgar procedente o pedido condenará o réu nos termos do artigo 80 do Código de Processo Civil. Se o réu houver sido declarado falido, o síndico será intimado a informar a existência de seguro de responsabilidade, facultando-se, em caso afirmativo, o ajuizamento de ação de indenização diretamente contra o segurador, vedada a denúncia da lide ao Instituto de Resseguros do Brasil e dispensado o litisconsórcio obrigatório com este”.

“Art. 80. A sentença, que julgar procedente a ação, condenando os devedores, valerá como título executivo, em favor do que satisfizer a dívida, para exigi-la, por inteiro, do devedor principal, ou de cada um dos co-devedores a sua quota, na proporção que lhes tocar”.

No que se refere à isenção do pagamento dos danos morais, não merece prosperar, eis que integram os danos pessoais, estes previstos na apólice.



A dedução da indenização do seguro obrigatório, igualmente, não merece guarida, porquanto não restou comprovado terem os apelantes recebido tal valor.

Neste sentido, colhe-se da lavra deste Relator:

“[...] Inexistindo prova do recebimento do seguro obrigatório arreda-se a possibilidade de desconto deste valor do montante indenizatório.

“Não demonstrada a limitação ou particularização dos riscos, responde a seguradora também pelos danos morais, os quais reputam-se incluídos nos danos pessoais previstos na apólice” (Ap. Cív. n. 2002.005293-6).

Com efeito, não demonstrado o recebimento do seguro obrigatório pelos apelantes, afasta-se a possibilidade de desconto deste valor na verba indenizatória.

#### 6. *Juros compostos*

Com referência a postulação sobre a incidência dos juros compostos, merece prosperar tal pretensão.

Reza o art. 1.544 do Código Civil de 1916: “Além dos juros ordinários, contados proporcionalmente ao valor do dano, e desde o tempo do crime, a satisfação compreende os juros compostos.”

Desse modo, é devida a incidência dos juros compostos sobre a condenação das apeladas, a serem calculados desde a data do evento danoso.

Por todo o exposto, dá-se provimento ao recurso para, reconhecendo a culpa dos apelados Márcio Zonta e Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, pelo infortúnio, condená-los ao pagamento de: a) uma pen-

são mensal aos pais da menor, no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e, como termo final, a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, com redução da pensão para 1/3 (um terço) do salário mínimo, a partir da data em que a menor completaria 25 (vinte e cinco) anos; b) de quantia equivalente a 400 (quatrocentos) salários mínimos, a título de indenização por danos morais, aos pais e irmãos da vítima. Determinam-se, aos apelados, a constituição de um capital, nos termos do art. 602 do Código de Processo Civil, e a condenação aos juros compostos, a serem calculados desde a data do evento. Condena-se, ainda, a apelada/denunciada ao pagamento da verba indenizatória de responsabilidade da apelada/ré Dimed, nos limites da apólice.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, dar provimento ao recurso e julgar procedente em parte os pedidos formulados, para condenar os requeridos Márcio Zonta e Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed:

a) ao pagamento de uma pensão mensal no valor correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, tendo como termo inicial a data em que a vítima completaria 14 (quatorze) anos e, como termo final, a data em que completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade, com redução da pensão para 1/3 (um terço) do salário mínimo, a partir da data em que a menor completaria 25 (vinte e cinco) anos;



b) aos juros compostos a serem calculados desde a data do evento danoso, sobre o valor total da condenação;

c) ao pagamento de indenização por danos morais em 400 (quatrocentos) salários mínimos aos pais e irmãos da vítima;

d) determinar a constituição de um capital nos termos do art. 602 do Código de Processo Civil;

e) condenar a apelada/denunciada ao pagamento da verba indenizatória de responsabilidade, também, da apelada/ré Dimed, nos limites da apólice;

f) condenar os apelados Márcio Zonta, Distribuidora de Medicamentos Ltda. – Dimed, e HSBC Bamerindus

Seguros S.A. ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios, em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação, respectivamente, devidos por força da sucumbência na demanda principal e secundária.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Volpato e Marcus Túlio Sartorato. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de abril de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.015587-0, DE ORLEANS**

**Relator: Des. José Volpato de Souza**

*Previdenciário – Embargos à execução – Insurreição contra o cálculo apresentado pelo contador judicial – Impugnação genérica e incapaz de invalidar as contas até então elaboradas – Honorários advocatícios – 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação da ação principal – Custas processuais devidas pela metade – Art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado – Remessa necessária e recurso voluntário desprovidos – Recurso adesivo parcialmente provido.*

*“Ao opor-se à execução mediante embargos compete à autarquia trazer à apreciação jurisdicional cálculos aptos a confrontar as operações realizadas pela contadoria judicial. A inexistência de novos cálculos caracteriza como genérica a impugnação ofertada pelo instituto previdenciário. No caso vertente sendo genérica a impugnação do instituto assim como ausentes os requisitos de embargabilidade apontados pelo art. 741 do CPC, não há acolher a pretensão do órgão ancilar” (TJSC, Ap. Cív. n. 99.009689-0, de Lauro Müller, rel. Des. Carlos Prudêncio).*

*Os embargos à execução importam em novo processo, e sendo rejeitados, são devidos os honorários advocatícios pela parte sucumbente. O percentual de 10% (dez por cento) está em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, e na Súmula 111 do STJ.*

*O órgão ancilar arca tão-somente com a metade das custas processuais consoante o art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.015587-0, da comarca de Orleans, em que são apelantes e apelados INSS – Instituto Nacional do Seguro Social e Donino Manoel de Souza:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos, para desprover o recurso voluntário do embargante e a remessa necessária, e prover parcialmente o recurso adesivo interposto pelo embargado.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

O INSS – Instituto Nacional do Seguro Social ajuizou embargos à execução contra a execução de sentença promovida por Donino Manoel de Souza, sustentando, em suma, que o valor executado não está correto; que os cálculos apresentados por ele (INSS) são os corretos, e não aqueles apresentados pelo contador judicial; que da análise da execução não se pode ter uma idéia correta de qual dos cálculos foi adotado, o de fls. 122 e 123 ou o de fls. 124 e 125 da ação indenizatória; que o valor, para ser executado, deve ser obtido por processo de liquidação de sentença; que os valores encontrados não podem ser exe-

cutados, posto que não revestidos de certeza.

O embargado apresentou resposta e rebateu os argumentos expendidos pelo INSS (fls. 6 a 8).

O Ministério Público manifestou-se pela rejeição dos embargos, entendendo desprovidas de fundamento as assertivas do ente ancilar (fl. 14).

Após, o Magistrado *a quo* julgou improcedentes os embargos, posto que o cálculo da autarquia previdenciária foi apresentado extemporaneamente, após o prazo de 30 (trinta) dias concedido. Além disso, considerou corretos os cálculos apresentados pelo contador judicial, já que atendeu aos parâmetros estabelecidos pelo acórdão de fls. 101 a 107, o que não ocorreu com aquele apresentado pelo ente ancilar (fls. 15 e 16).

Inconformado, o embargante apelou, reiterando seus anteriores argumentos (fls. 17 a 20).

Nas contra-razões recursais, o embargado novamente rebateu as assertivas lançadas pelo embargante (fls. 21 a 24).

O embargado aderiu ao recurso, pleiteando a condenação do embargante nas custas processuais e honorários advocatícios, a serem arbitrados em 20% (vinte por cento) sobre o valor devido nos autos principais (fls. 25 e 26).

O INSS ofereceu contra-razões (fls. 27 a 29).

O ilustre representante do Ministério Público que atuou no primeiro grau de jurisdição opinou pelo conhecimento dos recursos, para negar provimento ao do INSS e dar provimento parcial ao do segurado, para condenar o INSS ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios (fls. 30 a 32).

No mesmo sentido foi a manifestação da douta Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 45 a 51).

## II — Voto

O INSS pretende a desconstituição do valor apurado pelo contador judicial nos autos da ação de execução de sentença promovida pelo ora apelado, afirmando que os cálculos estão incorretos.

Contudo, o cálculo elaborado pela contadoria judicial (fl.115 dos autos em apenso) atende a exigência do art. 604 do Código de Processo Civil.

Ora, a autarquia não concordou com os cálculos apresentados, no entanto não apresentou impugnação capaz de repelir aqueles efetuados pela contadoria judicial, eis que genéricas suas alegações. Não obstante, conforme elucidado pela sentença de primeiro grau, “o cálculo apresentado pela autarquia às fls. 122/125 é extemporâneo vez que concedido fora do prazo de trinta dias para a apresentação, os cálculos só foram apresentados passados cinco meses além de não ter observado as determinações do acórdão de fls. 101/107 (autos em apenso)” (fls. 15 e 16)

Assim, inexistindo contas capazes de demonstrar a incorreção das

operações efetuadas pela contadoria judicial, impõe-se o inacolhimento dos embargos. Nesse sentido:

“Apelação cível. Embargos à execução. INSS. Novos cálculos. Inexistência. Art. 741. Requisitos de embargabilidade. Ausência. Rejeição.

“Ao opor-se à execução mediante embargos compete à autarquia trazer à apreciação jurisdicional cálculos aptos a confrontar as operações realizadas pela contadoria judicial. A inexistência de novos cálculos caracteriza como genérica a impugnação ofertada pelo instituto previdenciário. No caso vertente sendo genérica a impugnação do instituto assim como ausentes os requisitos de embargabilidade elencados pelo art. 741 do CPC, não se há que acolher a pretensão do órgão ancilar” (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.009689-0, de Lauro Müller, rel. Des. Carlos Prudêncio).

No que pertine ao recurso adesivo interposto pelo embargado, é devida a fixação dos honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação da ação principal. Afinal, os embargos à execução importam em novo processo, e sendo rejeitados, são devidos os honorários advocatícios pela parte sucumbente, *in casu* o INSS. O percentual de 10% (dez por cento) estabelecido está em conformidade com o disposto no art. 20, § 4º, do CPC, e na Súmula 111 do STJ. É da jurisprudência:

“Resistindo a autarquia previdenciária à execução de sentença contra ela intentada, mediante a oposição de embargos do devedor respaldados em matéria já acobertada pelo manto da coisa julgada, responde ela pelos ônus da sucumbência,

devendo arcar, inclusive, com a verba honorária incidente” (TJSC, Apelação Cível n. 1998.016162-2, da comarca de Lauro Müller, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Rejeição dos embargos. Sucumbência da autarquia. Incidência de honorários.

“Sendo rejeitados os embargos à execução, é correta a condenação da autarquia ao pagamento de honorários advocatícios em valor conforme ao disposto pelo art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil. Portanto, acertada a condenação do instituto ao adimplemento da verba honorária no percentual de 10% sobre o valor da ação principal” (TJSC, Apelação Cível n. 99.009689-0, de Lauro Müller, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Ainda no tocante ao recurso adesivo, o órgão ancilar deve arcar com as despesas processuais, sem prejuízo da isenção parcial disposta no art. 33, parágrafo único, do Regimento de Custas do Estado, visto que a isenção prevista na Lei Federal não se aplica à jurisdição estadual (Súmula 178 do STJ).

Assim, diante dessas razões, o recurso voluntário do INSS deve

ser conhecido e desprovido. O mesmo deve ocorrer com a remessa necessária. Já com relação ao recurso adesivo do segurado, ele merece ser conhecido e parcialmente provido, a fim de condenar o INSS ao pagamento das custas processuais pela metade e aos honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor da condenação dos autos principais.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, conheceram dos recursos, para desprover o recurso voluntário do INSS e a remessa necessária e para dar provimento parcial ao recurso adesivo interposto pelo segurado/embargado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmos. Sr. Des. Orli Rodrigues. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 22 de outubro de 2002.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*José Volpato de Souza,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.020298-4, DE SÃO JOSÉ

**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

*Apelação cível – Embargos de terceiro – Falência da sociedade por quotas de responsabilidade limitada formada por casal, ambos com poderes de administração – Determinação de indisponibilidade dos bens dos sócios no processo falimentar – Posterior separação consensual que deliberou sobre o patrimônio con-*

*jugal – Validade – Teoria da desconsideração da pessoa jurídica com fulcro a atingir o patrimônio pessoal do sócio-gerente acusado de praticar atos sem evidente fraude ou abuso de direitos – Necessidade de efetiva comprovação — Indemonstração quanto à esposa – Patrimônio intangível – Recurso provido.*

*— Os bens particulares dos sócios, uma vez integralizado o capital da sociedade por quotas, não respondem pelas dívidas desta, nem comuns, nem fiscais, salvo se o sócio praticou ato com excesso de poderes ou infração da lei, do contrato social ou estatutos.*

*— A pessoa jurídica tem, por lei, existência distinta daqueles que integram sua composição social, distinção essa que se estende aos respectivos patrimônios. De regra, os bens particulares dos sócios não podem ser vinculados às obrigações contraídas exclusivamente pela pessoa jurídica e de responsabilidade desta. Excepcionalmente, utilizada a personalidade jurídica para propósitos fraudulentos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalização jurídica, tornando-se-a ineficaz para determinados atos.*

*— Inquestionável que para a aceitação da teoria da descaracterização da pessoa jurídica fique evidenciada a culpa do sócio gerente no ato ilegal praticado, não podendo dita responsabilidade ser presumida em razão dos sócios serem marido e mulher. Assim, indemonstrado que há culpa imputável à esposa e ela ingressando com embargos de terceiro para que seja afastado seu patrimônio da arrecadação ordenada no feito falencial, não haverá outra alternativa senão deferir o pedido formulado.*

*— Efetivada a separação do casal após a decretação de quebra da empresa, oportunidade em que se decretou a indisponibilidade dos bens particulares do sócio-gerente, e havendo posterior determinação de suas arrecadações, intangível será a partilha então operada, ao menos até que se comprove, mediante ação própria, a incidência de fraude contra credores.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.020298-4, da comarca da São José (2ª Vara), em que é apelante Ivanete Rohling Guisoni, sendo apelada massa falida de Dacio Silva e Cia. Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso interposto, para preservar a meação da embargante, vencido o relator que votou no sentido de dar provimento integral ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Ivanete Rohling Guisoni ingressou com embargos de terceiro contra massa falida de Dacio Silva & Cia. Ltda. aduzindo que é proprietária de imóvel arrecadado pelo síndico da massa falida apontada.

Asseverou que era casada com o sócio titular da empresa Dacio Silva, ocasião em que possuía 1% da empresa ora ré, salientando que adquiriram, em 18-3-91, o terreno ora impugnado e apreendido como se pertencente à massa falida.

Salientou que quando da separação restou-lhe partilhado o imóvel ora questionado e arrecadado no processo de falência, situação essa que entende indevida, já que o patrimônio arrecadado não pertencia à empresa falida, não havendo comunicação dos bens particulares dos sócios com os da empresa, salvo hipóteses legais que apontou não estarem preenchidas.

Informou que não era sócia-gerente da empresa, não tendo qualquer poder de comando, bem como jamais laborou com culpa para a evolução do quadro falencial atualmente espancado, inclusive já integrou suas cotas sociais.

Aduziu que o imóvel ora questionado é utilizado como moradia pela autora, pugnando, por fim, pela manutenção do bem em sua posse, desconstituindo-se a arrecadação feita do imóvel de propriedade da embargante.

Devidamente citada, a massa falida de Dacio Silva & Cia. Ltda. apresentou contestação, oportunida-

de em que afirmou que era casada sob o pálio da comunhão universal de bens, além de afirmar que a ora embargante possuía sim poderes de administração na empresa, conforme art. 17 do contrato social.

Apontou que houve incidente culpa dos sócios na falência perpetrada, conforme apurado no processo falimentar, pugnando, por fim, pelo indeferimento dos embargos opostos.

Oportunizada a apresentação de impugnação à contestação, a parte pleiteou a continuidade do feito, e o Ministério Público pugnou pelo julgamento improcedente do pedido formulado.

Sentenciando o feito, o douto Togado rejeitou os embargos de terceiro ajuizados, condenando a embargante ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios da parte contrária, fixados em R\$ 1.500,00.

Irresignada, a embargante apelou, ocasião em que reprisou os argumentos expostos em primeiro grau.

Apresentadas contra-razões ao recurso interposto, bem como manifestação do Ministério Público.

O feito foi remetido a este Sodalício, ocasião em que a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

## II — Voto

Pugna a ora recorrente pela reforma da sentença prolatada pelo douto Togado *a quo*, sob o fundamento de que o bem arrecadado no processo falimentar não poderia sê-lo, isso porque não possuía pode-

res de mando na sociedade, cuja gerência fática era exercida por seu marido além de inexistir qualquer culpa sua na efetivação da falência da supramencionada empresa. Além desse fato, alegou que após a decretação de quebra da empresa separou-se de seu marido, cabendo-lhe o bem ora arrecadado em razão de decisão judicial.

Faticamente, é de se ressaltar que nos idos de 25-3-88, Dacio Silva e a ora embargante resolveram montar uma sociedade comercial, então denominada Dácio Silva & Cia. Ltda. a qual previa, em sua cláusula 17<sup>a</sup>, que “a sociedade será administrada por ambos os sócios, aos quais caberão representar a sociedade em conjunto ou isoladamente, em juízo ou fora dele, e em quaisquer negócios de interesse social, podendo praticar todos os atos necessários para o bom desempenho de suas funções e conseqüências do fim social” (fl. 60).

Já em 13-10-88 as partes convolaram núpcias, e em data de 18-3-91 adquiriram, as pessoas físicas, o bem ora arrecadado.

Após esse ato, em data de 13-8-93, restou decretada a falência da empresa consituída pelo casal, oportunidade em que o Togado decretou a indisponibilidade dos bens dos sócios a ela pertencentes (fl. 57), sendo que, em data de 29-9-94, restou requerida a separação consensual do casal, que restou homologada em data de 30-9-94, oportunidade em que coube à embargante o bem imóvel por ela agorado pretendido.

Assim, pugna a embargante o ato arrecadatário em razão de dois fundamentos, o primeiro consistente

na afronta a seu direito societário, já que inadequada a desconstituição da pessoa jurídica salvo hipóteses legalmente previstas, bem como em afronta à partilha legalmente homologada.

Conforme já salientado, o contrato social da empresa apontava ambos os sócios como responsáveis pela administração e gerência da empresa, observando-se que esta era do tipo “responsabilidade limitada”.

A teoria da desconsideração da personalidade jurídica surgiu com o objetivo de evitar os abusos e fraudes que passaram a ser praticados pelos sócios em épocas em que a personalidade da empresa era intangível. Se por um lado a distinção entre as personalidades do sócio e da sociedade é requisito imprescindível para o bom desempenho da empresa, possibilitando ao sócio exercer da melhor maneira possível o seu comando sem o constrangimento de ver seu patrimônio próprio dilapidado caso o investimento reste fracassado, por outro lado essa mesma prerrogativa pode contrariar os interesses da própria sociedade, quando ocorre abuso de poder do sócio, ou cometimento de fraude contra credores. Objetivando coibir essas duas situações formulou-se a teoria da desconsideração da personalidade jurídica.

A respeito do tema, assim esclarece Fábio Ulhoa Coelho:

“Para a teoria maior, o pressuposto inafastável da desconsideração é o uso fraudulento ou abusivo da autonomia patrimonial da pessoa jurídica, únicas situações em que a personalização das sociedades empresárias deve ser abstraída para fins de coibição dos ilícitos por ela ocultados. [...] *Em*



*outros termos, quem pretende imputar a sócio ou sócios de uma sociedade empresária a responsabilidade por ato social, em virtude de fraude na manipulação da autonomia da pessoa jurídica, não deve demandar esta última, mas a pessoa ou as pessoas que quer ver responsabilizadas”* (in Curso de Direito Comercial, Saraiva, 2002, 5ª ed., SP, p. 54 e 55) (grifo nosso).

Nesse sentido, as lições de Carlos Henrique Abrão:

“Em tema de desconsideração da pessoa jurídica é de se lembrar que não se trata de declarar nula a personificação, mas sim torná-la ineficaz para determinados atos.

“A personalidade jurídica não pode servir para utilização fraudulenta, visando contornar as proibições estatutárias do exercício do comércio ou outras vedações legais” (Penhora das Quotas de Sociedade de Responsabilidade Limitada, Saraiva, 1986, p. 59).

Da mesma forma, colhe-se da ensinança de Alexandre Couto Silva:

“A doutrina da desconsideração não visa anular a personalidade jurídica; objetiva tão-somente desconsiderar, no caso concreto, dentro de seus limites, a pessoa jurídica em relação às pessoas ou bens que atrás dela se escondem. É este o caso de declaração de ineficácia da personalidade jurídica para determinados efeitos, prosseguindo ela, todavia, incólume para seus outros fins legítimos” (Aplicação da Desconsideração da Personalidade Jurídica no Direito Brasileiro, Editora LTr, 1999, p. 28).

Linhas após, complementa o abalizado autor:

“Muitos doutrinadores brasileiros têm confundido os casos de desconsideração da personalidade jurídica com responsabilidade pessoal dos sócios-gerentes, administradores e diretores. Estes podem responder pelas dívidas da sociedade quando agem com excesso de poderes ou contrariando dispositivos legais ou estatutários. Entretanto, nesses casos, não se trata da desconsideração da personalidade jurídica, por inexistir a manipulação da personalidade da sociedade. O que ocorre, na realidade, é que essas pessoas estariam agindo de forma ilícita e, por essa razão, são responsabilizadas.

“A *Disregard Doctrine* não visa à desconstituição da personalidade jurídica, ou seja, à despersonalização. Desconsideração e despersonalização são diferentes. A despersonalização tem por finalidade a anulação da personalidade jurídica, por lhe faltar condições de existência, como nos casos de invalidade de contrato social ou dissolução de sociedades. Já a desconsideração visa a desconsiderar, apenas no caso concreto, o instituto da pessoa jurídica” (p. 29).

A jurisprudência desta Corte tem-se posicionado de forma reiterada acerca dos requisitos ensejadores à aplicação da *disregard doctrine*, no sentido de que deve haver fraude a credor ou abuso de direito. Senão vejamos:

“Agravo de instrumento. Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Desconsideração da personalidade jurídica. Requisitos ausentes. Fraude ou abuso de direito não caracterizados.

“Tratando-se de medida excepcional, para que a desconsideração da personalidade jurídica possa ocorrer, não basta que inexistam bens da empresa a serem penhorados. *É necessário ficar comprovado que os sócios efetivamente utilizaram-se da separação existente entre sua pessoa e a personalidade jurídica da empresa (art. 20 do Código Civil), com o intuito de fraudar credores, eximindo-se do cumprimento de obrigações assumidas pela sociedade.*”

“Recurso desprovido” (Agravado de Instrumento n. 2000.002355-8, de Xanxerê, rel. Des. Silveira Lenzi).

“A pessoa jurídica tem, por lei, existência distinta daqueles que integram sua composição social, distinção essa que se estende aos respectivos patrimônios. De regra, os bens particulares dos sócios não podem ser vinculados às obrigações contraídas exclusivamente pela pessoa jurídica e de responsabilidade desta. Excepcionalmente, utilizada a personalidade jurídica para propósitos fraudulentos, admite-se a aplicação da teoria da desconsideração da personalização jurídica, tornando-se-a ineficaz para determinados atos. Entretanto, não há adotar essa teoria, quando a obrigação em execução é de responsabilidade única e exclusiva da empresa, contraída ela quando ainda não integravam seus quadros societários os sócios cujo patrimônio pessoal se pretende afetar, não comprovada a dissolução irregular da sociedade nem, ao menos, não conte esta com bens suficientes para suportar o débito sob execução” (Ap. Cív. n. 2001.025750-5, de Balneário

Camboriú, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Desconsideração da personalidade jurídica. Medida excepcional. Inexistência de comprovação de que o sócio tenha agido com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social.

*“Para a aplicação da teoria do disregard of legal entity não bastam probabilidades ou suposições, sendo necessária não só a comprovação da inexistência de bens da sociedade, como também a de que os sócios tenham praticado atos com excesso de poderes, fraude à lei ou ao contrato social.*”

“Recurso desprovido” (Agravado de Instrumento n. 1999.016859-0, de Criciúma, rel. Des. Silveira Lenzi).

E para fulminar o assunto, vale transcrever parte do acórdão proferido pelo TJSP:

“Ilegitimidade de partes – Passiva – Ocorrência – Grupo societário – Ausência de responsabilidade subsidiária – Inaplicabilidade das teorias da responsabilidade do grupo empresarial e da desconsideração da pessoa jurídica – Hipótese em que não basta a simples comodidade ou conveniência do credor, para dirigir a escolha contra a sociedade controlada, em lugar da controladora ou vice-versa – Recurso não provido.

“É verdade que a tendência cada vez mais freqüente em nosso direito é desfazer a intangibilidade da personalidade jurídica, mas somente, quando esta for usada para acobertar a fraude à lei, o abuso de direito das formas jurídicas, ou causar prejuízos a terceiros pela falência, insolvência ou encerramento danoso das atividades

des” (Ap. Cív. n. 211.163-1, TJSP, rel. Des. Cunha Cintra).

Assim, demonstra-se que possível a desconsideração da pessoa jurídica, podendo o credor ingressar no patrimônio do sócio caso os bens constantes do acervo societário não sejam suficientes para liquidar os débitos por ela contraído.

Entretanto, igualmente claro que para operar-se dita desconsideração, necessária a demonstração de infração à lei ou ao contrato social, bem como tenha restado evidenciado nos autos a inequívoca culpa do sócio-gerente para efetivação do dano perpetrado, isso em decorrência da manifesta existência distinta da empresa comercial da de seus sócios, como resulta claro pelo disposto no art. 20 do Código Civil.

Nesse sentido, ademais, tem-se manifestado a jurisprudência pátria:

“Os bens particulares do sócio de sociedade por cotas de responsabilidade limitada podem ser penhorados, na falta de bens livres e desembaraçados da sociedade (CPC, art. 596, *caput*), na hipótese de desconsideração da pessoa jurídica. *Entretanto, tal responsabilidade executória não é objetiva, nem decorre tão-só da insolvência da sociedade, cabendo ao credor provar os pressupostos da desconsideração, ou seja, de que o sócio utilizou-se da pessoa jurídica fraudulentamente (art. 10 do Dec. n. 3.708/19).* Apelação desprovida” (Ap. Cív. n. 70002992378, TJRS, rela. Des. Mara Larsen Chechi) (grifo nosso).

“Os bens particulares dos sócios, ainda que gerentes, não respondem pelas obrigações de sociedade limitada, se não foi feita prova alguma

de que o sócio inquinado, a quem se atribui a responsabilidade fiscal, interveio culposamente para a prática do ilícito tributário” (TJRJ, RT 558/72; RDTJRJ 1/262).

“Sociedade comercial – Responsabilidade limitada – Execução – Penhora em bens particulares de sócios – Inadmissibilidade – Ausência das condições excepcionais justificadoras – Falta de prova de conduta lesiva ao patrimônio alheio – Impossibilidade, portanto, de aplicação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica.

“A penhora de bem de sócio de sociedade limitada para satisfação de dívida da pessoa jurídica só deve ser realizada quando presentes condições excepcionais justificadoras. *A responsabilidade dos sócios, com aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica, depende de prova de comportamento impróprio*” (TACivSP, AI n. 375.087-0 – rela. Juíza Jacobina Rabello) (grifo nosso).

“Sociedade comercial – Sociedade por cotas — Responsabilidade limitada – Penhora – Incidência sobre bens particulares do sócio por dívida da sociedade – *Inexistência de prova de conduta lesiva ou dissolução irregular – Inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Agravo desprovido.*

“Penhora – Incidência sobre bens particulares de sócio por dívida da sociedade – *Inexistência da prova de conduta lesiva ou dissolução irregular – Inaplicabilidade da teoria da desconsideração da personalidade jurídica – Agravo desprovido*” (TACivSP,

Al n. 375.087-0, rela. Juíza Jacobina Rabello) (grifo nosso).

E, deste Sodalício:

“Sociedade comercial — Responsabilidade do sócio por dívida de empresa — Teoria da desconsideração da pessoa jurídica — Penhora de bem de sócio — Hipótese de admissibilidade — Citação — Embargos de terceiro — Procedência.

— *Nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, o sócio administrador somente responde pelas dívidas da empresa quando houver excedido o mandato ou praticar ato contrário à lei ou ao contrato social e, ainda, desde que presente o requisito da relação de causalidade entre a sua ação ou omissão e o dano suportado pelo prejudicado.*

“A dissolução irregular da empresa, por si só, nem sempre é causa geratriz da responsabilidade subsidiária do sócio.

— ‘A responsabilidade extraordinária, como a proveniente de abuso de gestão, violação do contrato, dolo, etc., depende de prévio procedimento de cognição e só pode dar lugar à execução quando apoiada em sentença condenatória’ (Humberto Theodoro Júnior)” (Ap. Cív. n. 48.275, de Xanxerê, rel. Des. Newton Trisotto) (grifo nosso).

“O sócio administrador, nas sociedades por quotas de responsabilidade limitada, apenas responde solidariamente por dívida da pessoa jurídica quando, comprovadamente, houver excedido o mandato que detém ou praticar atos contrários à lei ou ao contrato social, *sempre que devidamente delineada a existência de*

*nexo de causalidade entre a sua ação ou omissão e o dano imposto ao credor.* Tendo a empresa comercial existência distinta da de seus sócios, como resulta do art. 20 do Código Civil, a penhora em bens particulares de sócio, em garantia de dívida assumida pela sociedade, só se legitima se provados com suficiência os requisitos em apreço e que rendem ensejo à aplicação da teoria da desconsideração da personalidade jurídica” (Ap. Cív. n. 2001.006192-9, de Araranguá, rel. Des. Trindade dos Santos).

*In casu*, o Togado determinou a indisponibilidade dos bens pertencentes aos sócios da empresa falida apontando a incidência de atos fraudulentos imputáveis à sua pessoa, ato esse resguardado pelo art. 12, § 4º, da Lei de Falências.

Entretanto, mais tarde, viu-se que o exercício desses atos eram imputáveis tão-somente ao co-sócio da ora apelante que igualmente detinha poderes de administração sobre a empresa.

Não há nos autos, dessa forma, qualquer demonstração de efetivo ato fraudulento praticado pela recorrente, sendo que a sentença o fez, tão-somente, em decorrência do casamento operado entre as partes, presumindo, assim, sua culpa.

Equivocado esse entendimento pois, conforme vastamente demonstrado, necessária a caracterização e comprovação de culpa dos sócios diretores para a efetivação de invasão em seus patrimônios pessoais, o que, repita-se, restou perfectibilizado, tão-somente, quanto ao marido e sócio da ora recorrente.

Afastada fica, por via oblíqua, a afirmação de cerceamento de defesa ante o julgamento antecipado da lide, isso porque desnecessária a efetivação ou comprovação de que não exercia atos de gerência na empresa.

Aponta o acórdão que não restou efetivada a comprovação de culpa da apelante ou a prática de atos atentatórios ao contrato social ou contrários à lei, afirmando, assim, inexistente qualquer responsabilidade pela falência operada por parte da ora recorrente, ao menos não com as provas amealhadas nos presentes autos de embargos de terceiro.

Importante frisarmos, ainda, que o bem ora arrecadado deverá sim ser resguardado à mulher, e em sua integralidade.

Conforme apontado, não poderia o atogado decretar a indisponibilidade dos bens de sócio, caso não evidenciado nos autos a responsabilidade dele no evento falencial, responsabilidade essa que, repita-se, não poderá ser presumida.

Assim, persiste a indisponibilidade e conseqüente arrecadação dos bens pertencentes ao marido.

Resta sabermos, assim, se o marido, sendo-lhe decretada a indisponibilidade de seus bens particulares, poderia, quando da separação de sua esposa, partilhar os bens com ela, findando-se sua posse sobre a universalidade dos bens do casal.

Entendemos que sim!

Quando efetivado o casamento, sob o regime da comunhão universal dos bens, como ocorreu *in casu*, todo o acervo patrimonial do casal adquirido antes e durante a constância

do casamento passou a pertencê-los em verdadeira comunhão, tendo cada qual o direito à metade hipotética do patrimônio comum, a denominada meação.

Washington de Barros Monteiro assim assinala sobre o tema:

“Todos os bens do casal, não importa a natureza, móveis e imóveis, diretos e ações, passam a constituir uma só massa, um só acervo, que permanece indivisível, até a dissolução dessa massa; formam ambos verdadeira sociedade, embora regida por normas especiais” (*in* Curso de Direito Civil, Ed. Saraiva, 35º ed., 1999, SP, p. 161).

No mesmo sentido, Sílvio Rodrigues:

“O art. 262 do Código Civil caracteriza o regime da comunhão, declarando que ele importa a comunicação de todos os bens presentes e futuros dos cônjuges, bem como de suas dívidas passivas.

“Assim, com a exclusão de algumas exceções que serão a seguir examinadas, os patrimônios dos cônjuges se fundem em um só, passando, marido e mulher, a figurar como condôminos daquele patrimônio. Trata-se de condomínio peculiar, pois que, insuscetível de divisão antes da dissolução da sociedade conjugal, extinguindo-se inexoravelmente nesse instante” (*in* Direito Civil, Ed. Saraiva, 252ª ed., 2000, SP p. 176).

Os bens são indivisíveis, cabendo a ambos a administração do acervo patrimonial pertencente ao casal e, de forma hipotética, o direito a metade do patrimônio ou ao direito à sua meação.

Entretanto, ao efetivar-se a separação do casal e a conseqüente partilha dos bens, o direito até então hipotético à meação passou a ser divisível e específico, isso porque realizada a escolha sobre os bens que competem a cada qual no processo de separação.

Assim, novamente nos socorrem as lições de Washington de Barros Monteiro:

“Finalmente, também pela separação judicial se dissolve a comunhão. Os bens serão repartidos em partes iguais, para pagamento de cada cônjuge” (ob. cit., p. 172).

Note-se que ao se realizar a separação do casal, individualizou-se o que antes era indivisível por força do casamento operado sob o regime da comunhão universal dos bens, podendo agora cada qual praticar atos de gerência sobre sua parte correspondente ao que antes era a meação.

Não houve, dessa forma, verdadeiramente atos de disponibilidade do patrimônio, tão-somente operando-se a sua individualização que antes não era possível por força do casamento operado.

Sobre o patrimônio agora separado é que deverá recair o decreto de indisponibilidade, lembrando que,

mesmo assim, deverá sê-lo, tão-somente, sobre patrimônio agora pessoal do ex-marido da embargante.

Importante frisar-se, ainda, que caso os credores sintam-se prejudicados pela separação operada pelo casal, poderão ingressar com ação de fraude contra credores desde que, por certo, comprovem, durante a instrução processual, os requisitos legais para sua incidência.

### III — Decisão

Ante o exposto, por maioria de votos, é de dar-se parcial provimento ao recurso interposto para preservar a meação da embargante.

Vencido este Relator que votou no sentido de dar-se provimento integral ao recurso, para excluir-se da arrecadação dos bens do falido o imóvel descrito à fl. 18 dos autos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 6 de março de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente, com voto;*

*Sérgio Roberto Baasch Luz,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.022243-8, DE BRUSQUE

**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

*Ação monitoria – Contrato de câmbio – Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos bancários – Instituição financeira que visa a ressarcir-se do valor de multas impostas pelo Banco Central – Cláusula contratual que infringe disposição da*



*consolidação das normas cambiais – Irregularidade de responsabilidade de ambos os contratantes – Divisão igualitária da penalidade correspondente – Recurso provido em parte.*

*— Verificando-se a existência de cláusulas abusivas em contrato de natureza bancária, estas devem ser declaradas nulas, uma vez que se trata de relação submetida à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, cujas normas são de ordem pública e interesse social, reclamando imediata aplicabilidade.*

*— Se as partes foram igualmente responsáveis pela celebração de contrato com cláusula que transgredia normativas impostas pelo Banco Central, justo que ambas arquem, igualmente, com as penalidades daí advindas. Fere o princípio do equilíbrio contratual cláusula que imponha responsabilidade exclusiva do consumidor nessa hipótese.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1999.022243-8, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Malharia LC Ltda., sendo apelado Banco Sudameris Brasil S.A.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Comercial, por votação unânime, prover, em parte, o recurso para reduzir em cinqüenta por cento o valor a ser ressarcido à instituição financeira autora, vedada a atualização do débito vinculada à variação cambial e distribuindo proporcionalmente o ônus da sucumbência.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Trata-se de ação monitória aforada pelo Banco Sudameris Brasil S.A., contra Malharia LC Ltda., alegando que as partes celebraram quatro contratos de câmbio, de ns. 98/018330, 98/018295, 98/018291 e 98/018332, todos de 28-4-98, pelos quais a empresa-ré passou a reali-

zar operações de importação, regidas pela Consolidação das Normas Cambiais e Circulares ns. 2.408, de 2-3-94, 2.747, de 25-3-97, ambas do Banco Central do Brasil.

Expõe o autor que a ré infringiu o disposto no contrato ao realizar os pagamentos dos valores devidos por meio de débito em conta corrente, mantida com o autor no dia 29-4-98, fazendo o depósito em moeda nacional, quando o que havia sido estipulado era que a liquidação seria feita em moeda estrangeira, contrariando o pactuado no contrato de câmbio e nas disposições do Bacen.

Após verificar que o cumprimento do estabelecido na Consolidação de Normas Cambiais não ocorreu, o Banco Central do Brasil impôs multa à empresa-ré, nos termos da Medida Provisória n. 1.569/97, debitada em contas reservadas do autor, tornando o Banco Sudameris Brasil S.A. credor da importância ora em litígio.

O réu, após ser citado por mandado, apresentou embargos à ação



monitória, alegando preliminarmente que o pedido não deveria prosperar, posto que o pleito não atendia ao requisito básico do procedimento previsto no artigo 1.102a do Código de Processo Civil, afirmando não constar nos autos prova escrita sem eficácia de título executivo que determinasse o pagamento de quantia certa, requerendo, assim, a extinção do feito, nos termos do artigo 267 do CPC.

No mérito, afirmou ser responsávelidade do requerente o fato que originou as multas cobradas, posto que somente bancos têm autorização para operar com moeda estrangeira, não sendo pertinente a alegação de que a empresa embargante deveria efetuar o pagamento naquela moeda, mas, sim, por moeda nacional, visto que a instituição bancária determinou o fechamento do contrato celebrado com 2 (dois) dias de antecedência, para realizar a referida conversão e o pagamento ao exportador.

Ratificou, ainda, ter efetuado o pagamento no Banco/requerente na data limite, cumprindo, assim, os requisitos da legislação aplicável ao caso, aduzindo ser de total responsabilidade do embargado a punição relativa à multa imposta pelo Bacen, por não ter liquidado os contratos no exterior na data em que debitou o valor na conta da empresa/embargante.

Sustenta, também, que o requerido não poderia utilizar, na planilha de cálculo, o dólar para índice de atualização, uma vez que esta moeda não é permitida pela legislação.

Rematou solicitando o acolhimento da preliminar para determinar a extinção de tal processo, ou, quanto

ao mérito, a procedência dos embargos, aplicando-se as cominações legais. Ao final, pleiteia pela ampla produção de provas.

O autor/embargado apresentou sua defesa aos embargos da ação monitória ofertados pelo requerido, alegando preliminarmente que o requerido não analisou os contratos de maneira correta, pois ele infringiu a legislação pertinente e se tornou passível de multa, aplicada pelo Banco Central do Brasil.

Afirmou, também, ter apresentado um conjunto de provas escritas que revelam que o requerido não cumpriu as obrigações expressas nos contratos, infringiu determinações cambiais, incidindo em multas, que foram sanadas pelo autor o qual exige ser ressarcido pelo requerido.

Alegou que, se foi celebrado o contrato em discordância com as transações de importação realizadas pelo requerido no exterior, e conseqüentemente tal irregularidade gerou multas, o requerido tem obrigação de pagar ditas multas, já que estas foram antecipadamente honradas pelo autor, nos termos da legislação, devendo ser reconhecida a confissão de dívida do requerido, que admitiu todos esses fatos nos embargos.

Asseverou que a data de liquidação encontra-se expressa, dias 11 e 12 de maio de 1998, terceiro mês após o registro da declaração de importação, representando a data em que deveria ser efetuado o pagamento em moeda estrangeira, sendo que a Consolidação das Normas Cambiais, capítulo 6, título 2, item 5, b, III, estabelece que as obrigações contratuais devem ser liquidadas até o último dia do segundo mês

subseqüente ao registro de declaração de importação, ou seja, 30-4-98.

Argüiu que, devido a essa irregularidade, ou seja, o atraso sucedido, surgiram as multas, visto que não houve a necessária saída das divisas do país na data prevista em lei, sendo irrelevante o fato de o requerido ter providenciado o depósito no prazo correto.

Asseverou que o requerido foi avisado dos prazos incorretos, e que, mesmo assim, assumiu o risco, e, estando contratualmente estipuladas as datas de 11 e 12 de maio de 1998, o autor fez a liquidação no prazo porque não lhe cabia antecipar o pagamento.

Em relação à atualização da moeda, afirmou a requerente que houve somente uma conversão monetária.

Após audiência de conciliação infrutífera, o MM. Juiz *a quo* julgou improcedentes os embargos da ação monitoria, condenando a ré ao pagamento da importância devida de R\$ 14.779,97 (quatorze mil, setecentos e setenta e nove reais, noventa e sete centavos), valor da multa imposta pelo Banco Central do Brasil, atualizada até o dia 6-11-98, devendo ser acrescida de correção monetária a partir do ajuizamento da ação, e juros moratórios à razão de 6% ao ano a contar da citação. E, ainda, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da dívida.

Irresignada com o teor da sentença, a ré apelou, argüindo, em suma, que o apelado induziu-a ao erro, sendo assim, requereu a reforma da sentença, a fim de julgar improcedente a ação monitoria, ou que seja determinada a correção do valor do débito pela variação do INPC, mais juros de 6% ao ano,

bem como seja deduzido do débito o valor dos rendimentos a ser apurado referente ao período em que o dinheiro ficou na posse do apelado.

Contra-arrazoado o recurso, ascenderam os autos a esta instância.

É o relatório.

## II — Voto

Trata-se de apelação cível interposta da sentença que rejeitou embargos oferecidos à ação monitoria em que o Banco/autor visa a ressarcir-se de valores referentes a multas que pagou ao Banco Central do Brasil, multas essas oriundas de contrato de câmbio que manteve com a apelante.

Câmbio, segundo Celso Marcelo de Oliveira, “é toda a operação em que há troca de moeda nacional por moeda estrangeira ou vice-versa. [...] Na importação, por exemplo, uma pessoa entrega reais ao banco em troca do direito sobre o equivalente em moeda estrangeira, que é entregue ao exportador estrangeiro ou é entregue a um terceiro interessado (normalmente um banco) no exterior” (Teoria Geral dos Contratos: Tratado de Direito Bancário, São Paulo, LZN Editora, 2002, p. 359).

As operações de câmbio que envolvem importâncias maiores, consoante esclarece Nelson Abrão, “são as escriturais, destinadas à exportação e à importação, e que se perfazem por lançamentos contábeis: [...] o banco vende ao interessado do país somas retiradas de seus haveres no estrangeiro, recebendo moeda nacional, nos casos de importação, ou compra a moeda estrangeira, pagando ao vendedor em moeda nacional, quando se trata de exportação” (Direi-

to Bancário. São Paulo, Saraiva, 2001, p. 182).

Tendo em vista a relevância dessas operações para a economia do País, compete ao Banco Central monitorar o setor e impor as regras que gerem maior segurança, atentando para a realidade do mercado e às circunstâncias da estabilidade da moeda (ver Lei n. 4.595/64).

No caso, houve a incidência de multas pelo Banco Central, em função de que foi infringido o disposto na Consolidação das Normas Cambiais, capítulo 6, título 2, item 5, *b*, III, que determinava que a liquidação da obrigação deveria ser providenciada até o último dia do segundo mês subsequente ao registro da declaração de importação.

Ocorre que o contrato firmado entre a importadora, ora apelante, e o Banco/autor previu como prazo para liquidação data posterior ao limite legal. Assim, embora a apelante tenha depositado o valor, em moeda nacional, no prazo estabelecido, o Banco somente efetuou a liquidação, emitindo as divisas para o exterior, no vencimento previsto no ajuste, ultrapassando aquele limite.

Afirma a apelante que a culpa pela incidência das multas é exclusiva da instituição financeira autora, já que teria cumprido a sua parte na avença, depositando, tempestivamente, o valor em moeda nacional.

De seu lado, o Banco/autor afirma não ter a obrigação de cumprir antecipadamente a avença, liquidando o contrato antes do prazo nele previsto.

Vê-se que não assiste razão, inteiramente, a nenhuma das partes. Ambas tinham conhecimento das normas que regulam o setor, inclusive a

apelante, já que trabalha no ramo da importação.

Verifica-se dos contratos acostados às fls. 8 a 30, que estava expressamente consignada a data do registro da declaração de importação, data de início da contagem do prazo para a liquidação do contrato. Portanto, estava ciente o Banco/apelado que celebrava contrato com prazo de liquidação superior ao previsto na Consolidação das Normas Cambiais e, assim, sujeito à incidência de multa por parte do órgão fiscalizador.

Não parece correto afirmar, assim, que a culpa pela incidência da multa seja exclusiva do apelante, por ter celebrado contrato de importação com prazo de pagamento superior, visto que poderia o Banco/apelado ter-se negado a firmar o contrato de câmbio em tais condições, isto é, contendo cláusula irregular e passível de punição administrativa. Ambos assumiram o risco da superveniência de penalidade.

Nota-se que nenhuma das partes deixou de cumprir o pactuado, o que ocorreu foi um vício na sua origem, o qual é de responsabilidade de ambos os contratantes; então, se este vício gerou a incidência de penalidade, não há razão para que apenas um deles arque com o prejuízo decorrente.

Aqui, cumpre analisar a cláusula IF 0018, dos contratos de câmbio, a qual foi citada pelo apelado para amparar seu pedido e que impõe ao importador/apelante toda a responsabilidade sobre qualquer penalidade pecuniária, despesas e quaisquer outros encargos decorrentes da aplica-

ção de circulares do Banco Central do Brasil.

Vê-se que se trata de cláusula que coloca o importador/apelante em flagrante desvantagem, visto que estabelece uma espécie de responsabilidade objetiva – que só pode ser imposta por lei, pois, pela sua redação, responderá o cliente por qualquer penalidade, independentemente de ter contribuído ou não para sua ocorrência, e exime a instituição financeira de qualquer responsabilidade.

Tal cláusula é nula de pleno direito, consoante dispõe o art. 51, IV, do Código de Defesa do Consumidor, diploma legal aplicável aos contratos bancários, consoante entendimento sedimentado nesta Corte.

A defesa do consumidor pelo Estado foi expressamente implantada no texto da Carta Magna de 1988, como direito fundamental (art. 5º, inc. XXXII) e princípio geral da atividade econômica (art. 170, inc. V). A Lei n. 8.072/90, portanto, é norma de ordem pública e interesse social.

A teor do disposto no art. 3º, § 2º da Lei n. 8.078/1990, considera-se a atividade bancária alcançada pelas normas do Código de Defesa do Consumidor incluída a entidade bancária ou instituição financeira no conceito de “fornecedor” e o aderente no de “consumidor”.

Nesse sentido, Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery, *in* Código de Processo Civil comentado, 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 1.372, nota 12:

“Contratos bancários. Todas as operações e contratos bancários se encontram sob o regime jurídico do CDC. Não só os serviços bancários,

expressamente previstos no CDC 3º § 2º, mas qualquer outra atividade, dado que o banco é sociedade anônima, reconhecida sua atividade como sendo de comércio, por expressa determinação do CCom 119. Assim, as atividades bancárias são de comércio, e o comerciante é fornecedor conforme prevê o *caput* do CDC 3º. Por ser comerciante, o banco é, sempre, fornecedor de produtos e serviços. O que pode ser discutido, eventualmente, é se determinado contrato bancário é ou não de consumo, ou seja, se o co-contratante é ou não consumidor. Esta é a discussão possível e jurídica acerca dos contratos bancários. A preocupação atual dos países ocidentais é dotar as leis de melhor proteção contra as atividades bancárias e creditícias. Acolhendo sugestão do Prof. Dr. Newton De Lucca, no Congresso Internacional de Direito do Consumidor (Brasília, abril de 1994), o plenário aprovou conclusão unânime no sentido de que ‘os bancos e as atividades bancárias se encontram sob o regime jurídico do Código de Defesa do Consumidor’”.

A jurisprudência tem admitido a aplicação do Código de Defesa do Consumidor também aos contratos celebrados com instituições financeiras, já que as atividades desenvolvidas por tais instituições incluem-se no conceito legal de serviços, lá previsto.

Veja-se alguns precedentes:

“Contratos bancários. Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade.

“A atividade desenvolvida pelas instituições bancárias encontra plena tipificação na expressão fornecedor descrita pelo *caput* do artigo 3º, uma

vez que prestam serviços de natureza bancária, financeira e de crédito. A referência aos serviços bancários, financeiros e de crédito absorve a atividade de fornecimento de crédito.

“Desta forma, os contratos de abertura de crédito, de financiamento, de *leasing*, de alienação fiduciária estão incluídos no conceito legal de serviços previsto no Código de Defesa do Consumidor. Assim, não há como afastar a sua incidência aos contratos firmados pelas instituições financeiras” (TJSC, AI n. 99.004349-5, de Xanxerê, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 28-6-99).

“A jurisprudência mais recente, inclusive do STJ, vem consagrando o entendimento de que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. O produto, nesse caso, é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo o banco fornecedor; e consumidor o mutuário ou creditado” (Ap. Cív. n. 1998.005176-2, de Jaguarauna, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

O câmbio, consoante a lição de Nelson Abrão “é também um serviço que o banco fornece a seu cliente; na medida em que ele aceitou fornecer esse serviço, o banco assume uma obrigação de prudência e de diligência” (ob. cit., p. 183).

Segundo a lição de Nelson Nery Júnior, a “nulidade de cláusula abusiva deve ser reconhecida judicialmente, por meio de ação direta (ou reconvenção), de exceção substancial alegada em defesa (contestação), ou, ainda, por ato *ex officio* do juiz” (Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do

Anteprojeto, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 2001, p. 504).

A declaração de nulidade das cláusulas abusivas visa a restabelecer o equilíbrio na posição das partes no contrato de consumo.

Cláudia Lima Rodrigues afirma que “o princípio da equidade, do equilíbrio contratual é cogente; a lei brasileira, como veremos, não exige que a cláusula abusiva tenha sido incluída no contrato por ‘abuso do poderio econômico’ do fornecedor, como exige a lei francesa, ao contrário, o CDC sanciona e afasta apenas o resultado, o desequilíbrio, não exige um ato reprovável do fornecedor; a cláusula pode ter sido aceita conscientemente pelo consumidor, mas se traz vantagem excessiva para o fornecedor, se é abusiva, o resultado é contrário à ordem pública, contrário às novas normas de ordem pública de proteção do CDC e a autonomia da vontade não prevalecerá” (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, o Novo Regime das Relações Contratuais. São Paulo: RT, 1992).

Portanto, afastando-se a aplicação da mencionada cláusula IF 0018, tendo em vista imputar responsabilidade unicamente ao cliente sobre toda e qualquer penalidade, deixando o Banco prestador do serviço em evidente vantagem, em descompasso com o princípio do equilíbrio contratual, deve-se buscar uma solução ética e equânime para a questão posta.

Se, como dito, as partes foram igualmente responsáveis pela celebração do contrato com cláusula que transgredia normativas impostas pelo Banco Central, justo que ambas ar-

quem, igualmente, com as penalidades daí advindas.

Importante, nesse sentido, a lição de Celso Marcelo de Oliveira:

“Eqüidade surge, na relação de consumo, como expressão de Justiça. Aghate E. Schmidt da Silva, citando Aristóteles, aduz que eqüidade é a justiça do caso concreto. [...] Caracteriza-se a eqüidade contratual como o respeito ao equilíbrio entre deveres e direitos e com a finalidade de encontrar a justiça contratual. Significa a vedação na utilização, por parte do fornecedor, de cláusulas que assegurem vantagens desproporcionais – as denominadas cláusulas abusivas – resultando conflitantes também com a boa-fé que deve existir em torno de qualquer contrato, principalmente o de consumo” (Código de Defesa do Cliente Bancário: à luz do Código de Defesa do Consumidor. Campinas, LZN editora, 2002, p. 111).

Na mesma linha decidiu recentemente a Segunda Seção do Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 472594, dividindo igualmente entre as partes o prejuízo decorrente da variação cambial verificada a partir de janeiro de 1999, nos contratos de *leasing*. Do voto do eminente Ministro Aldir Passarinho Junior, o qual citou precedente relatado pelo Ministro Ari Pargendler, colhe-se:

“A probabilidade de mudanças no câmbio fazia parte do cenário, *mas as partes quiseram, ambas, acreditar que teriam tempo de fazer um bom negócio. Cada qual, por isso, tem uma parcela de (ir) responsabilidade pela onerosidade que dele resultou, e nada mais razoável que a suportem.* Tal é o

regime legal, que protege o consumidor da onerosidade excessiva, sem prejuízo das bases do contrato. Se a onerosidade superveniente não pode ser afastada sem grave lesão à outra parte, *impõe-se uma solução de eqüidade*” (grifei).

Dessa forma, deve o apelante ressarcir 50% (cinquenta por cento) do valor pago pelo apelado a título de multas ao Banco Central do Brasil.

Reclama, também, o apelante do fato de o valor das multas ter sido atualizado segundo a variação do dólar.

O autor/apelado juntou demonstrativo de débito à fl. 43, do qual depreende-se que converteu para dólar o valor das multas na data em que efetuou o pagamento (12 e 13-5-98) e transformou novamente em reais no mês em que promoveu a ação monitória (11-98).

No entanto, segundo a Consolidação das Normas Cambiais, capítulo 6, título 15, seção III, que regula a Lei n. 9.817/99, o cálculo da multa é feito com base no equivalente em reais do valor da importação ou do pagamento, conforme a hipótese.

Em assim sendo, irregular a vinculação ao dólar do valor pretendido pelo apelado.

A Lei n. 8.880/94, art. 6º, veda “a contratação de reajuste vinculado à variação cambial, exceto quando expressamente autorizado por lei federal e nos contratos de arrendamento mercantil celebrados entre pessoas residentes e domiciliadas no País, com base em captação de recursos provenientes do exterior”.



No caso, inexistente norma autorizando referida vinculação e não comprovou o apelado tenha-se utilizado de recursos provenientes do exterior para quitar as referidas multas, as quais foram calculadas em reais.

Merece provimento, em parte, pois, o recurso do apelante para reduzir em cinquenta por cento o valor que deverá ressarcir ao apelado pelas multas que pagou ao Banco Central do Brasil, referente aos contratos de câmbio que celebraram, sendo que o valor das penalidades deverá ser atualizado pelo INPC desde a data do seu pagamento pelo apelado e acrescido de juros de mora de 6% ao ano a partir da citação.

Em consequência, resultando cada litigante em parte vencedor e vencido, deverão suportar de forma igualitária as custas processuais, na forma do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil, sendo os honorários

advocatórios fixados em 10% sobre o valor da condenação, para cada um dos patronos, vedada a compensação em respeito ao disposto no art. 23 da Lei n. 8.906, de 4-7-1994.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, provê-se em parte o recurso para reduzir em cinquenta por cento o valor a ser ressarcido à instituição financeira autora, vedada a atualização do débito vinculada à variação cambial, distribuindo proporcionalmente o ônus da sucumbência.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*

*Presidente, com voto;*

*Sérgio Roberto Baasch Luz,*

*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.006337-1, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Sérgio Roberto Baasch Luz**

*Apelação cível — Ação de prestação de contas — Juiz que extingue a actio por falta de possibilidade jurídica do pedido — Inviabilidade — Existência de adequação procedimental — Pedido, ademais, que se reveste de certeza e determinação — Sentença modificada — Recurso provido.*

*— Sendo a impossibilidade jurídica do pedido a existência de permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor e, in casu, existindo esta pretensão ante expressa previsão legal para a interposição da ação de prestação de contas como procedimento especial, não há apontar que ausente esta condição da ação.*



— “*Exigir que o autor descreva, na petição inicial destas, itens e lançamentos feitos em sua conta com os quais poderia estar desconforme, e junte prova documental do que alega, significa na verdade negar o direito ao exercício da ação de prestação de contas, fundado, exatamente, na falta de suficientes informações*” (REsp n. 175569/SC, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar).

— *O fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, demonstrando-se, injustificável, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915). Imperativo, dessa forma, a supressão da primeira fase, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.*

*Juros remuneratórios — Cobrança de taxa muito superior a doze por cento ao ano — Abusividade.*

— *Em contratos de mútuo bancários submetidos à disciplina do CDC, abusiva e, pois, nula, a teor do que dispõe o art. 51, § 1º, III, do CDC, em razão de revelar iniquidade e abusividade, colocando o tomador do crédito em desvantagem exagerada, incompatibilizando-se com os princípios da boa-fé e da equidade, a cláusula previsora de juros remuneratórios em taxa muito superior a 12% ao ano” (Ap. Cív. n. 2000.002959-9, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos).*

*Capitalização de juros — Ausência de previsão legal — Inviabilidade.*

— *A capitalização de juros, no sistema normativo pátrio, somente faz-se admissível em existindo diploma legal específico que a legitima, excepcionando, nesse aspecto, a vedação contida na Lei de Usura. Essa exceção somente incide, à vista do que dispõem os respectivos decretos-lei de regência, em se tratando de títulos de crédito rural, comercial ou industrial. Nas demais operações bancárias, entre as quais as de abertura de crédito fixo e rotativo, incide a proibição constante do Decreto n. 22.626/33, não aplicando capitalização de juros em contrato de abertura de crédito fixo ou rotativo, a teor do artigo 4º do Decreto n. 22.626/33 e Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.006337-1, da comarca da Blumenau (4ª Vara), em que é apelante Gladys Suely Dorigatti Werner, sendo apelado Banco Francês e Brasileiro S.A.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, dar provimento ao recurso interposto e, *ex officio*, expurgar as cláusulas abusivas.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de ação de prestação de contas movida por Gladys Suely Dorigatti Werner contra Banco Francês e Brasileiro S.A., julgada extinta pela sentença de fls. 133 a 139.

Irresignada apelou a autora, alegando que o pedido formulado é certo e determinado e que não pode especificar quais lançamentos são alvo de prestação de contas, por não dispor dos extratos de conta corrente.

Devidamente intimado, o recorrido deixou de apresentar contra-razões ao recurso interposto.

É o relatório.

### II — Voto

Afirma-se, desde logo, que é de reformar-se a sentença monocrática, dando-se provimento ao recurso interposto.

Importante frisar-se que a ação de prestação de contas prevê o procedimento em duas fases distintas: na primeira, verifica-se apenas acerca da existência ou não do dever de prestação de contas pelo demandado; na

segunda, abre-se a discussão acerca das verbas e da fixação do valor final aferido.

*In casu*, os autos encontram-se na fase inicial.

Aponta-se que incidente, sim, possibilidade jurídica do pedido, pois, segundo Ernani Fidelis dos Santos, “em ação de prestação de contas, jamais haverá reconhecimento de falta de possibilidade jurídica, em termos absolutos, pois, abstratamente, no ordenamento jurídico, é ele possível” (*in* Dos Procedimentos Especiais do Código de Processo Civil, 3ª ed., RJ, Forense, 1999, p. 81).

Nos dizeres de Vicente Greco Filho:

“Para o cabimento da ação de prestação de contas é necessária a existência de vínculo, que não precisa ser contratual ou expresso, bastando que o seja de fato, em que haja autorização para recebimento de dinheiro e realização de pagamentos, ou seja, que entre as partes se admita que uma delas faça o controle de entradas e saídas” (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, 9ª ed., SP, Saraiva, 1995, p. 217).

Assim, no direito brasileiro, sendo a conta corrente bancária contrato no qual intercorrem relações continuadas de débito e crédito, não há dúvida quanto à possibilidade de o cliente, a qualquer tempo, poder requerer prestação de contas quanto aos saldos disponíveis, possibilidade esta incidente, não apenas em decorrência da previsibilidade no ordenamento pátrio da ação de prestação de contas, como pela peculiaridade existente na relação de direito material – existência de contrato bancário entre

autor e réu – sendo o pedido, por certo, juridicamente possível.

Arnaldo Rizzardo anota que:

“[...] o correntista pode conferir toda a movimentação através de extratos de conta, que expressam a reprodução gráfica e contábil dos ingressos e dos egressos. Mediante tal demonstrativo, terá ele condições de verificar o saldo disponível e aprovar ou impugnar os lançamentos”.

E conclui:

*“Caso discordar dos termos apresentados, assiste ao correntista o direito de reclamar a prestação de contas ao banco, ou postular outra medida judicial cabível”* (Contratos de crédito bancário, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, p. 57) (grifo nosso).

Na mesma esteira, colhe-se de julgados deste Tribunal:

“Como administrador dos recursos financeiros de seus correntistas, tem o estabelecimento bancário obrigação de prestar contas acerca dos lançamentos que efetua a débito de seus clientes, sempre que estes, ao receberem os respectivos extratos bancários, discordem de algum daqueles lançamentos, identificando-os com precisão. Em hipótese tal, ressalta evidente deter o cliente discordante legitimidade e interesse para, via ação de prestação de contas, obter pronunciamento judicial a respeito da correteza ou não dos lançamentos impugnados” (Ap. Cív. n. 1998.004962-8, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constante, assiste le-

gitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca de correção ou incorreção de tais lançamentos” (REsp n. 76.612, rel. Min. Costa Leite).

Sendo a impossibilidade jurídica do pedido a existência de permissão, ou não, do direito positivo a que se instaure a relação processual em torno da pretensão do autor e, *in casu*, existindo esta pretensão ante expressão previsão legal para a interposição da ação de prestação de contas como procedimento especial, não há apontar que ausente esta condição da ação.

Ademais, outro motivo determinante que gerou a extinção do feito foi a assertiva de que o pedido formulado pelo autor não foi certo e determinado, afrontando, assim, o disposto no art. 286 do CPC.

Tratando-se de prestação de contas relativa à movimentação de conta corrente bancária, por vezes torna-se inviável ao requerente a indicação e descrição de todos os lançamentos que entende incorretos. Em atenção a esse fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, assim como a desta Corte, tem por suficiente a indicação do período pretendido de esclarecimentos.

Nesse sentido:

“Ação de prestação de contas. Petição inicial. Correntista. Banco.

“Exigir que o autor descreva na petição inicial destas, itens e lançamentos feitos em sua conta com os quais poderia estar desconforme, e junte prova documental do que alega, significa na verdade negar o direito ao exercício da ação de prestação de contas, fundado, exatamente, na falta de suficientes

informações” (REsp n. 175569/SC, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar).

E desta Corte:

“Apelação cível. Ação de prestação de contas. Contrato bancário. Conta corrente. Carência de ação decretada. Inexistência de pedido genérico. Sentença cassada. Recurso provido.

“Explicitado satisfatoriamente pelo Autor da demanda que seu objetivo, através da ação aforada, é a exibição de cálculos pormenorizados, durante determinado período, a fim de que possa aferir exatamente todos os lançamentos efetuados em sua conta corrente, bem como os critérios e índices utilizados para sua realização, não há dúvida de que tal pedido é certo e determinado, em nada dificultando a defesa pelo demandado, pois pode compreender claramente os limites objetivos da lide, inexistindo, pois, qualquer afronta ao art. 286 do CPC, sendo que, ao revés, o impedimento do manejo da ação em tela, pelo argumento suscitado, configuraria, certamente, violação ao art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, que determina que ‘a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito’” (Ap. Cív. n. 1999.020397-2, de Rio do Sul, rel. Des. Cercato Padilha).

E outra não é a realidade do presente caso, em que, compulsando a petição inicial, verifica-se que a autora pretende a prestação de contas dos lançamentos efetuados em sua conta corrente desde sua abertura, nos idos de 22-4-94, bem como apontou que pugna pela revisão dos valores debitados em sua conta corrente, tais como juros, comissões de permanência e tarifas de serviços sem qualquer previsão contratual.

Repita-se, os Tribunais pátrios, inclusive esta Corte, têm patenteado no sentido de que, na demanda de prestação de contas, deve o pedido ser certo e determinado, apontando as datas e os valores dos lançamentos constantes nos extratos dos quais discorda, sob pena de indeferimento da inicial.

Entretanto, esse pedido não poderá ser de tal forma detalhado, sob pena de estar-se impossibilitando o ingresso da própria ação de prestação de contas, já que, dada a natureza do serviço prestado, o correntista não tem como saber, exatamente, a totalidade dos encargos e índices a que o banco incidiu sobre o saldo devedor apurado em sua conta corrente.

A propósito: Ap. Cív. ns. 2000.016544-1, de Joinville, DJ de 17-5-2002; 1998.004360-3, DJ de 10-6-2002, ambas relatadas pelo Des. Newton Janke, e 1998.010498-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Nelson Schaefer Martins, DJ de 14-6-2002; entre outras.

Portanto, não há falar em pedido genérico, já que formulado com a indicação do período, natureza e tipo dos lançamentos impugnados, proporcionando a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo e, via de consequência, permitir que a decisão seja igualmente específica.

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“Ação de prestação de contas – Correntista frente à instituição financeira – Legítimo interesse de agir – Pedido – Delimitação do período pretendido de esclarecimentos acerca

dos lançamentos efetuados em conta corrente – Suficiência – Desnecessário o prévio requerimento administrativo – Recurso desprovido.

‘Exigir que o autor descreva, na petição inicial destas, itens e lançamentos feitos em sua conta com os quais poderia estar desconforme, e junte prova documental do que alega, significa na verdade negar o direito ao exercício da ação de prestação de contas, fundado, exatamente, na falta de suficientes informações’ (REsp n. 175569/SC, rel. Min. Ruy Rosado Aguiar)” (Embargos Infringentes n. 2000.001627-6, da comarca de Jaraguá do Sul. Rel. Des. Torres Marques).

“Recurso de apelação cível — Ação de prestação de contas — Movimentação em conta corrente — Interesse de agir caracterizado — Indicação do período e da natureza dos lançamentos impugnados — Pedido certo e determinado — Recurso admitido e improvido.

“Ao contratante que julgar haver discrepância em relação às operações realizadas em conta corrente assiste o direito de exigir a prestação de contas.

“Deve o pedido, contudo, ser certo e determinado, contendo o período, o tipo e a natureza dos lançamentos refutados, a fim de viabilizar a constituição e o desenvolvimento válido e regular do processo e, via de consequência, permitir que a decisão seja igualmente específica” (Ap. Cív. n. 2000.012826-0, de Sombrio, rel. Des. Cercato Padilha).

Imperioso concluir, dessa forma, que a recorrente poderia, como efetivamente fez, ajuizar a ação de

prestação de contas de que se cuida, colimando obter certeza quanto à correção ou incorreção dos valores lançados nos extratos que lhe foram enviados, sendo inaceitável que, *a priori*, antes do exame das contas, se reconheça carência da ação por falta de interesse processual.

É certo que em casos tais, em que não se questiona a respeito da existência ou não da obrigação de prestar contas, em face de inequívoco reconhecimento em relação a tanto, há como que uma supressão da primeira fase, restrito que se apresenta o litígio e, via de consequência, o âmbito da controvérsia apenas à exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente oferecidas por meio dos extratos juntados.

Importante frisar-se que há o reconhecimento por parte do requerido na prestação das contas, tanto que, em sua contestação, apontou que “a exemplo das demais instituições financeiras, fornece mensalmente a seus clientes extratos de conta corrente, espelhando toda a movimentação ocorrida no período” (fl. 29).

Mais adiante aponta:

“De outra maneira, toda a movimentação da autora nas devidas contas estão claramente demonstradas nos respectivos extratos, inclusive, e com efeito, toda a origem dos débitos e demais encargos gerados pelo saldo devedor em que se encontra a conta movimento, encargos estes pactuados no contrato de cheque-especial-multiconta-n. 20.968-0, firmado entre o Banco Francês e Brasileiro e a autora” (fl. 29).

No mesmo diapasão do aqui apontado, os ensinamentos de Amaral dos Santos ao apontar:

“Na hipótese em que o réu, expressa ou tacitamente, reconheça a obrigação de prestar contas e as preste, nada obsta, entretanto, a que se simplifique o processo, desenvolvendo-se uma fase única, em que por inexistir litígio sobre a questão de direito, desde logo têm lugar as atividades da prestação de contas” (in Código de Processo Civil Anotado, Saraiva, 5ª ed., 1993, art. 915, p. 515).

No mesmo direcionamento e, de forma mais acentuada, Adroaldo Furtado Fabrício, ao admitir a possibilidade de oferecimento simultâneo das contas e de contestação, elabora situação hipotética em tudo assemelhada ao caso vertente, desenvolvendo o seguinte raciocínio a respeito:

“Há um caso, porém, no qual parece inafastável essa estranha eventualidade: é quando a divergência entre as partes antes e fora do processo (vale dizer, a lide no puro e original sentido carneluttiano) tenha ocorrido no relativo às próprias contas, ao conteúdo destas, e não quanto à obrigação de prestá-las: Caio e Mário concordam em que este deve prestar contas àquele, mas não se harmonizam sobre as parcelas de ‘deve’ e ‘haver’, e portanto sobre o saldo. Propondo Caio a ação do art. 915, Mário não tem como negar sua obrigação de prestar contas, que admite, mas pode alegar que só não as prestou porque o autor as recusava nos termos em que ele, demandado, as oferecia. Em suma, a alegação do contestante seria de carência da ação por falta de interesse processual, mas, por outro lado,

tal arguição seria absolutamente inseparável do mérito — e não do mérito da primeira; do mérito, sim, da segunda fase. O sentido da prefacialidade se inverte.

“Eis uma curiosa situação, em que o debate sobre uma ‘condição da ação’ pertinente à fase inicial do procedimento envolve necessariamente o *mérito* da fase final. Em tal emergência — que o legislador não previu e menos regulou — não há como fugir a uma  *fusão* dos dois estágios procedimentais. Ter-se-á de prosseguir na forma do § 1º, embora este só tenha contemplado a hipótese de não haver contestação, e o julgamento final definirá a correta composição das contas. Se for apurado então que o réu tinha razão (entenda-se, eram corretas suas contas, extrajudicialmente oferecidas e, portanto, faltava ao autor interesse de agir), nem por isso se há de acolher a preliminar para repelir a demanda: tal solução seria antieconômica às raias do absurdo. A sentença teria de julgar desde logo as contas (mesmo porque só assim se poderia pronunciar quanto à alegação do réu), impondo ao autor, entretanto, os encargos da sucumbência.

“Na verdade, a única solução aceitável, em rigor de técnica, seria a de rejeitar a ação, embora admitida a *pretensão* jurídico-material do autor. Contudo, o interesse dominante da economia e a visão finalística do processo justificam a concessão.

“Solução capaz de conciliar esses interesses com rigoroso enfoque teórico do tema seria a de *contestar* o réu com a alegação de carência e *reconvir* oferecendo as suas contas (usando da contra-ação para exercer



a faculdade do art. 916). Do ponto de vista procedimental, seria ainda impossível encaixar esse esquema, com precisão e rigor, na estrutura do art. 915 e seus parágrafos; evitar-se-ia, porém, o ilogismo envolvido na outra solução, cujo caráter atécnico só lhe deixa como base de sustentação as razões de conveniência. Chegar-se-ia à apuração do saldo pelo acolhimento da reconvenção) sem prejuízos da declaração de 'carência da ação' em que teria incidido o autor-reconvindo. Em termos rigorosamente técnicos, essa seria a única solução correta para a hipótese" (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, Forense, 4ª ed., 1992, n. 262, p. 240 e 241).

No caso em tela, em que a própria autora, ora apelante, fez juntar à inicial os extratos que lhe foram enviados, mais se evidencia o despropósito de falar-se em primeira fase, dada a limitação do âmbito da controvérsia à exatidão, ou não, dos lançamentos, ficando o resultado da causa condicionado somente ao oferecimento de sua demonstração comprobatória e justificadora.

Assim, certo que a apresentação dos extratos pelo banco, embora importando no reconhecimento de sua obrigação de prestar contas ao correntista/recorrente, não retira a possibilidade de, discordando dos lançamentos deles constantes, valer-se da ação de prestação de contas para obter pronunciamento judicial acerca da correção ou não de tais lançamentos, hipótese em que o processo se desenvolve em uma única fase.

No mesmo sentido do aqui decidido, aliás, já se manifestou o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Processo civil. Ação de prestação de contas ajuizada por correntista. Extratos bancários emitidos e apresentados extrajudicialmente. Divergência quanto aos lançamentos. Interesse de agir. Supressão da primeira fase. Critério de fixação dos ônus da sucumbência. Recurso conhecido e provido.

"I — ao correntista que, recebendo extratos bancários, discorde dos lançamentos deles constantes, assiste legitimidade e interesse para ajuizar ação de prestação de contas visando a obter pronunciamento judicial acerca da correção ou incorreção de tais lançamentos.

"II — o interesse de agir decorre, em casos tais, do fato de que 'o obrigado a contas se presume devedor enquanto não prestá-las e forem havidas por boas'.

"III — sendo certo, porém, que o fornecimento periódico de extratos de movimentação de conta corrente pela instituição bancária traduz reconhecimento de sua obrigação de prestar contas, injustificável se afigura, por ausência de litigiosidade em relação a tanto, a divisão do rito em duas fases (art. 915), constituindo imperativo de ordem lógica a supressão da primeira, cuja finalidade (apuração da existência de obrigação de prestar contas) resta, em face de tal reconhecimento, esvaziada e superada.

"IV — adstrito o âmbito da controvérsia tão-somente à exatidão, ou não, das contas extrajudicialmente apresentadas, apenas em



função do êxito e fracasso das partes a esse respeito é que se há de balizar a fixação dos ônus da sucumbência” (REsp n. 12393/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira) (grifo nosso).

De bom alvitre afirmarmos, desde logo, que não é necessária a remessa do feito ao primeiro grau de jurisdição para que lá se proceda ao julgamento da segunda fase. Isso porque a atual redação dada ao artigo 515, § 3º, do CPC é clara ao apontar que “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”.

*In casu*, o presente feito encontra-se devidamente instruído, tratando a lide de questão unicamente de direito, podendo-se julgar o feito desde logo.

Assim é que se passa à análise do mérito petitário.

Afirma a recorrente, em sua petição inicial, que os encargos incidentes em sua conta corrente deverão ser expurgados, ante sua potestatividade, isso porque a fixação de seus valores ficou ao alvedrio do banco credor.

Assim é que pugnou pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor ao presente caso e, via oblíqua, pela adequação da taxa de juros ao percentual de 12% ao ano, na forma prevista no art. 192, § 3º, da CF/88, bem como pela expurgação da capitalização de juros.

Portanto, devem ser expurgados os encargos ora apontados.

Para melhor elucidação, descreveremos os tópicos alinhavados de forma destacada.

#### *a) Juros remuneratórios*

O Código de Defesa do Consumidor, aplicável que é aos contratos bancários, acoima de nulidade as cláusulas que estabeleçam obrigações iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada, ou sejam incompatíveis com a boa-fé (art. 51, inc. IV) e reprime, genericamente, as desconformes com o sistema protetivo do *Codex* (art. 51, inc. XV).

A jurisprudência desta Corte tem considerado abusiva a cláusula contratual que estabeleça a incidência de juros remuneratórios, neles incluídos comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, superior a doze por cento ao ano.

Chega-se a essa conclusão, considerando a realidade econômica atual, relativamente estabilizada, impondo a redução dos lucros a patamares reais.

A propósito, no julgamento da Apelação Cível n. 2000.002959-9, o eminente Des. Trindade dos Santos, assim se manifestou:

“Nessa conjuntura, não é possível admitir-se que as instituições financeiras continuem a taxar os juros dos empréstimos que fazem em índices irrazoáveis e totalmente inaceitáveis nos atuais padrões da nossa economia, juros esses impossíveis de serem atendidos pelos mutuários, cujas atividades econômicas mantêm-se reduzidas, com os salários e ganhos estabilizados, havendo nítido

empobrecimento de uma das partes com benefícios verdadeiramente es-corchantes para a outra.

“A relativa estabilidade trazida pelo Plano Real está a demonstrar que nos contratos de adesão, unilateralmente impostos os encargos excessivos, estes atingem a base do contrato, afetando sua própria bilateralidade, sendo imprevisíveis os seus efeitos.

“E, convenhamos: juros remuneratórios, à taxa mensal de 5,50%, como os impostos pela entidade bancária promotora da ação monitória aqui ventilada, é convenção iníqua, abusiva, colocando o consumidor, ou seja, o cliente bancário, em desvantagem exagerada, sendo, de outro lado, incompatível com os princípios da boa-fé e da equidade que devem nortear todas as relações de consumo.

“Referentemente à limitação dos juros, em sendo assim, deve-se tomar como foco centralizador, antes de tudo, o conteúdo essencial dos contratos, conteúdo esse que deve ter por base nuclear o equilíbrio, a equidade e a comutatividade. Isso impõe ao julgador repelir a abusividade e a excessiva onerosidade impostas por uma das partes à outra, cabendo-lhe atentar para os princípios inseridos, a respeito, no Código Civil e, mormente, no Código de Defesa do Consumidor, identificando a cobrança de juros extorsivos, estabelecendo-os, então, em limites razoavelmente aceitáveis.

“Há que se considerar, aqui, que as instituições financeiras é que, via de regra, nas relações de crédito estabelecidas com os usuários, definem unilateralmente as taxas de juros, taxas essas inservíveis como justos in-

dicadores de patamares aceitáveis, eis que guardam eles relação apenas com os seus próprios interesses, tornando preponderante a sua superioridade negocial, com o fito de obterem uma alta lucratividade, em sendo o lucro o seu interesse primordial.

“Examinada a questão sob a óptica do art. 4º da Lei de Introdução ao Código Civil, é de concluir-se que, num regime de moeda estável e numa economia de tendência deflacionária, nem a analogia, nem os costumes, nem os princípios gerais de direito admitem a cobrança de juros anuais excedentes à taxa de 12%.

“Pela analogia, há que se observar que nos países industrializados e de economia estabilizada esses juros raramente excedem à taxa de 6% ao ano.

“Tendo o nosso País vivido, por longos tempos, numa espiral inflacionária verdadeiramente desenfreada, dela emergindo para um regime monetário de relativa estabilização, mandam os costumes que os juros acompanhem a taxa inflacionária desse regime.

“Enquanto isso, aos princípios gerais de direito repugna a iniquidade, a violência econômica imposta pelos financeiramente mais fortes aos menos privilegiados, a usura e os ganhos desmedidos.

“Pactuar-se com a cobrança de juros sem limite, mormente em contratos de adesão, equivale a coonestar uma prática abusiva totalmente divorciada da atual conjuntura econômica e dos preceitos do Código de Proteção do Consumidor, o que faz nula a cláusula contratual canceladora da co-

brança de juros ilimitados e vexatórios, como se constata na hipótese aqui sob apreciação.

“A linha de compreensão que aqui se perfilha funda-se, acima de tudo, numa interpretação consumérista das cláusulas inseridas no contrato que deu azo à ação monitoria deduzida.

“Isso por reconhecer-se a absoluta e premente necessidade da adoção de uma política judiciária que, em observância à ordem jurídica estabelecida (art. 5º, III, da CF/88), seja utilizada como um freio à verdadeira barbárie financeira que domina de forma impune a política dos juros no país.

“[...] As taxas de juros propostas pelo art. 1.062 do Código Civil e pelo Decreto n. 22.626/33 constituem-se em parâmetros justos e aceitáveis para que se defina um limite para a cobrança de juros, propiciando, ao mesmo tempo, uma razoável remuneração às instituições financeiras e a asseguaração, aos consumidores, de uma onerosidade adequada à sua posição contratual.

“Sendo assim, nessa espécie contratual, nula é a cláusula que preveja a fixação e a cobrança de juros superiores a 12% ao ano, uma vez que a estipulação do preço do dinheiro encontra limite no princípio da equidade retributiva dos negócios jurídicos de consumo, com a abusividade negocial e a onerosidade excessiva decorrente da violação da taxa máxima, caracterizando conduta de lesa-cidadania, posto promover o enriquecimento ilícito do credor e o simultâneo empobrecimento sem causa do devedor”.

Inaplicável, pois, por abusiva, a cláusula fixadora dos juros remuneratórios para o caso em estudo, na forma do art. 51, inc. IV, § 1º, inc. III, do CDC. Há de aplicar-se supletivamente, em se tratando o contrato de abertura de crédito em conta corrente um mútuo oneroso, o máximo legal, conforme prevê a Lei de Usura, no art. 1º, § 3º, em 12% ao ano.

Não há, portanto, deixar de limitar, no caso, os juros remuneratórios em 12% ao ano.

#### *b) Capitalização de juros*

É de ressaltarmos, primeiramente, que os extratos em conta corrente demonstram, de forma clara, que houve a aplicação de capitalização de juros de forma mensal, isso porque, mensalmente, o banco fazia incidir na conta do correntista os encargos contratados, chegando-se a um novo saldo devedor ao final de cada mês. Desse novo valor encontrado novamente fazia incidir os encargos contratados e chegava-se à nova soma.

Por certo que nos encargos contratados estavam incutidos os juros que, de forma mensal, eram capitalizados, conforme bem demonstram os extratos de conta juntados aos autos.

Dito isso, passemos a analisar a legalidade ou não da capitalização de juros.

A possibilidade da capitalização de juros estende-se somente às hipóteses em que há previsão legal para tanto, como nas cédulas de crédito rural (Decreto-Lei n. 167/67, art. 5º), de crédito industrial (Decreto-Lei n. 413/69, art. 5º) e de crédito comercial (Lei n. 6.480/80, art. 5º), desde que obedeci-

do, entretanto, o critério da semestralidade.

Essa autorização não se comunica, entretanto, aos demais contratos bancários, entre os quais se inserem os de abertura de crédito em conta corrente, como já expôs o colendo Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 16.864/SP, publicado no DJU de 29-3-93, p. 5.258.

Assim é que, nessa senda de entendimento, a Corte Maior assim se manifestou na dicção da Súmula 121:

“É vedada a capitalização de juros, ainda que expressamente convenionada”.

Sobre a matéria, dentre inúmeros pronunciamentos emitidos pelo Superior Tribunal de Justiça, destaca-se o seguinte:

“Juros. Financiamento bancário. Abertura de crédito rotativo no sistema dos cheques especiais. Impossibilidade de capitalização mensal.

“O Superior Tribunal de Justiça, após período inicial de divergência, adotou entendimento permissivo da capitalização até mensal de juros, mas isso em existindo expreso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 167/67; para os créditos industriais o artigo 5º do Decreto-Lei n. 413/69, e para os créditos comerciais o artigo 5º da Lei n. 6.840/80. A não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616). Recurso especial não conhecido” (REsp n. 16.864/SP, rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 29-3-93, p. 5.528).

*In casu*, o título exequendo constituiu-se de um contrato de abertura de crédito rotativo, para os quais inexistia legislação específica a autorizar a capitalização de juros.

Em hipótese análoga foi decidido:

“A capitalização mensal de juros só é permitida nos casos em que há expressa previsão legal, o que não se verifica com o contrato de financiamento bancário para a abertura de crédito direto a usuário final” (Ap. Cív. n. 52.271, de Campos Novos, rel. Des. Eder Graf).

Aliás, é o que, de modo iterativo, vem assinalando o colendo Superior Tribunal de Justiça.

Basta trazer-se à colação, a título de exemplificação, mais o acórdão assim ementado:

“Juros. Taxas. Capitalização.

“A legislação ordinária em vigor permite às instituições financeiras a cobrança de juros acima do limite estabelecido no Decreto n. 22.626/33.

“A sua capitalização, porém, somente tem sido autorizada nos casos expressamente previstos em lei, para as cédulas de crédito rural, industrial e comercial, que não é o caso dos autos” (REsp n. 55.320-2/MG, DJU n. 54, de 20-3-95, p. 6.126, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

“A cláusula de capitalização é írrita, nula, consoante tem acentuado a Doutrina e a Jurisprudência, inclusive do STF, que as consubstanciou na Súmula 121. O Estado em sua função ético-social não pode e não deve sancionar a agiotagem e, por

isso mesmo, a Constituição vigente adota, como princípios fundamentais, dentre outros, o da dignidade da pessoa humana e dos valores sociais. As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões ou quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a 12% ao ano. A cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido em todas as suas modalidades nos termos que a lei determinar” (4ª Turma do STJ, DJU de 2-10-89, Adcoas, verbete n. 123.477).

De idêntico entendimento, colaciona-se os seguintes julgados desta Corte:

“Juros — Contrato de abertura de crédito rotativo — Capitalização — Quando é possível.

“Somente é possível a capitalização dos juros quando exista expresso dispositivo de lei que a admita, como para os créditos rurais (Decreto-Lei n. 167/67, art. 5º), industriais (Decreto-Lei n. 413/69, art. 5º) e comerciais (Lei n. 6.480/80, art. 5º); ‘a não ser assim, vige a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, não revogada pela Súmula 596 do mesmo Pretório (RTJ 124/616)’ (STJ, REsp n. 16.864/SP, DJU, DE 29-3-93, p. 5.258)” (Ap. Cív. n. 44.946, de Indaial, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Capitalização de juros – Contrato de abertura de crédito — Impossibilidade.

“Conforme remansosa jurisprudência, já sumulada no Superior Tribunal de Justiça, a capitalização dos juros só é permitida nas operações em que a lei expressamente a autoriza, o que incorre nos contratos de abertura de crédito em conta corrente” (Ap. Cív. n. 1999.019152-4, de Anita Garibaldi, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Por fim, concernente à verba honorária, diante da inversão do julgamento *a quo*, é de condenar-se o requerido/apelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes agora arbitrados em R\$ 1.000,00 (mil reais), o que se faz atento às disposições do art. 20, § 4º, do CPC.

### III — Decisão

Ante o exposto, por votação unânime, dá-se provimento ao recurso interposto e, *ex officio*, exclui-se as cláusulas abusivas supramencionadas.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*

*Presidente, com voto;*

*Sérgio Roberto Baasch Luz,*

*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.022688-0, DA CAPITAL****Relator: Des. Monteiro Rocha**

*Danos morais – Lei de Imprensa – Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam arredada — Noticioso que transcende a versão oficial e a mera narração dos acontecimentos — Publicação de fatos incertos e violadores da honra da autora em periódico de grande circulação – Imputação de embriaguez ao volante — Inabilidade do jornalista – Responsabilidade da empresa que explora o jornal – Lesão à honra com projeções psicossomáticas — Objeção de que os danos morais devem corresponder às figuras típicas do crime – Inconsistência – Exercício do direito de crítica – Impossibilidade na espécie – Reparação integral do direito personalíssimo – Alegação de excesso no importe indenizatório arbitrado – Inocorrência — Recurso principal desprovido – Pleito recursal objetivando a exclusão de correção monetária – Recurso prejudicado.*

*Apelo adesivo da autora – Pleito objetivando a majoração da indenização – Arbitramento adequado — Recurso desprovido.*

*Se a violação do direito sucede mediante publicação em jornal ou periódico, responde pela reparação do dano moral a pessoa jurídica que explora o meio de informação ou de divulgação, resultando insubsistente a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam agitada.*

*A publicação de fatos desairosos incertos, transcendendo a narrativa oficial dos acontecimentos, e sobretudo a enfática imputação de embriaguez ao volante não comprovada e até mesmo descaracterizada pelo Poder Judiciário ofende o direito à honra, produz a responsabilidade da empresa que explora o periódico, desencadeando danos morais e constrangimentos psicossomáticos.*

*Os danos morais não reclamam prova robusta, emergindo da experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente sucede, resultando evidente o agravo decorrente de publicações inverossímeis e constrangedoras.*

*Aqueles que, com dolo ou culpa, praticarem abusos no exercício da liberdade de imprensa ficarão sujeitos à responsabilidade civil, independentemente da configuração das figuras típicas do crime.*

*O arrazoado exercício do direito de crítica é um dos pilares do regime democrático, sendo inerente à atividade jornalística, devendo, porém, residir sobre fatos indubitáveis e não sobre hipóteses fluidas.*

*Não se colhe qualquer duplicidade na incidência de correção monetária se a indenização foi fixada em moeda corrente e a inferência ao salário mínimo foi meramente exemplificativa, unicamente objetivando a aferição da sucumbência das partes.*

*A quantificação dos danos morais deve ser operada por arbitramento, tendo como parâmetros as posições econômica e social do ofensor e as do ofendido, a intensidade do dolo ou a da culpa do agente, a gravidade e a repercussão da ofensa, resultando adequado o importe fixado nesses moldes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.022688-0, da comarca da Capital (Fórum Distrital do Estreito — Vara Cível), em que são apelantes e apelados Zero Hora Editora Jornalística S.A. e Vilvana Damiani Zanellato:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, conhecer dos recursos principal e adesivo e negar-lhes provimento.

Despesas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Vilvana Damiani Zanellato, por seu advogado, propôs ação de indenização por danos morais contra Zero Hora Editora Jornalística S.A., pleiteando a condenação da ré ao pagamento de importe pecuniário correspondente a 3.000 salários mínimos.

Sustentou ser cidadã de reputação ilibada, servidora pública estadual em exercício nesta Corte, tendo concluído três cursos de graduação e

sendo pessoa de comportamento irretocável.

Prosseguiu alegando que, não obstante isso, em data de 21-3-98, por volta das 17 horas, envolveu-se em situação bastante delicada, eis que quando retornava de um evento na Praia Brava, nesta Capital, após a primeira discussão que tivera com o seu marido desde o início do enlace matrimonial, pôs-se, bastante nervosa e perturbada, a trafegar pela Rodovia SC 401 em direção ao centro, quando foi abordada por uma viatura da Polícia Rodoviária Estadual, sob a alegação de atitude suspeita ao volante.

Afirmou que na abordagem lhe foram solicitados os documentos do veículo, o que foi prontamente atendido, e que os policiais, ao argumento de que a documentação estaria atrasada, ordenaram o recolhimento do veículo ao Posto localizado naquela rodovia estadual.

Adicionou que se recusou a realizar o teste do “bafômetro”, pois tinha



plena consciência de que não estava embriagada, mas apenas nervosa, e de que não era obrigada a fazer prova contra si.

Posteriormente, aduziu que foi lavrado pela Polícia Rodoviária termo de constatação, subscrito por duas testemunhas leigas, que atestava sua suposta embriaguez.

Informou ter sido conduzida à Polícia Civil, ocasião em que foi lavrado contra si auto de prisão em flagrante, sob a alegação de que teria cometido crime de embriaguez, conforme a nova legislação de trânsito.

Pondera que o fato em si já lhe teria causado imensurável constrangimento, pois somente deixou o estabelecimento policial na madrugada do dia seguinte, com a presença de amigos advogados e um magistrado, mediante o pagamento de fiança.

Narrou que sobre o ocorrido sobrevieram vexatórias publicações na seção “Visor” do periódico “Diário Catarinense”.

Argumentou ainda que as publicações, ocorridas em 23-3-98 e 8-4-98, transcenderam a mera narração e foram além da realidade dos fatos ou mesmo da versão oficial, imputando-lhe condutas que não sucederam e que não foram provadas.

Enfatiza que o jornal ofereceu elementos suficientes para o reconhecimento dos envolvidos, daí sobrevivendo inúmeros constrangimentos de ordem moral e profunda lesão à sua honra.

Destaca que a publicação circunlocuções na resenha interna do Tribunal de Justiça, o que lhe aumentou ainda mais o sofrimento, passando a ser reconhe-

cida de forma desairosa nos corredores da Corte, o que lhe acarretou alergias de cunho emocional e temor em prestar concurso público.

Citada, a ré Zero Hora Editora Jornalística S.A. ofertou contestação e agitou as seguintes preliminares: inépcia da inicial, por deficiência na descrição dos fatos; impossibilidade jurídica dos danos morais, por não haver qualquer delito que justifique tal condenação e ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que a reportagem teria tão-somente reproduzido a versão oficial colhida na Polícia.

No mérito, sustentou que o noticioso se ateu às informações policiais, não identificando a autora, e que no máximo exercitou o direito de crítica.

Ponderou que não houve ilícito, nem qualquer dano moral, e que a responsabilidade civil fundamentada na lei de imprensa reclama dolo.

Houve réplica.

Em audiência de instrução e julgamento coletou-se prova oral.

As partes apresentaram alegações finais por meio de memoriais.

O digno Togado singular julgou parcialmente procedente o pedido inicial, condenando a ré ao pagamento de R\$ 36.000,00, suportando a autora, integralmente, com os ônus da sucumbência, por ter a empresa suplicada decaído de parte mínima.

Inconformada, Zero Hora Editora Jornalística S.A. interpôs apelação, insistindo na preliminar de ilegitimidade passiva.

Quanto ao mérito, reeditou os termos da peça de resistência, acrescentando que a condenação foi exces-

siva, e que houve duplicidade na incidência de correção monetária.

Igualmente irresignada, Vilvana Damiani Zanellato interpôs apelo adesivo, objetivando a majoração da indenização ao importe de R\$ 390.000,00, monetariamente atualizados e acrescidos de juros de mora.

Preparados e respondidos, os autos aportaram nesta Corte.

É o relatório.

## II — Voto

### 1 – Recurso principal

O apelo manejado pela ré, Zero Hora Editora Jornalística S.A., desmerece prosperar.

A preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* é insubsistente, tendo sido as demais questões prefaciais resolvidas na decisão de saneamento (fl. 90).

Emerge do art. 49, § 2º, da Lei n. 5.250/67, que “se a violação de direito ou o prejuízo ocorre mediante publicação ou transmissão em jornal, periódico, ou serviço de radiodifusão, ou de agência noticiosa, responde pela reparação do dano pessoa natural ou *jurídica que explora o meio de informação ou divulgação*” (grifei).

Traz-se aos autos entendimento de Darcy Arruda Miranda, que soluciona a questão relacionada à ilegitimidade passiva *ad causam*:

“Se a violação de direito ou o prejuízo ocorreu por qualquer das formas previstas nesta lei (jornal, periódico, serviço de radiodifusão e agência noticiosa), quem responde pela reparação do dano é a pessoa física ou jurídica que explore o meio de publicação ou divulgação (art. 50). Contra ela é

que moverá a ação civil” (Comentários à Lei de Imprensa, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2ª ed., p. 680).

É precisamente a hipótese focalizada nos autos, em que a pretensão foi direcionada à ré Zero Hora Editora Jornalística S.A., que explora o periódico “Diário Catarinense”.

Incolhe-se, portanto, a alegada ilegitimidade passiva *ad causam* da empresa jornalística.

Quanto ao mérito, colhe-se do art. 5º, XIV, da Constituição Federal de 1988 que “é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional”, extraindo-se ainda do art. 220 da mesma Carta que “a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição”.

Por outro lado, emerge da *Lex Fundamentalis*, em seu art. 5º, X, que “são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Daí sucede que o jornalista, em seu magnífico e relevante mister, desfruta não apenas da liberdade de imprensa, como outrora se preconizava, mas também do irrecusável dever de informar. A missão básica da imprensa, conforme o eloqüente magistério de Darcy Arruda Miranda, em seus Comentários à Lei de Imprensa, vol. I, RT, 1969, p. 43, é transmitir informações, divulgar fatos, difundir conhecimentos, disseminar a cultura, iluminar as consciências, canalizar as aspirações e os anseios populares e orientar

a opinião pública no sentido do bem e da verdade.

Do mesmo autor, todavia, em outra oportunidade, o seguinte ex-certo:

“É bem certo, porém, que a liberdade de imprensa não pode ter maior elástico que o daquela que se outorga ao cidadão, como condição de harmonia social, nos regimes democráticos. O princípio da isonomia é indesjulgável da lei. Se dentro do corpo social houver uma liberdade excessiva permitida a uns em detrimento de outros, o desequilíbrio abre ensanchas à dissensão e à desordem” (*op. cit.*, p. 35).

O legislador estabeleceu na Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa), em seu art. 49, que “aquele que no exercício da liberdade de manifestação de pensamento e de informação, com dolo ou culpa, viola direito, ou causa prejuízo a outrem, fica obrigado a reparar: I — os danos morais e materiais, nos casos previstos no art. 16, II e IV, no art. 18 e de calúnia, difamação ou injúrias”.

As publicações do noticioso periódico são do seguinte teor:

“Asfalto selvagem – Vários motoristas que trafegavam pela SC 401 em Florianópolis, na noite de sábado, por volta das 23 horas, ligaram apavorados para o posto de controle de Ratoões. Alertavam que o Monza de placa AS 6699, da Capital, dirigido por uma mulher, andava em disparada, fazendo o diabo na estrada e atirando outros carros para o acostamento. Foi montada uma barreira no posto da PRF, mas a alucinada motorista passou direto. Só foi parada por outra patrulha, no trevo

do Itacorubi. A motorista, visivelmente bêbada, segundo a PM e pelo menos duas testemunhas, negou-se a passar pelo bafômetro, e se identificou como funcionária do Tribunal de Justiça.

“Autuada em flagrante – o número do flagrante é 115/98 – pagou dois salários mínimos para responder ao processo em liberdade. Ontem apareceu na Central de Plantão Policial para retirar o carro. Pois é...” (fl. 40).

E ainda:

“Recentemente, em Florianópolis, uma graduada funcionária ligada à Justiça foi flagrada cometendo loucuras ao volante de seu Monza na SC 401, bêbada de cair. Mas se recusou a fazer o teste apesar de sequer conseguir permanecer em pé. Sua monumental e desbocada bebedeira teve que ser comprovada por testemunhas” (fl. 41).

O periódico transcendeu a mera narração dos fatos (*animus narrandi*) e a nota foi redigida com impropriedade e imprecisão.

Colhe-se do caderno processual que o evento sucedeu por volta das 19 horas do dia 21-3-98 e não às 23 horas (fl. 31); o Posto da Polícia Rodoviária Estadual, e não Federal, bom que se frise, foi contatado por uma viatura localizada nas proximidades do trevo de Jurerê e não por outros motoristas (fl. 31); não há prova de que qualquer veículo tenha sido lançado ao acostamento da via de rolamento; não foi montada qualquer barreira policial, pois apenas um soldado aguardava a passagem do veículo no Posto (fls. 31/33, 109, 111 e notadamente 113); a condutora foi parada, com efeito, por outra viatura, mas no Saco Grande e não no Itacorubi.

No tocante à suposta embriaguez, da primeira nota emerge certo comedimento, registrando que as informações teriam sido obtidas na Polícia Militar. O mesmo não se diga em relação à segunda publicação. Aqui o periódico, à míngua de qualquer base fática segura e bem além do consignado no auto de prisão em flagrante, alude a “uma graduada funcionária ligada à Justiça” que cometera “loucuras ao volante”; afirma *enfaticamente* que a autora estava “bêbada de cair”, que “se recusou a fazer o teste (do bafômetro) apesar de sequer conseguir permanecer em pé”, mencionando ainda “uma monumental e desbocada bebedeira”, o que revela absurda temeridade.

Temeridade porque as afirmações foram graciosas, gratuitas e divorciadas da versão oficial, que foi tanto mais prudente ao abordar os fatos.

Tanto isso é verdade que o próprio flagrante foi arquivado em Juízo (fls. 34/39).

Os requisitos para a configuração da responsabilidade civil na Lei de Imprensa são os mesmos preconizados pelo direito comum, a saber: ato ilícito (causa), dano (conseqüência), nexo causal e culpa.

O *ato ilícito* é toda ação ou omissão que viole direito ou cause prejuízo a outrem.

O *dano*, na precisa lição de Agostinho Alvim, é “redução ou subtração patrimonial” ou ainda “a lesão a todo e qualquer bem ou interesse juridicamente tutelado” (Da Inexecução das Obrigações e suas Conseqüências, 5ª ed., Saraiva, p. 169 a 172).

O *nexo causal* é o liame que vincula o ilícito ao dano, de uma tal for-

ma que se possa afirmar irrecusavelmente que aquela causa proporcionou o dano.

A *culpa*, a seu turno, que em sentido amplo envolve o dolo, é a violação de um dever jurídico, possibilitando-se a imputação do ilícito a alguém, em virtude da reprovação social, quer por imprudência, negligência ou imperícia.

Na hipótese dos autos, a ré é responsável pelos escritos publicados no periódico “Diário Catarinense”, na forma do art. 49, § 2º, da Lei de Imprensa.

O ilícito resulta patenteadado na leviana publicação, em manifesta violação ao direito à integridade moral insculpido nos arts. 5º, X, da Constituição, e 49 da Lei de Imprensa.

Os danos morais não reclamam prova robusta, emergindo da experiência comum subministrada pela observação do que ordinariamente sucede, restando evidente o agravo psicossomático decorrente das constrangedoras publicações.

O nexos causal se evidencia pela irrecusável vinculação das notas veiculadas ao ultraje experimentado pela autora.

A culpa se infere da assombrosa inabilidade com que os fatos foram veiculados, principalmente na segunda nota, em que os supostos acontecimentos já eram dados por certos, o que revela notável imperícia no trato da matéria.

Oportuno ponderar que o jornal ofereceu elementos suficientes para a identificação da autora, notadamente em seu ambiente de trabalho, ao fornecer o número do flagrante, a placa do

veículo (de fácil memorização), a marca e o modelo do automóvel, bem como a circunstância de que ela era servidora deste Sodalício.

Sobre a profissão do jornalista adverte Darcy Arruda Miranda:

“O jornalista, no seu magnífico sacerdócio, deve ser sereno como um juiz, honesto como um confessor e verdadeiro como um justo”.

E mais adiante prossegue o renomado escritor:

“A rapidez nas informações, as exigências da vida atual, turbilhonária e febricitante, obrigam muitas vezes o jornalista a noticiar um fato sem prévia confirmação. Neste casos, a prudência deve ser a sua conselheira, o bom-senso o seu guia, pois, se a informação interferir com a honra de algum indivíduo, com a normalidade dos interesses públicos ou com a dignidade da pátria, é preferível deixar de publicar a notícia a se arriscar a uma inverdade, que será causa de muitos males.

“A verdade deve ser a preocupação máxima do lidador da imprensa.

*“Ser jornalista não é só saber escrever; é, antes, saber como escrever.”*

“O jornalista que se desalinha e, com desaire, agride a honra alheia, desveste-se do indumento ético da profissão, descalça o coturno da nobreza missionária e se transforma num simples insultador, em magarefe da própria dignidade.

“A imprensa pode e deve interferir na elaboração da vontade popular, porque esta é vária, incerta e maleável, mas cumpre fazê-lo com prudência e cautela” (*op. cit.*, p. 44 e 45).

Em nada aproveita à ré a alegação de que a responsabilidade civil na Lei de Imprensa reclama a configuração das figuras típicas da calúnia, da difamação ou da injúria. A interpretação sistemática daquele mesmo diploma conduz a entendimento diverso, colhendo-se do preceptivo emanado do art. 12:

“Aqueles que, através dos meios de informação e divulgação, praticarem abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação, ficarão sujeitos às penas desta lei e responderão pelos prejuízos que causarem”.

Ademais, a ampla reparação do dano moral preconizada pela Constituição Federal desautoriza a tese da ré.

Da mesma forma, a objeção de que a ré teria apenas exercitado direito de crítica, invocando o permissivo contido no art. 27, IV, da Lei de Imprensa, não impressiona.

Sob o tópico “Reportagem e Polícia Judiciária” pondera Darcy Arruda Miranda:

“É direito da imprensa denunciar os fatos criminosos antes mesmo que estes sejam conhecidos da Polícia, uma vez que ela exerce, indiscutivelmente, o papel de esculca da coletividade, e do seu mirante pode apreciar panoramas ainda inobservados pela Polícia, dando ensejo a esta de apurar a realidade dos fatos.

*“O que ela não pode e não deve é fazer acusações levianas ou insidiosas, atirando lama sobre a honra de alguém cujos atos estão sendo apreciados pela Justiça” (op. cit., p. 550 — grifei).*

*In casu*, como já se mencionou, o inquérito policial foi até mesmo arquivado por falta de condições de ação penal (fls. 34/39), devendo a crítica residir sobre fatos indubitáveis e não sobre hipóteses fluídas, como aconteceu com as notas escritas nos jornais.

A empresa jornalística, regra geral, revisa os textos produzidos em sua redação e poderia ter praticado o mesmo procedimento com referência à notícia *sub judice*, fazendo um exame da natureza da notícia, como ela foi escrita e prevendo todas as consequências do que foi noticiado para o público. Tendo o trabalho jornalístico grande repercussão social, a empresa jornalística deve ter o cuidado de filtrar tudo o que for motivo de publicação escrita, sob pena de caracterização de ilícito e de responsabilidade civil.

Entretanto, a empresa requerida não agiu conforme o direito, tendo em vista que atingiu os direitos personalíssimos e, em especial, a dignidade pessoal da requerente.

Traz-se aos autos entendimentos jurisprudenciais aplicáveis ao caso *sub examine*:

“Quem pratica pela imprensa abuso no seu exercício responde pelo prejuízo que causa. Violado o direito ou causado o prejuízo, impõe-se sejam reparados os danos” (REsp n. 53.694, rel. Min. Nilson Naves).

“A notícia que importe em ultraje, menoscabo ou vilipêndio contra alguém, atingindo-lhe a honra e a respeitabilidade, divulgada por culpa da emissora, obriga-a ao ressarcimento dos danos morais, que conforme Minnozzi e Brebbia, existem *in re ipsa*” (Apelação Cível n. 40.129, TJSC, rel. Des. Eder Graf).

“Atinge a dignidade e a honra subjetiva a matéria veiculada em periódico, que expõe alguém ao ridículo ou que lhe cria situação incômoda ou vexatória no círculo de seu convívio social ou profissional” (TJAP, *in* DJAP 26-1-98).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do apelo principal.

## 2 – Recurso adesivo

O apelo adesivo pretende a majoração da condenação infligida à ré, no importe de R\$ 36.000,00.

Sem razão, porém.

Os danos morais no ordenamento jurídico pátrio são fixados por arbitramento, na forma do art. 1.553 do Código Civil.

A Lei n. 5.250/67 (Lei de Imprensa) preconiza que “no arbitramento da indenização em reparação do dano moral, o juiz terá em conta, notadamente: a intensidade do sofrimento do ofendido; a gravidade, a natureza e repercussão da ofensa e a posição social e política do ofendido; a intensidade do dolo ou o grau da culpa do responsável; sua situação econômica e sua condenação anterior em ação criminal ou cível fundada em abuso no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação; a retração espontânea e cabal, antes da propositura da ação penal ou cível; a publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação, nos prazos previstos na lei e independentemente de intervenção judicial e a extensão da reparação por esse meio obtida pelo ofendido”.

A quantificação dos danos morais, nesse contexto, deve ser arbitrada pelo juiz, tendo como parâmetros as

posições econômica e social do ofensor e do ofendido, a intensidade do dolo ou culpa do agente, a gravidade e a repercussão da ofensa, bem como o aspecto teleológico da pena pecuniária, com o objetivo de que a empresa requerida não volte a reincidir no mesmo ato antijurídico.

À vista da condição econômica da ofendida e principalmente do estabelecimento suplicado, de grande porte e com grande poder de penetração jornalística em todo o Estado catarinense; tendo em conta o ilícito praticado pela empresa jornalística; considerando a repercussão da ofensa no tocante aos elementos psicossomáticos da vítima; considerando que o valor indenizatório fixado na sentença atinge, praticamente, o patamar máximo permitido pela Lei de Imprensa; levando em conta que a pena pecuniária tem o fim de fazer com que não haja reincidência de ilícitos contra os direitos morais, inatacável a sentença recorrida no tocante ao pleito indenizatório fixado.

Se é verdade que parcela da doutrina e da jurisprudência entendem que o juiz não deva fixar o valor indenizatório em salários mínimos, também é verdade que sendo a Lei de Imprensa regra especial que estabelece o *quantum* indenizatório a ser fixado pelo juiz em forma de piso salarial, no caso *sub judice* deve prevalecer a determinação legislativa.

Objetivando fazer com que a presente solução judicial possa ser executada com a maior celeridade possível, transforma-se o valor anteriormente fixado a título de indenização por danos morais em 180 (cento e oitenta) salários mínimos por ocasião do efetivo pagamento.

Julga-se, em decorrência, prejudicado o pleito recursal no tocante à correção monetária.

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do recurso adesivo, salientando-se a transformação da pena pecuniária de R\$ 36.000,00 para 180 (cento e oitenta) salários mínimos por ocasião do efetivo pagamento.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara Civil resolve conhecer dos recursos e negar-lhes provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Luiz Carlos Freyesleben e Jorge Schaefer Martins.

Florianópolis, 29 de agosto de 2002.

*Mazoni Ferreira,*  
*Presidente;*  
*Monteiro Rocha,*  
*Relator.*



**APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.011522-9, DE CHAPECÓ****Relator: Des. Monteiro Rocha**

*Direito de família – Revisional de alimentos – Verba alimentar – Mulher jovem e apta ao trabalho – Necessidade indemonstrada – Ação improcedente no juízo a quo – Exoneração ou redução – Limite temporal – Isonomia constitucional entre homens e mulheres – Verba alimentar reduzida – Exoneração alimentícia com fixação de prazo – Sentença reformada – Recurso provido.*

*Mulher jovem e apta ao trabalho não pode exigir pensão vitalícia do ex-marido, após separação judicial, sob pena de infração ao princípio da igualdade entre homens e mulheres, conforme art. 5º, I, da Constituição Federal.*

*Porque o solidarismo jurídico deve estar em todas as relações, homens e mulheres devem exercer atividade econômica para o próprio sustento, devendo ser reduzida – com objetivo da criação de nova ideologia na comunidade familiar – verba alimentícia anteriormente estabelecida em separação judicial.*

*Evitando-se repentina ruptura da ideologia patriarcal da família, com ofensa aos direitos das mulheres, fixa-se lapso temporal para o término das obrigações alimentares do ex-marido para a ex-consorte.*

*Tendo a ex-esposa possibilidade econômica para se prover, acolhe-se o pedido do alimentante em se ver desobrigado a prestar alimentos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.011522-9, da comarca de Chapecó (Vara da Família, Órfãos, Infância e Juventude), em que é apelante G. R. M., sendo apelada J. B. M.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

G. R. M., qualificado nos autos, por intermédio de advogado (procuração inclusa), ajuizou ação revisional de alimentos contra J. B., também qualificada nos autos, alegando, em síntese, o seguinte:

“Que ficou convencionado em audiência que o requerente pagaria à requerida, mensalmente, a importância de R\$ 1.000,00 (mil reais) a título de alimentos, sendo R\$ 870,00 em

espécie e R\$ 130,00 pelo plano de saúde;

“Que na ocasião da separação, couberam à ré os móveis que guarneciam a residência do casal, bem como 50% do veículo que fora adquirido pelo requerente antes do casamento;

“Que o requerente nasceu em família humilde, sempre passando por dificuldade, ao contrário da requerida, que jamais teve problemas financeiros;

“Que além de manter e pagar a pensão alimentícia para a requerida, o requerente ainda auxilia economicamente seus pais, sua avó e custeia o estudo e estadia de seu irmão;

“Que devido à exuberante situação financeira da requerida, garantida pelo patrimônio de seu genitor, e sua capacidade de exercer atividade laborativa, a mesma não necessita continuar recebendo pensão alimentícia”.

Assim discorrendo, requereu a procedência do pedido, para que seja o requerente exonerado de sua obrigação de prestar alimentos à requerida ou, alternativamente, que seja reduzido o valor dos alimentos para dois salários mínimos, por prazo determinado.

À inicial, foi atribuído valor e anexados documentos.

Em audiência de conciliação, instrução e julgamento, a requerida ofertou contestação à inicial, por intermédio de advogado (procuração inclusa), na qual alega, em resumo, o seguinte:

“Que o fato da requerente ser filha de pais com algumas posses, em nada altera a obrigação assumida

pelo requerente, relativamente ao pagamento de pensão alimentícia;

“Que a mãe do requerente é professora de um colégio particular de música da cidade, recebendo alta remuneração, pois é proprietária da escola musical e que sua avó não depende exclusivamente do requerente, pois recebe aposentadoria;

“Que a situação financeira do autor não foi modificada para pior, pelo contrário, seus rendimentos aumentaram consideravelmente desde a separação;

“Que o que motivou a separação, diferentemente do afirmado, foram as sucessivas agressões morais e físicas feitas pelo requerente na requerida;

“Que o autor não pode atribuir ao pagamento da pensão alimentícia, o fato de estar recorrendo a empréstimos e limites de cheque especial, mas sim ao fato de ter adquirido, recentemente, um veículo 0km de alto valor (Astra quatro portas);

“Que, ao contrário do requerente, a requerida continua utilizando transporte público, paga aluguel de um pequeno apartamento, mensalidade da faculdade, do inglês, além de telefone, luz, alimentação, vestuário etc.;

“Que a pensão alimentícia está fixada há muito tempo e se o autor compromete sua renda a ponto de se tornar insuportável, o fez ciente das conseqüências, não podendo utilizar-se dos argumentos invocados para eximir-se da obrigação;

“Que as necessidades da requerida somente aumentaram, enquanto, por outro lado, também au-

mentaram os ganhos do autor, como juiz de direito da esfera federal, TRT, não havendo razão alguma para a redução do valor fixado de alimentos;

“Que o valor da pensão alimentícia não corresponde a 1/5 do valor percebido pelo requerente, logo não pode ser considerado abusivo”.

Assim aduzindo, e trazendo aos autos entendimentos doutrinários, requereu o benefício da assistência judiciária gratuita, a improcedência do pedido inicial e a condenação do requerente ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

Processado o feito, o Ministério Público ofereceu manifestação, opinando pela improcedência do pedido exordial.

Proferindo sentença, o Magistrado julgou improcedente o pedido inicial, condenando o autor ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, que fixou em 15% do valor dado à causa.

Irresignado com a sentença prolatada, G. R. M. interpôs recurso de apelação requerendo o conhecimento e provimento do apelo, a fim de ser exonerado da obrigação ou, alternativamente, que seja reduzido o valor da pensão para dois salários mínimos, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Contra-arrazoado o recurso, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça que, em parecer lavrado pelo Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o relatório.

## II — Voto

Inicialmente, cassa-se o decisório de fl. 32 que concedeu os benefícios da assistência judiciária gratuita ao autor, sem que este houvesse requerido tal providência, porquanto é evidente que o demandante não possui a condição de necessitado prevista no parágrafo único do art. 2º da Lei n. 1.060/50.

Aliás, prova maior de que o autor não deva ser agraciado com as benesses da Lei n. 1.060/50 é o fato de haver pago as custas iniciais do processo e preparado o recurso de apelação interposto.

A solução da problemática *sub judice* afasta-se da perquirição acerca das possibilidades do apelante, passando, antes, pelas necessidades da apelada e pela obrigatoriedade de o requerente continuar honrando a pensão alimentícia em favor de sua ex-esposa.

Prescreve o art. 5º, I, da Constituição Federal que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição”.

Corroborando o conteúdo do art. 5º, I, da CF/88, o art. 226, § 5º, também da *Lex Mater*, ao tratar especificamente sobre a unidade conjugal, estabelece que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O jurista Eduardo de Oliveira Leite, *in* Direito de Família Contemporâneo, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1997, p. 722, acompanhando a tridimensão fato, valor e norma, e já

em tempo muito posterior ao de Clóvis Beviláqua, ensina o seguinte:

“Aquela que era a tendência dominante – conceito que o homem tem obrigação de sustentar a mulher; que a obrigação alimentar está condicionada à conduta moral da mulher – passa a constituir a tendência minoritária, reafirmando-se no Judiciário uma tendência já estabelecida e assegurada pela opinião pública, no mundo fático, qual seja, marido e mulher devem trabalhar e, pois, devem prover o seu próprio sustento e o dos filhos na proporção de seus ganhos”.

Examinando o conteúdo normativo inserto no Código Civil pátrio, incidente sobre a *quaestio juris*, traz-se à colação inesquecível e presente ensinamento do saudoso Clóvis Beviláqua:

“Em regra, *os alimentos são somente devidos, se o alimentário não tem recursos e está impossibilitado de prover à sua subsistência*, e quando o alimentador possui bens além dos necessários para a sua própria sustentação” (Direito de Família, 7ª edição, Rio de Janeiro: Editora Rio, 1976, p. 385 – grifo não constante no original).

Comentando o art. 399 do aludido digesto, o antigo doutrinador, por meio de ortografia revogada, ensina o seguinte:

“Aquelle que possui bens ou que está em condições de prover à sua subsistência por seu trabalho, não tem direito de viver à custa dos outros. O instituto dos alimentos foi creado para socorrer os necessitados, e não para fomentar a ociosidade ou estimular o parasitismo” (Beviláqua, Clóvis. Código Civil dos Estados Uni-

dos do Brasil : vol. 1, edição histórica, 5ª tiragem, Rio de Janeiro : Editora Rio, 1980, p. 866).

Vigente a Carta Política de 1988, a entrada das mulheres no mercado de trabalho e o equilíbrio nas relações entre os cônjuges, acarretou a inadmissibilidade de exigir-se do ex-companheiro o pagamento de pensão alimentar, salvo hipóteses especialíssimas em que o cônjuge que pede alimentos estiver impossibilitado para o trabalho, o que não é a hipótese dos autos.

Não é possível que o breve relacionamento de um ano e quatro meses entre os cônjuges – conforme o caso *sub judice* — possa render a alguém uma pensão mensal vitalícia. Como disse Clóvis Beviláqua por ocasião em que presidiu a Comissão que instituiu o Código Civil de 1917, o objetivo dos alimentos não é fomentar o ócio ou estimular o parasitismo.

A ré tem condições de trabalhar e, não obstante isso, tudo indica que seus gastos são custeados por seu pai, servindo a pensão do ex-marido apenas como um *plus* em seus rendimentos; quantia destinada “a pagar festas e cremes de beleza” – afirmação feita pelo autor e não refutada pela requerida. Fato incontroverso, como se sabe, independe de prova.

Há muito a requerida vem recebendo a pensão do autor e já houve tempo suficiente para se adaptar à sonhada independência, procurando emprego e seu próprio sustento, inclusive desligando-se financeiramente de seu pai. Nesse contexto, exonerar-se da pensão alimentícia adimpli-

da pelo apelante será uma atitude honrosa para a apelada.

A apelada J. B. possui vinte e três anos de idade, cursa a Faculdade de Direito de Chapecó, estuda inglês, mora em apartamento alugado, conforme contrato de locação de fls., e goza de ótima saúde, pelo que traz aos autos a jurisprudência aplicável ao caso vertente:

“Alimentos para companheira. Mulher jovem e apta ao trabalho. Diante do princípio da igualdade jurídica entre homens e mulheres, insculpido na Carta Magna, os alimentos para a companheira ou para a esposa somente se justificam quando se verifica a impossibilidade de a mulher prover o próprio sustento, o que não se verifica na espécie, quando a alimentanda tem 27 anos, qualificação intelectual, sendo apta ao trabalho. Recurso provido” (rel. Des. Sérgio Fernando Chaves, TJRS, 7ª Câm. Civ., Al n. 598.457.547, j. em 2-12-98).

Ratificando o entendimento jurisprudencial *supra*, traz-se à colação pensamento que vem, paulatinamente, predominando em nossos tribunais:

“Em relação à mulher jovem, sadia e capaz, na flor dos seus 28 anos, não mais se pode interpretar o CC de 1917, quando era dirigida inteiramente pelo marido, até mesmo em decorrência de sua incapacidade relativa. Deve-se, no entanto, em casos como o que estes autos refletem, reduzir a pensão por certo tempo para, só então, sem surpresa para a beneficiária, fazê-la cessar em definitivo” (Yussef Said Cahali, Dos Alimentos, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, p. 991).

É necessário um novo enfoque jurisprudencial para que o cônjuge varão de um casamento desfeito não se sinta escravo eterno de dívida alimentar, como se em decorrência até de casamentos efêmeros resultasse a obrigação vitalícia de sustento à mulher, verdadeiro prêmio à ociosidade e que nossos tribunais estão se encarregando de minorar, com reiteradas decisões incentivando o trabalho de homens e mulheres num verdadeiro solidarismo jurídico.

Se os alimentos decorrentes de parentesco não são vitalícios, com muito maior razão os alimentos entre os cônjuges devem ter pequena provisoriedade, pois conforme leciona Washington de Barros Monteiro, *in* Yussef Said Cahali, Divórcio e Separação, São Paulo, Revista dos Tribunais, tomo I, 1994, 7ª ed., p. 248, “cônjuge não é parente e sim um companheiro, um sócio, e enquanto perdure a sociedade conjugal”.

Se não cabe ao Judiciário reforçar parasitismos, tampouco cabe a ele, desconsiderando a realidade ideológica patriarcal e socioeconômica da família brasileira, promover a injustiça e o desrespeito aos direitos humanos das mulheres (*in* Eduardo de Oliveira Leite, Direito de Família Contemporâneo, Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1997, p. 712).

Após o advento da Constituição Federal de 1988 é perfeitamente perceptível a tendência de restringir a pensão alimentícia entre os cônjuges, de fomentar o trabalho da mulher reduzindo o tempo de concessão dos alimentos, de dividir proporcionalmente a obrigação dos pais em relação aos filhos.

A propósito, conforme entendimento doutrinário que vim a conhecer alhures, “também diminui o alcance da obrigação alimentar entre os cônjuges, quanto à identificação no tempo. Denota-se, hoje, uma propensão de limitar no tempo a concessão, só enquanto necessários forem os alimentos, como no casamento de pouca duração, até que a mulher receba o primeiro salário referente ao emprego; ou só conceder pensão com o mesmo nível financeiro do casamento desfeito por algum tempo, tudo com o fim de exonerar o ex-marido e de impulsionar a ex-esposa a empregar-se. A desigualdade obrigacional entre sexos importa em *capitis diminutio* do cônjuge que pretende favores do outro, como pretensões alimentares desnecessárias”.

Como se viu e conforme pensamento jurisprudencial abaixo, nossos tribunais vêm atenuando, em grande escala, a obrigação alimentar dos homens:

“Alimentos – Pensão – Pedido formulado pela mulher com fulcro na obrigação marital de sustentá-la – Inadmissibilidade – Revogação pela regra constitucional da igualdade absoluta – Hipótese da mulher auto-suficiente carecedora de aplicação do art. 226, § 5º, da CF e art. 231, III, do CC de 1917.

“O pedido de alimentos formulado pela mulher com fulcro na obrigação marital de sustentá-la é inadmissível por incompatibilidade com a regra constitucional da igualdade absoluta.

“Sendo a mulher afortunada, auto-suficiente e não carecedora de

assistência, a ação deve ser julgada improcedente” (RT 647/86).

Como a ordem constitucional de 1988 impõe o princípio igualitário entre homens e mulheres, estas devem exercer atividade econômica que oportunize, pelo menos, o sustento próprio, quando não, também, o da prole comum.

Isso posto, voto pelo provimento do apelo para o fim de reduzir a verba alimentícia em favor da alimentada para dois salários mínimos e fixar o limite temporal final da mencionada pensão alimentícia para dezembro do corrente ano de 2003.

Condeno a requerida ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes que fixo em 15% sobre o valor de uma anuidade da pensão.

É o voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Segunda Câmara de Direito Civil, à unanimidade de votos, resolve prover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2003.

*Mazoni Ferreira,*  
*Presidente, com voto;*  
*Monteiro Rocha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.002020-9, DA CAPITAL****Relator: Des. Monteiro Rocha**

*Proposta de seguro de vida – Ação monitória — Cabimento – Risco contratado — Ocorrência – Negativa de cobertura – Alegação de preexistência de moléstia – Prova inexistente – Incidência do CDC – Princípio da boa-fé objetiva – Desrespeito da seguradora — Dever de informação do fornecedor — Omissão – Boa-fé do segurado – Indenização devida pelo quantum pactuado – Sentença confirmada – Apelo desprovido.*

*A ação monitória compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel.*

*Os contratos de seguro são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor, a teor do que dispõe o seu art. 3º, § 2º, com menção expressa aos serviços de natureza securitária.*

*Não se franqueia ao segurador subtrair-se ao pagamento indenizatório nos seguros de vida, a pretexto da preexistência de moléstias, se não demonstrou haver informado, adequadamente, o consumidor de boa-fé acerca da referida restrição, de sua amplitude e de suas conseqüências na economia do pacto.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.002020-9, da comarca da Capital (4ª Vara), em que é apelante Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais, sendo apelado Geovane Souza Goulart:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

Geovane Souza Goulart, qualificado nos autos, por seu advogado, propôs ação monitória contra

Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais, ao argumento de que seu pai, Sr. Júlio Nunes Goulart Filho, em data de 1º-2-97, aderiu ao seguro de vida em grupo oferecido pela ré ao Departamento de Estradas de Rodagem do Estado de Santa Catarina (DER).

Prosseguiu sustentando que seu pai, em novembro de 1997, contraiu grave doença pulmonar, que lhe proporcionou, em 30-9-98, internação hospitalar e aposentadoria por invalidez, efetivada em junho de 1999, após o que faleceu, em 26-8-99.

Alegou, enfim, que a seguradora se recusou ao pagamento da indenização, sob o argumento de que o



segurado contraíra doença preexistente.

Na condição de beneficiário, ao final, pleiteou a expedição de mandado de pagamento.

A ré ofereceu embargos e agitou, preliminarmente, prescrição. No mérito, preconizou a preexistência de moléstia pulmonar que teria determinado seu óbito.

Houve réplica.

Após a solenidade de conciliação, o feito foi saneado, sendo rechacada a preliminar argüida.

Entregando a prestação jurisdicional, o digno Togado singular julgou procedente o pedido inicial e ordenou a conversão do mandado de pagamento em mandado executivo, com as formalidades legais.

A ré Novo Hamburgo Companhia de Seguros Gerais interpôs apelação, insistindo na preexistência de moléstia grave.

Preparados e respondidos, os autos aportaram nesta eg. Corte.

É, em suma, o relatório.

## II — Voto

O reclamo desmerece prosperar.

O procedimento monitorio ou injuncional constitui modalidade de tutela diferenciada, que, por meio de cognição inicialmente sumária e não contraditória (contraditório diferido e eventual), objetiva a formação de título executivo judicial, como leciona Carreira Alvim, *in* Revista de Processo 79/77.

O crédito, entretanto, reclama caracterização por prova escrita, con-

forme emerge do art. 1.102a do Diploma Adjetivo:

“A ação monitoria compete a quem pretender, com base em prova escrita sem eficácia de título executivo, pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel”.

Muito embora se exija prova documental em sentido estrito, ou seja, grafada, admite-se seja preconstituída ou casual, segundo Carreira Alvim (Revista do Processo 79/89). Entende-se por prova casual, conforme se colhe do mesmo autor, mencionando J. Bentham, “aquelas que não são feitas com a intenção direta, por parte do seu autor, de serem empregadas como prova jurídica” (Revista do Processo 79/89).

Não dispondo o autor da apólice retida pela seguradora, perfeitamente admissível o manejo da monitoria mediante a apresentação da proposta devidamente assinada pelas partes (fl. 10).

A alegação de preexistência de moléstia pulmonar é totalmente infundada porque, conforme ensina Orlando Gomes, “pelo contrato de seguro, uma empresa especializada obriga-se para com uma pessoa, mediante contribuição por esta prometida a lhe pagar certa quantia, se ocorrer o risco previsto. As partes no contrato de seguro chamam-se segurador e segurado. Ao segurador, compete pagar a quantia estipulada para a hipótese de ocorrer o risco previsto no contrato. Ao segurado, assiste o direito de recebê-la, se cumprida a sua obrigação de pagar a contribuição prometida, que se denomina prêmio. O instrumento do contrato de seguro

chama-se apólice” (Contratos, 7ª ed., Forense, p. 501).

Os contratos de seguro são regidos pelo Código de Defesa do Consumidor (CDC), a teor do que dispõe o seu art. 3º, § 2º, com menção expressa aos serviços de natureza securitária.

Ensinando a respeito da incidência do CDC aos contratos de seguro, preconiza a consumerista Cláudia Lima Marques:

Resumindo, em todos estes contratos de seguro, podemos identificar o fornecedor exigido pelo art. 3º do CDC e o consumidor. Nota-se que o destinatário do prêmio pode ser o contratante com a empresa seguradora (estipulante) ou terceira pessoa, que participará como beneficiária do seguro. Nos dois casos há um destinatário final do serviço prestado pela empresa seguradora (Contratos no Código de Defesa do Consumidor, 3ª ed., RT, 1999, p. 196).

A disciplina contratual sofreu profundas alterações no século passado. O panorama é traçado por Enzo Roppo:

Assim — fundado na liberdade de contratar, baseado na soberania da vontade individual dos contratantes — devia ser o contrato, segundo as mais acreditadas proposições dos ideólogos oitocentistas, e assim era efetivamente em muitos aspectos, na concreta praxe do capitalismo de concorrência. Mas desde os tempos do *laissez faire* — desde a época clássica do liberalismo econômico e político — as sociedades ocidentais sofreram transformações profundíssimas de ordem econômica, social e política, que, por sua vez, incidiram sobre o instituto contratual, transforman-

do-o (O Contrato, Almedina, 1988, 295).

O incremento da produção e da distribuição, bem como a popularização de um imensurável número de produtos e serviços conduziram à massificação dos contratos e ao conhecido mecanismo dos pactos de adesão, assim compreendidos como sendo “aqueles em que não há discussão livre entre as partes das cláusulas contratuais, posto que estas são redigidas e impostas por uma delas a outra, que as aceita em bloco” (Waldirio Bulgarelli, Contratos Mercantis, 2ª ed., Atlas, p. 90).

Em nosso Código de Defesa do Consumidor — Desconsideração da Personalidade Jurídica, Juruá, 1999, p. 80, registramos que o diploma consumerista encampa os seguintes princípios: boa-fé objetiva; informação prévia do conteúdo do contrato; interpretação mais favorável ao consumidor; intervenção judicial nos contratos; autonomia relativa da vontade dos contratantes; relatividade e não-perpetuidade dos contratos.

O dever de informar emerge do art. 6º, III, do CDC, sendo consectário dos princípios básicos da boa-fé e da transparência.

Na prática contratual, os seguros são pactos adesivos.

Nesse contexto, arredada a livre discussão sobre as cláusulas do contrato, não pode o segurador, uma vez adimplidos os prêmios (fl. 11), subtrair-se ao pagamento da indenização nos seguros de vida, a pretexto da preexistência de moléstias, se não informou adequadamente o consumidor de boa-fé acerca da referida restrição, de sua amplitude e de suas consequências na economia do pacto.

Na hipótese focalizada nos autos, o segurado apenas assinou a proposta do seguro. A apólice, com um eventual formulário, sequer foi anexada pela seguradora, que a detinha.

Contratou de boa-fé e buscou a segurança de sua família, incorrendo qualquer vulneração ao art. 1.444 do Código Civil.

A seguradora não realizou qualquer exame tendente a verificar as condições do segurado, e o atestado de fl. 11 indica que o segurado contraiu a doença que determinou o seu óbito – ocorrido em 26-8-99 — por volta de novembro de 1997, enquanto que o contrato securitário ao qual aderiu o pai do requerente foi firmado em 1º-2-97. Inexiste má-fé por parte do segurado.

Nesse sentido há emblemático precedente:

Compete à seguradora arcar com o risco de sua própria atividade, obrigando-se pelo pagamento do seguro, na hipótese de não ter tomado as prévias diligências para a sua contratação. Se foi omissa em tomar tais cautelas, não pode vir alegar que a doença era preexistente à data da feitura do seguro (Ap. Cív. n. 4/92, da Capital, rel. Dr. Hildebrando Coelho Neto, 1ª Turma de Recursos/RS, 27-2-92).

O Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando chamado a resolver celeuma judicial semelhante ao do caso *sub examine*, decidiu o seguinte:

Se a empresa seguradora não realiza os exames médicos nos segurados antes de firmar o contrato, a fim de constatar se eles eram ou não portadores de doenças preexistentes, assume os riscos do negócio, não podendo recusar-se a pagar a indenização devida (Ap. Cív. n. 2001.001480-2, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio).

No tocante à necessidade de a seguradora comprovar a má-fé do segurado, o TJSC tem decidido, reiteradamente, o seguinte:

Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício. Dispensando a seguradora, no contrato, exame médico, há que se crer na palavra do segurado, cabendo àquela provar a má-fé deste. Em caso de dúvida, resolve-se em favor do segurado (Ap. Cív. n. 1997.015052-0, de Blumenau, rel. Des. Anselmo Cerello).

Não bastasse isso, tendo a seguradora se recusado a efetuar o pagamento securitário ao requerente, é indispensável que ela saiba que “em princípio, a saúde é um bem indivisível. Não faz sentido lotear o corpo humano, seus aparelhos e sistemas, para proteger uns e não outros” (Amanda Flávio de Oliveira, Anais do Congresso Brasileiro de Direito do Consumidor, realizado em Belo Horizonte – MG, ano 2000).

Ante o exposto, voto pelo desprovimento do apelo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, esta Segunda Câmara Civil decide conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2003.

Mazoni Ferreira,  
Presidente, com voto;  
Monteiro Rocha,  
Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.010111-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

*Civil. Família. Investigação de paternidade. Réu que não se submete a exame de DNA. Presunção de paternidade corroborada pelos demais meios de prova, mormente testemunhal. Concepção do autor coincidente com o relacionamento íntimo de sua mãe com o réu. Alegação de exceptio plurium concumbentium não comprovada.*

*A coincidência do período de concepção do autor com o relacionamento íntimo entre a sua genitora e o investigando, somada à recusa deste em submeter-se a exames periciais, para a investigação da paternidade, e ao conjunto probatório dos autos, mormente a prova testemunhal, induzem o magistrado a presumir a existência do vínculo parental, dada a faculdade reconhecida ao julgador de livre e ampla apreciação da prova, observado o sistema da persuasão racional.*

*Cabe ao réu o ônus da prova da exceptio plurium concumbentium, a teor do art. 333, II, do CPC, sendo insuficiente a mera alegação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.010111-2, da comarca da Capital (2ª Vara da Família), em que é apelante P. L. S. e apelado A. J. L.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

### I — Relatório

A. J. L. aforou ação de investigação de paternidade contra P. L. S.,

pedindo a declaração judicial da existência do perseguido laço parental e, como consectário lógico disso, a retificação de seu estado de filiação no competente registro civil de pessoas naturais.

Disse haver sido registrado como filho de A. G. L. e de J. S. L., com quem tem laços naturais de parentesco, por serem seus tios, já que J. S. L. é irmã de E. S. S., sua mãe biológica.

Contou que sua genitora fora casada com um irmão do investigado P. L. S. e que, após a dissolução da sociedade conjugal, passou a residir na compa-

nhia dos ex-sogros, lá pelos idos da década de 1950. Por essa época, residindo na mesma casa em que residia P. L. S., hoje seu ex-cunhado, passou a com este manter um romance, resultando disso o nascimento do requerente. Daí seu pleito para que a justiça reconheça e declare a existência de seu vínculo biológico com o investigado, com a conseqüente anulação do assentamento de seu nascimento e a confecção de novo registro.

Instrui a petição inicial com os documentos de fls. 5 *usque* 7.

Pelo despacho de fl. 15, a Dra. Juíza de Direito admitiu a inclusão no pólo passivo da demanda de A. G. L. e de E. S. S., cujas citações foram determinadas à fl. 18 e realizadas, tal como se tem das certidões de fls. 40 verso e 46 verso, tendo ambos oferecido resposta (fls. 56 e 57), em que concordam com o pedido formulado pelo autor.

P. L. S., citado regularmente, contestou, suscitando preliminares de impossibilidade jurídica do exercício de cumulação do pedido de anulação do registro civil com o de reconhecimento de paternidade, e de prescrição do direito de ação.

Naquilo que diz com o mérito de causa, pediu a improcedência da ação, negando a paternidade imputada.

Adunou documentos (fls. 34 a 36).

O autor impugnou a contestação de P. L. S., repelindo as preliminares dardejadas, reafirmando os termos em que vozeou a inicial.

Ao sanear o processo, ouvido já o Ministério Público, a Exma. Sra.

Juíza de Direito arredou as preliminares suscitadas, deferiu a produção de provas, dentre as quais o exame de DNA, cuja realização foi obstruída pelo investigado, recusando-se, enfaticamente, a submeter-se a tal teste laboratorial.

Em audiência, frustrada a tentativa de obtenção do reconhecimento voluntário, a Magistrada tomou o depoimento pessoal de P. L. S. e ouviu as testemunhas arroladas, colhendo os depoimentos de A. e de E., por meio de carta precatória.

O autor e o réu articularam suas alegações finais, com o primeiro propugnando pela procedência do pedido e o segundo pela improcedência.

Com vista dos autos, o Ministério Público foi pela procedência do pedido e pela retificação do registro civil de A. J. L. para que lá passassem a figurar os nomes de P. L. S. e de E. S. S. como sendo seus pais biológicos.

O Dr. Henry Petry Júnior, digno Juiz de Direito, com sua peculiar operosidade, sentenciou o feito, julgando procedente o pedido investigatório de paternidade para declarar P. L. S. e E. S. S. pais do investigante, passando este a chamar-se A. J. S.

Condenou o vencido nas custas processuais e honorários advocatícios (R\$ 2.000,00), atualizáveis a partir da sentença.

Houve embargos de declaração, alegando obscuridade quanto à obrigação de arcar com a verba honorária estipulada, e omissão quanto ao exame da preliminar de prescrição.

O Dr. Juiz proveu, em parte, os embargos (fl. 204), somente para esclarecer que os honorários advo-

catícios tocarão ao procurador do vencedor.

P. L. S. apelou. Insiste na preliminar de impossibilidade de cumular-se retificação de registro civil e investigação de paternidade, alegando, porém, que o defeito processual não reside apenas nisso, mas, também, no fato de que o autor pretende dupla alteração de seu estado filial, pelo reconhecimento judicial de que, tanto seu pai como sua mãe, não são seus pais biológicos, atribuindo essa qualidade aos requeridos P. L. S. e E. S. S.

Insiste também que o autor é carecedor da ação, em face da prescrição do seu direito, conducente à impossibilidade jurídica do pedido.

No mérito, o apelante refuta a possibilidade de ser o pai biológico do autor, sustentando que o recorrente nasceu em 20-6-54, mas que, em seu depoimento pessoal, a indigitada mãe biológica afirma que quando engravidou, o réu era solteiro, vindo a casar-se somente em 27-6-53. Como o prazo de concepção máximo presumido ia apenas a 20-8-53, torna-se impossível à míngua de coincidência das relações sexuais com a concepção imputar ao apelante a paternidade.

Invoca o depoimento pessoal da ré E. S. S. (fl. 147), no qual esta afirma haver mantido congresso carnal com P. L. S. quando este era ainda solteiro, bem como lição de Carvalho Santos sobre a essencialidade de comprovar-se a coincidência entre as relações sexuais e a concepção, em tema de investigação de paternidade. Assim, conclui pela impossibilidade da paternidade investigada.

Alega, ainda, a completa ausência de prova da falsidade ideológi-

ca das declarações ao registro civil de pessoas naturais, no respeito à maternidade e termina requerendo a acolhida das preliminares de impossibilidade de cumulação de pedidos e de prescrição ou o provimento do apelo para, no mérito, decretar a improcedência da ação.

A. J. L. contra-arrazoou, repelindo as preliminares suscitadas e pedindo, no mérito, a manutenção do julgado.

Mais adiante, por petição, pediu a juntada da declaração de fl. 235, da qual teve vista a parte contrária, pedindo o seu desentranhamento dos autos por se tratar de prova que podia e devia ter sido feita no curso normal da instrução.

O Dr. Juiz, pelo despacho de fl. 240, manteve nos autos o documento, alegando que a tarefa de avaliá-lo é desta Corte.

Os autos ascenderam a este grau de jurisdição e, aqui, ouviu-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, cujo parecer, da lavra do Procurador de Justiça Antônio Gercino Ramos de Medeiros, é pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

## II — Voto

O apelante, em seu reproche à sentença de procedência da ação investigatória de paternidade cumulada com anulatória de registro de nascimento, em que discute a falsidade das declarações em que se fundou o registro, depois de haver submetido a celeuma ao crivo do Tribunal de Justiça, por meio de agravo de instrumento, com suscitação de questões preliminares relativas à impossibilidade de cumu-

lação de ação investigatória com anulação de registro civil de nascimento de pessoa natural, e à prescrição do direito de ação (AI n. 1999.021858-9, rel. Des. Alcides Aguiar), retorna a estes temas, no âmbito desta apelação, para afirmar, primeiro, que a cumulação criticada não é permitida, mormente quando a pretensão do investigante é, além da pesquisa de paternidade, a anulação de seu registro civil de nascimento, sob o argumento de que sua facção deu-se mediante falsa declaração daqueles que lá figuram como seus pais. Entretanto, essa questão, depois de afastada, juntamente com as demais preliminares, no juízo singular, por ocasião do despacho saneador, foi também arredada nesta instância superior, de modo enfático, no âmbito do agravo de instrumento de que se serviu o apelante na ocasião propícia, tal como referenciado linhas atrás. É que a antiga Quarta Câmara Civil, à unanimidade de votos, decidiu rejeitar as preliminares com que brandia o agora apelante, dentre as quais a de impossibilidade de cumulação de pedidos, dizendo: “*a priori*, é possível a cumulação dos pedidos, aliás conseqüentes, sendo que o registro é atacado de forma indireta”.

Naquela oportunidade, o emittente relator, Desembargador Alcides Aguiar, afirmava, em seu voto, citando precedente dimanado do Superior Tribunal de Justiça, lavrado pelo Ministro Waldemar Zveiter, que “o filho havido na constância do casamento tem legitimidade para propor ação de investigação de paternidade contra quem entende ser seu verdadeiro pai, nada obstando que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória, a teor da parte final do art. 348

do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, a cumulação expressa” (REsp n. 119.866/SP, DJU 30-11-1998).

A motivação do *decisum* desta Corte vem ainda ilustrada por outro prestadio precedente do Superior Tribunal de Justiça, da lavra do Ministro Costa Leite, encimado pela ementa que a seguir transcrevo:

“Investigação de paternidade. Alegação de falsidade do registro de nascimento. Nada obsta que se prove a falsidade do registro no âmbito da ação investigatória de paternidade, a teor da parte final do art. 348 do Código Civil. O cancelamento do registro, em tais circunstâncias, será consectário lógico e jurídico da eventual procedência do pedido de investigação, não se fazendo mister, pois, cumulação expressa. Recurso especial não conhecido” (REsp n. 40.690/SP, DJU 21-2-1995).

Está visto, portanto, que nada impede que o filho, a qualquer tempo, investigue a paternidade e peça, no mesmo contexto, que o registro falso de seu nascimento seja anulado. Aliás, não é preciso mencionar, expressamente, a cumulação, assim como sequer é preciso cumular tais pedidos, ou seja, o de investigação e o de anulação do registro civil, porque este é conseqüência da procedência daquele. Dessarte, trata-se de mero consectário lógico e jurídico da decisão judicial a respeito da investigatória. De qualquer modo, voltar a este tema é verter mais tinta do que a merecida, quando fácil é constatar que o



apelante, na ocasião adequada, valeu-se do recurso apropriado para dardejear a decisão que, no Juízo *a quo*, arredou as preliminares de prescrição e de impossibilidade da cumulação, restando vencido na instância *ad quem*. Assim, a rigor, não se deveria ingressar na análise desses temas, como alvitra, de modo claro e conciso, o prestadio precedente com que o advogado do apelado A. J. L. ilustra suas bem articuladas contra-razões de apelação, em cujo aspecto tomo a liberdade de repeti-lo, *verbis*: “Não exercitado o direito de recurso, ou se usado foi inacolhido, o *decisum* é definitivo e não pode ser reexaminado em apelação” (Ap. Cív. n. 28.726, de Blumenau, rel. Des. Francisco Oliveira Filho). Contudo, ainda que me fosse alvitrado não conhecer da matéria, prefiro reiterar o precedente julgamento desta Casa, arredando, mais uma vez, para que não reste dúvida, as increpações preliminares. Assim, adequada é a asserção de que a ação do filho para estabelecer a verdade quanto à sua paternidade não prescreve.

Não é demasia lembrar que o Código Civil de 1916 adotava o sistema da enumeração taxativa para autorizar o ingresso da ação investigatória de paternidade em juízo e, nesse particular, era excessivamente limitador. Entretanto, inspirando-se em bem sedimentada posição dos pretórios brasileiros, a Constituição Federal de 1988, em seu artigo 227, § 6º, veio a pôr cobro às limitações impostas pela velha codificação civil, pela adoção do princípio da livre propositura da ação ou da livre investigação da filiação.

Ao lado dessa querela sempre esteve outra de igual expressão, girando em torno do lapso temporal no qual a ação investigatória deveria ser proposta, sob pena de prescrição. Essa discussão, porém, tornou-se estéril, a partir de 1963, com a edição da Súmula 14 do Supremo Tribunal Federal, cuja dicção é a seguinte: “É imprescritível a ação de investigação de paternidade, mas não o é a de petição de herança”.

Seguindo essa trilha e aquela que veio a ser marcada pela Carta Política de 1988, veio também a lume a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, em cujo artigo 27 lê-se: “O reconhecimento do estado de filiação é direito personalíssimo, indisponível e imprescritível, podendo ser exercitado contra os pais ou seus herdeiros, sem qualquer restrição, observado o segredo de Justiça”.

O novo Código Civil, de gestação prolongada e difícil, ao nascer, trouxe em seu bojo esperadas novidades, dentre as quais a de arrostar todas as limitações que se antepunham à descoberta da verdadeira paternidade, adotando, definitivamente, o regime livre de investigação da paternidade, a conselho até da moderna ciência, cuja evolução permitiu, por meio de exames sofisticados, como o DNA, que a apuração da verdade sobre a paternidade pudesse ser feita de forma segura e a qualquer tempo, por se tratar de direito personalíssimo e imprescritível do investigante.

Em face do exposto, além de sepultadas pela preclusão as preliminares suscitadas, são elas absolutamente despiciendas, por não encontrarem o menor respaldo na lei, na

doutrina e na jurisprudência. Por isso, mais uma vez as estou afastando.

Naquilo que diz respeito ao mérito, entendo deva a sentença increpada ser confirmada neste grau de jurisdição. É que o réu apelante, sabedor da dificuldade que é reunir prova bastante a respeito da paternidade investigada, mormente quando, desde a concepção até a data do aforamento da ação de investigação transcorre largo lapso temporal e as relações sexuais não se deram dentro de regime de convivência marital, mas no espaço de uma convivência fugaz, proporcionada por visitas que o réu fazia à casa paterna, onde residia a mãe biológica do autor, rebuscou o mais possível o romance que vivia com a ex-mulher de seu irmão. Evidente que a afinidade que, pouco antes, unira a mãe do investigante ao investigado (ex-cunhados), compeliu-os a uma preocupação maior quanto ao relacionamento sexual que vinham mantendo, obrigando-os a ocultá-los da melhor forma possível, dificultando ainda mais o que, de ordinário, já é difícil provar. Dessarte, estivessemos no passado – não muito remoto – o autor teria muito pouca chance de demonstrar a existência dos laços parentais evocados na investigatória, não fosse a mudança proporcionada pela ciência.

É claro que os tempos são outros, mas o réu, simulando não ter tal percepção e contando com a clássica dificuldade probatória a cargo do autor, tentou valer-se do ardid de recusar-se à submissão ao exame de DNA, utilizando-se de expedientes evasivos para coartar completamente a prova e, assim, impossibilitar a procedência da investigatória. Entretanto,

suas insistentes negativas, manifestadas, desde o início do processo, até mesmo em agravo de instrumento, pelo qual insurgiu-se contra o deferimento judicial da prova de DNA requerida pelo autor, além de insensatas, chegam a revestir alguma puerilidade, com acento maior em suas declarações de fl. 152, em que afirma que “está com certa idade (74 anos) e não pode ver sangue” e que “não quer fazer o exame do DNA, pois entende que não pode se submeter ao mesmo”. Assim, se sua intenção era arrear a imputação da paternidade investigada, impedindo o autor de realizar a única prova capaz de gerar certeza absoluta, não me parece tenha logrado tal escopo, pois permite, com esse proceder, que sua negativa se volte contra si, quando mais fácil teria sido submeter-se ao teste genético que lhe daria a certeza de que precisa para escusar-se do laço parental perseguido pelo autor.

Não tenho nenhuma dúvida a respeito do fato de que o procurador do réu, advogado experiente e culto, é pessoa bem informada a respeito da utilidade da realização do DNA e, seguramente, há de ter transmitido esse conhecimento a seu patrocinado, com vistas em cientificá-lo de que o expediente de negar-se à realização do exame, ainda que invoque abrigo em preceptivo constitucional, lhe é prejudicial e não basta para eximi-lo do gravame de vir a ser reconhecido pai do acionante. Deve ter informado a seu cliente que “[...] com a descoberta do fator HLA (Human Leucocytes Antigens), e hoje com o teste de DNA, esse quadro se alterou fundamentalmente, pois aquela prova incerta e duvidosa se tornou precisa e pratica-

mente indiscutível. Ou seja, a prova testemunhal e circunstancial, que era ordinariamente aquela em que se baseava o julgador, tornou-se totalmente secundária, pois a comparação do sangue dos genitores leva a um grau de probabilidade enorme, tanto para excluir como para incluir a paternidade.

“Segundo afirmam geneticistas, colhido o sangue do investigado, do investigador e dos pais deste, submetido tal material a exame, apura-se, com uma probabilidade superior a 99%, a existência daquele parentesco consanguíneo. A ciência ainda evoluiu mais, com a descoberta do fator DNA (ácido desoxirribonucléico). O teste de DNA prova com certeza absoluta a filiação investigada. Ou seja, aquela probabilidade anterior de acerto, que era de 25%, passou, com o progresso científico, a ser absoluta. Ou o exame é positivo e a paternidade fica provada, ou ele é negativo e tal parentesco fica afastado. Acabaram-se assim de vez as aventuras judiciais do passado, em que um cidadão respeitável podia, a qualquer tempo, ver-se enredado em um processo escabroso, promovido por um chantagista, que, munido de algumas testemunhas falsas, pleiteava a condição de filho e herdeiro da pobre vítima. Hoje esta, se tiver certeza de que não é pai do investigador, defende-se oferecendo seu sangue para comparar com o daquele, porque dessa comparação resulta a verdade” (Sílvio Rodrigues, *Direito Civil, Família*, Editora Saraiva, vol. 6, p. 374 e 375).

Isso não quer significar que, em determinadas hipóteses, não seja relevante produzir provas testemunhais e valer-se o juiz de indícios e

presunções autorizadas para chegar a um diagnóstico capaz de imputar ao investigado o estado de pai. Aqui — parece-me — andou muito bem o Magistrado ao afirmar, *verbis*: “Vê-se nitidamente que o réu contestante não se submeteu ao exame porque lhe seria desfavorável o seu resultado. Não é possível, *data venia*, identificar outra razão. O autor suportaria as despesas do exame (fl. 4, item 4, da inicial). Ora, já seria o bastante para sua concretização, mormente se verdadeira sua afirmação de que jamais manteve ‘relacionamento sexual’ (fl. 32) com E. Pronto. Realizado o exame, exclusão haveria e improcedência seria lançada. Certamente analisou o réu essa possibilidade e, mesmo assim, manteve a negativa. Porque o resultado não lhe seria favorável.

“Não tem a mínima consistência, ademais, a negativa em função da idade, avançada, é certo, mas que não lhe impede de fornecer o suficiente para a perícia. Certamente não iria debilitá-lo e o resultado, tivesse ele certeza da exclusão, iria reabilitá-lo plenamente, inclusive perante a família (fl. 32, ao final). Também sem consistência a alegação de que não pode ver sangue, pois é possível a coleta do material de olhos fechados!

“Enfim, sem embargo do esforço de seus representantes judiciais, a conclusão é uma só: o contestante não fez o exame porque temia seu resultado. Com esse comportamento, afastou ele, voluntariamente, a possibilidade maior de certeza acerca da paternidade. E fê-lo sem motivo justificável, como dito, devendo suportar as conseqüências de sua postura”.

Tem ainda toda razão Sua Excelência quando evoca precedentes desta Corte para afirmar que ninguém pode ser constrangido a submeter-se a exame pericial, ante a inexistência de disposição legal permissiva de tal comportamento judicial; mas, em contrapartida, a recusa do investigado de a tal exame submeter-se pesará em seus ombros como um fardo de presunção em seu desfavor.

A isso junta o Julgador as ementas que a seguir reproduzirei:

“Nenhuma parte pode ser compelida a submeter-se a exame pericial. Inexiste qualquer disposição legal a sustentar essa compulsoriedade. Porém, se, em ação investigatória de paternidade, recusa-se o investigado a submeter-se à perícia determinada, obviamente sobre ele recai o ônus de tal recusa, gerando-se uma presunção de veracidade quanto aos efeitos que com a mesma prova se pretendia estabelecido” (Al n. 10.412, de Brusque, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Apesar de inexistir dispositivo legal que obrigue a parte a submeter-se a exame pericial, no caso das ações de investigação de paternidade, o fato do investigado se recusar a realizá-lo, gera uma presunção de veracidade quanto aos fatos que se pretendia comprovar com a sua realização” (Ap. Cív. n. 1997.001881-9, de Pinhalzinho, rel. Des. Orli Rodrigues).

Ao lado dessa relativa presunção de veracidade dos fatos alegados pelo autor, promanados da recusa do réu a submeter-se ao exame de DNA, haverão de estar ainda outros elementos informativos da paternidade investigada. Nesse sentido tem-se o depoimento de A. G. de L. (fls. 133 a 135) a

informar que, a despeito de o investigante haver sido registrado em seu nome, não é seu filho, sendo certo, entretanto, que é filho de E. Esta, quando engravidou, morava na localidade de Santa Clara e o informante residia na cidade de Lages. Contudo, pretendendo esconder sua gravidez, E. pediu a ajuda da irmã J. (já falecida), em casa de quem permaneceu durante toda a gestação. Naquela época, o declarante vivia em companhia de J. e já tinham quatro filhos quando E. lhes propôs que registrassem o autor em seus nomes, para que aquela maternidade não viesse a público.

Na ocasião, o declarante, na qualidade de marido de J. S. L., opôs-se ao registro, mas assim mesmo realizaram-no, tendo esse fato servido de motivo para sua separação de J. S. L.

Disse ainda que, quando da ocorrência desses fatos, E. comentou que o pai da criança era P. L. S.; que E., antes disso, foi casada com J. Z. S. e, ao separar-se dele, foi residir na casa dos ex-sogros, pais do investigado, com os quais P. L. S. também morava.

Além de haver prestado tais declarações, asseverou que residiu na localidade de Santa Clara, podendo informar que durante o tempo em que E. morou com os ex-sogros jamais foi vista em companhia de outro homem.

E. S. S., em seu depoimento pessoal (fl. 147), prestado no ano 2000, quando contava já 82 anos de idade, contou que era casada com J. Z. S., quando este fugiu com uma empregada, tendo a depoente ido viver em companhia dos sogros. Lá tam-

bém morava P. L. S., com quem passou a ter um caso amoroso, resultando grávida. Em razão dessa gravidez mudou-se para a casa da irmã J., até ganhar A. J. L. A criança, entregou-a a irmã para que esta a registrasse em seu nome e a criasse como seu filho e de seu marido A. G. L., pois não queria que o fato de sua maternidade visse a público.

Negou outros relacionamentos, confirmando, às inteiras, os termos da petição inicial.

Ouvidas as testemunhas, só fizeram confirmar a versão contida da peça póstica. Assim, A. P. (fl. 153) revelou que sabia que o pai do autor era P. L. S.; que ouviu conversas entre J. e P. L. S. sobre a paternidade da então criança, tendo o réu se comprometido a ajudar o filho, desde que não fosse alterada a filiação já registrada.

C. T., filha de J. e de A., confirma a asserção de que o investigado é o pai do autor e dispusera-se a ajudá-lo financeiramente.

R. Z. S. (fl. 155), sobrinho do réu, confirma a existência de encontros entre E. e seu tio P. L. S., presenciando os seus “chamegos” e as visitas do tio, altas horas da noite, à amásia, confirmando haver coincidência entre esses fatos e a época em que E. engravidou.

Quanto aos informantes V. S. e Á. T. S. (fls. 156 e 157) coonestaram eles as informações de bom proceder quanto à mãe do investigante, afastando a alegada *exceptio plurium concumbentium*.

Á. T. S., que é cartorário e irmão de P. L. S., chegou a gizar que E. era pessoa da confiança de seus pais, dando conta, assim, de que se tratava

de pessoa honrada. Ora, diante de tais evidências e com o respaldo da presunção que milita em desfavor do apelante, por se haver ele recusado ao exame pericial que lhe poderia inocentar da imputação da paternidade, correta afigura-me a sentença increpada, mormente porque, em estando “comprovada a honestidade da genetriz do investigante ao tempo da concepção, esboroa-se a defesa fundada na *exceptio plurium concumbentium* [...]” (Ap. Cív. n. 41.920, rel. Des. Xavier Vieira, DJ de 1º-11-1994, p. 8).

De outra parte, certo é que, “em tema de investigação de paternidade, o juiz dispõe de certo arbítrio na apreciação da prova, que o leva à certeza moral da paternidade atribuída ao investigado, uma vez que não é possível pela via direta a prova da existência das relações sexuais entre o réu e a mãe do autor, nestas hipóteses é irrefutável a procedência da ação investigatória (RF 292/337)” (Ap. Cív. n. 1996.001990-1, de Anchieta, rel. Des. Anselmo Cerello, DJSC de 18-9-96).

Portanto, comprovada a paternidade investigada e demonstrada a falsidade do registro do investigante em nome de pessoas que não são seus pais consangüíneos, correta a decisão judicial declaratória do liame parental, como correta a conseqüente anulação do registro de nascimento de A. J. L., porque viciado por falsa declaração, do que decorreu ordem legítima para a facção de novo registro, em que o autor figure com o nome A. J. S., filho de P. L. S. e de E. S. S. e neto dos respectivos ascendentes destes.

Do exposto, conheço do recurso de apelação e, arredando as preliminares, nego-lhe provimento.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, a Câmara conheceu do recurso e negou-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o

Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 20 de março de 2003.

*Mazoni Ferreira,*  
*Presidente, com voto;*  
*Luiz Carlos Freyesleben,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.012133-1, DE POMERODE

**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

*Civil. Família. Destituição do poder familiar. Pais biológicos. Falta de condições psicológicas e materiais para a manutenção da guarda dos filhos menores. Presença de elementos indicativos de situação de risco a recomendar o arrebatamento do pátrio poder típico da paternidade biológica. Colocação das crianças à disposição de famílias substitutas para adoção.*

*O poder familiar é, antes de tudo, um múnus público irrenunciável, indelegável e imprescritível e que, em princípio, deverá ser exercitado com o maior denodo possível pelos pais, significando dizer que estes não estão à vontade para dele desistirem ou renunciarem, assim como não lhes é dado o direito de transferi-lo a outra pessoa, a não ser na forma excepcional do artigo 166 do Estatuto da Criança e do Adolescente.*

*Claro que se os pais se mostram inaptos para o exercício de tão grave e importante dever, dele deverão decair, por determinação judicial. Para isso há o remédio da extinção do poder familiar, que poderá ser administrado, passando ou não pelo instituto da suspensão, na dependência sempre da menor ou maior gravidade da situação a que os pais exponham os filhos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.012133-1, da comarca de Pomerode (Vara Cível, Crime e Anexos), em que são apelantes A. A. de S. S. e M. R.*

*G. e apelado o Representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unân-



nime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas de lei.

## I — Relatório

O Ministério Público, por seu digno representante, Promotor de Justiça Dr. João Carlos Teixeira Joaquin, deflagrou ação de destituição de poder familiar contra A. A. de S. S. e M. R. G., ao verificar a dispensa destes de tratamento negligente, prejudicial à criação, desenvolvimento e educação de seus filhos M. G. S., com 10 anos de idade, E. G. S., com 6 anos de idade, L. G. S., com 4 anos de idade e N. G. S., com apenas 1 ano de idade.

Realçou o ilustrado Promotor que, em 16 de outubro de 2001, o Ministério Público cientificou o Conselho Tutelar de que M. R. G., mãe das crianças, grávida, à época, da menor N. G. S., vinha tentando praticar aborto. Assim informada, uma das conselheiras tutelares, acompanhada de duas assistentes sociais, visitou a residência da família sob investigação, constatando que M. R. G., efetivamente grávida, padecia de fortes dores, necessitando de imediata atenção médica. Por isso foi encaminhada, prontamente, ao hospital, onde permaneceu internada por alguns dias. Passada, porém, essa fase recusou-se a tratamento apropriado, mas concordou em submeter-se a exame pré-natal, ainda assim somente depois da 24ª semana de gestação.

A respeito de sua intenção de abortar, disse haver sido a isso instigada pelo companheiro.

Diante de tais fatos a conselheira tomou sob seus cuidados as crianças, até o retorno do pai A. A. de S. S., cuja sede de trabalho era a cidade de Blumenau. Nesse ínterim, a menor M. G. S. fez algumas revelações à conselheira, a respeito das carências materiais de seus pequenos irmãos, informando não disporem eles de roupas, de brinquedos e que dormiam da forma mais precária possível, no chão e sobre trapos de pano. Além disso, a mãe lhes tolhia a liberdade de brincar com outras crianças.

Contou, ainda, que a ela tocava a tarefa de lavar toda a roupa da casa e que comparecia à escola em jejum. Ademais, sua mãe não permitia que qualquer outra pessoa entrasse em sua casa para qualquer auxílio.

Ao regresso do pai A. A. de S. S., a conselheira e as assistentes sociais colocaram-no a par dos acontecimentos, relatando-lhe os reclamos da filha M., ficando claro que eram verdadeiros, pois A. A. de S. S. confirmou todas as denúncias da filha a respeito do procedimento desidioso da mãe M. R. G., além de confirmar que ela os obrigava a dormirem no chão, proibindo a montagem de uma cama que lhes houvera sido presenteadas. Além disso, ateou fogo no colchão doado às filhas e em todas as roupas de cama doadas às crianças. Essa atitude desarrazoada chegou a ser levada ao conhecimento do delegado de polícia, consoante prova o boletim de ocorrência n. 924/02 (fl. 21). Entretanto, não confirmou a informação de que houvesse, em alguma oportunidade, recomendado à companheira a realização de aborto.



Insatisfeita com tais informações, a digna conselheira tutelar procurou parentes das crianças para esclarecimentos a respeito de certas questões. Daí haver entrevistado N. S. de S., aparentado de A. A. de S. S., dele recebendo a informação de que a mãe dos menores, efetivamente, pusera fogo no colchão e nas roupas doados às crianças, sem nenhuma explicação plausível.

Destacou que a mãe das crianças não admitia “esmolos” e que quando A. A. de S. S. recebia cesta básica de presente, obrigava-se a colocá-la em sacolas de supermercado para simular a compra de tais víveres, pois, em assim não procedendo, fatalmente M. R. G. lançaria fora tais produtos, mesmo sabendo que aplacariam a fome de seus filhos.

Passado mais algum tempo, o Conselho Tutelar entrevistou o avô materno dos menores, de quem obteve a informação de que criava R. G. e A. G., com 17 e 14 anos de idade, respectivamente, filhos de M. R. G.

À vista dessa grave situação familiar, o Conselho Tutelar de Pomerode acionou o Ministério Público, enviando-lhe Termo de Encaminhamento (fls. 9 a 14) em que relata que M. G. S. e E. G. S. estavam matriculadas na escola, mas que a mãe recalcitrava quanto à frequência escolar de M. G. S., deixando-a em casa para cuidar dos irmãos menores e das tarefas domésticas toda a vez que necessitava ir ao médico.

Disse que a Escola Municipal “Duque de Caxias” informou não haver podido cadastrar as crianças no “Programa Bolsa Escola” porque a mãe lhes dissera haver perdido os

documentos dos infantes (fl. 131). Ademais, deu conta de que as crianças, com frequência, almoçavam somente pão, e o jantar, quando havia, era preparado pelo pai A. A. de S. S., ao retornar do trabalho, não restando a menor dúvida a respeito de que M. R. G. desprezava os filhos. Esse mesmo termo de encaminhamento dá-nos conta de que M. R. G. não só permitia como estimulava os filhos menores à mendicância. Tanto que compôs uma lista, alinhando itens de um enxoval destinado à pequena N. G. S., determinando que M. G. S. fosse às ruas da cidade mendigá-lo (fl. 33). Entretanto, segundo o relatório enviado ao Ministério Público, a família recebe ajuda da comunidade, de empresários e da Prefeitura local, por meio do Núcleo de Atendimento da Família – NAF.

Defronte do termo de encaminhamento, o digno Representante do Ministério Público realizou audiência com os pais das crianças, obtendo deles o compromisso, pelo acordo de fls. 34 e 35, de matricularem L. G. S. na escola, em tempo integral, registrarem N. G. S. e manterem os filhos E. G. S. e M. G. S. na escola, sob o compromisso do Conselho Tutelar de conduzi-los a esta, em caráter provisório.

Os pais dos infantes comprometeram-se, ainda, a providenciar a montagem de camas para todos os filhos e de um berço para o bebê. Assim, diante de tais acordos, o Conselho Tutelar continuou a prestar acompanhamento familiar.

No ínterim, porém, a enfermeira Loraine Silveira Aurélio deu conta ao Ministério Público e ao Conselho Tutelar de que M. G. S. sentira-se mal na

escola, necessitando de atendimento médico emergencial, mas que sua mãe deu de ombros para a situação, recusando toda a ajuda que lhe foi ofertada, ao argumento de que a filha já houvera tomado chá pela manhã. Esse fato foi levado ao conhecimento da delegacia de polícia competente, onde ficou registrado, por iniciativa da conselheira Maria das Graças Souza Lopes de Matos (fls. 22 e 33).

Em 21 de março de 2003, a mesma conselheira informou ao Ministério Público (fls. 36 e 37) das ocorrências. Disse do não-cumprimento, pelos pais dos menores, do precedente compromisso de bem assisti-los, relatando que M. G. S., além de não freqüentar a escola, era quem levava os irmãos L. G. S. e E. G. S. a esta.

Destacou que as crianças continuavam dormindo sobre trapos, no chão, pois suas camas não haviam sido montadas.

À vista desse quadro, não se fez de rogada a combativa instituição do Ministério Público, assestando a competente ação de destituição do poder familiar, requerendo a concessão de liminar e a procedência do pedido, para que de A. A. de S. S. e de sua companheira M. R. G. fosse arrebatado o poder familiar, com a colocação das crianças em família substituta, na modalidade adoção.

Requeru, ainda, a nobre Promotora de Justiça, a requisição de um salário mínimo mensal para cada criança ao Gestor do Fundo da Infância e Juventude Municipal, diante da falta de Programa de Família Substituta Temporária.

O alvitre ministerial foi ouvido e atendido pelo Dr. Juiz de Direito

que, prontamente, expediu liminar, decretando a suspensão temporária do poder familiar dos requeridos, determinando à assistente social providências no sentido da colocação dos menores em família substituta (fl. 65).

Mediante termo de responsabilidade (fl. 72) os infantes tomaram o rumo do Lar Beneficente João 3:16, sob a responsabilidade de M. da S. Entretanto, os réus contestaram (fls. 76 a 79), suscitando preliminar de ilegitimidade ativa do órgão do Ministério Público e, no mérito, realçaram que os propalados maus-tratos não configuram situação de risco para os menores e decorrem de sua situação de miséria. Por isso, pediram a reconsideração da medida liminar e, ao final, a improcedência da demanda.

Houve réplica (fls. 80 a 82) e, a seguir, acostou-se ao processo o estudo social (87 a 117).

Colheram-se os depoimentos de M. R. G. (fls. 141 a 143), A. A. S. S. (fls. 144 a 148), A. B. R. (fls. 149 a 150), L. S. A. (fls. 151 a 153), J. A. (fls. 154 a 156), M. V. d. H. G. (fls. 157/159) e M. das G. S. L. de M. (fls. 160 a 165).

Ouviu-se, ainda, a menor M. G. S. (fls. 174 a 177), L. C. F. (fls. 178 a 179) e S. do A. (fls. 180 e 181).

Com vista dos autos, o representante do Ministério Público alvitrou a procedência do pedido (fls. 182 a 195), colheram-se as alegações finais e sobreveio a sentença (fls. 204 a 236), pela qual o Dr. Juiz de Direito decretou a perda do poder familiar até então ostentado por A. A. de S. S. e sua companheira M. R. G., arrebatando-lhes do convívio os filhos M. G. S.,

E. G. S., L. G. S. e N. G. S., nos termos do artigo 24 do Estatuto da Criança e do Adolescente e do artigo 1.638 do novel Código Civil.

Manteve os infantes na instituição onde já estavam abrigados até se viabilizarem suas colocações em famílias substitutas. Entretanto, inconformados com a prestação jurisdicional, os requeridos apelaram, sustentando não haver prova nem razão alguma para a perda do poder familiar, mormente porque a sentença increpada baseou-se, fundamentalmente, em depoimentos de pouca ou nenhuma credibilidade, já que narram fatos ouvidos de terceiros, não havendo sequer um único relato de ocorrência de violência praticada contra as crianças, que tenha sido presenciado pelas testemunhas. Ademais, a suposta violência física praticada pela mãe contra a filha menor M. G. S. não conta com o amparo de nenhuma prova, menos ainda de um laudo médico. Aliás, a avaliação médica a que se submeteram os menores em nenhum momento refere quadro de desnutrição, mesmo porque as crianças sempre tiveram boa alimentação e seus desenvolvimentos físico e mental nada deixam a desejar.

Alegaram também que, em se considerando negligente o comportamento da mãe, em relação a seus filhos, o mesmo não pode ser dito do pai, homem trabalhador e dedicado aos filhos, de cujo sustento nunca descuroou, enviando-lhes, com frequência, víveres e roupas. Daí concluir pela impropriedade da decretação ora criticada, mormente em relação ao varão, invocando as disposições do artigo 1.631 do Código Civil,

permissivo da manutenção do filho menor sob o poder de um dos cônjuges, quando o outro não puder exercer o poder familiar. Por isso, requereram assistência judiciária gratuita, a revogação da sentença hostilizada com a conseqüente restituição de seus filhos ao convívio familiar, ou a substituição da pena imposta por outra mais branda, qual seja, a mera suspensão temporária do poder familiar, para ensanchar aos apelantes a reestruturação da família.

Vieram as contra-razões (fls. 243 a 247) e o Dr. Juiz de Direito, no uso de seu poder de retratação, de que fala o inciso VII do art. 198 do ECA, manteve a sentença recorrida (fl. 248).

Os autos foram ao representante do Ministério Público, Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros que, neste grau, aconselhou o conhecimento e desprovemento do recurso (fls. 254 a 257).

É o relatório.

## II — Voto

O apelo é adequado e tempestivo e dele conheço, ao tempo em que concedo aos apelantes o benefício da assistência judiciária gratuita.

De pronto parece-me de todo conveniente dizer que, sendo o poder familiar um conjunto de direitos e de deveres ou obrigações inerentes aos pais, naquilo que diz com a pessoa de seus filhos menores, prestadio também é acentuar que, ao contrário do que ocorria no direito romano, no qual o pátrio poder revestia características de direito paterno absoluto, em nossa codificação civil, seja na revogada, seja na nova, essa característica desapareceu para

dar lugar a uma outra, com mais seiva de dever do que de poder, tanto maiores são os deveres paternos e maternos do que são direitos sobre seus rebenentos. Por isso mesmo autores de nomeada defendem, hoje, de forma correntia, o uso da expressão “poder familiar”, que é a adotada pelo novo Código Civil, com os olhos voltados para o fato de que não se está, efetivamente, diante de uma força potestativa; mas de uma atividade pátrio-maternal que, se não exercida convenientemente, permitirá o arrebatamento dos filhos maltratados dos braços de genitores malvados. Contudo, ainda que se possa subtrair, em face de certas circunstâncias, o exercício do poder familiar entregue pelo Estado aos pais dos menores, não se pode deixar de reconhecer que esse poder é, antes de tudo, um múnus público irrenunciável, indelegável e imprescritível e que, em princípio, deverá ser exercitado com o maior denodo possível pelos pais, significando dizer que estes não estão à vontade para dele desistirem ou renunciarem, assim como não lhes é dado o direito de transferi-lo a outra pessoa, a não ser na forma excepcional do artigo 166 do ECA.

Claro que se os pais se mostram inaptos para o exercício de tão grave e importante dever, dele deverão decair, por determinação judicial. Para isso há o remédio da extinção do poder familiar, que poderá ser administrado passando ou não pelo instituto da suspensão, na dependência sempre da menor ou maior gravidade da situação a que os pais expõem os filhos.

Os autos revelam situação de dificuldade econômico-financeira dos

pais dos menores. Entretanto, essa circunstância, nos termos do artigo 23 do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que possa influenciar no conjunto da prova a ser examinado pelo Juiz, para definição da situação do infante e para livrá-lo de riscos a que não se deva sujeitar, por si só não é razão bastante para a decretação da suspensão ou da extinção do poder familiar, cabendo ao Estado incluir crianças e adolescentes e suas famílias carentes em seus programas oficiais de assistência ou auxílio. De sorte que essas medidas (suspensão e extinção do poder familiar) são remédios amargos, ministrados pela justiça em situações extremas.

A despeito do até aqui asseverado, não se pode olvidar que o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê a perda do poder familiar por infração do dever de sustento, de guarda e de educação dos filhos menores, nos termos do engastado nos artigos 22 e 24, situação, aliás, contemplada no artigo 1.638, II, do Código Civil.

O amargor do remédio aplicado em primeiro grau sente-se na medida em que se sabe que a perda ou extinção do poder familiar é medida permanente, ainda que não seja irreversível, porque os pais, por meio de procedimento judicial apropriado, poderão retornar ao *status quo ante*, contanto que provem a cessação dos motivos precipitadores da medida judicial supressiva de seus poderes familiares.

Diga-se, ademais, que a solução, salvo raras exceções, açambarca toda a prole, mormente porque só será aplicada quando estiver provada a inapetência dos pais, titulares do po-

der familiar, para o exercício de tão importante múnus.

Feitas essas digressões a respeito do instituto de que se trata, impende dizer-se que a prova, em seu conjunto, é das que autorizam a medida aplicada no ínclito Juízo *a quo*.

O exauriente estudo social, adunado às fls. 87 a 117, revela detalhes de alta significação para o deslinde da questão, ao lado de harmonizar-se com o conjunto das provas amealhadas ao longo da instrução. E sua indicação é pela aplicação de uma medida que represente segurança e proteção integral e definitiva em favor dos infantes.

O ilustre prolator da decisão recorrida não se olvidou da oitiva da menor M. G. S., filha mais velha do casal, ouvindo também seus parentes, seus vizinhos e os próprios demandados; escudou os professores das crianças e pessoas que, de uma forma ou de outra, conhecem ou mantêm algum tipo de contato com as crianças. Dessas entrevistas aflorou, de corpo inteiro, a completa negligência dos pais quanto ao trato dos filhos, relegando-os ao mais completo abandono material e intelectual, circunstância que, na esfera criminal, corresponde a infrações penais e, na seara civil, são capazes de desatar os laços do poder familiar.

O abandono (ou marginalização) a que os pais, mormente a mãe, submeteram seus filhos menores, desvela-se todo nas palavras da pequena M. G. S., de apenas 9 anos de idade, quando, temerosa de revelar verdades sobre o tratamento dispensado por seus pais aos filhos, disse à assistente social do juízo, num momento isolado de intimidade fraternal:

“Tia, mas a tia não vai mesmo contar nada pra ninguém? [...] Ele vai me bater [...] Porque eles pediram pra não contar nada [...] Se o juiz perguntava com quem eu e meus irmãos queremos ficar era pra dizer com o pai e a mãe. Senão ela ia bater na gente”.

Revela-se na preocupação da criança uma evidente mensagem, a de que os pais exerceram, todo o tempo, uma insuportável pressão psicológica sobre os próprios filhos, dirigida no sentido de que fatos graves precisavam ser escondidos da equipe encarregada pelo Juiz de averiguar a situação de vida das crianças. E tanto isso é verdadeiro que, do mesmo relatório, pode-se inferir que, além de outras mazelas infligidas aos filhos, a mãe os encaminhava ao exercício diário da mendicância nas ruas da cidade, com a inteira convivência paterna.

Veja o que diz acerca disso o estudo social: “Às vezes eu falto na escola [...] pra pedir [...] pedir dinheiro na rua [...] A mãe mandava”.

“As minhas roupas e dos meus irmãos eu tenho que lavar, a mãe manda e se eu não lavar ela me bate na cabeça” (fl. 87).

Essa conversa foi feita, a bem dizer, ao pé do ouvido da assistente social. De outra parte, ao ser conduzida ao Lar Beneficente, seu abrigo provisório, M. G. S. desnudava seus traumas e de seus pequeninos irmãos, ao buscar, com a mesma profissional, antecipadas explicações a respeito do tratamento que lhes dispensariam as pessoas responsáveis pelo Lar Beneficente. Quis saber se a monitoria da Casa os espancaria, por qualquer motivo, como já se fizera ramerrão em sua casa. Quis saber se teria uma vi-

da envolta a estudos mas também em lazer e se tudo no abrigo é bonito. Daí a revelação, nas páginas do estudo social, dos detalhes dessa ansiosa conversa.

Em seu açodamento por viver em paz, M. G. S., como era de se esperar, perguntava à assistente social: “Tia [...] Lá tem alguém que vai bater em nós? [...] Mas assim se o E. [...] assim quebrar alguma coisa, eles vão bater em nós? [...] E mesmo se eu derubar alguma coisa sem querer e quebrar nem assim eles não batem em nós? Como tia sabe que não [...] Tia já foi lá? Lá eles não batem nas crianças? Tem muitas crianças lá? Tem brinquedos? É bonito? Eles vão tá esperando a gente? Eles sabem que nós tamos indo? Todo mundo? Eu, o E., a L. e até a N.? Será que ainda tem comida quando a gente chegar?”.

Esse quadro evidencia que não foi ao largo de elementos de convicção, mas em exaustivo estudo do caso, que a ilustre Magistrada captou, sensível, o grau de aflição contido nas indagações nervosas de M. G. S.; não foi sem verdadeiro apreço à verdade que Sua Excelência enxergou, em toda a sua crieza, a vida que vinham levando M. G. S. e seus pequenos irmãos, diariamente maltratados por quem lhes devia carinho, proteção, amor e, sobretudo, gestos e atitudes de infusão de segurança.

Revela-se mais no referencial estudo social: a tristeza da vivência tumultuada de um tempo que poderia ser só de alegria; da alegria típica da infância e que não depende da fortuna para manifestar-se na vida; mas que, infelizmente, reservara-se às angústias, apreensões, temores e tudo

quanto jamais deveria povoar a mente de uma criança, quando inserida no contexto de um Estado com um mínimo de decência e preocupação com esse ser frágil que é a criança.

Não me esqueço que a prova atuada basta à demonstração de que, além da insensatez do desprezo dos pais por sua prole, no aspecto afetivo, descuidaram eles também e o tempo todo das questões materiais, negligenciando quanto ao provimento dos alimentos e quanto aos cuidados pessoais a que tinham direito os infantes. Assim, constatou-se, por mais de uma vez, que os infantes sequer desfrutaram de algum momento de digno e merecido repouso, pois se informou que dormiam, costumeiramente, no chão recoberto de panos, quando se sabe que a piedade de vizinhos lhes propiciara camas de presente, mas que os pais, desdenhosos, não as instalaram. E isso se dá justamente nessa etapa da vida dos menores, quando suas personalidades dependem do trato que a vida lhes der, que o sono, o descanso noturno e a paz de espírito mostram-se indispensáveis.

De qualquer modo, respeitados os limites das possibilidades econômico-financeiras dos apelantes, como de resto da maior parte da sociedade brasileira, sofrida, empobrecida e iludida, ao longo dos tempos, por promessas mendazes de governos e políticos inescrupulosos, que não se envergonham de, nos palanques eleitorais, iludir a gente brasileira e a inteligência nacional com a construção da utopia, com a produção de milhões de bons empregos, de fartura na mesa, de mais saúde e de mais e melhor educação, ainda assim não se pode descrever nem



deixar de invocar a lei, no caso, o artigo 277 da tão vilipendiada Carta Magna, de cujo texto se tem: “é dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.

Também não se pode olvidar do texto romântico, tão descumprido pelo Estado brasileiro, do Estatuto da Criança e do Adolescente, quando no artigo 22 ordena: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

Não se tem dúvida — nem a psicologia infantil teria explicação para o fato — de que os filhos, quando tratados com afeto pelos pais, a não ser em situações excepcionais, quando iludidos com presentes e outras vantagens que tais, preferem sempre a companhia deles, ainda que pobres, e não manifestariam jamais preferência por internarem-se em abrigos, em lares beneficentes ou instituições similares, se algo não lhes estivesse afligindo as pequenas almas.

M. G. S., a filha mais velha do casal, agora contando quase 11 anos de idade, se estivesse sendo alvo de bons-tratos na família consanguínea, nunca teria tido motivo nem disposição para dizer “que prefere prestar seu depoimento sem a presença dos

pais, porque daí ‘posso contar toda a verdade’”; não teria expressado sua preferência por afastar-se dos pais para morar no Lar Beneficente João 3:16; não teria verbalizado, com tamanha convicção, “que gostaria de ficar naquele Lar o máximo que eu puder”, porque lá se devolveram a infância e a possibilidade de freqüentar a escola todos os dias; não teria murmurado a amargosa frase de “que não gostava de morar com os pais, ‘porque tinha que lavar roupas, tinha de pedir dinheiro, tinha de mexer no fogão, arrumar a casa, cuidar dos irmãozinhos’” e levá-los para a creche.

Se M. G. S., tanto quanto seus pequenos irmãos, estivesse em pleno uso e gozo de seus direitos infantis, não teria reclamado das ordens da mãe para que executasse todas as tarefas domésticas, e teria, por certo, escondido da assistente social que suas menores desobediências às ordens maternas sempre lhe rendiam uma surra selvagem de chinelo ou de vara.

É ainda de M. G. S. a afirmação de que seus pequenos irmãos estão muito à vontade e gostando muito do Lar em que estão abrigados, onde têm liberdade para serem o que são — crianças.

São suas as seguintes palavras: “eles estão brincando bastante e desde o dia que nós fomos embora eles não falaram e nem perguntaram do pai ou da mãe, nem se lembram mais deles, eu acho[...]”

Destacou que quando morava com os pais “[...] não podia sair de casa, a gente ficava de castigo, trancados em casa, não sei porque, se a gente não fazia bagunça[...]”



Alegou, também, desconhecer as razões por que a mãe tinha por hábito queimar as roupas que as pessoas lhes davam; que não sabe a razão de dormirem no chão, se haviam ganhado camas de terceiros e acrescentou “que a mãe tinha hábito de assistir televisão até tarde da noite e eu tinha que ficar acordada com ela até ela ter vontade de dormir, até 3 ou 4 horas da manhã; às vezes ela ficava a noite inteira acordada assistindo TV; e eu tinha que ficar acordada porque ela não gostava de ficar sozinha e eu tinha que ficar com ela [...]”.

Se tivesse boas lembranças dos pais, a saudade, seguramente, arredaria a lembrança da fome passada ao lado dos irmãos. Não se preocuparia em revelar que não comiam “porque minha mãe não fazia comida e ela jogava comida fora porque não gostava de comida que os outros davam [...]”.

Teria poupado a pessoa do pai, não revelando que era omisso, ao dizer: “[...] o pai não é presente, participativo ou carinhoso, é um pai que não está nem aí [...]”.

Os relatos de M. G. S. são tocantes, pungentes mesmo, e estão povoados de más recordações da casa paterna, e tanta é a mágoa que, ao chegar ao Lar Beneficente, arriscou-se a dizer que achava que ali também seria utilizada nas mesmas e duras tarefas domésticas que a casa paterna sempre lhe reservou, com a obrigação de cuidar pessoalmente de todos os irmãos, de banhá-los diariamente e de alimentá-los. E não se teria surpreendido favoravelmente ao descobrir a mudança que sua vida experimentara ao ingressar no abrigo,

descobrimo que todas as duras tarefas que lhe cometiam os pais, ali eram desenvolvidas por pessoas adultas. Claro que seu drama não é o único, não se isola no contexto do Estado cruel. É apenas mais um dos tantos dramas sociais. Contudo, não se pode dizer que o desafeto e o mau-trato é forma de ser dos pobres desta Nação, porque não é.

M. G. S., observada muito de perto pela equipe que a monitorou, por ser a mais velha e mais consciente dentre os filhos dos apelantes, demonstrou, claramente, sua alegria ao saber que sua vida, no abrigo, dera espaço à liberdade, antes represada, de agir como as outras crianças, podendo brincar e ler, não sem manifestar sua preocupação de que lhe suprimissem esses “privilégios” infantis. Por isso mesmo foi que comentou com a assistente social que chegara a imaginar que sua vida, no Lar, não diferiria da vivida na casa paterna, onde convivía com a ameaça diária da infligção de imotivados castigos, como aquele que sua mãe lhe aplicara por diversas vezes, batendo sua cabeça contra o tanque de lavar roupas, ainda que não entendesse a razão.

Em meio à felicidade de estar gozando, em quase toda a plenitude de seus direitos mais elementares, lembrou que o pai costumava bater nos filhos, com ou sem motivo, bastando que estivesse nervoso ou com raiva por alguma razão nunca explicada. Entre esses maus-tratos, disse estar o costume paterno de puxar-lhe os cabelos. Daí sua preferência por usar cabelos bem curtos.

M. G. S. disse, ainda, que, ao chegar ao Lar Beneficente, era rápida

e exagerada ao comer, por conta do costume de passar fome e porque receava não haver comida suficiente para todos.

Lembrou que o pai chamava-os todos de demônios e os ameaçava de morte.

Por todas essas razões, indagada sobre se gostaria de ser formalmente adotada, não titubeou em responder positivamente, pedindo que lhe dessem essa chance, ao dizer: “Gostaria de ter tal oportunidade, porque daí eu não ia mais viver como eu estava vivendo antes de eu ir para o Lar”.

Soma-se a esses comentários a informação, colhida do relato do estudo social (fl. 92), que a mãe dos menores, M. R. G., desnaturou-se a tal ponto como mãe que já não considera seus os filhos mais velhos de casamento anterior, os quais vivem, hoje, sob a custódia dos avós maternos, no vizinho Estado do Rio Grande do Sul. Tanto que, em audiência, depois de haver negado a existência de tais filhos, acabou sentenciando: “O R. não é meu, é do meu pai e da minha mãe” (fl. 141).

Confessou, também, à digna Juíza de Direito não ter o menor contato com os filhos R. G. e A. G. – os que estão sob a guarda dos avós maternos – há mais de dois anos. Além dessa confissão reveladora de sua insensibilidade, completou com mais esta: “que reconhece ter dito que concordaria em entregar a filha recém-nascida, se o marido também concordasse[...]”, não sem acrescentar: “se é para pegar meus filhos, então peguem os mais velhos” (fl. 142).

Estas declarações revelam todo o descaso da apelante por sua prole, do mesmo modo que demonstram o grau de dissolução de sua família. E isso se revela, emblematicamente, na observação feita pela doutora Juíza de Direito, em sua substanciosa sentença, ao escrever: “Outro fato digno de lamentação refere-se ao fato de os requeridos *sequer terem feito quaisquer questionamentos sobre seus filhos*, o que mereceu destaque desta Magistrada às fls. 142 e 146”.

Há sobejas razões a ensejar o ato judicial de supressão do poder familiar dos apelantes, porque, além do dever cometido à família, à sociedade e ao Estado de assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda a forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, prevista no artigo 227 da Constituição Federal, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em seu artigo 22, de forma complementar, regra: “Aos pais incumbe o dever de sustento, guarda e educação dos filhos menores, cabendo-lhes ainda, no interesse destes, a obrigação de cumprir e fazer cumprir as determinações judiciais”.

De outra parte, não há esquecer a dicção do artigo 1.638 do Código Civil de 2002: “Art. 1.638. Perderá por ato judicial o poder familiar o pai ou a mãe que:

“I – [...];

“II – deixar o filho em abandono;

“III – praticar atos contrários à moral e aos bons costumes;

“IV – incidir, reiteradamente, nas faltas previstas no artigo antecedente”.

Ora, o ato de deixar em abandono pode ser conceituado, aqui, como aquele em que, por qualquer razão, os pais não guardam convenientemente seus filhos, privando-os da convivência familiar, não lhes proporcionando alimentação, saúde, educação, segurança e lazer, dentre outros.

O eminente Silvio Rodrigues ensina: “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, Família, volume IV, p. 328).

Acresce dizer que “o conceito jurídico de abandono se contém nas leis de proteção ao menor e, em última análise, é definido quando o menor, por negligência, incapacidade ou perversidade dos pais, ficar permanentemente exposto a grave perigo quanto à saúde, à moral e à educação, de forma comprometedor de sua formação como ser humano” (TJSP, 2ª Câmara Civil, rel. Des. Batalha de Camargo – RT 507/104 e Wilson Bussada, Código Civil Brasileiro Interpretado pelos Tribunais, vol. 2, tomo VI, p. 359, 1987).

Nessa Câmara já se decidiu, sob a relatoria do eminente Desembargador Mazoni Ferreira, acompanhado pelo voto deste Relator e do voto do eminente Des. Monteiro Rocha, da seguinte forma:

“Estatuto da criança e do adolescente – Ação de destituição de pátrio poder – Menores sob a guarda de ter-

ceira pessoa – Mãe biológica que não reúne condições psicológicas e materiais para assumir a guarda das filhas – Ausência de condições essenciais ao pleno desenvolvimento das infantes – Abandono caracterizado – Inteligência do art. 395 do CC – Desejo manifesto das infantes em permanecer com os guardiães – Supremacia dos interesses da criança – Recurso provido.

“A destituição do pátrio poder é justificável quando demonstrado que os pais biológicos não reúnem condições psicológicas suficientes e não proporcionam a seus filhos, de tenra idade, o mínimo de condições para seu desenvolvimento saudável e com dignidade, deixando de ministrar-lhes assistência material adequada e submetendo-os a maus-tratos, com prejuízos irreversíveis para a sua boa formação” (Ap. Cív. n. 2000.010453-1, de Blumenau, j. 5-12-02).

Diante de todo o exposto e constatado o fato de que os pais biológicos dos menores não reúnem condições de tê-los sob sua companhia e poder familiar, caracterizadas que estão as ofensas aos dispositivos de lei já mencionados no corpo dessa decisão, conheço do recurso de apelação dos réus e nego-lhe provimento.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino de Meeiros.

Florianópolis, 28 de agosto de 2003.

Mazoni Ferreira,  
Presidente, com voto;  
Luiz Carlos Freyesleben,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 1998.002074-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Rui Fortes**

*Apelação cível – Desocupação de espaço público – Julgamento antecipado da lide – Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada – Matéria exclusivamente de direito – Art. 330, I, do CPC.*

*Existindo nos autos elementos suficientes para o convencimento do julgador, máxime quando a lide versar sobre matéria exclusivamente de direito, não há falar em cerceamento de defesa quando procedido o julgamento antecipado da lide (art. 330, inc. I, do CPC). Também inexistente cerceamento quando a prova que se pretende produzir em audiência já está presente nos autos, representada por documentos juntados pelas partes quando da apresentação da inicial e da contestação.*

*Permissão de uso – Terminal rodoviário – Destinação comercial – Ato administrativo unilateral, discricionário e precário – Revogação unilateral pela administração – Possibilidade – Prorrogação indeferida por razões legais de oportunidade e de conveniência – Atendimento do interesse público – Recurso desprovido.*

*A permissão de uso de bem público, concedida ao particular, encontra-se inserida na seara dos atos administrativos, cuja natureza é unilateral, discricionária e precária, e, por tais características, é modificável e revogável a qualquer tempo pela Administração Pública, sobretudo quando o interesse público o exigir por razões legais de oportunidade e de conveniência.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.002074-3, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho), em que é apelante a Banca de Jornais e*

*Revistas Zanini, sendo apelado o Departamento de Transportes e Terminais – Deter:*

**ACORDAM**, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unân-

nime, rejeitar a preliminar e, no mérito, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

## I – Relatório

O Departamento de Transportes e Terminais – Deter ingressou com ação de desocupação de espaço público contra a Banca de Jornais e Revistas Zanini, destacando que a ré vem-se utilizando de espaço público no Terminal Rodoviário Rita Maria desde 10-9-81, com base num termo de permissão de uso, cujo prazo de vigência havia sido fixado em 4 (quatro) anos, com previsão para término em 10-9-85. Afirmou que em 1º-9-85 foram repactuados os termos da permissão, alterando-se o prazo de vigência, o qual passou para 10 (dez) anos, com previsão de término, então, para 31-8-95.

Acrescentou que, antes de expirado o novo prazo da permissão, a demandada requereu a sua prorrogação, o que foi negado, em razão da necessidade da realização de licitação pública. Destacou que em consulta ao Tribunal de Contas do Estado este acenou para a possibilidade de prorrogação pelo período necessário à realização do certame licitatório. Alegou que, posteriormente, aprovada a prorrogação dos prazos, foi redigido um novo termo de permissão de uso pelo período de 2 (dois) anos, com efeito retroativo para 31-8-95; todavia, a ré recusou-se a assiná-lo em todas as vezes em que foi procurada, estando irregular aquela ocupação.

Por fim, pugnou pelos efeitos da tutela antecipada a fim de liminarmente ver desocupado o espaço público ocupado pela ré, bem como a

procedência total da ação. Juntou os documentos de fls. 9 a 40.

Recebida a exordial, postergou-se a análise do pedido liminar à apresentação da contestação. Designada a audiência e restando inexitosa a conciliação entre as partes (fl. 45), a demandada apresentou contestação (fls. 46 a 53), afirmando que o contrato inaugural foi celebrado após a conclusão do processo licitatório, tendo sido, inclusive, prestada caução. Ainda, dentre outras considerações, asseverou que continua prestando seus serviços satisfatoriamente, bem como pagando o “aluguel” e as taxas devidas. Defendeu a possibilidade jurídica da renovação do contrato de permissão de uso, bem como a prorrogação tácita do referido contrato. Por derradeiro, protestou pela improcedência do pedido.

Manifestação à contestação às fls. 56 a 63.

Parecer do representante do *Parquet* opinando pela procedência da ação (fls. 65 a 67).

Prolatada a sentença (fls. 69 a 75), o Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido, determinando a desocupação do espaço público, objeto do contrato de permissão de uso, no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de desocupação compulsória. Condenou a ré, por fim, ao pagamento das taxas de permissão de uso até a efetiva entrega do imóvel, acrescido de custas e honorários, estes fixados em 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenação.

Opostos embargos de declaração (fls. 78 a 81), estes foram rejeitados às fls. 82 e 83.

Inconformada, a ré apelou da decisão (fls. 86 a 94), argüindo, preliminarmente, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, em razão do julgamento antecipado da lide, e, no mérito, pugnou pela reforma da sentença *a quo*, defendendo a possibilidade jurídica da prorrogação do contrato de permissão de uso.

Nas contra-razões, o apelado protestou pela confirmação da decisão *a quo* (fls. 96 a 102), opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela rejeição da preliminar e pelo desprovitamento do recurso (fls. 111 a 116).

## II – Voto

Trata-se de recurso de apelação interposto pela Banca de Jornais e Revistas Zanini contra a decisão do Magistrado de primeiro grau, o qual determinou a desocupação do imóvel, no prazo de 15 (quinze) dias, em razão da expiração do prazo avençado e pela inexistência de interesse de sua parte na conseqüente renovação (conveniência e oportunidade).

### 1 – Preliminar

#### a) Cerceamento de defesa

A prejudicial não merece abrigo.

Ora, na espécie, o julgamento antecipado da lide atende rigorosamente ao que dispõe a norma processual vigente (art. 330, I, do CPC). A questão posta em debate era exclusivamente de direito e a produção de novas provas apenas traria aos autos elementos já representados pelos documentos trazidos pelas partes quando da apresentação da inicial e da contestação.

Registra-se, oportunizar à apelante a produção de provas que sequer identificou seria o mesmo que

procrastinar desnecessariamente o feito, violando os princípios da “economia” e da “celeridade processual”, vislumbrando-se, assim, acertado o julgamento antecipado da lide.

Nesse sentido, já decidiu o excelso Pretório:

“Não especificadas as provas a serem produzidas, bem como verificada a desnecessidade de socorrer-se de outros meios probatórios, é lícito ao juiz proferir o julgamento antecipado da lide” (STJ, REsp n. 195529/SP, DJ 5-4-1999, rel. Min. Félix Fischer). Na mesma vertente: Ap. Cív. ns. 1997.008711-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Eder Graf; 2002.002806-1, de Bal. Camboriú, rel. Des. Carlos Prudêncio; 2001.019049-4, de Rio do Oeste, rel. Des. José Volpato de Souza.

Ainda:

“Doutrina e jurisprudência as-sentaram entendimento no sentido de que não caracteriza cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando os documentos apresentados na inicial não foram impugnados e são suficientes à convicção do Juiz, cabendo a este a livre apreciação das provas apresentadas, por isso que o julgamento antecipado se impõe, no caso de versar apenas sobre questão de direito, ou, em havendo questão de fato, já existir nos autos elementos probatórios bastantes para o pronunciamento do Juízo decisório, sem necessidade de ser produzida prova em audiência” (STJ, REsp. n. 3.416/RS, Min. Waldemar Zveiter). Nesse sentido: Ap. Cív. ns. 1997.012605-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Silveira Lenzi; 2000.007804-2, da Capital, rel. Des. Wilson Augusto do Nascimento;



1998.012441-7, de Sombrio, rel. Des. Trindade dos Santos.

Assim, formado o convencimento do juiz com base nas provas documentais acostadas pelas partes quando da apresentação da inicial e da contestação, desnecessária se fazia a produção de qualquer outro tipo de prova, razão pela qual se rejeita a prefacial.

## 2 – Mérito

No mérito, melhor sorte não socorre à apelante.

O *meritum causae* versa sobre ato administrativo, mais especificamente sobre permissão de uso de bem público, o qual é marcado pela unilateralidade, discricionariedade e precariedade, características que o tornam modificável e revogável a qualquer tempo pela Administração Pública, bastando, para isso, a exigência do interesse público, por razões de oportunidade e conveniência administrativa. Importante lembrar que ao permissionário é garantido o direito de indenização, caso haja estipulação nesse sentido e sendo comprovado que a desocupação lhe trouxe prejuízos, pois a regra é a da revogabilidade a qualquer tempo.

Na lapidar definição de Hely Lopes Meirelles, a permissão de uso é:

“ato negocial, unilateral, discricionário e precário através do qual a administração faculta ao particular a utilização individual de determinado bem público. Como ato negocial pode ser com ou sem condições, gratuito ou remunerado, por tempo certo ou indeterminado, conforme estabelecido no termo próprio, mas sempre modificável e revogável unilateralmente pela Administração, quando o interesse público o exigir, dados sua natureza

precária e o poder discricionário do permitente para consentir e retirar o uso especial do bem público. A revogação faz-se, em geral, sem indenização, salvo se em contrário se dispuser, pois a regra é a revogabilidade sem ônus para a Administração. O ato de revogação deve ser idêntico ao do deferimento da permissão e atender às condições nele previstas” (Direito Administrativo, 26ª ed., Malheiros Editores, 2001, p. 486).

Tal entendimento é corroborado pela lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

“Permissão – é o ato unilateral pelo qual a Administração faculta precariamente a alguém a prestação de um serviço público ou defere a utilização especial de um bem público.

“As permissões de serviço público, por força do art. 175 da Constituição, devem ser sempre precedidas de licitação; portanto, são atos vinculados. As permissões de uso de bem público, em princípio, também deverão ser antecedidas do mesmo procedimento, como regra, vinculadas, conquanto não se possa descartar alguma hipótese de permissão que, pela índole do uso pretendido ou de sua extrema brevidade, comporte outorga discricionária” (Curso de Direito Administrativo, 13ª ed., Malheiros Editores, 2000, p. 390 e 391).

Assim, a partir dessas rápidas lições, possível extrair-se que, primeiro, a natureza da permissão é de um ato administrativo e não de um contrato, como alguns doutrinadores, de forma errônea, costumam conceituá-lo, ainda que esse ato tenha assumido a forma de contrato. E, segundo, que a própria Administração, ao permitir a



utilização do bem público, já o faz com a pecha de precariedade, ou seja, o particular que recebe a permissão sabe que ela é dada a esse título, podendo ser revogada pela Administração a qualquer momento, bastando, para isso, a exigência do interesse público, por razões de conveniência e oportunidade.

Logo, na espécie, quando o Deter permitiu à apelante a utilização da unidade situada no Terminal Rodoviário Rita Maria, o fez com as citadas características, próprias de um ato administrativo, passível de revogação unilateral por parte do Poder Público a qualquer momento.

Acrescenta-se, ainda, que o termo de permissão de uso, como aquele firmado entre a apelante e o Deter, não gerou direito adquirido em favor da empresa permissionária, restando excluída, por completo, a pretensão da apelante em objetivar a nova prorrogação da permissão de uso. A propósito, esta não aparenta ser a intenção da empresa recorrente, havendo notícias nos autos de que houve o interesse por parte do Deter em prorrogar a permissão de uso por pelo menos mais 2 (dois) anos; mas, não obstante instada a firmar o novo termo, preferiu permanecer inerte, juntamente com os demais permissionários daquele local público.

Ainda, embora a empresa recorrente alegue que venha pagando a taxa mensal correspondente ao uso do bem público, mesmo assim são insubsistentes as suas razões recursais. Pouco importa se a avença firmada entre as partes previa a possibilidade de prorrogação. O que importa, aqui,

é que o Poder Público não tinha mais interesse em manter o pacto firmado com a empresa recorrente, sendo perfeitamente possível a sua rescisão, até pelas características da permissão de uso, conforme já bem destacado anteriormente, razão pela qual afasta-se qualquer ocorrência de abuso de poder por parte do ente público.

E, em última análise, a título de argumentação, descabida também seria a autorização para permanecer no espaço público até que fosse superada a fase de seleção no processo licitatório, pois, como é cediço, não pode a Administração conceder espaço público sem antes dar oportunidade para todos os munícipes, em igualdade de condição, manifestarem o interesse na ocupação daquele espaço (art. 37, inciso XXI, da CF/88).

Em caso análogo ao *sub judice*, já decidiu a Terceira Câmara de Direito Público:

“Apelação cível – Desocupação de espaço público – Permissão de uso – Terminal rodoviário – Destinação comercial – Ato administrativo unilateral, discricionário e precário – Revogação unilateral pela administração – Possibilidade – Prorrogação indeferida por razões legais de conveniência e de oportunidade – Atendimento do interesse público – Recurso desprovido.

“A permissão de uso de bem público, concedida ao particular, encontra-se inserida na seara dos atos administrativos, cuja natureza é unilateral, discricionária e precária, e, por tais características, é modificável e revogável a qualquer tempo pela Admi-

nistração Pública, sobretudo quando o interesse público o exigir por razões legais de oportunidade e de conveniência” (Ap. Cív. n. 1999.020852-4, da Capital, rel. Des. Rui Fortes, j. 9-5-03).

Também nesse sentido:

“Administrativo – Desocupação de espaço público – Permissão de uso – Comércio instalado em terminal rodoviário – Ato administrativo unilateral, discricionário e precário – Revogação unilateral pela administração – Possibilidade.

“Prorrogação indeferida por razões de conveniência e oportunidade invocadas pelo órgão administrativo responsável – Atendimento do interesse público” (Ap. Cív. n. 2000.004040-1, da Capital, rel. Des. Newton Janke, j. 27-2-03). No mesmo sentido: Ap. Cív. ns. 1998.002094-8, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 29-9-98; 1998.002092-1, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 8-9-98; 1999.004063-1, rel. Des. Vanderlei Romer, j. 27-6-02; 2002.003764-8, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 20-5-02; ACMS n. 2002.010597-5, de

Bom Retiro, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 19-8-02.

Assim, expirado o prazo fixado entre as partes, aliada à manifesta intenção do Poder Público de não mais querer prorrogar a permissão de uso por questões legais de conveniência e de oportunidade, verifica-se que a confirmação da decisão vergastada é medida que se impõe.

### III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, rejeitar a preliminar e, no mérito, desprover o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Odil José Cota.

Florianópolis, 13 de junho de 2003.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Rui Fortes,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.011969-2, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato**

*Responsabilidade civil – Ação de indenização por danos morais proposta por esposa de correntista contra a instituição financeira – Cartão para movimentação de conta corrente confeccionado com o nome de outra mulher encontrado pela esposa do titular – Equívoco na confecção do cartão confirmado pelo réu – Alegação de prejuízo da relação conjugal – Dano moral caracterizado – Parâmetros para fixação do quantum indenizatório observados – Inversão*

*dos ônus da sucumbência – Cabimento – Recurso parcialmente provido.*

*1. No tocante à fixação do quantum indenizatório, devem ser observados alguns critérios, como a intensidade do sofrimento do ofendido, do dolo ou grau da culpa do responsável, a situação econômica do ofendido, a fim de não ensejar um enriquecimento sem causa, e a situação econômica do ofensor, de forma a evitar a sua ruína.*

*2. Pelo princípio da causalidade, aquele que tiver dado causa à instauração da demanda deve responder pelos honorários advocatícios da parte vencedora. Ademais, nas demandas que versam sobre danos morais, o valor indicado na inicial é meramente estimativo, não considerado para fins de definição dos ônus sucumbenciais.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2001.011969-2, da comarca de Blumenau (4ª Vara), em que são apelantes e apelados Maria Salete de Medeiros Rodrigues e Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso do réu e dar provimento parcial ao recurso da autora.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Maria Salete de Medeiros Rodrigues ajuizou ação de reparação de danos morais contra o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc.

Na exordial, narrou, em síntese, que: a) entre os anos de 1997 e 1998, recebeu, em sua residência, um cartão magnético enviado pelo réu no qual constava o nome de Diodete Garcia, como se fosse correntista solidária da conta corrente n. 052759-2, de titulari-

dade de seu esposo, Luiz Gonzaga Rodrigues; b) dirigiu-se à instituição bancária para obter esclarecimentos, ocasião em que o gerente do Banco lhe informou que Diodete Garcia tratava-se da esposa de Luiz Gonzaga Rodrigues, seu marido; c) em decorrência desse fato, concluiu que Diodete Garcia era “amásia” de seu esposo, sendo que essa situação trouxe inúmeros problemas para a convivência do casal, e que a vida em comum se tornou insuportável.

Afirmou que houve negligência e imprudência por parte do réu e que para a abertura de conta conjunta existe necessidade de autorização expressa do titular da conta, o que não ocorreu. Pretende que seja condenado ao pagamento de 1.000 (mil) salários mínimos a título dos danos morais suportados.

O réu apresentou contestação (fls. 23 a 28). Admitiu que houve a troca do nome no cartão magnético; no entanto, alegou que: a) não há entrega de cartão por correspondência, mas apenas na própria agência bancária; b)

o marido da autora é que agiu com imprudência e negligência, pois recebeu e passou a usar normalmente o cartão sem reclamar da troca de nomes.

Registrou que o marido da autora, Luiz Gonzaga Rodrigues, também ajuizou ação de reparação de danos morais contra ele (008.99.007065-1), com fundamento nos mesmos fatos e na mesma causa de pedir da ação ora em exame; e que os processos foram instruídos e julgados conjuntamente.

O MM. Juiz de Direito julgou parcialmente procedentes os pedidos inaugurais, condenando o réu ao pagamento de 100 (cem) salários mínimos para cada um a título de reparação pelos danos morais suportados; e, por terem os autores decaído de parte substancial de seu pedido, condenou-os ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 1.000,00 para cada feito, com a ressalva do art. 12 da Lei n. 1.060/50.

As partes não se conformaram com o veredicto.

A autora pugna pela majoração do *quantum* indenizatório, bem como pela inversão dos ônus da sucumbência, requerendo a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação (fls. 50 a 56).

O réu pleiteia a reforma da sentença, sustentando que não há qualquer prova do dano sofrido, e que, se houve falhas na movimentação da conta, os seus titulares deveriam ingressar com ação de prestação de contas (fls. 58 a 64).

## II — Voto

1. A configuração da responsabilidade civil pressupõe a existência dos seguintes pressupostos: a) dano suportado pela vítima; b) culpa ou dolo do agente; c) nexo de causalidade entre o ato ilícito e o dano.

Sobre o tema, ensina Sílvio Rodrigues:

“Para que surja a obrigação de reparar, mister se faz prova da existência de uma relação de causalidade entre a ação ou omissão culposa do agente e o dano experimentado pela vítima. Se a vítima experimentar um dano, mas não se evidenciar que o mesmo resultou do comportamento ou da atitude do réu, o pedido de indenização, formulado por aquela, deverá ser julgado improcedente” (Direito Civil – Responsabilidade Civil, Saraiva, 1986, vol. 4, p. 18).

Depreende-se dos autos, como fato incontroverso, que a instituição bancária realmente efetuou, por equívoco, a troca de nomes do cartão magnético: “o fato havido foi meramente a troca de nome no cartão magnético, desde julho/96 até os primeiros dias de outubro/97” (fl. 25).

Nesse contexto, insere-se o seguinte entendimento:

“Culpa, no sentido jurídico, é a omissão da cautela, que as circunstâncias exigiam do agente, para que sua conduta, num momento dado, não viesse a criar uma situação de risco e, finalmente, não gerasse dano previsível a outrem” (Responsabilidade Civil à luz da jurisprudência, Universitária, 1986, p. 50).

A Constituição Federal preceitua como direito fundamental a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, garantindo o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrentes de sua violação (art. 5º, X).

Acerca da natureza dos danos morais, da doutrina colaciono as lições que seguem:

“Qualificam-se como morais os danos em razão da esfera da subjetividade, ou do plano valorativo da pessoa na sociedade, em que repercute o fato violador, havendo-se como tais aqueles que atingem os aspectos mais íntimos da personalidade humana (o da intimidade e da consideração pessoal), ou o da própria violação da pessoa no meio em que vive e atua (o da reputação ou da consideração social)” (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, RT, 1992, p. 41).

“Diversamente, a sanção do dano moral não se resolve numa indenização propriamente, já que indenização significa eliminação do prejuízo e das suas conseqüências, o que não é possível quando se trata de dano extrapatrimonial; a sua reparação se faz através de uma compensação, e não de um ressarcimento; impondo ao ofensor a obrigação de pagamento de uma certa quantia de dinheiro em favor do ofendido, ao mesmo tempo que agrava o patrimônio daquele, proporciona a este uma reparação satisfativa” (Yussef Said Cahali, *Dano moral*, p. 42).

“Entende-se por danos morais aqueles ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa e da sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da persona-

lidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’). Derivam, portanto, de ‘práticas atentatórias à personalidade humana’ (STJ, 3ª Turma, voto do Relator Eduardo Ribeiro, no REsp n. 4.236, *in* Bussada, *Súmulas do STJ*, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995, p. 680). Traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ (STF, RE n. 69.754/SP, RT 485/230), capaz de gerar ‘alterações psíquicas’ ou ‘prejuízos à parte social ou afetiva do patrimônio moral’ do ofendido (STF, RE n. 116.381/RJ, Bussada, *ob. cit.*, p. 687)” (Humberto Theodoro Júnior, *Dano moral*, Oliveira Mendes, 1ª ed., 1998, p. 2 e 3).

Sobre a reparação dos danos morais, ensina Carlos Alberto Bittar:

“Na concepção moderna da teoria da reparação de danos morais prevalece, de início, a orientação de que a responsabilização do agente se opera por força do simples fato da violação. Com isso, verificado o evento danoso, surge, *ipso facto*, a necessidade de reparação, uma vez presentes os pressupostos de direito. Dessa ponderação, emergem duas conseqüências práticas de extraordinária repercussão em favor do lesado: uma, é a dispensa da análise da subjetividade do agente; outra, a desnecessidade de prova de prejuízo em concreto. [...] Satisfaz-se, pois, a ordem jurídica com a simples causação, não cabendo perquirir-se da intenção do agente, análise, aliás, nem sempre necessária no próprio sistema de determinação de responsabilidade. De fato, como já assinalamos, há situações em que se prescinde dessa investigação, ou se-

ja, aquelas em que se reconhece a objetividade da conduta lesiva como elemento bastante. Desse modo, nos casos em que se exige essa perquirição (responsabilização por atos ilícitos no regime codificado), tem-se que abrange apenas o fato produtor do dano e, não, o reflexo correspondente. Não se cura, portanto, de verificar se estava, ou não, na cogitação do agente a realização do reflexo lesivo produzido. Assim, uma vez constatada a conduta lesiva, ou definida objetivamente a repercussão negativa na esfera do lesado, surge a obrigação de reparar o dano para o agente, como, por exemplo, na não divulgação do nome do titular de obra intelectual estética (música, poesia, romance ou outra) em uso público, ou, ao revés, na divulgação de fato desonroso, não correspondente à realidade, contra pessoa notória, e assim por diante. O dano existe no próprio fato violador, impondo a necessidade de resposta, que na reparação se efetiva. Surge *ex facto*, ao atingir a esfera do lesado, provocando-lhe as reações negativas já apontadas. Nesse sentido é que se fala em *damnum in re ipsa*” (Reparação civil por danos morais, p. 202 a 204).

O dano moral nem sempre é exteriorizado. É presumível o constrangimento causado àquele que tem a sua honra conspurcada e, sendo assim, compete ao juiz a árdua tarefa de avaliar a existência de dano moral a ser reparado e, se for o caso, de quantificá-lo pecuniariamente.

Anoto que, na relação conjugal, problemas de ordem externa tornam-se deveras complexos, ensejan-

do grave comprometimento da harmonia e estabilidade do relacionamento.

É o caso dos autos, pois se a esposa depara-se com o cartão de conta corrente do marido no qual consta como titular mulher estranha e desconhecida da relação conjugal, e vem a concluir que tal pessoa é suposta “amante” de seu marido, coloca em xeque a fidelidade dele e abala a relação conjugal, atingindo, diretamente e sobremaneira, a vida familiar.

A comprovar tais fatos, disse a testemunha Kátia Cristina Varjão Toto (fl. 63 dos autos de n. 2001.011965-0): “o motivo da separação se deu em decorrência de que a esposa do autor encontrou um cartão de crédito do Banco Besc e em extratos bancários o nome de outra mulher, supondo o autor ter uma amante”.

E afirmou Valmir Antônio Zanetti, funcionário do réu (fl. 67 dos autos n. 2001.011965-0): “o autor estaria fazendo uma reclamação no sentido de que havia uma divergência no seu cartão, momento em que o atendente trouxe o autor à presença do depoente; que, a divergência consistia em que o nome constante do cartão de posse do autor não batia com o número de sua conta; que, em função de tal acontecimento, o autor pediu ao Banco que o mesmo fornecesse a ele um documento reconhecendo o erro, *porque o mesmo estava passando dificuldades familiares*, questionando o porquê do nome de uma mulher naquele cartão” (grifei).

No prefácio à obra “Responsabilidade civil por dano à honra”, de



Aparecida I. Amarante, inscreveu, lapidariamente, Antônio Chaves:

“A honra – sentenciou Ariosto – está acima da vida. E a vida – pregou Vieira – é um bem imortal: a vida, por larga que seja, tem os dias contados; a fama, por mais que conte anos e séculos, nunca lhe há de achar conto, nem fim, porque os seus são eternos: a vida conserva-se em um só corpo, que é o próprio, o qual, por mais forte e robusto que seja, por fim se há de resolver em poucas cinzas: a fama vive nas almas, nos olhos e na boca de todos, lembrada nas memórias, falada nas línguas, escrita nos anais, esculpida nos mármore e repetida sonoramente sempre nos ecos e trombetas da mesma fama. Em suma, a morte mata, ou apressa o fim do que necessariamente há de morrer; a infâmia afronta, afeia, escurece e faz abominável a um ser imortal, menos cruel e mais piedosa se o puder matar” (Del Rey, 1994, 2ª ed., p. 11).

Dessa feita, a toda evidência, estão presentes os pressupostos ensejadores da responsabilidade civil: o ato culposo ou doloso praticado pelo réu, o dano suportado pela autora e o nexo causal entre o ato ilícito e o dano alegado.

Incontestável, pois, o dever de indenizar do réu.

2. O MM. Juiz de Direito fixou a indenização por danos morais em 100 (cem) salários mínimos.

A autora requer a majoração da verba indenizatória.

Não lhe assiste razão.

No tocante à fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, como a inten-

sidade do sofrimento do ofendido, do dolo ou grau da culpa do responsável, a situação econômica do ofendido, a fim de não ensejar um enriquecimento sem causa, e a situação econômica do responsável, de forma a evitar sua ruína. Deve-se levar em consideração não só o caráter compensatório, mas, também, o caráter punitivo, visando a inibir a prática de nova lesão por parte do ofensor e com o intuito de harmonizar e estabelecer o equilíbrio das relações processuais.

Sobre os parâmetros a serem analisados para a fixação do valor arbitrado a título de danos morais, da doutrina e da jurisprudência desta Corte colaciono as lições e os julgados que seguem:

“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 evento lesivo advindo. Consubstancia-se, portanto, em importância compatível com o vulto dos interesses em conflito, refletindo-se, de modo expressivo, no patrimônio do lesante, a fim de que sinta, efetivamente, a resposta da ordem jurídica aos efeitos do resultado lesivo produzido. Deve, pois, ser a quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante” (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*, RT, 1993, 3ª ed., p. 233).

“O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem com fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, per-



mitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do percebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa” (Guilherme Couto de Castro, *A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro*, Forense, 1997, p. 23).

“Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente arbítrio do juiz” (José Raffaelli Santini, *Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática*, Agá Júris, 2000, p. 45).

‘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 arbitra-

mento 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’ (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 00172)” (Ap. Cív. n. 1999.015728-8, rel. Des. Alcides Aguiar – sem destaque no original).

“O *quantum* a ser atribuído por danos morais não goza de critérios objetivos para a sua fixação. Por conseguinte, vale-se de mensuração aproximada dos prejuízos causados ao âmago do lesado, bem como da realidade factual em que se encontra inserido o ofensor” (Ap. Cív. n. 99.019421-3, rel. Des. Ruy Pedro Schneider).

“Incumbe ao juiz o arbitramento do valor da indenização, observando as peculiaridades do caso concreto, bem como as condições financeiras do agente e a situação da vítima, de modo que não se torne fonte de enriquecimento, tampouco que seja inexpressivo ao ponto de não atender aos fins a que se propõe (Ap. Cív. n. 1999.011909-2, rel. Des. Sérgio Paladino).

Dessa feita, não merece reparos a sentença em relação ao *quantum* arbitrado.

Observe apenas que a indenização não pode ser arbitrada em salários mínimos, pois importaria em admiti-los, até o momento da liquidação da dívida, como índice de correção

monetária, o que é vedado (CF, art. 7º, IV). Todavia, o equívoco não conduz à nulidade da sentença. Por ocasião do pagamento, o *quantum* da condenação deverá ser convertido em moeda corrente, considerando-se o valor do salário mínimo vigente na data em que a sentença foi prolatada.

3. Pleiteia, ainda, a autora a inversão dos ônus da sucumbência, requerendo a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor da condenação.

O princípio da causalidade (Yussef Said Cahali, Honorários advocatícios, RT, 1990, 2ª ed., p. 44) impõe àquele que deu causa à deflagração do processo, se sucumbente, o ônus de pagar honorários advocatícios em favor da parte contrária (CPC, art. 20).

Sobre o tema, da doutrina e da jurisprudência colaciono a lição e os julgados que seguem:

“Assim, conclui-se que o princípio da causalidade melhor se presta à fixação das despesas processuais, porquanto, indubitavelmente, sem as amarras, por vezes insensíveis da sucumbência, atende, no dizer de Carnelutti, a um princípio de justiça distributiva, onerando quem efetivamente, deu causa à demanda” (Orlando Venâncio dos Santos Filho, O ônus do pagamento dos honorários advocatícios e o princípio da causalidade, RTJE 169/105).

“Pelo princípio da causalidade, àquele que tiver dado causa à instauração da demanda, deve responder pelos honorários advocatícios da parte vencedora. Havendo a extinção do processo em relação a um dos réus,

ante o reconhecimento da ilegitimidade passiva *ad causam*, a consequência lógica é a condenação das autoras nos encargos decorrentes da sucumbência relativamente a este réu, incidindo o disposto no art. 20 do CPC” (Ap. Cív. n.. 1998.001205-8, rel. Des. Silveira Lenzi).

“Em face do princípio da causalidade, presente em nosso ordenamento jurídico, justifica-se a imposição da responsabilidade pelos ônus processuais àquele que deu causa à demanda. E, se a embargada indicou à penhora bem do embargante, obrigando-o a contratar advogado para a defesa de seus interesses, deve, portanto, arcar com as despesas do processo a que deu causa, inclusive os honorários advocatícios” (Ap. Cív. n. 1996.011103-4, rel. Des. Francisco Borges).

Ademais, como é cediço, nas ações de indenização por dano moral, o valor indicado na inicial é meramente estimativo, não representando o valor real da causa.

Acerca dos ônus da sucumbência nas demandas em que se pretende indenização por danos morais, assim se tem pronunciado o Superior Tribunal de Justiça e esta Corte:

“Civil e processual – Ação de indenização – Dano moral – Desconto de cheque em data anterior ao acordado – Inscrição no Serasa – Pedido exordial – Referência a montante meramente estimativa – Sucumbência recíproca não configurada – Arts. 20, § 3º, e 21 do CPC.

“I. Dada a multiplicidade de hipóteses em que cabível a indenização por dano moral, aliado à dificuldade na mensuração do valor do ressarcimento,

mento, tem-se que a postulação contida na exordial se faz em caráter meramente estimativo, não podendo ser tomada como pedido certo para efeito de fixação de sucumbência recíproca, na hipótese de a ação vir a ser julgada procedente em montante inferior ao assinalado na peça inicial. II. Proporcionalidade na condenação já respeitada, porquanto a par de estabelecida em percentual razoável, se faz sobre o real montante da indenização a ser paga. III. Recurso especial conhecido e provido” (REsp n. 261168, Min. Aldir Passarinho Júnior).

Dessa feita, compete ao réu o pagamento das despesas processuais e dos honorários advocatícios.

Em observância aos parâmetros do § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, fixo a verba honorária devida em R\$ 1.500,00.

3. Pelas razões acima expostas, nego provimento ao recurso do réu e dou provimento parcial àquele da autora apenas para inverter os ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em R\$ 1.500,00.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, nega-se provimento ao recurso do réu e dá-se provimento parcial ao recurso da autora.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 9 de maio de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,*

*Presidente, com voto;*

*Marcus Tulio Sartorato.*

*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.007985-0, DE CANOINHAS

**Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato**

*Responsabilidade civil – Indenização – Ato ilícito – Organização de evento – Morte de menor – Omissão dos responsáveis – Culpa da vítima não caracterizada – Pensão devida aos pais – Danos morais – Fixação – Condenação em salários mínimos.*

*1. Sobrevindo morte de menor em razão de acidente ocorrido em local onde se realizava evento promocional, é devida indenização aos pais da vítima se comprovada a relação de causalidade entre o fato e a omissão da organizadora e dos proprietários do imóvel – in casu, tolerando o mergulho dos freqüentadores em rio sem condições de segurança e sem as advertências necessárias – e se não ficou evidenciado que o de cujus contribuiu culposamente para o sinistro.*

*2. “O limite temporal do pensionamento, decorrente da morte de filho em acidente de trânsito, tem sido fixado pela jurisprudência com base na sobrevivência provável da vítima, considerada para tal a*

*data em que ela completaria 65 anos de idade, não se podendo presumir que seu auxílio aos familiares cessasse quando completasse 25 anos” (Ap. Cív. n. 1997.00570-9, rel. Des. Eder Graf).*

3. *“Em se tratando de alimentos o juiz dispõe de um razoável arbítrio para fixá-los, não constituindo julgamento extra ou ultra petita se adota critério distinto ou mesmo valor superior ao pedido inicial, desde que circunscrito ao binômio necessidade/possibilidade, até porque a decisão não faz coisa julgada material” (Ap. Cív. n. 2001.0009882-2, rel. Des. Mazoni Ferreira).*

4. *“Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos, nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização” (REsp n. 8.768, rel. Min. Barros Monteiro).*

5. *“Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento” (Ap. Cív. n. 35.339, Des. Amaral e Silva).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.007985-0, da comarca de Canoinhas (2ª Vara), em que são apelantes Vida Livre Som e Propaganda, Emílio Hauffe e outro e apelados Valdomiro Carneiro e Carme Leal Carneiro:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Valdomiro Carneiro e Carme Leal Carneiro ajuizaram “ação ordinária de indenização por ato ilícito c/c danos morais” contra Emílio Hauffe “e sua esposa” (posteriormente identificada como Anita Vogt Hauffe) e Vida Livre Som e Propaganda.

Na exordial, afirmaram que são pais de Gilvane Carneiro, que faleceu em 15-7-1996, aos dezesseis anos de idade, em virtude de broncopneumonia e tetraplegia. Narraram que, aproximadamente seis meses antes de seu óbito, ele “foi até a propriedade dos primeiros requeridos, conhecida como Pedreirinha, na localidade denominada Parado, nesta Cidade, para participar da promoção ‘Garota Verão 96’”, realizada em conjunto pelos réus, e lá mergulhou em um rio, chocando-se violentamente contra as pedras. Em decorrência do acidente, a vítima sofreu traumatismo raquimedular, transformando-se “em um ser vegetativo”, necessitando de especial tratamento e dedicação em tempo integral até sobrevir sua morte.

Afirmaram, ainda, que inexistiam placas de sinalização advertindo ou alertando os banhistas do perigo proeminente, e que não havia qual-

quer posto de atendimento de saúde no local.

Asseveraram que o seu filho estava empregado, percebendo R\$ 180,60 mensais, colaborando com a renda familiar, e que arcaram com as despesas de funeral no montante de R\$ 795,00 (setecentos e noventa e cinco reais).

Com a ação aforada, pretendem que sejam os réus condenados ao pagamento: a) de pensão alimentícia a partir da data do evento até a sobrevivência da vítima, e desde a morte até o período em que completaria 65 anos; b) das despesas com o funeral, luto, urna, flores, homenagens, vestimentas e a construção de um jazigo ao finado; c) de uma indenização por danos morais no valor de duzentos salários mínimos.

Apresentadas as contestações (fls. 28 a 33 e 37 a 42), colhidos os depoimentos dos réus e inquiridas seis testemunhas, o MM. Juiz de Direito proferiu sentença, registrando em sua parte dispositiva:

“Isto posto, julgo procedente, em parte, o pedido formulado para condenar os requeridos solidariamente a indenizar os autores por danos morais em valor equivalente a 200 (duzentos) salários mínimos, na data dos fatos com correção monetária contada a partir do evento e juros de 6% ao ano contados a partir da citação. Arcarão ainda os requeridos com a pensão mensal, fixada em 2/3 (dois terços) do valor percebido pelo *de cujus* (R\$ 181,50), que deverá ser mantido sempre atualizado de acordo com os aumentos concedidos à categoria dos cobradores, através de conven-

ções coletivas do trabalho celebradas pelos sindicatos competentes na área geográfica onde era a sede da empresa para a qual o *de cujus* prestava serviços, ou em falta deste índice pela elevação do salário mínimo, devendo ser paga até o quinto dia útil de cada mês, inclusive o 13º salário no último mês de cada ano, sendo alterada para 1/3 (um terço) a partir da data de 27-12-2004, quando a vítima completaria 25 anos de idade. A data inicial da pensão é o mês subsequente da morte do *de cujus* (1º-9-1998) e o termo final para os autores é quando o *de cujus* completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade. A morte eventual de um dos autores acrescerá a sua ‘quota-parte’ ao sobrevivente. Sobre as prestações em atraso incidirá correção monetária contada a partir do vencimento de cada prestação e juros de 6% ao ano contados a partir da citação. Em relação à pensão, nos termos do art. 602 do CPC, condeno os requeridos a constituir um capital que assegure o seu cabal cumprimento, na forma do § 1º do dispositivo e diploma legal mencionado. Condeno os réus ao pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios que fixo em 10% sobre o valor da condenação a título de danos morais, e ainda sobre o total das prestações da pensão vencida e mais 12 (doze) prestações vincendas. A liquidação de sentença se fará por simples cálculo do contador. Deixo de condenar os autores em ônus da sucumbência porque decaíram de parte mínima do pedido. Finalmente, como obrigação de fazer, condeno os requeridos a construir um jazigo para o finado filho dos autores de acordo com os padrões da família da vítima, no prazo de 90 dias

contados após o trânsito em julgado da sentença”.

Inconformados, os réus interpu-  
seram apelação.

Vida Livre Som e Propaganda (fls. 93 a 97) sustenta, em suma, que: a) “em nenhum momento contribuiu para o evento danoso, tendo inclusive no local demarcação de área de banho, com área do desfile, tendo a vítima entrado sorrateiramente no local e por este motivo contribuído para que o evento viesse a ocorrer da forma como ocorreu”; b) o menor “agiu negligentemente ao pular na parte rasa devidamente demarcada, havendo preocupação de todos no local em atender as necessidades, entre elas a presença de bombeiros”; c) “a vítima quem devia agir dentro dos limites da realidade e foi somente ela a causadora do dano ocorrido, principalmente por tentar mergulhar em local não permitido”; d) “o liame de causalidade entre o dano suportado pela vítima e o ato culposo do agente é requisito fundamental para que se possa atribuir a alguém a obrigação de indenizar”.

Emílio Hauffe e Anita Vogt Hauffe argüiram, preliminarmente, a nulidade da sentença por julgamento *ultra petita*, uma vez que não houve pedido para que a pensão de um dos pais da vítima acrescesse à do outro, em caso de falecimento de um dos cônjuges. No mérito, pleiteiam o reconhecimento da culpa da vítima para a ocorrência do evento. Sucessivamente, pugnam pela reforma da sentença para que seja reconhecida a concorrência de culpa, a fim de reduzir em 50% a condenação ao pagamento de pensão mensal, pela limitação do

pensionamento à data em que a vítima completaria 25 anos de idade, ou a data de óbito dos autores, e pela fixação do montante da condenação *pro rata* entre os autores.

Quanto ao dano moral, pedem sua exclusão por falta de amparo legal, ou sua redução para, no máximo, cinquenta salários mínimos.

Os apelados manifestaram-se pela manutenção do veredicto (fls. 110 a 112).

## II — Voto

1. Sustentam os proprietários do local do evento a nulidade da sentença por ser ela *ultra petita*.

O direito de crescer, quando da morte eventual de um dos autores, tem natureza alimentar. Portanto, ainda que a sentença objurgada revista-se do caráter *ultra petita*, esse fenômeno não lhe acarreta nulidade. Sobre o tema transcrevo os entendimentos jurisprudenciais que seguem:

“Não há julgamento *ultra petita* na sentença que concede pagamento a pensão por ato ilícito, acrescentando o dever de ser pago também o décimo terceiro salário, haja vista que esta verba decorre de Lei e tem natureza salarial, estando incluída no pedido” (Ap. Cív. n. 2000.020297-5, rel. Des. João Martins).

“Em se tratando de alimentos, o juiz não fica adstrito ao pedido, de modo que não ocorre julgamento *ultra petita*” (JTJ 165/64).

“Decisão *ultra petita*. As regras que a proíbem merecem exegese menos rigorosa, nos casos de demanda de caráter nitidamente alimentar”



(REsp n. 8.698, rel. Min. Athos Gusmão Carneiro).

“Em se tratando de alimentos o juiz dispõe de um razoável arbítrio para fixá-los, não constituindo julgamento *extra* ou *ultra petita* se adota critério distinto ou mesmo valor superior ao pedido inicial, desde que circunscrito ao binômio necessidade/possibilidade, até porque a decisão não faz coisa julgada material” (Ap. Cív. n. 2001.009882-2, rel. Des. Mazoni Ferreira).

“Na determinação do *quantum* devido a título de alimentos, o juiz não está adstrito ao princípio da estrita legalidade, podendo fixá-los ‘até mesmo em valor superior ao pleiteado pelo alimentado, sem que isso implique em afronta ao art. 460 do CPC’ (Ap. Cív. n. 46.301, rel. Des. Rubem Córdova)” (Ap. Cív. n. 1988.085543-1, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“O pedido é aquilo que se pretende com a instauração da demanda e se extrai a partir de uma interpretação lógico-sistemática do afirmado na petição inicial, recolhendo todos os requerimentos feitos em seu corpo, e não só aqueles constantes em capítulo especial ou sob a rubrica ‘Dos pedidos’ (STJ — 4ª Turma, REsp n. 120.299/ES, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, j. 25-6-98, não conheceram, v.u., DJU 21-9-98, p. 173) (Negrão, Theotonio, Código de processo civil e legislação processual em vigor, 31ª ed. atual., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 361, nota 1a ao art. 286)” (Ap. Cív. n. 1999.011686-7, rel. Des. Sérgio Paladino).

Rejeito, pois, a preliminar aventada.

2. Os réus, a organizadora do evento e os proprietários do imóvel onde ele foi realizado, sustentam que não contribuíram para o evento danoso, atribuindo à vítima a culpa exclusiva – ou, ao menos, concorrente – pelo acidente.

Não há negar que a promotora do evento, a empresa Vida Livre Som e Propaganda, que cobrava ingressos, bem como os proprietários do local, que indiretamente exploravam a venda de bebidas e lanches, tinham a responsabilidade pela integridade dos freqüentadores e a obrigação de tomar todas as cautelas necessárias para impedir que acontecimentos como o descrito na exordial ocorressem.

No caso em tela, a dúvida quanto à imputação da responsabilidade pelo acidente objeto da demanda aos réus cinge-se tão-somente à existência ou não de advertências no local que pudessem alertar e dar conhecimento aos banhistas da periculosidade do rio.

Dos depoimentos tomados extrai-se que: a) várias pessoas saltaram de uma plataforma em local próximo à ocorrência do sinistro; b) não havia placas ou sinalização; c) a água do rio estava suja, sendo difícil visualizar a profundidade e a existência de pedras no fundo do rio.

Relatou Josmar Kotesti (fls. 59 e 60):

“[...] que havia uma passarela destinada ao desfile que lá se realizava e durante os intervalos de um e outro desfile, as pessoas se utilizavam da mesma para mergulhar na água ali existente; que a passarela tinha um



formato em T e as pessoas mergulhavam na sua extremidade; que pelo que viu a vítima mergulhou no mesmo local onde as outras pessoas mergulhavam; [...] que as pedras existentes não eram visíveis de quem estava na passarela porque a água estava muita 'suja'; que existia um 'cano' no local dividindo a parte mais funda da mais rasa e as pessoas mergulhavam naquela mais funda, tendo o vitimado também mergulhado naquela área que também seria mais funda; [...] que não havia placa indicando local próprio ou impróprio para mergulhar”.

Essa versão foi corroborada por Gláucio Moreira (fl. 58):

“[...] que pôde perceber que o vitimado mergulhou na água de uma passarela colocada especialmente para a 'promoção' indicada na inicial, fazendo em uma parte bastante rasa e assim batendo com a cabeça numa pedra; que no dias dos fatos a água estava bastante suja e não permitia ver as ditas pedras, todas elas submersas; que vira outras pessoas mergulhando antes dos fatos, [...] não existia qualquer placa no local; [...] que não havia qualquer pessoa impedindo que os presentes andassem sobre a dita passarela ou dela mergulhassem”.

Os canos de PVC – que apenas indicavam de forma precária o limite entre a área rasa e a “profunda” – não alertavam sobre o perigo.

Resta demonstrado que os réus agiram de forma negligente, não tomando os cuidados pertinentes, inexistindo prova – a qual lhes competia produzir (CPC, art. 333, II) – de que o sinistro teria ocorrido por ação imprudente ou indistinta da vítima, afora a alegação de que, ao mergulhar, talvez

pudesse constatar a existência de pedras no fundo do rio.

Sobre o ônus probatório, ensina Humberto Theodoro Júnior:

“Quando o réu contesta apenas negando o fato em que se baseia a pretensão do autor, todo o ônus probatório recai sobre este. Mesmo sem nenhuma iniciativa de prova, o réu ganhará a causa, se o autor não demonstrar a veracidade do fato constitutivo do seu pretensão direito. *Atore non probante absovitur reus*. Quando, todavia, o réu se defende através de defesa indireta, invocando fato capaz de alterar ou eliminar as conseqüências jurídicas daquele outro fato invocado pelo autor, a regra inverte-se. É que, ao se basear em fato modificativo, extintivo ou impeditivo do direito do autor, o réu implicitamente admitiu como verídico o fato básico da petição inicial, ou seja, aquele que causou o aparecimento do direito que, posteriormente, veio a sofrer as conseqüências do evento a que alude a contestação. [...] A controvérsia deslocou-se para o fato trazido pela resposta do réu. A este, pois, tocará o ônus de prová-lo. Assim, se o réu na ação de despejo por falta de pagamento nega a existência da relação *ex locato*, o ônus da prova será do autor. Mas, se a defesa basear-se no prévio pagamento dos aluguéis reclamados ou na inexigibilidade deles, o *onus probandi* será todo do réu” (Curso de direito processual civil: teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento, Forense, 1999, 28ª ed., vol. 1., p. 424).

3. A responsabilidade é solidária. Os próprios réus, em seus depoimentos pessoais, reconhecem que

estavam agindo em conjunto para a realização do acontecimento.

Emílio Hauffe asseverou que “havia emprestado à empresa-ré aquele local para a realização do ‘Garota Verão 96’, sem cobrar valores já que o movimento do bar que possui naquela propriedade seria assim aumentado e, em consequência, o seu lucro” (fl. 56).

Márcio Antonio Crestani, organizador da promoção, disse que “o lucro advindo da lanchonete da propriedade daqueles existentes no local ficaria com os mesmos, enquanto cerca de 30% do valor da bilheteria seria dada aos mesmos como pagamento” (fl. 57).

4. Reconheço a existência de controvérsia na doutrina e nos tribunais acerca do termo final de incidência de pensão por morte decorrente de ato ilícito.

Perfilho o entendimento de que “o limite temporal do pensionamento, para a reparação do dano material, deve se estender até à data em que a vítima completaria 65 anos” (REsp n. 58.538, Min. Ruy Rosado de Aguiar), tese que considero ser a que melhor retrataria a realidade se a vítima ainda fosse viva, auxiliando os autores financeiramente.

Decidiu com acerto o MM. Juiz de Direito quanto ao valor da pensão, ao condenar os réus ao pagamento de parcelas mensais equivalentes a 2/3 (dois terços) do salário relativo ao emprego que a vítima exercia, incluindo os consectários, desde a data do óbito até quando completaria 25 (vinte e cinco) anos de idade, e a 1/3 (um terço) dessa remuneração a partir de então.

De acordo com o art. 1.537 do Código Civil, no caso de homicídio, a indenização consiste na prestação de alimentos às pessoas a quem o *de cuius* os devia. No caso em apreço, a vítima, com dezesseis anos de idade, auferia renda (fls. 22 e 23). Entretanto, é fato notório que nas famílias de poucas posses, como é o caso dos autores, todos os membros do grupo familiar contribuem efetivamente por sua manutenção, não se podendo desprezar os ganhos da vítima. E é dever dos filhos colaborar na manutenção dos pais (CC, arts. 397 e 399). Vislumbra-se, portanto, um dano futuro, presumível, na modalidade de lucros cessantes, que não pode ficar sem a merecida reparação.

Sobre o dever de pagar pensão aos dependentes do *de cuius*, ensinam Rui Stoco e Yussef Said Cahali, respectivamente:

“O código prevê a prestação de alimentos, sob a forma de pensão periódica, no caso de homicídio, às pessoas a quem o defunto as devia (art. 1.537, II), ou [...] às pessoas a quem o falecido teria de prestá-los se fosse vivo.

“Objetivou o legislador suprir as necessidades daqueles que dependiam da vítima falecida, de modo que se esta já não mais pode fazê-lo, evidencia-se a carência que a morte do alimentante provocou no lar e aos seus dependentes, privados que estejam para uma sobrevivência em condições semelhantes àquela existente antes do evento, caberá ao ofensor, na mesma proporção, fazê-lo” (Responsabilidade civil e sua interpretação jurisprudencial, RT, 1995, 2ª ed., p. 542).

“Na sua literalidade, dispõe o art. 1.537, II, do CC, que a indenização, no caso de homicídio, consiste ‘a prestação de alimentos às pessoas a quem o defunto os devia’. Na aplicação do citado dispositivo, a jurisprudência jamais teve dúvida em conceder indenização, sob a forma de pensão alimentar, aos familiares do falecido (marido, companheiro, genitor, filho maior), a quem este sustentava ou tinha o dever de sustentar (esposa, companheira, filhos menores, genitores).

“Sob esse aspecto, coloca-se como pressuposto, em linha de princípio, a existência de uma relação de dependência econômica, efetiva, presumida ou até mesmo eventual, entre os pretensos beneficiários e a falecida vítima” (Dano moral, RT, 2000, 2ª ed., p.105).

Quanto ao termo final de incidência da pensão por morte, anota Arnaldo Marmitt que, “na verdade, o dever de alimentos continua após a idade de 25 anos do filho. E nenhum filho que se preze deixa de auxiliar os pais, pelo só fato de ter completado 25 anos. [...] O filho, mesmo casado, não perde a obrigação de auxiliar os pais; neste sentido os arts. 397 e 398 do CC” (Perdas e Danos, Aide Editora, 1992, 2ª ed., p. 386).

Os tribunais, em sua maioria, acolhem os ensinamentos acima transcritos:

“Ação ordinária de indenização por ato ilícito. Pensão à viúva e filhos por responsabilidade na morte do esposo e pai na base de 2/3 do que percebia a vítima. Razoável ressarcimento. Confirmação da senten-

ça” (Ap. Cív. n. 34.248, rel. Des. Protásio Leal).

“Havendo nos autos prova do valor auferido pela vítima a título de renda mensal à época do acidente, impõe-se a fixação da pensão devida aos seus dependentes em dois terços (2/3) daquele montante, considerando-se que o terço restante destinar-se-ia aos seus gastos pessoais” (Ap. Cív. n. 1998.016902-0, rel. Des. Sérgio Paladino).

“A morte de menor, que contribua para a economia do lar comum, acarreta, para os pais, além do dano moral, prejuízo patrimonial, indenizável, se resultante de ato ilícito de outrem” (Ap. Cív. n. 30.686, rel. Des. Nestor Silveira).

“O limite temporal do pensionamento, decorrente da morte de filho em acidente de trânsito, tem sido fixado pela jurisprudência com base na sobrevivência provável da vítima, considerada para tal a data em que ela completaria 65 anos de idade, não se podendo presumir que seu auxílio aos familiares cessasse quando completasse 25 anos” (Ap. Cív. n. 1997.000570-9, rel. Des. Eder Graf).

“Em se cuidando de menor que já exercia atividade produtiva, é de ser considerada a presumível idade-limite da vítima, 65 anos, como termo final do pagamento, pela empresa ré, da pensão aos progenitores. Para o cálculo indenizatório, computam-se as pensões, com a devida correção a partir da data do evento até a aludida data-limite, se antes não falecerem os beneficiários. Razoabilidade da fixação da pensão em 2/3 do salário mínimo mensal. Precedentes dos REsp ns.

28.861, 12.394, 3.732, 1.999, e 3.581” (REsp n. 35.173-3, rel. Min. Athos Carneiro).

“A partir da decisão proferida no EREsp n. 28.861-1/PR, a orientação da eg. Segunda Seção desta Corte tende a firmar-se no sentido de tomar, como esperança de vida, a idade de 65 (sessenta e cinco) anos” (REsp n. 55.029-7/MG, rel. Min. Antônio Torção Braz).

“A obrigação do filho, em ajudar os pais que de ajuda possam necessitar, não encontra limite temporal. Tempo provável de vida da vítima, 65 anos” (RTJ 123/1.605).

“A pensão a quem a vítima devia alimentos deve corresponder à duração provável da sua vida (65 anos). Não é possível presumir-se que, aos vinte e cinco anos, a vítima não mais auxiliaria seus pais, prestando-lhes alimentos” (REsp n. 20.509, rel. Min. Antônio de Pádua Ribeiro).

“Para o efeito de cálculo da pensão, a esperança de vida da vítima há de ser fixada em 65 anos” (REsp n. 97.667, rel. Min. Waldemar Zveiter).

“Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Atropelamento e morte de menor que se encontrava no acostamento. Culpa comprovada. Dever indenizatório inconteste. Danos morais. Pensão mensal. *Quantum*. Limite temporal. Sentença confirmada. Apelo desprovido. Em se tratando de menor que colaborava para a economia doméstica, a pensão alimentar devida a seus genitores deve ter como base de cálculo o salário mínimo, uma vez inexistentes provas de seus ganhos mensais, incidindo na proporção de 2/3 (dois terços). Tal pensão

tem como limite temporal a data em que a vítima atingiria a idade de 65 anos, posto não haver base legal para que se presuma que aos 25 anos a vítima fatal deixaria de auxiliar seus pais. Mesmo porque, a contração de casamento pelo filho não o desonera da prestação de alimentos em relação aos pais, posto que, nos termos da lei civil, o dever alimentar entre ascendentes e descendentes, que é recíproco, não encontra limite temporal” (Ap. Cív. n. 1998.011661-9, rel. Des. Trindade dos Santos).

Assim, acertada a sentença ao condenar os apelantes solidariamente ao pagamento de pensão mensal aos apelados, desde sua morte, no valor de 2/3 (dois terços) dos vencimentos que o *de cuius* percebia, até que completasse vinte e cinco anos e, a partir daí, até quando atingisse a idade de 65 (sessenta e cinco) anos, no equivalente a 1/3 (um terço) de seu salário.

5. São presumíveis os danos morais suportados pelos pais em decorrência da morte de um filho em tenra idade, bem como sua extensão e gravidade. Tais danos, conforme consagrado pela jurisprudência, prescindem de prova:

“Os danos morais resultantes da morte de ente querido e, pois, ligados a sentimentos essencialmente subjetivos, como a dor, o abalo psíquico, a mágoa, a tristeza, afetando exclusivamente o patrimônio ideal atingido pela perda, não são passíveis de comprovação no plano fático. Decorrem eles, tão-somente, da intensidade da ofensa havida, sendo implicações inarredáveis da natureza e das conseqüências advindas do fato [...]. Tem-se, então, que: ‘Em prol

dos parentes compreendidos dentro do estrito círculo de relações da família, vale dizer, dos filhos *vis-à-vis* dos pais e vice-versa, dos irmãos com relação aos irmãos, uma presunção se estabeleceria sempre, *juris tantum*, de dano moral' (França, Rubens Limongi. *Reparação civil por danos morais*. Ed. Revista dos Tribunais: São Paulo. 1993, p. 220)" (Ap. Cív. n. 1996.010888-2, rel. Des. Trindade dos Santos).

"Os pais têm direito à indenização pela morte de filho maior e solteiro, independentemente da prova de que recebiam do mesmo ajuda econômica, pois, no caso, o dano é presumido" (TJPE, *in Adcoas*, verbete 48.941, JC 32/338 e 40/245).

"Sobrevindo, em razão de ato ilícito, perturbação nas relações psíquicas, na tranqüilidade, nos entendimentos, nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral, passível de indenização" (REsp n. 8.768, rel. Min. Barros Monteiro).

É de senso comum que a perda de um ente querido, nas condições esposadas nos autos, é um evento traumático, causador de um imenso dano, que deve ser reparado.

*In casu*, o acidente causou a morte de um filho, deixando os pais profundamente desolados, não dependendo de comprovação o sentimento de dor que suportaram.

6. Não existem parâmetros legais objetivos para se fixar a indenização por danos morais. No plano em torno dos elementos de quantificação, é sabido que "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" (Carlos Alberto Bittar, *Reparação civil por danos morais*. RT, 1993, p. 220). Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior (*Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil*, RT 662/7 a 17).

Sobre o tema, ensina José Rafaeli Santini:

"Na verdade, inexistindo critérios previstos por lei a indenização deve ser entregue ao livre arbítrio do julgador que, evidentemente, ao apreciar o caso concreto submetido a exame fará a entrega da prestação jurisdicional de forma livre e consciente, à luz das provas que forem produzidas. Verificará as condições das partes, o nível social, o grau de escolaridade, o prejuízo sofrido pela vítima, a intensidade da culpa e os demais fatores concorrentes para a fixação do dano, haja vista que costumeiramente a regra do direito pode se revestir de flexibilidade para dar a cada um o que é seu. [...] Melhor fora, evidentemente, que existisse em nossa legislação um sistema que concedesse ao juiz uma faixa de atuação, onde se pudesse graduar a reparação de acordo com o caso concreto. Entretanto, isso inexistente. O que prepondera, tanto na doutrina, como na jurisprudência, é o entendimento de que a fixação do dano moral deve ficar ao prudente

arbitrio do juiz” (Dano moral: doutrina, jurisprudência e prática, Agá Júris, 2000, p. 45).

Nesse sentido, decidiu-se:

“Mas qual deve ser o fundamento da ação? Pagamento da dor sofrida, reduzindo-se a moeda os sentimentos? Não. Seria profundamente imoral dizer que aquele que foi atingido em seus sentimentos se consolaria graças à indenização que recebesse. A indenização não compensará, nem fará desaparecer a dor do ofendido; por isso mesmo não se trata de substituir por dinheiro o bem desaparecido; por isso mesmo não se cogita de avaliar a dor em dinheiro. O fundamento da ação é outro. O que, na realidade, se tem em vista não é avaliar a dor, para pagá-la em dinheiro numa equivalência exata, mas tutelar o direito violado. As perdas e danos não têm o caráter de indenização do sofrimento, mas caráter de reparação repressiva.

“A indenização sob forma econômica é considerada como um bem sucedâneo, como um bem não equivalente a um outro, mas dado em substituição de um outro, como uma satisfação ou uma vantagem pela lesão do direito.

[...]

“E como não há, nem pode haver, equivalência entre o dano sofrido e a importância a ser paga, o que daí se segue é que necessariamente haverá um poder discricionário, um prudente arbitrio dos juizes na fixação do *quantum* da condenação, arbitrio esse que emana da natureza das coisas, pois como fizeram sentir Boistel, Laurent, Montel, Hudelot et Metman, e Giorgi e Minozzi, o fato de não se poder estabelecer a equivalência não pode ser motivo

de se deixar o direito sem sanção e sua tutela. Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às conseqüências de seu ato, a primeira das quais será essa de pagar uma soma que for arbitrada, conforme a gravidade do dano e a fortuna dele responsável, a critério do poder judiciário, como justa reparação do prejuízo sofrido, e não como fonte de enriquecimento” (Amílcar de Castro, voto proferido na Ap. Cív. n. 1.409, RF 93/528).

“Não indenizar o dano moral é deixar sem sanção um direito, ou uma série de direitos. A indenização, por menor e mais insuficiente que seja, é a única sanção para os casos em que se perdem ou se têm lesados a honra, a liberdade, a amizade, a afeição, e outros bens morais mais valiosos de que os econômicos” (REsp n. 97.097, rel. Min. Oscar Corrêa, RTJ 108/287).

“Na avaliação do dano moral se deve levar em conta a posição social e cultural do ofensor e do ofendido; a maior ou menor culpa para a produção do evento.

“A reparação do dano moral para a vítima não passa de compensação, satisfação simbólica; para o ofensor uma pena para que sinta o mal praticado” (Ap. Cív. n. 35.339, rel. Des. Amaral e Silva).

“Na hipótese de dano moral, sendo prudencial a estimação do quantitativo indenizatório, a paga pecuniária há que representar, para o ofendido, uma satisfação que, psicologicamente, possa neutralizar ou, ao menos, anestesiar parcialmente os efeitos dos sabores impingidos. A eficácia da contraprestação a ser fornecida residirá, com exatidão, na sua aptidão para proporcionar tal satisfação, de modo que,



sem que configure um enriquecimento sem causa para o ofendido, imponha ao causador do dano um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, rel. Des. Trindade dos Santos).

No caso em exame, não vislumbro exagero no montante fixado pelo digno Magistrado. Nos recursos não há qualquer referência à capacidade financeira dos apelantes indicando que o valor não pudesse ser por eles suportado. Atendendo as orientações que se colocam para o valor da indenização pelo dano moral em caso de morte de filho menor, mostra-se bastante razoável o *quantum* adotado pela sentença, razão pela qual, nesse ponto, deve ela ser mantida.

7. A indenização por danos morais não pode ser arbitrada em salários mínimos, pois importaria em transformá-los, até a liquidação da dívida, em

índice de correção monetária, o que é constitucionalmente vedado (CF, art. 7º, IV). Entretanto, o erro não leva à anulação da sentença, porquanto o montante da condenação poderá ser convertido, na liquidação, em moeda corrente da época em que a sentença foi proferida.

8. Pelas razões acima expostas, nego provimento aos recursos.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, negaram provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 11 de agosto de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,*  
*Presidente, com voto;*  
*Marcus Tulio Sartorato,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.020518-0, DE SÃO JOSÉ

**Relator: Des. Marcus Tulio Sartorato**

*Ação de indenização por danos morais – Tratamento vexatório por gerente de instituição bancária – Dano caracterizado – Quantum indenizável irrisório – Majoração em virtude da possibilidade do ofensor – Recurso provido em parte.*

*Presentes os requisitos da responsabilidade civil, qual sejam: atitude vexatória do ofensor, o dano sofrido pelo ofendido em seu íntimo e o nexa causal de ambos, será indenizável o dano moral.*

*Recurso do requerido/apelante – Isenção da indenização devida – Falta de culpa – Exercício regular do direito – Impossibilidade – Sentença de procedência do pedido mantida – Recurso improvido.*



*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.020518-0, da comarca de São José (2ª Vara), em que é apelante Luiz Fabiano Pereira, sendo apelado Banco do Brasil S.A.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer de ambos os apelos e negar provimento ao recurso do requerido/apelante e dar provimento em parte ao recurso do requerente/apelante, para fixar o *quantum* indenizatório em 50 (cinquenta) salários mínimos, a título de danos morais.

Custas na forma da lei.

### I – Relatório

Trata-se de ação de indenização por danos morais proposta por Luiz Fabiano Pereira, contra o Banco do Brasil S.A., isso porque no dia 3-7-2000 dentro da agência do requerido, no bairro Kobrasol, presenciou um ato de mau atendimento do gerente para com uma pessoa, que em seguida saiu do estabelecimento.

Repugnando tal atitude, interfereu questionando o procedimento do atendimento efetuado pelo gerente da agência Sr. Valter Gonçalves, que mandou chamar a polícia, sendo então escoltado até a rua pelos policiais, com a alegação de que ele era um perturbador.

Alegou que tal situação foi absolutamente vexatória e constrangedora, sendo taxado como um assaltante de banco por todas as pessoas presentes.

No dia seguinte o requerido registrou um boletim de ocorrência na

delegacia de polícia por constrangimento ilegal.

Requer, por fim, pela procedência do pedido exordial, condenando o requerido a pagar uma indenização por danos morais.

Devidamente citado, o requerido contestou aduzindo que os fatos não ocorreram na forma descrita pelo requerente.

Asseverou que o chamamento da força policial foi para garantir a ordem dentro da agência e que a causa de todo o tumulto foi exclusiva do requerente a fim de obter lucro.

Designada audiência, essa restou inexistosa no tocante à conciliação. No mesmo ato foram inquiridas três testemunhas e aberto prazo para as razões finais.

Anexadas as derradeiras razões, às fls. 62 a 68 e fls. 71 a 77.

O Togado singular, em sentença prolatada às fls. 79 a 87, julgou procedente o pedido exordial, condenando o requerido a pagar o valor de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais) a título de indenização por danos morais, além das custas e honorários advocatícios, este fixado em 20% (vinte por cento sobre a condenação).

Inconformado com a sentença monocrática, no tocante ao *quantum* indenizatório, o requerente apelou asseverando ser irrisório o valor da condenação, levando-se em consideração as condições financeiras do requerido, e pugnou pela majoração para 100 (cem) salários mínimos.

Tempestivamente, o requerido apelou da r. sentença monocrática invocando o art. 5º da Constituição Federal no que se refere à segurança,

justificando, assim, o chamamento da força policial para o apaziguamento da situação.

Asseverou a culpa exclusiva e a concorrente do apelado, pugnando pela reforma da sentença em sua integralidade, julgando improcedente a ação de indenização por danos morais e com a inversão do ônus da sucumbência.

Houve contra-razões da apelação do requerente/apelante (fls. 111 a 119).

Sem contra-razões da apelação do requerido/apelante (fl. 123).

É o relatório.

## II – Voto

a) do recurso do requerente/apelante

O recurso merece ser acolhido em parte.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por Luiz Fabiano Pereira, contra o do Banco do Brasil S.A., objetivando a valoração do *quantum* indenizatório fixado pelo Togado singular.

Guisa-se que configurado o dano nasce imediatamente o dever de indenizar, independentemente de prejuízos materiais, cabendo ao magistrado arbitrar o valor da indenização pelo dano moral sofrido.

Destarte, para a fixação do *quantum* indenizatório, devem ser observados alguns critérios, como a intensidade do sofrimento do ofendido, do dolo ou grau da culpa do responsável, a situação econômica do ofendido a ponto de não ensejar um enriquecimento sem causa, e a situação econômica do ofensor evitando sua ruína.

Nesse sentido:

“A indenização por dano moral não pode levar à riqueza a vítima nem à ruína o seu ofensor, mas refletir, sob o equacionamento do órgão julgador, a extensão da lesão material e a suportabilidade da reparação” (Ap. Cív. n. 1997.000281-5, rel. Des. Anselmo Cerello).

Sobre o critério da fixação do dano moral, Guilherme Couto de Castro leciona:

“O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem com fim, sob o primeiro ângulo, trazer benefício apto a, de certo modo, permitir um alívio à vítima, ajudando-a a liberar-se do sofrimento, ou reconfortando-a, através do recebimento pecuniário. Não se trata de pagar a dor já sentida, admitindo-se, isto sim, que o valor estipulado, ao trazer bem-estar para quem sofreu sentimentalmente, implique uma compensação justa” (Castro, Guilherme Couto de. A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro, Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 23).

Em confronto, temos de um lado um professor de conceituada instituição de ensino da Capital do Estado (Colégio Catarinense) e de outro uma instituição bancária com renome internacional, não necessitando ser um gênio para perceber o desequilíbrio existente.

Percebo que para fixação do valor da indenização o MM. Juiz *a quo* utilizou-se dos critérios mencionados anteriormente, mas, *data venia*, a r. sentença precisa ser reformada em parte.

Assim, levo em consideração para a fixação do *quantum*, não só o caráter compensatório, mas também o caráter punitivo, a fim de coibir a prática de nova lesão por parte do ofensor.

Em consonância:

“A reparação do dano moral tem natureza também punitiva, aflitiva para o ofensor, com o que tem importante função, entre outros efeitos, de evitar que se repitam situações semelhantes. A teoria do valor de desestímulo da reparação por danos morais insere-se na missão preventiva da sanção civil, que defende não só o interesse privado da vítima, mas também visa à devolução do equilíbrio às relações privadas, realizando-se assim, a função inibidora da teoria da responsabilidade civil” (2º TACivSP, rel. Juiz Renato Sartorelli).

Portanto, a fim de harmonizar e estabelecer o equilíbrio das relações processuais, e em principal coibir novas práticas de lesão moral por prepostos das instituições financeiras, fixo o valor da condenação por danos morais em 50 (cinquenta) salários mínimos.

Corroborando, acerca da fixação do *quantum* indenizatório o nosso Tribunal de Justiça se manifesta:

“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 ju-

risprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso’ (REsp n. 240441/MG, rel. Min. Sálvio de Figueredo Teixeira, DJ 5-6-2000, p. 00172)” (Ap. Cív. n. 1999.015728-8, de Ponte Serrada, rel. Des. Alcides Aguiar), grifo meu.

Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao recurso interposto pelo requerente, fixando o *quantum* indenizatório em 50 (cinquenta) salários mínimos.

b) do recurso do requerido/apelante

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Banco do Brasil, contra Luiz Fabiano Pereira, objetivando a reforma da sentença monocrática *in totum*, a fim de julgar improcedente a ação por culpa exclusiva, e ou concorrente, invertendo-se o ônus da sucumbência.

*A priori* vale lembrar sobre o conceito de dano moral:

“Entende-se por danos morais aqueles ‘ocorridos na esfera da subjetividade, ou no plano valorativo da pessoa na sociedade, alcançando os aspectos mais íntimos da personalidade humana (‘o da intimidade e da consideração pessoal’), ou o da própria valoração da pessoa no meio em que vive e atua (‘o da reputação ou da consideração social’). Derivam, portanto, de ‘práticas atentatórias à personalidade humana’ (STJ, 3ª Turma, voto do relator Eduardo Ribeiro, no REsp n. 4.236, *in* Bussada, Súmulas do STJ, São Paulo, Jurídica Brasileira, 1995, p. 680). Traduzem-se em ‘um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida’ (STF, RE n. 69.754/SP, RT 485/230), capaz de ge-

rar 'alterações psíquicas' ou 'prejuízo à parte social ou afetiva do patrimônio moral' do ofendido (STF, RE n. 116.381/RJ, Bussada, ob. cit., p. 687)" (Theodoro Júnior, Humberto. *Dano moral*, Oliveira Mendes, 1ª ed., 1998, p. 2 e 3).

Corretamente ao examinar o conjunto probatório o Togado singular verificou a possibilidade da condenação por danos morais, em razão da presença de um ato vexatório proporcionado pelo requerido/apelante, o dano sofrido pelo requerente/apelado e o nexos causal existente entre ambos.

Vejam nas palavras do M.M. Juiz *a quo* que prolatou a sentença recorrida, *in verbis*: "[...] Não há dúvida que assim agindo está o banco réu ofendendo moralmente o autor, pois de todos os membros da sociedade se espera conduta solidária. A conduta do autor, assim descrita, deveria ser homenageada e não recriminada. Basta lembrar que a não-observância de geral preceito de solidariedade é de tal forma repudiado pelo legislador a ponto de guindá-la à categoria de ilícito penal de omissão de socorro (CP, art. 135). Abstraída a questão criminal, compete a todos e em qualquer situação o dever de auxílio aos seus pares. Afinal, exorta o preâmbulo da Constituição Federal, com a instituição do Estado Democrático de Direito busca-se também uma sociedade fraterna fundada na harmonia social. No caso concreto, simples apoio do autor à pessoa insatisfeita com o atendimento bancário não poderia ser reprimida com a intervenção do Poder Público, *in casu* a Polícia Militar" (fls. 79 a 87).

Destarte, não poderia ser diferente para a solução da demanda a condenação do requerido/apelante, pois, presentes todos os requisitos da responsabilidade civil, o dano sofrido será indenizável.

Nas palavras de João Roberto Parizatto:

"A indenização não tem a finalidade de vender a honra, mas, sim, penalizar o ofensor, fazendo, ainda, com que a honra alheia não seja violada de forma indevida, respeitando-a. Com a reparação pecuniária o ofensor sentirá em seu próprio patrimônio um desfalque para indenizar aquele que fora agredido de forma indevida em sua honra, outorgando-lhe assim uma satisfação em dinheiro, cujo valor será fixado pelo juiz, levando-se em conta as conseqüências do ato e a potencialidade das partes, sempre se lembrando que a indenização não deve ser irrisória, sob pena de essa não alcançar sua devida e verdadeira finalidade (Parizatto, João Roberto. *Dano moral*; 2ª ed., Minas Gerais: Edipa, p. 8 e 9).

Portanto não prosperam as alegações do requerido/apelante em isentar-se do ônus de indenizar o ofendido.

Ante o exposto conheço do presente recurso e nego-lhe provimento.

### III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Câmara, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos e negar provimento ao recurso do requerido/apelante, assim como dar parcial provimento ao recurso do requerente/apelante, para fixar o *quantum* indenizatório em 50 (cinquenta)

salários mínimos, a título de danos morais.

Participou do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. José Volpato de Souza.

Florianópolis, 7 de março de 2003.

*Wilson Augusto do Nascimento,*  
*Presidente, com voto;*  
*Marcus Tulio Sartorato,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 1999.017509-0, DE ITAJAÍ**

**Relatora: Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Protesto judicial. Sócio que não cumpre com as obrigações societárias. Existência de prejuízo à empresa.*

*Irregularidade na capacidade postulatória. Ausência de instrumento de mandato nos autos. Oportunidade nesta instância, de suprimento da falha. Saneamento. Observância dos princípios do aproveitamento dos atos processuais e instrumentalidade do processo. Inteligência dos arts. 13, I, c/c art. 37 do CPC.*

*Ilegitimidade ativa da sócia majoritária declarada. Exclusão do pólo ativo da demanda.*

*Não se confundem a pessoa, ou o patrimônio da sociedade, com a de seus sócios ou dirigentes. Por se tratarem de entes distintos, estão sujeitos a respectivos direitos e obrigações, independentemente.*

*O art. 20 do Código Civil é claro ao dispor que “As pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, e assim, constituída, nos termos da lei, a pessoa jurídica passa a ser considerada entidade autônoma, totalmente distinta das pessoas físicas que a integram, traduzindo o preceito estampado na máxima universitas distat a singulis.*

*Efeito translativo. Art. 515, § 3º, do CPC. Julgamento de mérito procedido por esta instância.*

*Interesse processual existente. Protesto deferido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 1998.017509-0, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que são apelantes M. Reis*

*e Cia. Ltda. e Sueli Correia Reis, e apelado Deodato José de Camargo:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, conhecer do recurso interposto, dar-lhe provimento para o fim de deferir o protesto contra a pessoa de Deodato José de Camargo e determinar a exclusão de Sueli Correia Reis do pólo ativo da demanda.

Custas na forma da Lei.

### **I – Relatório**

Na Comarca de Itajaí (1ª Vara Cível), M. Reis e Cia. Ltda. e Sueli Correia Reis ingressaram com ação cautelar de protesto judicial contra Deodato José de Camargo.

Em face da ausência de procuração nos autos que outorgasse poderes ao subscritor da exordial e, ainda, da ilegitimidade ativa da empresa M. Reis e Cia. Ltda., o Juiz *a quo* indeferiu a petição inicial, julgando extinto o processo *ex vi* dos arts. 267, IV e VI, e 295, I e II, do CPC.

Irresignados, os autores apelaram, objetivando a reforma da sentença ao argumento de que tanto a sócia majoritária quanto a empresa possuem legitimidade de instar o sócio inadimplente/apelado a cumprir suas obrigações sociais. Sustentam que pelo princípio da maioria do capital social é admitida a representação da sociedade pelo sócio majoritário, cabendo ao dissidente o direito de retirada, expresso no art. 15 do Decreto n. 3.708/1919. Alegam que a ausência de procuração nos autos é nulidade sanável, tendo agora em sede recursal providenciado a juntada de instru-

mento procuratório outorgado por M. Reis Cia. Ltda. a Charles Pamplona Zimmermann.

Nesta instância (decisão de fl. 97), atentando-se à inexistência de instrumento de mandato outorgado pela apelante/autora Sueli Correia Reis a Charles Pamplona Zimmermann, foi possibilitado o suprimento da falha no prazo de quinze dias, tendo sido a determinação devidamente cumprida (fl. 102).

Em suas contra-razões o apelado pugnou pela manutenção da sentença objurgada.

### **II – Voto**

Cuida-se de apelação cível interposta por M. Reis e Cia. Ltda. e Sueli Correia Reis contra sentença que julgou extinto o processo, sem julgamento de mérito, em face da inexistência de capacidade postulatória do subscritor da inicial e da ilegitimidade ativa da empresa autora para figurar no pólo ativo da demanda.

Objetivam os apelantes a reforma da sentença de primeiro grau ao argumento de que tanto a sócia majoritária quanto a empresa possuem legitimidade de instar o sócio inadimplente/apelado a cumprir suas obrigações sociais, e que pelo princípio da maioria do capital social é admitida a representação da sociedade pelo sócio majoritário, cabendo ao dissidente o direito de retirada expresso no art. 15 do Decreto n. 3.708/1919. Alegam, ainda, que a ausência de procuração nos autos é nulidade sanável.

Inicialmente, tem-se que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável, aplicando-se o

disposto no art. 13, I, c/c art. 37 do CPC para a regularização da representação postulatória.

Este é o entendimento do STJ:

“Processo — Representação processual — Irregularidade — Nulidade sanável — Impossibilidade de reconhecimento sem que antes assinasse o juiz prazo razoável ao interessado para suprimento da omissão — Inteligência do art. 13, c/c os arts. 37 e 254, do CPC.

“Ementa oficial. Processo civil. Mandato. Suprimento. Oportunidade.

“1. Em face da sistemática vigente (CPC, art. 13), o juiz não deve extinguir o processo por defeito de representação antes de ensejar à parte suprir a irregularidade.

“2. O atual Código de Processo Civil prestigia o sistema que se orienta no sentido de aproveitar ao máximo os atos processuais, regularizando sempre que possível as nulidades sanáveis” (REsp n. 1.561-RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, 4ª Turma do STJ, j. 11-12-89, DJU 5-2-90, RT 659/183). No mesmo sentido: REsp n. 50.538-0/RS, rel. Ministro Costa Leite, Corte Especial do STJ, j. 10-11-1994, em RSTJ 68/384.

Este Sodalício comunga do mesmo entendimento: Apelações Cíveis ns. 1998.013145-6, de Piçarras, rel. Des. Nelson Schaefer Martins; 1997.008110-3, de Lages, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Quarta Câmara Civil, j. 17-5-2001; 1998.013509-5, de Criciúma, rel. Des. João José Schaefer, Quarta Câmara Civil, j. 4-2-1999 e 36.242, de Ituporanga, rel. Des. Ama-

ral e Silva, Terceira Câmara Civil, j. 12-11-1991, DJESC n. 8.389, p. 12, de 2-12-91.

Assim, em respeito aos princípios do aproveitamento dos atos processuais e da instrumentalidade do processo consagrados pelo Código de Processo Civil, conheço do recurso interposto já que, uma vez instados, os apelantes supriram o defeito na capacidade postulatória.

Passo, pois, ao exame da *questão*.

Inicialmente, tem-se que obrou em equívoco o Magistrado sentenciante ao entender não possuir legitimidade para figurar no pólo ativo da demanda a sociedade M. Reis e Cia. Ltda.

Na verdade, a sociedade M. Reis e Cia. Ltda. é a única legitimada para a propositura da demanda, uma vez que a pretensa violação de direitos a ser defendida por meio do ajuizamento desta ação atingiu somente a esfera jurídica da empresa autora, e, apenas por via reflexa, teria recaído sobre o patrimônio da sócia Sueli Correia que, efetivamente, não possui razão no tocante à sua legitimidade para figurar no feito como parte.

Somente a sociedade é titular do direito discutido em juízo. Desse modo, somente ela detém o poder de acionar o apelado para que este cumpra suas obrigações societárias.

É cediço que não se confundem a pessoa ou patrimônio da sociedade, com a de seus sócios ou dirigentes. Por se tratarem de entes distintos, estão sujeitos a respectivos direitos e obrigações, independentemente.

A propósito o art. 20 do Código Civil é claro ao dispor que “As pessoas



jurídicas têm existência distinta da dos seus membros”, e assim, constituída, nos termos da lei, a pessoa jurídica passa a ser considerada entidade autônoma, totalmente distinta das pessoas físicas que a integram, traduzindo o preceito estampado na máxima *universitas distat a singulis*.

Fran Martins leciona:

“Entende-se por pessoa jurídica o ente incorpóreo que, como as pessoas físicas, pode ser sujeito de direitos. Não se confundem, assim, as pessoas jurídicas com as pessoas físicas que deram lugar ao seu nascimento; pelo contrário, delas se distanciam, adquirindo patrimônio autônomo e exercendo direitos em nome próprio. Por tal razão, as pessoas jurídicas têm nome particular, como as pessoas físicas, domicílio e nacionalidade; podem estar em juízo, como autoras ou como réis, sem que isso se reflita na pessoa daqueles que as constituíram. Finalmente, têm vida autônoma, muitas vezes superior às das pessoas que as formaram; em alguns casos, a mudança de estado dessas pessoas não se reflete na estrutura das pessoas jurídicas, podendo, assim, variar as pessoas físicas que lhes deram origem sem que esse fato incida no seu organismo” (Curso de Direito Comercial, 17ª ed., Forense, 1989, p. 227).

No mesmo sentido entende Washington de Barros Monteiro:

“A teoria da personalidade jurídica é dominada por alguns princípios fundamentais: a) — a pessoa jurídica tem personalidade distinta da de seus membros (*universitas distat a singulis*), embora esse princípio esteja presentemente abalado em matéria de locação predial, como se viu anterior-

mente; b) — a pessoa jurídica tem patrimônio distinto. Essa autonomia patrimonial é caracterizada por dois preceitos: *quod debet universitas non debent singuli* e *quod debent singuli non debet universitas*; c) — a pessoa jurídica tem vida própria, distinta da de seus membros” (Curso de Direito Civil, 30ª ed., 1991, vol. I, p. 101).

Este é o entendimento deste Sodalcício:

“Tratando-se de empresa comercial, seu sócio cotista, ainda que majoritária seja a sua participação no capital social, não tem legitimidade para, em nome próprio, aforar a ação, sob pena de, a toda evidencia, colidir com o art. 6º do CPC” (Ap. Cív. n. 1998.011065-3, de Chapecó, rel. Des. Trindade dos Santos, DJ de 23-6-99).

“Constatando-se que a pretensão violação de direitos a ser defendida através do ajuizamento da ação atingiu somente a esfera jurídica da empresa Autora, e, apenas por via reflexa, teria recaído sobre o patrimônio de seus sócios, inarredável o reconhecimento da ilegitimidade de parte destes, nos termos do art. 20 do Código Civil, devendo o feito ser extinto, com fulcro no art. 267, VI, do Código de Processo Civil, em relação às pessoas físicas Autoras” (Agravo de Instrumento n. 1999.011207-1, de Itajaí, relator Des. Cercato Padilha).

Ainda no mesmo sentido: Apelações Cíveis ns. 1996.001540-0, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf (DJ de 21-6-96), e 47.551, de Criciúma, rel. Des. Solon d’Eça Neves (DJ de 24-3-99).

Registra-se ademais, que embora preveja o Contrato Social da em-

presa, em sua cláusula sétima, que “A Gerência da sociedade será exercida pelos sócios ‘Sueli Correia Reis e Deodato José de Camargo’, com amplos e ilimitados poderes, *cabendo aos mesmos a representação da sociedade, sempre em conjunto de dois*, em todas as oportunidades *judicial e extrajudicialmente*, podendo, inclusive, alienar bens móveis e imóveis, hipotecar, constituir penhor de qualquer natureza, até mesmo o de duplicatas, caucionar títulos, direitos creditórios, dar bens imóveis em alienação fiduciária, *constituir e nomear procuradores*” (grifei), tal restrição (da necessidade de representação conjunta) não incide no caso dos autos, porquanto o dispositivo contratual se refere a relações da sociedade contra terceiros.

Ora, quando é caso de a Sociedade se voltar contra um de seus sócios, é claro que tal representação conjunta não é aplicável, sob pena de prejuízo ao patrimônio da empresa e benefício ao sócio remisso. Estar-se-ia beneficiando alguém pela sua própria torpeza, o que é vedado no direito.

Assim, não há irregularidade argüida na constituição do procurador da empresa pela sócia majoritária Sueli, já que se trata de sociedade formada por somente dois sócios.

Se assim não se admitisse estar-se-ia impedindo o acesso à justiça da empresa, o que é vedado constitucionalmente.

Desse modo, exclui-se do pólo ativo da demanda Sueli Correia Reis, permanecendo somente a empresa M. Reis e Cia. Ltda., única que possui legitimidade ordinária ativa e interesse processual para a presente ação.

Cabe registrar, por oportuno — embora não atinja a pretensão da empresa autora — que a alteração contratual anexada às razões de apelação é ineficaz em face do apelado, sendo incapaz de produzir efeitos jurídicos, já que produzida unilateralmente pela apelante (fls. 71 e 72).

Passo, pois, ao exame do mérito da apelação interposta por M. Reis e Cia. Ltda.

Inicialmente, cabe destacar que o fato de o Juiz sentenciante não haver adentrado no mérito da questão controvertida não impede o seu exame por esta instância, tendo em vista que aqui se aplica o efeito translativo dos recursos *ex vi* do § 3º do art. 515 do CPC, trazido pela Lei n. 10.352, de 27-12-2001, em vigor desde três meses após sua publicação, que dispõe:

“§ 3º 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”.

Essa faculdade muito antes de restar consagrada pela nova lei já era reconhecida pelos Tribunais ao interpretarem o § 1º do art. 515 do CPC.

Consoante dispõe o art. 867 do CPC “Todo aquele que desejar prevenir responsabilidade, prover a conservação e ressalva de seus direitos ou manifestar qualquer intenção de modo formal, poderá fazer por escrito o seu protesto, em petição dirigida ao juiz, e requerer que o mesmo intime a quem de direito”.

Embora incerto no rol de procedimentos cautelares específicos, o protesto não pode ser considerado

verdadeira medida cautelar, mas procedimento de jurisdição voluntária, não sendo facultado ao protestado qualquer tipo de defesa.

Segundo decidiu o Tribunal de Justiça de Minas Gerais:

“O protesto é meio de levar ao conhecimento dos obrigados a abstenção ou a prática de qualquer ato, ou, de terceiros a intenção de ressaltar, conservar ou defender direitos [...]” (Alexandre de Paula, Código de Processo Civil Anotado, III/619).

No caso dos autos, a sociedade autora objetiva o protesto do sócio apelado a fim de que este se abstenha de laborar e tomar atitudes contra os interesses da sociedade, passando a firmar seus documentos e livros contábeis.

Assim, há *necessidade* de a autora *vir a juízo* a fim de chamar à responsabilidade o sócio dissidente para que este cumpra as obrigações societárias que estão sendo arcadas exclusivamente pela autora e *utilidade do provimento jurisdicional*, já que a presente lide visa a evitar a dissolução da sociedade ou a exclusão do sócio/apelado por justa causa, devido à quebra do *affectio societatis*, o que acarretaria, sem dúvida, enorme ônus social.

Assim, demonstrado o *interesse processual*, defiro o protesto contra a pessoa do sócio Deodato José de Camargo, qualificado na inicial, encaminhando-se cópia à Junta Comercial do Estado de Santa Catarina, a fim de que se averbe em seus registros o protesto.

Feita a intimação e pagas as custas, entregue-se os autos à autora, no prazo de 48 horas, independentemente de traslado (art. 872 do CPC).

### III – Decisão

Diante do exposto, conhece-se do recurso interposto, determina-se a exclusão de Sueli Correia Reis do pólo ativo da demanda e dá-se-lhe provimento para o fim de deferir o protesto contra a pessoa de Deodato José de Camargo.

Participou do julgamento, com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de fevereiro de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente;*

*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*  
*Relatora.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.000303-4, DE BRUSQUE

**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Embargos à arrematação. Sentença. Alegação de omissão quanto a ponto fundamental da demanda. Correlação entre causa de pedir, pedido e decisão. Requisitos legais preenchidos. Nulidade inexistente. Sentença citra petita não configurada. Questão que deveria ter sido levantada em sede de embargos de declaração.*

*Intimação para o leilão efetuada na pessoa de preposto da empresa. Acolhimento da teoria da aparência.*

*“Não cabe ao oficial de justiça exigir daquele que se apresenta como responsável pela empresa cópia do contrato social ou de outro documento que comprove a sua representação legal. Sendo o mandado entregue a empregado da empresa, presume-se tenha ele autorização da pessoa jurídica para assim proceder e que, conseqüentemente, levará ao conhecimento a quem de direito” (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.003823-7, rel. Des. Luiz César Medeiros, 28-6-01).*

*Ademais, ainda que houvesse a nulidade aventada, o comparecimento espontâneo da empresa a supriria, em face dos princípios pas de nullité sans grief e instrumentalidade das formas.*

*Laudo de avaliação. Intimação. Desnecessidade.*

*Não há dúvidas que é direito das partes se manifestarem sobre a avaliação dos bens penhorados em sede de execução. Todavia, não há direito do exequente ou do executado à intimação para que se pronunciem sobre o laudo avaliatório, tendo em vista que o Código de Processo Civil não impõe essa intimação.*

*Atualização dos cálculos da dívida devidamente apresentada. Impugnação extemporânea. Preclusão operada. Requerida atualização por contador judicial. Inexistência de previsão legal. Alegação de excesso de execução. Impossibilidade de apreciação em sede de embargos à arrematação. Incidente de cognição restrita. Rol taxativo.*

*Homologação dos cálculos. Descabimento. Inteligência do art. 604 do CPC em sua nova redação dada pela Lei n. 8.898/94.*

*Falecimento da esposa do fiador da empresa que figurava no pólo passivo da demanda. Desnecessidade de suspensão do processo para efetuar-se a sucessão processual. Providência despicienda já que o inventariante é também executado. Observância dos princípios da economia processual e instrumentalidade do processo.*

*Arrematação efetuada pelo advogado do exequente. Regularidade. Ausência de impedimento legal. Inteligência do art. 690 do CPC. Cessão de direitos relativos aos bens arrematados. Desnecessidade de instrumento público. Exegese do art. 134, II, do CCB de 1916.*

*Incidente manifestamente infundado. Condenação por litigância de má-fé mantida. Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.000303-4, da comarca de Brusque, em que é apelante Cometa Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., sendo apelado Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por unanimidade de votos, conhecer e negar provimento ao recurso interposto.

Custas na forma da lei.

### **I – Relatório**

Na comarca de Brusque, Cometa Indústria de Artefatos de Madeira Ltda. interpôs embargos à arrematação efetuados nos autos de Processo de Execução n. 011.90.000068-7 que lhe move o Banco do Estado de Santa Catarina S.A. – Besc, objetivando a declaração de nulidade da arrematação, alegando em síntese: a) que inexistiu intimação do laudo de avaliação; b) falta de intimação dos cálculos de atualização da dívida; c) que o magistrado singular deveria determinar que a Contadoria efetuasse o cálculo de ofício, haja vista a cifra apresentada no valor de R\$ 376.232,47, pois, além de unilateral, é absurda; d) ausência da homologação de cálculos; e) ausência de intimação da parte para o leilão; f) que não houve a suspensão do processo nos termos do art. 265, I, do CPC em razão da morte da devedora Ruth Nagel; g) e, com mais enfoque, que o arrematante Marcellus Augusto Dadam, na qualidade de advogado do embargado, não poderia participar do ato de arremata-

ção em nome próprio, e que a forma de cessão de seus direitos ao credor não obedeceu os ditames legais.

Regularmente processados, os embargos foram rejeitados pelo Magistrado *a quo*, o qual considerou que a medida ofertada objetivou a procrastinação da execução, reconhecendo-se a litigância de má-fé (art. 17, incisos IV e VI, do CPC), impondo à embargante multa de 1% sobre o valor da causa e 15% a título de indenização. Condenou-a, ainda, nas despesas processuais e verba honorária, esta fixada no importe de 10% sobre o valor da causa.

Inconformada, a embargante interpôs recurso de apelação sustentando, *preliminarmente*, que a sentença de primeiro grau é *citra petita* tendo em vista que o Magistrado *a quo* não se manifestou acerca da ausência de sua intimação a respeito da ocorrência do leilão. No mérito, insiste na tese de ausência de sua intimação do laudo de avaliação, bem como dos cálculos de atualização e homologação destes. Aduz que a não suspensão do processo em face da morte da devedora Ruth Nagel e a intimação de seu espólio nulificam o presente feito. Alega, ainda, a nulidade do ato de arrematação, tendo em vista a falta de legitimidade do arrematante, e, por fim, a impropriedade da condenação por litigância de má-fé, porquanto entende que somente exerceu regularmente seu direito à ampla defesa.

Contra-arrazoado o recurso, após manifestação do representante

do Ministério Público, os autos ascenderam a esta Corte.

## II — Voto

Cuida-se de apelação cível interposta contra sentença que rejeitou os embargos à arrematação interpostos por Cometa Indústria de Artefatos de Madeira Ltda. em sede de execução movida pelo Banco do Estado de Santa Catarina S.A. — Besc.

A preliminar suscitada é de ser afastada.

Do exame da sentença exarada pelo Magistrado *a quo* (fls. 149 a 155) percebe-se que este motivou e fundamentou adequadamente as razões de seu convencimento, demonstrando o suporte legal de sua decisão, colacionando jurisprudência e entendimentos doutrinários.

Tendo em vista o rol taxativo do art. 746 do CPC, os embargos à arrematação devem se prender àqueles fundamentos. Assim, como foram levantadas pela embargante algumas teses que não se enquadram naquele dispositivo, não haveria por tal motivo necessidade de sua apreciação.

Verifica-se, ademais, do exame da sentença que o Juiz prolator, ainda que de forma implícita, considerou todos os pontos levantados pelo embargante, veja-se:

“Jamais se deve perder de vista que as matérias passíveis de enfoque no âmbito eleito só são as constantes do art. 746 do Código Buzaid, ou seja, nulidade da execução, pagamento, novação, transação ou prescrição posteriores à penhora” (fl.152).

“*Ex positis*, e tudo mais que dos autos consta, *julgo improceden-*

*tes, in totum*, os presentes *embargos à arrematação* em que são partes [...]” (fl. 154).

Desse modo, houve correlação entre pedido, causa de pedir e a sentença objurgada, motivo pelo qual não se pode dizer que o Juiz sentenciante julgou *citra petita* (art. 460 do CPC), tendo sido cumprido o determinado no art. 458 do CPC e no art. 93, IX, da CRFB/1988.

Pode-se dizer que houve, em verdade, julgamento contrário aos interesses da apelante, mas não omissão sobre ponto fundamental da demanda, que, ademais, deveria ter sido levantado em sede de embargos de declaração, instrumento adequado para correção de omissões, obscuridade e contradições existentes na sentença (art. 535 do CPC).

Por fim, é de se destacar que, em face do efeito translativo expresso no § 1º do art. 515 do CPC, esta instância pode conhecer de todas as matérias suscitadas e discutidas no processo, ainda que não apreciadas pela sentença de primeiro grau.

Nesse sentido, colhe-se do STJ:

“É integral o efeito devolutivo da apelação: não se cinge às questões efetivamente resolvidas na instância inferior; abrange também as que deveriam tê-lo sido” (RSTJ 129/328) No mesmo entendimento: REsp n. 5.803/CE e REsp n. 77.121/SP, *in* Theotônio Negrão, 33ª ed., nota 10 ao art. 515 do CPC, p. 566).

Em face de todo o acima exposto, afasta-se a alegação de sentença *citra petita*.



Passo, pois, ao exame do mérito.

Inicialmente, aprecio a questão da alegada ausência de intimação para o leilão.

Conforme se extrai do exame dos autos, marcada data e local para o leilão do bem imóvel penhorado, foi extraído mandado para intimação da empresa executada, o qual foi cumprido pelo Sr. Oficial de Justiça.

Segundo consta da certidão exarada pelo Meirinho (fl. 296v. dos autos de execução) este intimou “pessoalmente a firma Cometa Indústria de Artefatos de Madeira Ltda., na pessoa de seu representante legal, Gilson Heil e Alfredo Otto Nagel por todo o conteúdo do mandado [...]”, os quais exararam suas assinaturas dando-se por cientes.

Muito embora alegue a apelante ser o Sr. Gilson Heil mero preposto da empresa sem poderes de representação, há solidificada jurisprudência acolhendo a teoria da aparência, em hipóteses nas quais o meirinho intima empregado da empresa sem poderes de representação porquanto “*não cabe ao oficial de justiça exigir daquele que se apresenta como responsável pela empresa cópia do contrato social ou de outro documento que comprove a sua representação legal*”. Sendo o mandado entregue a empregado da empresa, presume-se tenha ele autorização da pessoa jurídica para assim proceder e que, conseqüentemente, levará ao conhecimento a quem de direito” (TJSC, Ap. Cív. n. 2000.003823-7, rel. Des. Luiz César Medeiros, 28-6-01).

Assim, não há nulidade a ser declarada porque efetivamente a empresa

devedora foi intimada pessoalmente na pessoa de seu preposto, além de ter sido publicado edital de convocação em jornal de ampla circulação (fl. 301 dos autos de execução), restando respeitado, desse modo, o art. 687 do CPC.

E, *ad argumentandum tantum*, ainda que houvesse a nulidade alegada na intimação para o leilão, o comparecimento espontâneo da empresa a supriria, tendo em vista os princípios *pas de nullité sans grief* e instrumentalidade das formas expressos no art. 244 do CPC.

Afastada a nulidade na intimação para o leilão, passo ao exame das demais teses suscitadas.

A empresa apelante alega ter havido nulidade no processo por ausência de intimação do laudo de avaliação, pretendendo inquirar de vício os demais atos processuais que nele se fundamentam.

A pretensão da apelante não merece prosperar.

Não há dúvidas que é direito das partes se manifestarem sobre a avaliação dos bens penhorados em sede de execução. Todavia, não há direito do exequente ou do executado à intimação para que se pronunciem sobre o laudo avaliatório, tendo em vista que o Código de Processo Civil não impõe essa intimação.

Sobre a matéria já decidiu este Sodalício:

“Embargos à arrematação. Falta de intimação da devedora para os atos arrematatórios. Inocorrência. Ausência de intimação de seu patrono para manifestar-se sobre a avaliação. Desnecessidade do ato. Preço vil. Inconfiguração. Reclamo desprovido.



[...]

“Indiscutível é o direito das partes se manifestarem, em processos de execução, sobre a avaliação dos bens penhorados. Entretanto, não há qualquer direito do exequente ou do executado à intimação para que se pronunciem sobre o laudo avaliatório. Em lugar algum, o nosso Código Processual impõe essa intimação, com o propósito mesmo de preservar o princípio da celeridade, este notadamente mais incidente sobre os feitos executórios” (Ap. Cív. n. 1998.000656-2, de Itajaí, rel. Des. Trindade dos Santos).

Ademais, do mandado de intimação para a primeira praça designada constou o valor atribuído ao imóvel em avaliação, não se insurgindo a empresa devedora, devidamente intimada (fls. 72 e v.).

Outrossim, invocou a recorrente a ausência dos cálculos de atualização para fins de remição e de sua homologação.

Quanto à ausência de atualização dos cálculos, a pretensão da apelante não merece guarida uma vez que foi apresentada pelo credor, em duas oportunidades distintas, a atualização dos valores devidos.

Regularmente intimada para se manifestar a respeito dos segundos cálculos apresentados e remir a dívida, a embargante ficou inerte, apresentando extemporaneamente sua impugnação, restando assim preclusa a questão. Por tal motivo, o MM. Juiz *a quo* designou datas para a arrematação dos bens penhorados.

Cabe, ainda, destacar que não existe previsão no Código de Processo Civil no tocante à necessidade de atualização por contador judicial da

dívida exequenda em até cinco dias antes da arrematação, ao contrário do que quer fazer crer a apelante amparada em normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, inaplicáveis no âmbito desta Justiça Estadual.

Outrossim, é imperioso registrar que foi procedida a devida atualização da avaliação judicial dos bens penhorados antes da designação da praça, cujo laudo foi juntado aos autos à fl. 285, restando cumprida a exigência do art. 686, II, do CPC.

Finalmente, no tocante ao alegado excesso de execução, tendo em vista os índices, fatores de correção monetária e juros considerados no cálculo apresentado pelo exequente, tal assunto não pode ser objeto dos presentes embargos à arrematação, por se tratar de procedimento de cognição restrita à matéria prevista no rol taxativo do art. 746 do CPC.

Já no tocante à alegada ausência de homologação dos cálculos, de acordo com o art. 604 do CPC em sua nova redação dada pela Lei n. 8.898/94, não mais existe a antiga liquidação por cálculo do contador, motivo pelo qual descabe falar em homologação desta pelo juiz e em posterior citação do devedor.

Relativamente ao falecimento da parte passiva, não existia razão para a suspensão do processo, bem como para o chamamento à lide de seu espólio ou sua intimação para o leilão, como argumenta a embargante.

É que, *in casu*, tal providência se mostrava despicienda tendo em vista que é o próprio Alfred Otto Nagel, também executado, o inventarian-

te do espólio de sua falecida esposa Ruth Nagel, conforme se verifica do exame dos autos em apenso.

Desse modo, a suspensão do processo para habilitação do espólio na hipótese dos autos produziria tão-somente efeitos negativos para o processo, retardando sua marcha processual, ferindo os princípios da economia processual e a instrumentalidade do processo.

Assim, não há nulidade a ser declarada.

No que se refere à alegada nulidade na arrematação, a pretensão da empresa apelante também não merece prosperar.

Sustenta a recorrente em suas razões que o advogado do Banco exequente/embargado/apelado estaria impedido de arrematar o bem penhorado em seu nome, e que a cessão de direitos feita ao Banco credor não é válida por não ter sido observada a forma prescrita em lei, que segundo seu entendimento exigiria escritura pública.

O artigo 690 do Código de Processo Civil é claro ao disciplinar quais pessoas são impedidas de arrematar. Em seu rol não se encontra o advogado do credor. Assim, *a contrario sensu*, este é admitido como arrematante já que como regra geral “é admitido a lançar todo aquele que estiver na livre administração de seus bens” (§ 1º do art. 690).

Este é o entendimento do STJ:

“É lícito ao credor participar da hasta pública *como qualquer outra pessoa que não esteja arrolada entre as exceções previstas no art. 690, § 1º, do CPC*, podendo arrematar por valor inferior ao da avaliação, desde que este

não os qualifique como vil, sendo irrelevante, de todo modo, que não haja outros licitantes” (STJ – 4ª Turma, REsp n. 243.880/SC, rel. Min. Barros Monteiro, j. 10-10-00, DJU 27-11-00, p. 169).

Destarte, a arrematação realizada pelo advogado do credor Marcellus Augusto Dadam não padece de qualquer nulidade.

Quanto à cessão de seus direitos ao exequente, por simples petição, também não há nulidade a ser declarada.

Ora, a hipótese não trata de título translativo de bem imóvel, mas mera cessão de direitos. Assim, não há necessidade de instrumento público, como deflui-se do art. 134, II, do Código Civil de 1916.

Por fim, mantém-se a condenação da apelante em litigância de má-fé, porquanto consoante entendeu o Magistrado *a quo*, a ação incidental ofertada possui nítida finalidade de retardar a tramitação da execução, atitude coibida pelo direito. Nesse sentido lecionam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria de Andrade Nery:

“[...] *Incidentes manifestamente infundados*. Agindo o litigante de forma procrastinatória, provocando incidentes destituídos de fundamentação razoável, será considerado de má-fé. O termo incidente deve ser entendido em sentido amplo, significando incidente processual (exceção, impugnação do valor da causa etc.), ação incidente (ADI, reconvenção, incidente de falsidade, embargos do devedor, embargos de terceiro, denúncia da lide, chamamento ao processo etc.) e interposição de recursos” (*op. cit.*, p. 303).

Colhe-se da jurisprudência desta Corte:

“Age com litigância de má-fé a embargante que deduz pretensão ou defesa contra fato incontroverso e opõe resistência injustificada ao andamento do processo de execução, revelando intenção no retardamento da prestação jurisdicional, merecendo por isto, na forma do art. 18, *caput*, do estatuto processual, ser condenada à pena de multa nos moldes preconizados pelo seu § 2º” (Ap. Cív. n. 1996.009852-6, de Joinville, rel. Des. Nelson Schaefer Martins).

“O processo é instrumento de satisfação de interesse público na composição dos litígios mediante a correta aplicação da lei. Cabe ao Magistrado reprimir os atos atentatórios à dignidade da justiça, e assim poderá impor ao litigante de má-fé, no mesmo processo e independentemente de solicitação da

outra parte, a indenização referida no art. 18 do CPC, que apresenta caráter nítido de pecuniária (STJ)” (Ap. Cív. n. 39.998, de Itajaí, rel. Des. Eder Graf).

### III – Decisão

Diante do exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, os Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de março de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente;*

*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*  
*Relatora.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.008468-9, DE LAGES

**Relatora: Desa. Maria do Rocio Luz Santa Ritta**

*Ação monitoria. Nota promissória prescrita. Devedor falecido. Legitimidade passiva de seu pai, único herdeiro. Morte deste durante a instrução. Sucessão processual. Habilitação de seu espólio. Legitimidade passiva reconhecida.*

*Aquele que herda não só recebe ativos, mas também passivos do de cujus, sendo estes sempre limitados às forças da herança.*

*Imóvel herdado gravado por cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e usufruto vitalício pelo próprio herdeiro, doador do bem. Intransmissibilidade dos ônus.*

*Com a morte do donatário, passam os bens, inteiramente livres e desonerados, aos respectivos sucessores.*

*Recurso desprovido.*

*Recurso adesivo. Termo inicial. Juros moratórios. Mora ex re.*

*Os juros moratórios incidem desde o vencimento da nota promissória, conforme expresso no artigo 960 do Código Civil por aplicação da regra dies interpellat pro homine (JC 21/150 e JC 68/251).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.008468-9, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante o espólio de Hercílio Vieira de Andrade e apelado Érico Alves Medeiros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, à unanimidade, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e dar provimento ao apelo adesivo.

Custas na forma da lei.

## I – Relatório

Na comarca de Lages (1ª Vara Cível), Érico Alves Medeiros ajuizou ação monitória contra Hercílio Vieira de Andrade, pai e único herdeiro de Rogério Vieira de Andrade, devedor da nota promissória prescrita que embasa a presente ação.

Citado, o demandado ofereceu embargos monitórios aduzindo que realmente herdou o único imóvel deixado por seu filho, mas que por tal bem estar gravado com cláusulas de inalienabilidade e usufruto vitalício não pode responder pelos débitos do falecido.

Impugnados os embargos, em face da morte do demandado, suspendeu-se o processo procedendo-se à sucessão processual pelo seu espólio.

Concluída a instrução, o Magistrado *a quo* julgou antecipadamente a lide (art. 330, I, do CPC), rejeitando os

embargos opostos e constituindo de pleno direito o título executivo judicial.

Irresignado, o espólio de Hercílio Vieira de Andrade interpôs recurso de apelação objetivando a reforma da sentença. Sustenta, em preliminar, ilegitimidade passiva do sucedido processual ao argumento de que este não emitira o título de crédito que embasa a monitória e, ainda, que o bem herdado está gravado com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e usufruto vitalício, motivo pelo qual não pode responder pelas dívidas do falecido.

Em suas contra-razões, o apelado pugnou pela manutenção da sentença atacada e condenação do apelante em litigância de má-fé.

Foi interposto recurso adesivo pelo apelado visando à reforma da sentença no tocante ao termo inicial de incidência dos juros moratórios, que entende deva ser a partir do vencimento do título.

## II – Voto

Cuida-se de apelação civil interposta pelo espólio de Hercílio Vieira de Andrade contra sentença que rejeitou os embargos interpostos em sede de ação monitória, constituindo de pleno direito em título executivo judicial a nota promissória prescrita ensejadora da presente *actio*.

Objetiva o apelante a reforma da sentença de primeiro grau ao argumento de que não possui legitimidade para figurar no pólo passivo da demanda, uma vez que a nota promissó-

ria que embasa a monitória não fora emitida pelo sucedido processual e o imóvel deixado pelo devedor falecido está gravado com cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e usufruto vitalício.

Não merece prosperar a pretensão do apelante.

Consoante dispõe o art. 5º da CFRB/1988:

“XLV — nenhuma pena passará da pessoa do condenado, *podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido*” (grifei).

Prevê o Código Civil de 1916:

“Art. 1.587 — O herdeiro não responde por encargos superiores às forças da herança; incumbe-lhe, porém, a prova do excesso, salvo se existir inventário, que a escuse, demonstrando o valor dos bens herdados”.

“Art. 1.796 — A herança responde pelo pagamento das dívidas do falecido; mas, feita a partilha, só respondem os herdeiros, cada qual em proporção da parte, que na herança lhes coube”.

Assim, aquele que herda não só recebe ativos, mas também passivos do *de cuius*, sendo estes sempre limitados às forças da herança.

*In casu*, conforme se extrai dos autos, o sucedido processual Hercílio Vieira de Andrade era o único herdeiro necessário do falecido devedor, tendo recebido a título de sucessão *causa mortis* um imóvel no valor esti-

mado de R\$ 99.504,00 em 1997 (fl. 15).

Destarte, a dívida contraída pelo falecido no valor de R\$ 15.000,00 está dentro das forças da herança.

Outrossim, a alegada existência de cláusulas de inalienabilidade, impenhorabilidade e usufruto vitalício não pode ser aceita.

Ora, como se percebe do exame da certidão exarada pelo Ofício de Registro de Imóveis de Lages (fls. 21 e v.) o demandado Hercílio Vieira de Andrade doou, em 2 de setembro de 1975, a Léo Rogério Vieira de Andrade (devedor) o terreno que agora herdou, tendo à época onerado o bem com as cláusulas de usufruto vitalício, inalienabilidade e impenhorabilidade.

Tais cláusulas, como se sabe, perduram, quando sem prazo estipulado, até a morte do donatário, ou seja, são vitalícias.

É o que prevê o art. 1.723, *in fine*:

“[...] A cláusula de inalienabilidade, entretanto, não obstará à livre disposição dos bens por testamento e, em falta deste, à sua transmissão, dessembarçados de qualquer ônus, aos herdeiros legítimos”.

Desse modo, com a morte de Léo Rogério transferiu-se sem qualquer ônus o imóvel a Hercílio, instituidor dos gravames, não incidindo *in casu* a proibição do art. 649, I, do CPC.

Registra-se que é da essência de tais ônus a instituição por terceiro, porquanto não é válida a oneração realizada em imóvel do próprio instituidor, salvo no caso especial de constituição de bem de família. Era o que se esta-

ria admitindo uma vez aceita a argumentação do apelante.

Consoante o escólio de Washington de Barros Monteiro:

“[...] Trata-se de ônus que só se estabelece em relação a terceiros (donatários, herdeiros e legatários), pois a ninguém se permite, ainda com homologação judicial, vincular os próprios, salvo no caso especial de constituição de bens de família”.

E, arremata:

“[...] é vitalícia, quando tenha de vigorar durante a existência da pessoa beneficiada; não se tendo estabelecido, no ato de liberalidade, duração do vínculo, interpretar-se-á este como vitalício. Com o óbito do favorecido extingue-se o ônus [...] com a morte do donatário, ou do herdeiro, passam os bens, inteiramente livres e desonerados, aos respectivos sucessores”(Curso de Direito Civil, vol. 6, São Paulo: Saraiva, 19ª ed., p. 155/156).

Não é demais lembrar, por fim, que se deve entender por “forças da herança” o valor efetivamente transferido ao patrimônio do herdeiro. Destarte, a execução pode recair em quaisquer bens do acervo hereditário de Hercílio Vieira de Andrade que em conjunto perfazem o montante de R\$ 305.975,72.

Nego, assim, provimento ao recurso.

No tocante à litigância de má-fé, alegada pelo apelado, entendo inexistente no caso em tela, pois não se caracterizou quaisquer dos requisitos presentes no art. 17 do CPC, mas

mero exercício regular do direito ao duplo grau de jurisdição.

Passo, pois, ao exame do recurso adesivo interposto pelo apelado.

Assiste razão ao recorrente quando entende deva ser modificada a sentença quanto ao termo inicial para contagem dos juros moratórios.

No caso *sub judice* os juros moratórios incidem desde o vencimento da nota promissória, conforme expresso no artigo 960 do Código Civil por aplicação da regra *dies interpellat pro homine* (JC 21/150 e JC 68/251).

Trata-se da *mora ex re* a qual dispensa interpelação ao devedor porque *in casu* a mora decorreu do simples fato do não-pagamento da obrigação na data expressa no título.

A sentença objurgada deve, pois, ser modificada quanto a este aspecto, passando a se contar os juros moratórios, assim como a correção monetária, desde o dia do vencimento do título (10-8-94).

### III – Decisão

Diante do exposto, conhece-se da apelação interposta, negando-lhe provimento e dá-se provimento ao recurso adesivo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*

*Presidente;*

*Maria do Rocio Luz Santa Ritta,*

*Relatora.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 2000.023108-8, DE ITAJAÍ****Relator: Des. Jorge Schaefer Martins**

*Ação renovatória. Locação de imóvel para exploração de posto de gasolina. Distribuidora de combustíveis e derivados de petróleo figurando como locatária. Revendedor do combustível que figura como locador e proprietário do imóvel.*

*1. Conexão. Inocorrência. Trânsito em julgado da demanda com a qual se pretendia o julgamento simultâneo. Impossibilidade.*

*2. Ilegitimidade ativa ad causam. Forte divergência jurisprudencial. Inocorrência no caso concreto. Participação de ambas as partes na formação do ponto comercial. Impossibilidade de revenda pela distribuidora.*

*3. Nulidade discutida em demanda intentada pelo locador. Prescrição acolhida pela autoridade judiciária e mantida em grau de apelação.*

*4. Cláusula prevendo a possibilidade de resolução do contrato mediante notificação expedida apenas pelo locatário. Omissão que não tem o condão de levar à conclusão de que houve renúncia por parte da proprietária em reaver o imóvel. Violação aos objetivos da lei consoante o disposto no caput do artigo 52 da nova Lei do Inquilinato. Inteligência do artigo 45 da Lei n. 8.245/91. Nulidade absoluta. Ineficácia. Ausência de efeitos.*

*5. Retomada para uso próprio sustentada na contestação. Aplicação extensiva da Súmula 481 do STF. Precedentes do STJ. Abrangência do fundo de comércio, instalações e pertences. Posto de gasolina. Possibilidade.*

*6. Sentença reformada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2000.023108-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Auto Posto Gonçalves Ltda. e apelada Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga S.A.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I – Relatório**

Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga S.A. intentou ação renovatória de locação contra Auto Posto Gonçalves Ltda., alegando que é locatária de um imóvel situado em Jurubatuba, município de Laguna, neste Estado, com área de 7.776,00 metros



quadrados, confrontando ao norte com a Rua Calistrato Müller Salles e ao sul, leste e oeste com terras devolutas, consoante registro no Cartório Imobiliário da comarca de Laguna sob a matrícula n. 3.183.

Sustentando que a vigência do contrato para exploração de Posto de Gasolina expira em 18-10-99, e que não houve entre as partes acordo para fixar o valor do aluguel a ser pago a partir do dia imediatamente seguinte, isto é, 19 de outubro de 1999, postulou a procedência do pedido para que o contrato seja renovado mediante o pagamento de contraprestação no importe de R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), a título de alugueres, com reajustes anuais pelo IGP-M.

Contestando, a ré alegou, como preliminares, a ocorrência de conexão com ação ordinária de rescisão contratual com pedido de tutela antecipada por si desencadeada, bem como ilegitimidade ativa *ad causam*. No mérito, manifestou sua falta de interesse na continuidade da locação, salientando que procedeu à notificação extrajudicial da autora, em 24-11-98, com o fito de denunciar o contrato locatício. Continuou, afirmando que pretende retomar o imóvel para uso próprio, presumindo-se a sinceridade do locador em tais casos, cabendo ao locatário o ônus da prova em contrário, não sendo devida, no presente caso, indenização.

Houve réplica.

Sentenciando, o MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido, determinando a renovação da locação por mais 26 (vinte e seis) anos, com início em 19-10-1999 e término em 19-10-2025, fixando o aluguel mensal

em R\$ 1.800,00 (mil e oitocentos reais), reajustado anualmente pela variação do IGPM.

Inconformada, apelou a empresa/ré, alegando preliminarmente a ocorrência de conexão com a Apelação Cível n. 2000.008249-0, bem como ilegitimidade ativa da empresa/autora. No mérito, pugnou pela declaração de nulidade da cláusula 4ª do contrato firmado entre a autora e os antigos proprietários do imóvel em tela, posteriormente assumido pela ré, tendo, a final, argüido ser possível a retomada do imóvel para uso próprio.

Com as contra razões, ascenderam os autos a esta Corte.

## II – Voto

Primeiramente, há de afastar de pronto a argüição da existência de conexão entre a presente demanda e a Apelação Cível n. 2000.008249-0, pois, ao consultar o Sistema Jurídico de Automação (SAJ), constata-se que já houve o julgamento do referido recurso, inclusive com o trânsito em julgado da decisão, razão pela qual torna-se absolutamente inviável a reunião dos processos.

No que concerne à legitimidade ativa para propositura de ação renovatória, em contratos de locação para fins de comércio, torna-se imprescindível ressaltar a importância do Decreto n. 24.150/34, que embora tenha vigorado a partir da primeira metade do Séc. XX, exerceu enorme influência sobre a Lei n. 8.245, de 18 de outubro de 1991, vigente atualmente.

Nos idos de 1934, com a introdução do Decreto n. 24.150, buscou o legislador brasileiro, à medida que

caíam os velhos dogmas do individualismo liberal, proteger o chamado “fundo de comércio”, restringindo a liberdade de contratar entre os comerciantes, para que a propriedade pudesse então servir a sua finalidade social.

Era então chamado o Decreto n. 24.150/34 de Lei das Luvras, termo que não foi associado ao diploma legal em vão, pois o “[...] termo *luvas*, consagrado pela lei anterior, se referia a qualquer soma que o locatário pagasse ao locador por ocasião da renovação, independentemente do aluguel mensal, cujo ordenamento precipuamente veio a evitar. O direito à renovação vem imbuído de inelutável intuito de evitar o enriquecimento injustificado do locador, que poderia se locupletar com o ponto formado pelo locatário” (Venosa, Sílvio de Salvo. Nova lei do inquilinato comentada: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 1992. p. 179).

Assim sendo, ao regular a maneira como se procederia à renovação da locação comercial, a Lei das Luvras acabou impedindo que o locador viesse a beneficiar-se do ponto de vendas conseguido pelo locatário, por meio de esforços e às custas desse último, uma vez que possibilitou aos locatários exercer seu direito à renovação, desde que observados determinados requisitos capitulados no artigo 2º e suas alíneas, que possuía a seguinte redação:

“Art. 2º Para que as renovações de arrendamento fiquem sujeitas aos dispositivos desta lei, é essencial que os respectivos contratos, além dos requisitos constantes do artigo precedente (1º), preencham mais os seguintes:

“a) a locação do contrato a renovar deve ser por prazo determinado;

“b) o prazo mínimo da locação, do contrato a renovar, deve ser de cinco anos;

“c) o arrendatário deve estar em exploração do seu comércio ou indústria, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo, ininterrupto, de 3 anos”.

É importante ressaltar que desde a década de 30 até a entrada em vigor da atual Lei do Inquilinato (n. 8.245/91), muitas foram as evoluções a respeito dos institutos locatícios, remanescendo contudo o espírito da Lei das Luvras no que toca à locação não-residencial.

De fato, possui o artigo 51, e seus incisos, da Lei n. 8.245/91, redação assemelhada ao já citado artigo 2º do Decreto n. 24.150/34, senão vejamos:

“Art. 51. Nas locações de imóveis destinados ao comércio, o locatário terá direito à renovação do contrato, por igual prazo, desde que, cumulativamente:

“I – o contrato a renovar tenha sido celebrado por escrito e com prazo determinado;

“II – o prazo mínimo do contrato a renovar ou a soma dos prazos ininterruptos dos contratos escritos seja de cinco anos;

“III – o locatário esteja explorando o seu comércio, no mesmo ramo, pelo prazo mínimo e ininterrupto pelo prazo de três anos”.

Conforme sabiamente esclarece Sílvio de Salvo Venosa, a nova lei do inquilinato, dando continuidade à antiga Lei das Luvras, confere especial proteção ao direito de renovação dos locatários em contratos de locação comercial. Na verdade, “O direito à renovação é

norma cogente, por expressa referência do artigo 45, não estando esse direito à disposição das partes. Não pode o contrato impedir o direito a renovação porque esta é uma cláusula contra a lei, nula de pleno direito” (Venosa, Sílvio de Salvo. Nova lei do inquilinato comentada: doutrina e prática. São Paulo: Atlas, 1992. p. 179).

Imbuído de tal espírito, o legislador pátrio tomou ainda outras medidas com o intuito de proteger o locatário comercial que conquista um ponto de vendas às custas de seus esforços, como por exemplo: estar o locador impedido de utilizar o imóvel locado, quando de sua retomada para uso próprio (art. 52, II, da Lei n. 8.245/91), no mesmo ramo comercial do locatário (§ 1º, art. 52, Lei n. 8.245/91), ressalvada a hipótese em que envolva o fundo de comércio, as instalações e os pertences.

No caso concreto, busca a apelante ver reconhecida a hipótese de ocorrência de ilegitimidade ativa *ad causam*, sob o argumento de que a apelada não exerce atividade comercial no local do imóvel em locação e, portanto, ao pleitear a renovação, o faz em descompasso com o disposto no artigo 51, III, da Lei n. 8.245/91.

Entretanto, a respeito do assunto, imperioso destacar o disposto no artigo 12 da Portaria n. 116, de 5 de julho de 2000, publicada no Diário Oficial em 6-7-2000, pelo Ministério de Minas e Energia, nestes termos:

“Art. 12. É vedado ao distribuidor de combustíveis líquidos derivados de petróleo, álcool combustível e outros combustíveis automotivos o exercício da atividade de revenda varejista”.

Destarte, pela simples leitura do dispositivo supracitado, percebe-se que

se encontra a apelada impedida de exercer o comércio varejista, este exercido de fato pela apelante, restando-lhe a venda no atacado, ou seja, distribuir o combustível para a revenda.

A par disso, o vértice da polêmica no que toca à alegada ilegitimidade ativa *ad causam* resume-se na seguinte questão: sob a ótica da Lei do Inquilinato, colaborou efetivamente a apelada para a formação do ponto comercial ora explorado pela apelante, ensejando a renovação do contrato de locação do imóvel?

A propósito, existe forte divergência jurisprudencial a respeito:

“Processual civil. Locação comercial. Ação renovatória. Distribuidora de petróleo. Ilegitimidade ativa. Carência de ação.

“1. A distribuidora de derivados de petróleo que subloca totalmente posto de serviço ao seu revendedor, mesmo que impossibilitada de comercializar diretamente seus produtos, não tem legitimidade para propositura da ação de renovação do contrato.

“2. Recurso improvido” (STJ, REsp n. 71173/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 1º-6-1998).

Em sentido contrário:

“Processual civil e comercial. Locação. Ação renovatória. Distribuidoras de derivados de petróleo. Legitimidade ativa.

“1. Distribuidoras de derivados de petróleo que, impossibilitadas de comercializar diretamente seus produtos, sublocam posto de serviço aos revendedores, através dos quais atingem o consumidor final.

“2. Orientação pretoriana no sentido de recusar o aforamento da ação renovatória pela distribuidora, no caso de sublocação total do imóvel a terceiro, diante da inexistência de fundo de comércio a ser protegido.

“3. Vedação normativa, emanada de resoluções do conselho nacional do petróleo, que impede a atuação da distribuidora no comércio varejista.

“4. Comunhão de interesses existente entre distribuidora (locatária e também sublocadora) e revendedor (sublocatário) no intuito de comercializar os mesmos produtos, por primeiro no atacado e ao depois no varejo.

“5. Coexistência harmônica e plenamente identificável no imóvel de dois fundos de comércio.

“6. Preponderância da tutela ao fundo de comércio, razão da existência da ação renovatória, sobre demais aspectos da atividade comercial dos revendedores retalhistas.

“7. Legitimidade ativa da distribuidora para a propositura da ação renovatória que se proclama, mercê do atendimento dos requisitos capitulados nos artigos 2º e 3º do Decreto n. 24.150/34.

“8. Recurso especial da distribuidora de derivados de petróleo conhecido e provido” (STJ, REsp n. 3939/PR, rel. Min. Bueno de Souza, DJU 21-3-94).

Ainda, em idêntico sentido REsp ns. 7655/PR, rel., Min. Bueno de Souza, DJU 7-3-94 e 56029/PR, rel. Min. Ademar Maciel, DJU 25-5-95.

Entendo, assim, que deva prevalecer este último entendimento, pois a colaboração da apelada para a formação do ponto comercial no caso concreto é incontestável, mormente quando se utilizava a apelante da “bandeira” da apelada para a revenda de combustíveis, seu posto encontrava-se decorado com as cores e o nome da marca da apelada, seus funcionários atendiam à clientela, utilizando-se de uniformes com o logotipo da marca e também com as cores da apelada. Então, apesar de ser inegável a participação da apelante na formação do ponto, também o é no que diz respeito à apelada.

Sendo assim, à luz da atual Lei do Inquilinato, influenciada pela antiga Lei das Luvras, faz-se necessário proteger o comerciante que efetivamente participou na formação do ponto de vendas, dando-lhe a faculdade de ao menos pleitear em juízo o direito à renovação do contrato locatício, pelo que não merece guarida em absoluto a arguição de ilegitimidade ativa *ad causam* argüida pela apelante.

Rechaçadas ambas as preliminares, passo à análise do mérito.

No que diz respeito à alegação de nulidade da cláusula 4ª, do contrato firmado entre as partes, observo que o assunto constou como matéria principal na ação movida pela apelante contra a apelada, processo n. 033.99.001877-9, por meio da qual buscava: “[...] b) A declaração da nulidade da cláusula 4ª, do contrato de locação celebrado entre as partes, *com a conseqüente rescisão do contrato*; c) A *rescisão do contrato* de concessão para exploração de negócio comercial, fornecimento de produtos e

comodato de equipamentos como garantia fidejussória, pois tratam-se estes de acessórios ao primeiro contrato, qual seja, locação”.

Naquela demanda *supra*, proposta em 1º-3-99, houve o reconhecimento da ocorrência da prescrição, ensejando sua extinção, com base no artigo 269, IV, do CPC, ou seja, com julgamento de mérito, havendo confirmação da sentença por acórdão deste Sodalício.

A questão tratada naqueles autos foi reavivada na hipótese, posto que busca a apelante o reconhecimento de seu direito de negar a renovação do contrato locatício, ao passo que a apelada, embasada nos termos da cláusula contra a qual houve insurgimento, diz não ser o procedimento possível. Tanto é assim, que a sentença guerreada expressamente estabeleceu que a proprietária/sublocatária (apelante) renunciou ao seu direito de retomada para uso próprio, ao concordar expressamente com a renovação da locação por igual prazo.

A única condição a permitir o rompimento da relação contratual seria a comunicação com antecedência mínima de 90 (noventa) dias, do desinteresse em sua continuidade, restringido este direito à locatária.

Ora, o contrato original foi firmado em 19 de outubro de 1973, alterado e ratificado em 26 de outubro de 1979, rerratificado em 19 de abril de 1983 e, por fim, novamente rerratificado em 15 de julho de 1992.

Referidas alterações tiveram influência sobre o prazo de validade da locação, que, previsto inicialmente para ter como término a data de 19 de outubro de 1993 (fl. 17), sofreu adita-

mento de mais 3 (três) anos (fl. 18), tendo nova alteração, com estipulação de término para 18 de outubro de 1998 (fl. 19) e, por fim, houve o adicionamento de mais 1 (um) ano (fl. 22).

Consoante se observa do documento denominado *rescisão/denúncia de contratos* (fls. 49 a 51), em data de 24 de novembro de 1998, houve a expressa manifestação de desinteresse na continuidade da avença, o que aconteceu em período muito anterior aos 90 (noventa) dias previstos no contrato e suas posteriores alterações, mas pelo locador.

Tal documento, aliás, não foi objetado pela autora/apelada, em sua manifestação seguinte (réplica à contestação).

Em se considerando a norma contratual, vê-se que a negativa do proprietário em dar continuidade à locação ocorreu na forma e prazo estabelecidos, porém havia previsão contratual nesse sentido apenas em relação à locatária.

Mas deve-se ir além. A discussão, como foi pretendido pelas partes, exige manifestação expressa sobre a possibilidade de referida cláusula, que estabelece a condição de renovação automática pelo mesmo prazo da locação, caso não haja manifestação expressa da locatária, com antecedência definida, ser limitadora do direito do proprietário de dizer que não mais a pretende.

Ora, a Constituição da República Federativa do Brasil, em seu art. 5º, inciso XXII, garante o direito de propriedade. Este, confere a quem tenha o domínio do imóvel, o direito de usar, gozar, dispor, fruir do bem, da

forma que quiser, ressalvadas as limitações legais.

Criando-se um vínculo contratual que ponha o proprietário à mercê dos interesses do locatário, estará o primeiro em condições de exercer o seu direito dominial em sua plenitude? A resposta negativa é óbvia, pois terá limitações ao seu direito, em afronta às disposições constitucionais.

Isso determina o equívoco do raciocínio de que ocorreu renúncia ao direito de retomada por parte do proprietário, pois a omissão na cláusula 4ª em relação à expedição de aviso escrito para a não renovação do contrato, por parte da apelante, deve ser interpretada com reservas, pois não tem o condão, por si só, de retirar das mãos do proprietário o direito de retomada do imóvel, devendo aplicar-se na hipótese o disposto no artigo 52, inciso II, § 1º, da Lei n. 8.245/91, *verbis*:

“Art. 52. O locador não estará obrigado a renovar o contrato se:

[...]

“II — o imóvel vier a ser utilizado por ele próprio ou para transferência de fundo de comércio existente há mais de um ano, sendo detentor da maioria do capital o locador, seu cônjuge, ascendente ou descendente.

“§ 1º Na hipótese do inciso II, o imóvel não poderá ser destinado ao uso do mesmo ramo do locatário, salvo se a locação também envolvia o fundo de comércio com as instalações e pertences”.

Raciocinar-se de outra forma seria conceder à cláusula condição de superioridade à norma legal, posto que, como já afirmado, o direito de re-

novação da locatária expurgaria uma das garantias constitucionais, qual seja, o direito de propriedade garantido pela Carta Política. Isso dá-se pela circunstância de que, entendida como efetivamente ocorrente a renúncia, restará reconhecido que o contrato de locação poderá ter validade infinita, uma vez que dependeria tão-somente da vontade da locatária em renová-lo, o que, levando-se em consideração de que se trata de sociedade anônima de grande porte, com condições de arcar com as despesas da renovação locatícia, possivelmente poderia vir a ocorrer na hipótese.

A propósito, a respeito do assunto, colhe-se importante lição de Sílvio de Salvo Venosa, nestes termos:

“O locador pode impedir a retomada requerendo o prédio para seu uso. Aqui sua utilização é ilimitada e inclui até mesmo o uso residencial, se o imóvel o permitir. Trata-se de corolário de seu direito de propriedade, já tão limitado pela lei [...].

“Em todos esses casos do inciso II, de acordo com o parágrafo primeiro, não pode ser instalado no imóvel comércio ou indústria no mesmo ramo do inquilino. A exceção fica por conta da hipótese em que o próprio fundo de comércio com as instalações e pertences fora originalmente alugado. Continua operante o sentido da Súmula 481 do Supremo Tribunal Federal, na qual se inspirou a nova lei: Se a locação compreende, além do imóvel, fundo de comércio, com instalações e pertences, como no caso de teatros, cinemas e hotéis, não se aplicam ao retomante as restrições do art. 8º, e, parágrafo único, do Dec. n. 24.150, de 20-4-34. O que se



denomina por mesmo ramo de comércio, vedado na retomada, depende do exame do caso concreto: ramos afins também podem ser proibidos na retomada. A questão é bastante rica de situações nos julgados. A diversidade de ramos de comércio deve ser provada de plano, já com a contestação” (Nova lei do inquilinato comentada. São Paulo: Atlas, 1992. p. 189 e 190).

No que tange à tese de que não se pode mais discutir a validade da cláusula acima mencionada, tendo em vista o trânsito em julgado da decisão proferida nos autos da ação intentada pelo réu para declarar a nulidade da condição, é importante ressaltar que não se está desconsiderando, apenas interpretando-a de conformidade com a legislação vigente acerca do assunto.

Por derradeiro, resta analisar a alegação de que é possível a retomada do imóvel para uso próprio, ao argumento de que pretende utilizá-lo no mesmo ramo de comércio que a locatária, incidindo portanto a hipótese descrita na segunda parte do § 1º, II, do artigo 52 da Lei n. 8.245/91.

Com efeito, no caso concreto, conforme já anteriormente declinado quando da análise das prefaciais, ambas as partes contribuíram para a formação do ponto comercial no imóvel em questão, pelo que se pode concluir, por meio de uma análise mais percuciente da matéria, ser possível à apelante reaver o bem alugado.

A propósito, nesse norte é pacífico o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

“Locação comercial. Pedido de retomada do imóvel para exploração da

mesma atividade comercial do locatário. Possibilidade.

“É cabível, nos termos do art. 52, § 1º, da Lei n. 8.245/91, a retomada de imóvel para exploração da mesma atividade do inquilino se esse imóvel, por suas características físicas, só se possa destinar a um certo ramo de atividade e desse modo seja dado em locação.

“Sejam exemplos: postos de gasolina, teatros, cinemas, hotéis e outros, em que se revela a impossibilidade de modificar a sua finalidade ou é muito onerosa essa alteração.

“Recurso conhecido e provido” (REsp n. 418.464/PR, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca).

A jurisprudência vem sufragando o direito de retomada pelo locador na hipótese de comércio de combustíveis, abrangendo o fundo de comércio, instalações e pertences, seja na vigência da Lei de Luvas ou da nova Lei do Inquilinato, como se observa:

“Em renovatória de locação, o pedido de retomada do prédio para uso próprio do locador sofre a restrição contida no parágrafo único da alínea e do art. 8º do Decreto n. 24.150/34, não podendo, por isso, o imóvel ser destinado ao uso do mesmo ramo de comércio ou indústria do contrato em trânsito. Contudo, a Súmula 481 do STF veio a permitir, em lógica e justa interpretação desse dispositivo, que ‘se a locação compreende, além do imóvel, fundo de comércio, com instalações e pertences, como no caso de teatros, cinemas e hotéis, não se aplicam ao retomante as restrições do art. 8º, e, parágrafo único, do Decreto n. 24.150, de



20-4-34'. A enumeração feita no texto da Súmula não é exaustiva, podendo incluir-se outros ramos de comércio ou indústria cujos prédios tenham destinação única ou exclusiva, como ocorre com aquele onde funciona um posto de gasolina' (Ap. n. 205.668-8, 7ª Câ. do 2º TACSP, j. 19-5-87, rel. Gildo dos Santos, RT 621164, Pub. com excerto in NRJLI 52/10).

"Tratando-se de posto de gasolina não incide a vedação contida no art. 8º, alínea e, do Decreto n. 24.150/34, sendo possível, portanto, a retomada para exercício do mesmo ramo' (Ap. n. 274.959, 7ª Câ. do 2º TACSP, j. 21-8-90, rel. Gildo dos Santos, Bol. AASP 1.682/3). Consta da pub. o seguinte julgado do mesmo sentido: Ap. n. 259.948, 7ª Câ. do 2º TACSP, j. 10-4-90, rel. Gildo dos Santos).

"Locação. Imóvel comercial. Retomada para exploração da mesma atividade comercial exercida pelo locatário. Admissibilidade. Inaplicabilidade da exceção prevista no art. 52, § 1º, da Lei n. 8.245/91 em face do imóvel possuir instalações destinadas a ramos de negócios específicos. A exceção que veda o pedido de retomada do imóvel, para a exploração da mesma atividade comercial do locatário, insculpida no § 1º do art. 52 da Lei n. 8.245/91, não se aplica quando o imóvel locado possua instalações destinadas a ramos de negócios específicos' (REsp n. 94.605/SP, 5ª T. do STJ, j. 4-11-97, rel. Cid Fláquer Scartezini, v. u., RT 749/228)" (Carneiro, Waldir de Arruda Miranda. Anotações à lei do inquilinato. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 397).

Para alicerçar esse posicionamento, merecem transcrição alguns

fragmentos da sentença reproduzida pelo Desembargador Genésio Nolli no julgamento da Apelação Cível n. 39.230, nestes termos:

"Entendendo satisfazer todos os requisitos previstos no Decreto n. 24.150, de 20-4-34, a Companhia Brasileira de Petróleo Ipiranga intenta a renovação judicial do Contrato de Locação de todas as instalações e respectivo imóvel, em que se encontra em funcionamento um posto de combustível que firmou com Posto Coesa Ltda.

'Este se defende, excepcionando a retomada para uso próprio, além de aduzir a falta de comprovação do fundo de comércio de parte da Suplicante, que, por outro lado, seria parte ilegítima, visto que o posto está sendo explorado por sublocatário, Orlando Montibeller, que teria o direito de pleitear a renovação do ajuste locatício em pauta.

[...]

'A cláusula II, desse pacto, reza: 'O prazo da locação é de 7 (sete) anos, a contar da assinatura do presente contrato, terminando em igual dia e mês do ano de 1989 — ficando prorrogado, automaticamente, por 2 (dois) períodos sucessivos de igual prazo, desde que cumpridas as estipulações do presente contrato, se este não for denunciado pela locatária com antecedência mínima de 90 (noventa) dias, em relação ao término do mesmo contrato e suas prorrogações'.

'Quer, a Autora, que essa disposição implique na proibição de retomada por parte do Réu-locador, em face da previsão de automática prorrogação só excepcionada pela denúncia da locação pela locatária, cláusula essa não

abominada pela segunda parte do art. 115 do Código Civil, que considera defesas todas as condições que 'privarem de todo efeito o ato, ou o sujeitarem ao arbítrio de uma das partes', porque a ajustada seria uma 'condição meramente ou simplesmente potestativa' e não 'puramente potestativa', conforme as lições dos Doutos, que dizem ser aquela permitida.

'Verdade que Washington de Barros Monteiro preleciona ser a 'cláusula que subordina à conveniência do locatário prorrogação do contrato de locação, pelo mesmo prazo e aluguel', uma condição mera ou simplesmente potestativa, que não é defesa em lei (*in* Curso de Direito Civil, vol. 1º, Saraiva, SP, 13ª ed., 1975, pág. 228).

'Todavia, é bem de ver que não só o dispositivo civil tradicional (art. 115, CC) é que comina de ilicitude a condição que se sujeita ao arbítrio de uma das partes, como é, de fato, a estipulação contratual ora sob exame; mas também o art. 30 do Decreto n. 24.150/34, que regula os direitos e a ação aqui em discussão, quando estatui que 'são também nulas de pleno direito quaisquer cláusulas que visem a ilidir os objetivos da presente Lei, e nomeadamente as cláusulas proibitivas de renovação do contrato de locação, ou que impliquem em renúncia dos direitos tutelados por esta Lei'.

'É que o Decreto em pauta, à guisa de proteção das locações comerciais contra os abusos de ambas as partes, no que tange ao prolongamento do uso e gozo do bem locado, à garantia de atualidade dos aluguéis, à proibição de pagamento antecipado de aluguéis, etc., não regula apenas a possibilidade de renovação do ajuste

locatício, mas também o direito à retomada para uso próprio ou de parente próximo (art. 8º, letra d), e à revisão dos aluguéis defasados (art. 31), ambas em favor do locador. Daí poder-se dizer que a proibição de cláusula que implique em renúncia de direitos tutelados por tal diploma legal, verbera, plenamente a interpretação egoística que a Autora quer dar à cláusula II, do Contrato de Locação firmado entre as partes.

'Doutra parte, considero que a mencionada cláusula, conquanto autorize a locatária a denunciar a locação até 90 dias antes do término do prazo do contrato ou da renovação, não proíbe que essa mesma denúncia possa ser feita pelo locador, para a retomada do prédio, posto que tal ajuste silencia a respeito, não se podendo concluir que o direito daquela excluiria o deste'.

Em que pese a nova Lei do Inquilinato, em seu artigo 45, ter mencionado genericamente a nulidade de cláusulas, prevendo expressamente apenas aquelas que afastam o direito à renovação, na hipótese do art. 51, ou a prorrogação prevista no art. 47, deve-se levar em consideração que a nova Lei das Locações aumentou a proteção em relação ao locador.

Nesse rumo, colhe-se das palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

"[...] serão nulas as cláusulas que contrariarem os objetivos da lei, competirá ao intérprete, no caso concreto, definir se a cláusula sob exame tem essa finalidade.

"Diga-se, de outra parte, que a presente lei se apresenta mais maleável no sopesamento dos direitos do locador e do locatário, em confronto

com a lei revogada. Esta levava a extremos mais distantes a proteção deste. Agora há que se levar em conta que o espírito deste novo diploma é outro. Continua a existir uma proteção ao inquilino, mas ganha o locador uma esfera maior de direitos, já que se facilita, em linha geral, a retomada do imóvel. As nulidades, fato que com a introdução do direito à renovatória no bojo da lei, a mesma proteção ao inquilino, agora em esfera maior, é para aqui transplantada. Mas leve-se em conta que existe um número maior de possibilidades de denúncia incondicionada nesta lei. Contudo, continua a ser maior a proteção da contratação do inquilino” (Nova lei do inquilinato comentada. *Op. cit.*, p. 157).

A par dessas considerações, embora não se venha a falar em cláusula puramente potestativa, pois, além do arbítrio da locatária, a renovação dependeria também de alguns fatores externos, a invalidade da cláusula — na hipótese de aceitar-se a renúncia ao direito de retomada — verifica-se pela contrariedade ao disposto no artigo 52 como pelo confronto com os objetivos da Lei n. 8.245/91, conforme apontaram os argumentos antes assinalados, o que vem a possibilitar a retomada do imóvel pela apelante, pois “[...] em matéria de aplicação de cláusula contratual ao caso concreto, a cláusula nula não operará nenhum efeito entre as partes. As cláusulas ilegais são tidas como não escritas” (Venosa, Silvio de Salvo. Nova lei do inquilinato comentada. *Op. cit.*, p. 159).

Para consolidar a idéia de ineficácia da cláusula discutida, traz-se à

baila os ensinamentos de José da Silva Pacheco, *verbis*:

“Com relação à sua abrangência e à sua imposição legal, considera-se absoluta ou de pleno direito a nulidade. É dessa natureza a cogitada pelo artigo 45. Não depende de condição. Basta a contrariedade de princípios para ter a invalidade e ineficácia da cláusula. Não precisa de ação ou sentença para declará-lo” (Tratado das locações, ações de despejo e outras. 11ª ed. revista e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 379).

As conclusões a que se chega são as seguintes: o direito constitucional à propriedade não pode vir a sofrer limitações em contrato que disponha somente em favor de um dos contraentes; o contrato de locação comercial por prazo determinado, possibilita ao locatário o exercício do direito de renovação, desde que preenchidos os requisitos inseridos no art. 51 da legislação específica; o locador, por sua vez, não está obrigado a aceitar a renovação, desde que se faça presente alguma das situações preconizadas no art. 52 do mesmo normativo; deve-se, por outro lado, considerar que estando configurada alguma das causas que permitem a negativa quanto à renovação, o direito deve ser reconhecido como corolário do direito constitucional à propriedade, do qual deflui o seu uso, gozo, disposição e fruição.

Nesse contexto, entendo possível a retomada do imóvel pela apelante, ensejando, em contrapartida, a im procedência do pedido de renovação judicial, impondo a inversão dos ônus da sucumbência, condenando a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios,

estes no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), consoante o estatuído no § 4º do artigo 20 do Código de Processo Civil, com base nas alíneas a, b e c do § 3º do mesmo dispositivo.

### III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 18 de março de 2003.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*Jorge Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.009498-1, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Jorge Schaefer Martins**

*Ação de alimentos. Recurso do Ministério Público.*

*Concubinato impuro. Existência de prole. Decisum de primeira instância que fixa alimentos em favor da concubina e da criança.*

*Apelação cível. Recurso interposto por representante do Parquet. Alegação de impossibilidade da equiparação do relacionamento adúlterino à união estável. Verba alimentar indevida em favor da concubina. Precedentes jurisprudenciais.*

*“Não constitui união estável a ligação adúltera e clandestina, embora prolongada, do homem casado que coabita com o cônjuge e preserva a posição da esposa legítima [...]” (Apelação Cível n. 2001.018677-2, de Blumenau, rel. José Volpato de Souza).*

*Verba alimentar fixada em favor da filha menor. Pretensão de majoração. Avaliação do binômio necessidade e possibilidade. Readequação do valor.*

*Provimento do recurso.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.009498-1, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante o representante do Ministério Público, sendo apeladas F. M. e S. C., esta representada por sua mãe, F. M.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por unanimidade de votos, dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

### I – Relatório

F. M., por si, e representando sua filha S. C., intentou ação de ali-

mentos contra E. P. C., alegando que viveu com o réu em união estável pelo período aproximado de um ano, advindo deste relacionamento o nascimento de uma filha, na data de 11 de julho de 1999.

Aduzindo que o genitor sempre prestou a assistência material e financeira, arcando com o pagamento do aluguel de R\$ 350,00 (trezentos e cinqüenta reais), bem como R\$ 150,00 (cento e cinqüenta reais) semanais para os demais gastos, asseverou que, de uma hora para outra e sem justificativa plausível, o réu veio a deixá-las no completo desamparo econômico e material, não restando outra alternativa senão a propositura da demanda, para que fosse fixada pensão alimentícia no patamar de R\$ 950,00 (novecentos e cinqüenta reais) para ambas.

Indeferidos os alimentos provisionais em relação a F. M. e deferido em favor da menor S. C., no valor de 2 (dois) salários mínimos, o réu, citado, não compareceu à audiência de conciliação, instrução e julgamento.

Colhido o depoimento pessoal da autora e ouvida uma testemunha, além das manifestações do procurador das autoras e da representante do Ministério Público que opinou pela procedência parcial do pedido, o Juiz *a quo* julgou-o integralmente procedente para condenar o réu ao pagamento de pensão alimentícia em favor da menor S. C. no valor de R\$ 475,00 (quatrocentos e setenta e cinco reais), bem como ao pagamento do mesmo valor à mãe da menor F. M., limitados esse último a um período de 18 (dezoito) meses.

Inconformada, apelou a representante do Ministério Público, adu-

zindo que a mãe da menor não faz jus ao recebimento de qualquer verba alimentar, pois não manteve união estável com o réu, devendo a pensão alimentícia reverter em favor da menor S. C. Alternativamente, em não sendo transferida a verba alimentar de F. M. para S. C., sejam fixados alimentos somente em favor da última, no importe de 3,5 (três vírgula cinco) salários mínimos.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

Neste grau de jurisdição, a Procuradoria-Geral de Justiça, por meio de parecer da lavra do Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros, opinou pelo provimento do apelo.

## II – Voto

No caso concreto, tendo o representante do Ministério Público atuado como *custus legis* (art. 82, I, do CPC), interpôs o presente recurso, entendendo ser a decisão proferida em primeira instância contrária à lei e aos interesses da menor S. C., na medida em que conferiu o *status* de companheira à apelada F. M., quando na verdade o relacionamento havido entre o réu e a esta não passaria de “[...] um mero relacionamento extraconjugal”.

Com efeito, faz-se necessária a análise tanto do depoimento pessoal da autora, quanto da testemunha A. O. B., a fim de que reste esclarecido que espécie de relacionamento exatamente mantiveram o réu e a apelada F. M., para que se possa eventualmente cogitar de qualquer tipo de verba alimentar.

Do depoimento pessoal da apelada F. M., extrai-se:

“[...] que vão fazer quatro anos que o réu mantém o apartamento onde conviveram; que assim que o filho do réu começou a freqüentar o prédio onde moram, a situação ficou mais complicada e o mesmo diminuiu a sua freqüência; [...] que durante o tempo de convivência, jamais o réu deixou de também conviver com a mulher e os filhos do casamento verdadeiro; que o réu não é e nem era separado de fato e ou legalmente da esposa [...]” (fl. 35)

Já o depoimento da testemunha A. O. B., nas fls. 36 e 37, esclarece o seguinte:

“[...] segundo a própria F., o réu sempre manteve a convivência com a esposa e filhos ‘verdadeiros’, e por assim dizer dava desculpas em casa de que tinha compromisso, viagem para poder permanecer com a autora e inclusive quando o mesmo lá se encontrava mantinha fechada a garagem como que querendo esconder-se”.

Outrossim, as próprias apelações, em suas contra-razões de recurso, expressamente declinaram que:

“[...] cabe informar que o réu conviveu com a primeira apelada, em uma relação de união estável, é claro que o fato de este ser casado, não era desconhecido pela apelada, porém, Excelências, trata-se do típico marido que tem uma ‘amante’, à qual engana sempre com a conversa de que o casamento não vai bem, que está para se separar, mas o problema é os filhos, mas mantém com a mesma, relacionamento duradouro, que resultou em prole” (fls. 51 e 52).

Destarte, torna-se imperioso admitir que o relacionamento havido entre o réu e a apelada F. M. se deu

durante a constância do casamento dele com a legítima esposa, sendo que em momento algum, durante a vigência de referido relacionamento, esteve ele separado legalmente ou mesmo de fato de sua cônjuge.

A propósito, os requisitos caracterizadores da união estável encontram-se presentes no artigo 1º da Lei n. 9.278/96 que apresenta a seguinte redação: “Art. 1º — É reconhecida como entidade familiar a convivência duradoura, pública e contínua, de um homem e uma mulher, estabelecida com o objetivo de constituição de família”.

Dessa forma, de pronto afasta-se a possibilidade de reconhecimento da existência de união estável entre a autora F. M. e o réu E. P. C., pois ausente o requisito essencial da publicidade da relação, mormente quando este último diminuiu suas visitas àquela e à filha “[...] assim que o filho começou a freqüentar o prédio onde moram [...]”, ou ainda, quando ia ao prédio visitá-las, “[...] mantinha fechada a garagem como que querendo esconder-se”.

Ora, quem pretende manter um relacionamento público e duradouro não omite a existência do próprio filho perante terceiros.

Contudo, além disso, outros tópicos devem ser aduzidos, tais como, a elevação da união estável ao patamar de entidade familiar pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, como se pode perceber pela simples leitura do § 3º do artigo 226, nesses termos:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.



[...]

“§ 3º Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a União Estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento”.

Assim sendo:

[...] a Carta Magna em vigor, revelando preocupação com a existência das uniões livres, a respeito das quais a lei sempre silenciou, houve por bem no § 3º de seu artigo 226, erigi-la, quando estáveis, em entidades familiares, sob a proteção do Estado, tendo tido, porém, o cuidado de registrar que, por expressa vontade do legislador constituinte, mecanismos legais deviam ser editados, de molde a proporcionar a convalidação de tais uniões em casamento, naturalmente, no interesse de ordem pública, da moral e dos bons costumes” (Pereira, Áurea Pimentel. Alimentos no direito de família e no direito dos companheiros. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, p. 111).

Posteriormente, com a vigência da Lei n. 8.971/94 surgiram alguns requisitos essenciais para ser reconhecida a união estável, capitulados no artigo 1º, *caput*, da seguinte forma: “Art. 1º. A companheira comprovada de um homem solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo, que com ele viva a mais de cinco anos, ou dele tenha prole, poderá valer-se do disposto na Lei n. 5.478, de 25 de julho de 1968, enquanto não constituir nova união e desde que prove a necessidade”.

Entretanto, referido dispositivo foi alvo de profunda insatisfação por parte dos doutrinadores pátrios e principalmente pelos tribunais, pois revelava certo descompasso com a Constitu-

ção de 1988, na medida em que permitia aos partícipes de uniões estáveis valer-se da Lei n. 5.478/68, imperativo esse que serviria apenas para regular o processamento das ações de alimentos entre parentes, jamais entre concubinos.

Diante de tal quadro, veio a lume a Lei n. 9.278/96, atualmente em vigor, que estabeleceu apenas ser necessário, para o reconhecimento da existência da união estável, que esta seja realizada entre um homem e uma mulher, de forma duradoura, pública e contínua, com o objetivo de constituir família, sendo omissa acerca da necessidade de serem os companheiros solteiros e desimpedidos, sem quaisquer vínculos matrimoniais. (art. 1º).

Em razão de tal omissão, manifestou-se a doutrina no sentido de que:

“[...] nem é possível conceber-se uma união de fato estabelecida como quer a lei (artigo 1º *in fine* da Lei n. 9.278/96), isto é: ‘com o objetivo de constituição de família’, se um dos parceiros se encontra ligado pelos laços do casamento a terceira pessoa com a mesma já tendo constituído, por força da lei, uma família legítima.

“A menos que o legislador ordinário, com descon sideração, aos princípios morais, em que deve se assentar a sociedade; à ordem pública e aos bons costumes, tenha querido precognizar, como possível, a coexistência de duas famílias: a legítima e a ilegítima, em que um dos parceiros seria, então, comum a ambas, o que seria, antes de tudo, imoral” (Pereira, Áurea Pimentel. *Op. cit.*, p. 139).



Outro não é o entendimento de Yussef Said Cahali, quando assim escreve:

“Mas, não tendo o art. 1º da Lei n. 9.278/96 repetido o revogado art. 1º da Lei n. 8.971/94, quanto a referir-se que a união do homem e da mulher capaz de gerar direito a alimentos seria apenas aquela envolvendo pessoa solteira, separada judicialmente, divorciada ou viúva, têm sido induzidos alguns autores à precipitada conclusão de que, inclusive para o reconhecimento do direito de alimentos, já não se leva em consideração o precedente estado conjugal de qualquer dos companheiros, ou conviventes.

[...]

“Com a devida vênia daqueles que sustentam esse entendimento, parece-nos que o mesmo se revela inaceitável diante do próprio tratamento constitucional da entidade familiar, posta sob a proteção da lei.

[...]

“Destaque-se, desde logo, a respeito, o testemunho altorizado de Álvaro Villaça Azevedo: Esse art. 1º não alude, expressamente, à união estável, pura ou seja, não incestuosa e não adúltera, a qual, inegavelmente, foi objeto de sua regulamentação. É certo que o § 3º do art. 226 da Constituição também não especifica nesse sentido; contudo, ambos os dispositivos legais apontam o objetivo de constituição familiar, o que impede que exista concubinato impuro (contra o casamento preexistente de um dos concubinos ou em situação incestuosa) ou concubinato desleal (em concorrência com outro concubinato puro)” (Cahali, Yussef Said. Dos

alimentos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, p. 227 e 228).

Como se não bastasse, a jurisprudência desta Casa consolidou firme orientação no sentido de corroborar o entendimento doutrinário, conforme se pode perceber pelos seguintes julgados:

“Apelação cível – Ação de dissolução de sociedade de fato c/c partilha de bens – Concubinato adúltero – União estável não caracterizada – Impossibilidade de partilha de bens – Extinção do processo com fulcro no art. 267, inc. VI, do Código de Processo Civil – Honorários de sucumbência – Exegese do art. 20 do mesmo Código – Recurso provido parcialmente.

“Não constitui união estável a ligação adúltera e clandestina, embora prolongada, do homem casado que coabita com o cônjuge e preserva a posição da esposa legítima.

“Uma vez que o procurador da parte deixou de praticar atos durante a instrução do processo, os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% do valor dado à causa” (Ap. Cív. n. 2001.018677-2, de Blumenau, rel. Des. José Volpato de Souza).

E ainda:

“Concubinato – Inexistência — União espúria – Impossibilidade de meação.

“O concubinato, no seu conceito de união *more uxorio*, não constitui a ligação adúltera e clandestina, embora prolongada, do homem casado, que no entanto ainda coabita com o cônjuge, e preserva a posição da esposa legítima [...] (Ap. Cív. n. 2001.022126-8, de Lages, rel. Des. José Volpato de Souza).

Por fim:

“Agravado de instrumento – Ação de reconhecimento e dissolução de sociedade de fato – Alimentos provisórios concedidos em tutela antecipada – Impossibilidade em virtude do companheiro ser casado – Configuração do concubinato impuro – *Omissis*.

“1. ‘A cessação da relação concubinária só obriga a prestação de alimentos se o companheiro de quem são eles pleiteados for solteiro, separado judicialmente, divorciado ou viúvo’ (Ap. Cív. n. 1997.011171-1, rel. Des. João José Schaefer)” (Agravado de Instrumento n. 2001.022953-6, de São José, rel. Des. Mazoni Ferreira).

Nesse contexto, pelas razões até então expostas, fica absolutamente inviável a concessão de alimentos à apelada F. M., ante a impossibilidade de reconhecimento da união estável neste caso concreto.

Por outro lado, são necessárias ainda algumas digressões acerca da verba alimentar devida à apelada S. C., pois pleiteia a representante do Ministério Público que os alimentos fixados à mãe sejam revertidos agora em favor da menor, ou, alternativamente, alcance o patamar equivalente a 3,5 (três vírgula cinco) salários mínimos.

A fixação de verba alimentar exige a observância, pelo julgador, do binômio possibilidade do alimentante e necessidade do alimentado, por força do disposto no artigo 1.694, § 1º, do novo Código Civil (antigo artigo 400 do Código Civil de 1916).

Dentro desse âmbito tem-se que as necessidades da filha menor são evidentes no caso concreto, pois se trata de criança ainda nos primeiros anos de vida, conforme se pode perce-

ber da certidão de nascimento acostada à fl. 12, o que exige a prestação de cuidados inerentes à faixa etária em que se encontra, havendo expressa referência à necessidade de cuidados médicos, como mencionado pela testemunha A. O. B.

De outra parte, inexistem nos autos provas efetivas do *quantum* auferido mensalmente pelo alimentante, apenas os informes de que se trata de empresário de médio porte, possuindo alguns bens, sem que eles tenham sido infirmados em razão de sua revelia.

Mas também é inegável que possua outra família, obviamente tendo que suportar as despesas a ela atinentes.

Assim, considerando-se tais elementos de aferição, majora-se os alimentos devidos à filha do réu para o importe pleiteado alternativamente pela representante do Ministério Público.

Diante disso, voto pelo provimento do recurso para negar o direito à verba alimentar em relação à genitora devido à incoerência de união estável e, em contrapartida, majorar os alimentos devidos à filha para o patamar de 3,5 (três vírgula cinco) salários mínimos.

### III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues, e dela participou, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionísio Jenczak, exarando parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Ramos de Medeiros.

Florianópolis, 11 de março de 2003.

Carlos Prudêncio,  
Presidente, para o acórdão;  
Jorge Schaefer Martins,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 2002.023113-0, DE SÃO JOSÉ DO CEDRO**

**Relator: Des. Jorge Schaefer Martins**

*Ação de cobrança. Contrato de seguro com cláusula de cobertura para fatos havidos em país estrangeiro.*

*Vistoria no veículo, emissão da guia de pagamento e entrega do valor à corretora. Sinistro ocorrido no dia seguinte no Paraguai. Atendimento da seguradora com pagamento de guincho e transporte do motorista.*

*Proposta rejeitada posteriormente pela seguradora em virtude de falha na informação referente ao bônus. Valor compensado e devolvido após decorrido o prazo de quinze dias para a recusa. Aplicação do contido na Circular n. 47 da Susep – Superintendência de Seguros Privados.*

*Aceitação implícita do seguro. Contrato válido.*

*Sinistro ocorrido após o vencimento da primeira parcela do prêmio, mas antes da data limite para o pagamento. Boleto bancário e contrato padrão não apresentados pela seguradora. Ônus que lhe competia, ante a relação de consumo estabelecida entre as partes.*

*Irresignação contra os valores pretendidos. Validade dos orçamentos apresentados, assim como da nota fiscal atinente ao atendimento médico. Danos pessoais e indenização civil pagas pelo condutor do veículo responsável pelo evento, irmão do segurado. Responsabilidade solidária do proprietário. Afirmação em juízo de terem as quantias sido por ele suportadas. Credibilidade não ilidida pela seguradora.*

*Abatimento do valor da franquia. Correção da pretensão. Desconto do bônus. Ausência de demonstração inequívoca do erro em seu estabelecimento. Correção monetária e juros de mora.*

*Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2002.023113-0, da comarca de São José do Cedro, em que é apelante Cláudio Paulo Franck e apelada Trevo Seguradora S.A.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I – Relatório**

Cláudio Paulo Franck intentou ação de cobrança contra Trevo Seguradora S.A., pleiteando pagamento de indenização devida em decorrência de contrato de seguro de automóvel.

Aduziu que, apesar da previsão contratual de cobertura de sinistros ocorridos fora do País, mediante cláusula de extensão de perímetro, a ré negou-se a efetivar o pagamento da indenização correspondente às despesas provenientes de acidente de trânsito ocorrido na República do Paraguai em 19-10-1999.

Afirmou ainda que o contrato, com vigência de 15-10-1999 a 15-10-2000, é válido e eficaz, inclusive em razão da quitação da primeira parcela do prêmio convencionado, tendo a seguradora disponibilizado serviço de guincho à época do sinistro.

Entendendo que deve ser ressarcido pelos gastos efetuados com o automóvel, despesas médicas e funerária das vítimas, além de indenização proveniente de sentença condenatória prolatada no país vizinho, postulou a condenação da ré ao pagamento de ditos valores, que totali-

zam R\$28.067,83 (vinte e oito mil, sessenta e sete reais e oitenta e três centavos), acrescidos de juros ordinários e compostos desde a data do respectivo desembolso, bem como correção monetária, custas processuais e honorários advocatícios no percentual de 20% (vinte por cento).

Citada, a ré ofereceu contestação, arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial e ilegitimidade ativa, além de denunciar à lide a corretora de seguros, responsável pela proposta apresentada.

No mérito, asseverou que não houve contratação de seguro em razão da recusa da proposta por conter informações inverídicas acerca do bônus securitário.

Igualmente, atestou que o cheque utilizado para pagamento do prêmio à Corretora não é do autor, além de ter sido emitido apenas em 20-10-1999, ou seja, um dia após a ocorrência do sinistro.

Informou ainda que o valor desembolsado foi ressarcido ao autor, diante da não-concretização do contrato de seguro.

Negando ter arcado com o serviço de guincho, refutou os valores postulados e impugnou os documentos acostados à exordial.

Por fim, requereu alternativa-mente o abatimento das quantias referentes à franquia obrigatória e ao prêmio, pugnando pelos juros de mora em 0,5% ao mês, a contar da citação.

Houve réplica.

Afastadas as preliminares e negada a denunciação à lide, foi realiza-

da audiência de conciliação, a qual restou inexitosa.

Produzidas as provas orais em audiência e apresentadas as alegações finais, o Magistrado *a quo* julgou improcedente o pedido, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios ao patrono da ré, estes no valor de R\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos reais).

Irresignado, o autor interpôs recurso de apelação, ao argumento de que houve o pagamento do prêmio à corretora em data anterior ao vencimento da primeira parcela.

Além disso, asseverou que o automóvel estava coberto provisoriamente diante da vistoria realizada um dia antes do sinistro.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

## II – Voto

Em primeiro lugar, esclarece-se que o contrato de seguro pactuado entre as partes é válido, uma vez que a rejeição da proposta pela seguradora é inapta a gerar efeitos.

Com efeito, embora não haja prova da data específica de recebimento da proposta, analisados os documentos acostados à prefacial, verifica-se que a guia para pagamento de seguro, GDPS n.º 1921860, emitida pela apelada, prevê o vencimento da primeira parcela do prêmio para 15-10-1999, podendo-se concluir que a seguradora, para confeccioná-la, tinha conhecimento prévio da proposta.

Ademais, de levar-se em conta o depoimento prestado pela corretora na folha 160, no qual afirma que a seguradora recebeu a proposta se-

te dias antes do sinistro, ocorrido em 19-10-1999.

Por outro vértice, a ré fundamenta a recusa na correspondência acostada a fl. 51, recebida pela corretora em 23-11-1999, documento este que, embora remeta às comunicações pretéritas referentes a 3-11-1999 e 9-11-1999, não lhes indica o conteúdo, desmerecendo seu valor probatório com relação aos demais elementos constantes dos autos.

Portanto, decorridos mais de quinze dias entre o recebimento da proposta e a recusa, ocorreu a aceitação implícita, conforme o disposto na Circular n. 47 da Susep – Superintendência de Seguros Privados, nestes termos:

“Art. 1º A contratação de qualquer seguro só poderá ser feita mediante proposta assinada pelo interessado, seu representante legal ou por corretor registrado, exceto quando através de bilhete de seguro.

[...]

“§ 20 A sociedade seguradora disporá do prazo de 15 (quinze) dias para a recusa da proposta, contados da data de seu recebimento, em caso de seguro ou renovação.

[...]

“§ 5º A ausência de manifestação por escrito da sociedade seguradora quanto ao não-acolhimento da proposta, nos prazos acima fixados, caracterizará a aceitação implícita do seguro, devendo a emissão da apólice obedecer ao disposto no artigo 3º”.

Determinada a validade do contrato, aprecio a questão relativa à indenização securitária.

Conforme entendimento uníssono desta Corte, a interpretação do presente caso deve levar em consideração os propósitos do Código de Defesa do Consumidor, diploma legislativo que reflete nas relações de consumo tratamento diferenciado, objetivando igualar as forças das partes envolvidas, vez que o consumidor, via de regra, está em posição de desvantagem.

A par disso, incide a presunção de hipossuficiência do consumidor e de veracidade de suas alegações, cabendo ao fornecedor (de produtos ou serviços) refutá-las.

A propósito, colhe-se da jurisprudência:

“Apelação cível – Ação de cobrança – Contrato de seguro de imóvel – Vendaval – Incerteza sobre sua ocorrência – Aplicação do CDC – *Onus probandi* da seguradora – Alegações do réu não elididas — Recurso deprovido.

“As relações entre segurador e segurado devem ser analisadas sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor e, assim, as alegações erigidas pelo segurado, enquanto não derrogadas por provas em contrário, presumem-se verdadeiras, pois à seguradora cabe o ônus da prova” (Ap. Cív. n. 01.019981-5, de São José, rel. Des. José Volpato de Souza, julgado em 18 de junho de 2002).

E ainda:

“Civil – Contrato de seguro contra incêndio – Perda parcial do bem – Obrigação de indenizar o prejuízo resultante do risco assumido – Exegese do art. 1.458 do Código Civil – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor.

“*Omissis*.

“Aplicam-se os princípios e regras do Código de Defesa do Consumidor à relação jurídica existente entre empresa seguradora e seus clientes, a teor do art. 3º, § 2º, da Lei n. 8.078/90” (Ap. Cív. n. 2000.024636-0, de Seara, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, julgado em 10 de outubro de 2002).

Feitas essas considerações, passo a discorrer acerca da obrigação ou não da seguradora em indenizar.

No caso concreto, o apelante recebeu guia para pagamento do seguro com vencimento em 15-10-1999, tendo ocorrido a vistoria no veículo em 18-10-1999 e o sinistro em 19-10-1999.

Entretanto, a corretora pagou o prêmio à seguradora mediante cheque emitido em 20-10-1999, compensado apenas em 26-10-1999 e, portanto, após a ocorrência do acidente, gerando, à primeira vista, a legitimidade na recusa à indenização em decorrência da mora.

Ocorre que, embora não haja recibo de pagamento do prêmio pelo segurado, há de se considerar que este foi efetuado à corretora antes do vencimento da primeira parcela.

É que, aplicando-se os preceitos previstos no Código do Consumidor, o depoimento prestado pela própria corretora de seguros, admitindo ter recebido o valor antes do vencimento do prêmio, é suficiente para considerar em favor do segurado a presunção de pagamento pontual.

Para tanto, transcrevo:

“Que o autor tinha um veículo F-1000, segurado junto à requerida,

com caráter internacional, tendo a deponente encaminhado a proposta, eis que é corretora de seguros, tendo sido recebida pela ré e, sete dias após houve um sinistro (colisão), *tendo o autor pago um sinal quando efetuou a proposta*" (fl. 160).

Ora, o recebimento da primeira parcela do prêmio pela corretora antes do vencimento gera a obrigação da seguradora, pois reveste-se o corretor, perante o pretense segurado, da personalidade da própria instituição securitária, em razão da situação de preposição em que atua.

Domingos Afonso Krieger Filho sintetiza a situação ao expor:

"Com relação ao segurador, pensamos que deva-se distinguir a forma pela qual se exterioriza a atividade do corretor: se realiza suas operações em escritórios ou dependências das seguradoras, trazendo ou sendo procurado neles pelos clientes ou se, munido de propostas e documentos destas, sai a público oferecendo e vendendo seus seguros.

"Na primeira hipótese, não temos dúvida de que o corretor deve ser considerado verdadeiro preposto do segurador, dado que, em tal situação, impossível não é se vislumbrar a influência que a marca ou o nome deste incute ao consumidor, que inexoravelmente passa a vê-lo neste contexto como empregado daquele, legalmente habilitado a praticar atos em seu nome [...]

"Assim, firmado o seguro por falha do corretor, seja por que motivo for, deve o segurador cumprir com a obrigação assumida, devendo recuperar regressivamente dele o que pa-

gou indevidamente ao segurado ou aos beneficiários.

"Na segunda situação, isto é, quando sai a público munido de propostas ou outros documentos do segurador no intuito de angariar clientes, não vemos também como afastar a vinculação deste, só que não com fundamento na preposição, mas no da teoria da aparência, que reputa válidos os negócios realizados por terceiros de boa-fé com a pessoa que aparenta ser o representante de outrem" (O contrato de seguro no Direito brasileiro. Niterói, RJ: *Frater et Labor*, 2000, p.110 e 111).

No mesmo sentido, colhe-se da jurisprudência:

"Seguro – Pagamento de prêmio – Quitação outorgada por empresa de corretagem – Validade – Existência de patente relação de representatividade entre a seguradora e a corretora, eis que a contratação da garantia, via de regra, é feita por intermédio de corretores que agem como prepostos ou representantes dos seguradores perante seus possíveis clientes" (Ap. Cív. n. 822.354-3, 1ª Câmara do TACivSP, rel. Des. Correia Lima, julgado em 4 de junho de 2001, *in* RT 795/222).

Contudo, em que pese a comprovação da responsabilidade da apelada pela explanação *retro*, o inconformismo da apelante também merece acolhida por outros fundamentos que passo a expor.

Na verdade, mesmo que se considere o fato de que a seguradora recebeu o repasse da corretora somente após o vencimento da primeira parcela do prêmio, deve-se atentar que, ao compensar o cheque, aceitou



a responsabilidade contratual para com o segurado.

Neste diapasão, tenho por bem transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito no REsp n. 202613, julgado em 12 de junho de 2000, quando afirmou: “A responsabilidade da empresa seguradora nasce com a identificação do contrato, o que se dá ou com a emissão da apólice ou com a prova do recebimento das parcelas”.

Inequívoca, assim, a responsabilidade da seguradora, diante da ausência de elementos para elidir a pretensão do segurado, ônus que lhe competia, em razão da relação de consumo existente entre os litigantes.

Outrossim, silente a seguradora acerca de qualquer cláusula especial porventura existente em seus contratos de adesão, deverá prevalecer a seguinte previsão, conforme extraído de compêndio específico de cláusulas gerais de contratos de seguro:

“Fica entendido e ajustado que qualquer indenização por força do presente contrato somente passa a ser devido depois que o pagamento do prêmio houver sido realizado pelo Segurado, o que deve ser feito no máximo até a data-limite prevista para este fim, no documento de cobrança, junto à rede bancária” (Albuquerque, J. B. Torres de. Seguros no Direito Brasileiro. Campinas: Book-seller, 2002, p. 29).

Portanto, para que o segurado tenha direito à indenização, deverá proceder primeiramente ao pagamento do prêmio, que, por sua vez, deverá ser realizado até a data-limite, ou seja, o prazo permitido para o pa-

gamento do prêmio após o vencimento.

Esta data é determinada no próprio boleto bancário, no caso, na guia para pagamento de seguro, que, conforme a praxe anotada pelas instituições, é de 15 (quinze) dias.

Repiso, levando-se em consideração que a presente relação é regida pelos princípios do direito do consumidor, em que a hipossuficiência do segurado deve ser compensada na proporção da desigualdade estabelecida entre as partes, embora não tenha a apelada anexado a guia, na qual é previsto o prazo da data-limite, ônus que lhe competia, deverá ser considerada aquela utilizada usualmente pelas instituições financeiras.

Desse modo, vencida a primeira parcela do prêmio em 15-10-1999, e compensado o cheque pela seguradora em 26-10-1999, torna-se efetuado o pagamento dentro da data-limite, que se esgotaria somente em 30-10-1999, segundo a praxe acima referida.

Para alicerçar este raciocínio, transcreve-se o artigo 4º do Dec. 61.589/67, *verbis*:

“Art 4º Nenhuma indenização decorrente do contrato de seguro poderá ser exigida sem a produção de provas de pagamento tempestivo do prêmio.

“§ 1º Se o sinistro ocorrer dentro do prazo de pagamento do prêmio sem que êle (*sic*) se ache efetuado, o direito à indenização não ficará prejudicado se o segurado cobrir o débito respectivo ainda naquele prazo”.

Acerca do assunto, reproduz-se a seguinte decisão, exarada

pelo TACivSP, na Apelação Cível 873.578-2, rel. Juiz Rubens Cury, julgada em 26-1-2000:

*“Indicação no boleto bancário de data-limite para pagamento do prêmio quinze dias após seu vencimento – Segurado que efetua o adimplemento da prestação após o vencimento, mas antes da data-limite – Manutenção da cobertura securitária que se impõe, mormente se a seguradora não devolveu ou estornou a quantia paga”.*

Do corpo do acórdão, extrai-se o seguinte excerto:

[...]

*“Em relação ao recurso da ré, Cia. Real Brasileira de Seguros S.A. este não merece provimento.*

*“É que a sentença está, também aí, muito bem-lançada.*

*“Alega a seguradora apelante que ‘indivíduo é que a sentença desprezou os termos contratuais’, porque o Manual do Segurado, juntado pela própria autora, explícita, nas ‘Condições Específicas do Seguro’, que:*

*‘Fica entendido e ajustado que qualquer indenização por força do presente contrato somente passa a ser devida depois que o pagamento do prêmio houver sido realizado pelo segurado, o que deve ser feito, no máximo, até a data-limite prevista para este fim, na nota do seguro’ (sem grifos no original).*

*“Nos autos não se encontra nenhuma nota de seguro que indique a data-limite para o recolhimento do prêmio.*

*“Os únicos documentos a respeito são os colacionados pela autora a F. que se constituem em ‘recibos*

*do sacado’, extraídos das respectivas fichas de compensação, que repetem as instruções do cedente (seguradora), e que, é certo, significam as notas de seguro ou traduzem as suas condições.*

*“O documento de F. refere-se à prestação focada nesta espécie.*

*“Revela ele a data do vencimento (12-1-1998) e as instruções para ‘Após o vencimento pagar no Banco Real (mora de 0,2% ao dia). Não receber após 15 dias do vencimento’.*

*“Não poderia a ficha de compensação conter instrução diferente da nota de seguro, que tem o efeito de mera fatura.*

*“O que a seguradora apelante confunde é data de vencimento com a data-limite para pagamento.*

*“No caso, a data do vencimento estava estabelecida para 12-1-1998 e a data-limite para quinze dias do vencimento, após o que o prêmio não mais poderia ser recebido.*

*“Assim, o bem estaria coberto pelo seguro, como estava, ainda que o pagamento do prêmio tivesse sido feito até quinze dias após o vencimento, e neste caso, como o permissivo do próprio emitente, foi feito no dia 14-1-1998, como bem salientado no juízo a quo, ‘apenas dois dias de atraso’ em relação ao vencimento.*

*“Afim, como recebimento do prêmio, já que não houve qualquer devolução ou estorno, mesmo que com dois dias de atraso, a seguradora aceitou os riscos da cobertura” (sem grifo no original).*

Ressalta-se, ainda, que a seguradora chegou a disponibilizar serviço de guincho ao segurado, assim como

pagou as despesas de táxi, conforme se infere da declaração prestada na folha 50, em relação à qual não logrou êxito em retirar a veracidade, além do já mencionado depoimento testemunhal da corretora na folha 160, segundo a qual “verificado o sinistro, no Paraguai foi este comunicado à depoente por telefone, oportunidade em que comunicou a seguradora, tendo esta, imediatamente, encaminhado um táxi e um guincho para o país vizinho, visando ao atendimento ao sinistrado, tendo sido pagos táxi e guincho pela seguradora [...]”.

Quanto à rejeição da apelada à proposta de seguro em razão do uso indevido de bônus, mesmo que a recusa não tenha validade, porquanto o contrato de seguro já operava entre as partes em decorrência dos quinze dias (Circular n.º 47 da Susep), não podendo a seguradora valer-se de expediente unilateral para rescindi-lo, vale dizer que ulterior verificação pela seguradora de que o bônus não era devido, alterando o valor do prêmio, por si só, não justifica a resolução contratual, haja vista que se trata de questão técnica, não incidente na natureza do contrato, o risco, tampouco no seu bem, bastando para a solução da controvérsia o pagamento da diferença a maior, mormente quando ocorre em parcelas, possibilitando o acréscimo fracionado.

Ademais, sua resolução se justificaria se o segurado não tivesse agido com boa-fé ao prestar as informações, o que não se denota no caso em comento, porquanto não há qualquer prova, tampouco indício neste sentido.

Da mesma forma, sabendo-se que a má-fé não se presume, cabendo à seguradora demonstrá-la a fim de eximir-se da obrigação contratual, torna-se válida a celebração, mediante a atualização do valor do prêmio.

A propósito, já decidi esta Corte:

*“Apelação Cível. Ação de cobrança. Seguro de vida. Alegação de moléstia preexistente ao contrato de seguro. Má-fé não demonstrada. Onus probandi. Inteligência dos arts. 1.443 e 1.444 do Código Civil. Honorários advocatícios. Redução. Recurso parcialmente provido.*

*‘Se não demonstrado convincentemente ter o segurado agido de má-fé ou que a omissão, ao prestar informações, foi intencional, o contrato é válido, devendo a seguradora efetuar o pagamento do benefício. Dispensando a seguradora, no contrato, exame médico, há que se crer na palavra do segurado, cabendo àquela provar a má-fé deste. Em caso de dúvida, resolve-se em favor do segurado’ (JC 72/395)” (Ap. Cív. n. 2000.003781-8, de Criciúma, julgado em 10 de outubro de 2002).*

Constatada a obrigação de indenizar, passa-se à análise do *quantum* indenizatório.

Primeiramente estabeleço que o estorno do prêmio efetuado pela seguradora em 25-11-1999 em nada altera o juízo apresentado, porquanto deverá ser abatido da indenização devida.

No que tange à impugnação dos três orçamentos apresentados em relação aos danos materiais, ao argumento de que não há prova da quitação, não há ser considerada, posto

que tais documentos servem apenas para determinar o montante necessário ao reparo do veículo sinistrado.

Além disso, não há qualquer demonstração de que os elementos contidos nos orçamentos apresentados são inexatos ou não verdadeiros, restando ausentes provas para elidi-los, razão pela qual se impõe o reconhecimento do valor postulado.

No que concerne às despesas médicas, aos danos pessoais e à indenização civil, totalizando a quantia de R\$ 19.890,93 (dezenove mil, oitocentos e noventa reais e noventa e três centavos), são estes igualmente devidos na forma pretendida.

É que tanto a Nota Fiscal (fl. 60), como o Recibo (fl. 62) e o Acordo Indenizatório nas folhas 63 a 66 constituem documentos aptos a comprovar o pagamento de despesas havidas com as vítimas do acidente Armindo Barbosa de Oliveira e Laura Fransa de Oliveira, visto que, além de se revestirem de verossimilhança, a seguradora limitou-se a impugná-los genericamente, não apresentando qualquer elemento capaz de suprimi-los.

O fato de os documentos serem redigidos em espanhol, como já salientado pela autoridade judiciária de primeiro grau, em nada interfere na sua apreciação, posto que a língua utilizada é de fácil compreensão.

Por sua vez, os valores atribuídos ao documento na folha 62 e à indenização, embora expressos originalmente na moeda local, devem ser considerados por estarem corroborados por demonstrativo de taxa de câmbio hábil, não embasando a seguradora, novamente, sua irrisignação, tam-

pouco no tocante à atualização monetária indicada na folha 60.

No tocante à indenização civil, o fato de o acordo extrajudicial ter sido assinado pelo irmão do apelante não impede seu reconhecimento, porquanto a titularidade do pacto não afeta o direito ao ressarcimento, posto que o irmão do apelante foi o causador direto do dano, vindo a sofrer inclusive ação penal por homicídio e lesão corporal perante a Justiça paraguaia.

A recusa do pagamento sob a alegação de que o responsável pela quitação das despesas foi o irmão do apelante não pode prosperar, porquanto o próprio irmão do apelante, Claudio Paulo Franck, em depoimento na folha 148, afirma que “o autor foi quem providenciou o pagamento das despesas, repassando o numerário para o depoente”.

Em segundo lugar, sabe-se que a responsabilidade pelo sinistro é solidária, respondendo nas indenizações decorrentes de acidente de trânsito tanto o condutor do automóvel como seu proprietário.

Finalmente, destaca-se que não é permitido à seguradora escusar-se do pagamento da obrigação contratada, se vigente o seguro à época e ocorrido o acidente coberto pela apólice, sob pena de enriquecimento ilícito.

Nesse contexto, voto pelo provimento do recurso, para reformar a sentença de primeiro grau e, em consequência, julgar procedente o pedido, condenando a ré ao pagamento da indenização pleiteada, acrescida de juros legais a partir da citação e correção monetária a contar do desembolso.

Também deve arcar com as despesas processuais e honorários advocatícios, estes no percentual de 20% sobre o valor da condenação.

Ressalva-se, no entanto, do valor total postulado e ora reconhecido, o abatimento do prêmio atualizado, ou seja, sem o desconto referente ao bônus de 35% (trinta e cinco por cento), procedendo-se igualmente ao desconto da franquia, uma vez que o segurado não manifestou qualquer irresignação nesse tocante.

### III – Decisão

Ante o exposto, deu-se provimento ao recurso.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio, participando também, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Dionísio Jenczak.

Florianópolis, 25 de fevereiro de 2003.

*Orli Rodrigues,*  
*Presidente, para o acórdão;*  
*Jorge Schaefer Martins,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 2003.002977-0, DE CANOINHAS

**Relator: Des. Newton Janke**

*Ato administrativo. Controle judicial. Legalidade e legitimidade. Decreto expropriatório. Finalidade da desapropriação.*

*1. À luz do princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF), é lícito ao Poder Judiciário a análise da legalidade e da legitimidade do ato administrativo, não podendo imiscuir-se no seu mérito, de modo a subtrair ao Administrador Público a sua atuação discricionária.*

*2. O decreto expropriatório deve indicar, explicitamente, a finalidade do ato administrativo, a fim de possibilitar a fiscalização de eventual desvio de finalidade e impedir, conseqüentemente, a expropriação para atender a interesses privados, sem qualquer cunho de utilidade pública ou de interesse social.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 2003.002977-0, da comarca de Canoinhas, em que é apelante o município de Canoinhas, sendo apelados Marcos Zipperer e Doralice Ruthes Zipperer:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Sem custas.

1. Trata-se de apelação interposta pelo município de Canoinhas

contra a sentença que, em ação de desapropriação ajuizada contra Marcos Zipperer e sua mulher Doralice Ruthes Zipperer, julgou extinto o processo mediante o indeferimento da petição inicial em virtude de o decreto desapropriatório não declinar a finalidade do ato.

Sustenta o apelante, em resumo, que, no âmbito da ação de desapropriação, o controle jurisdicional limita-se à legalidade do ato administrativo, não podendo, por conta disso, sopesar a oportunidade ou a conveniência do decreto expropriatório em questão.

Considera que houve afronta ao interesse público e ao princípio constitucional da separação dos poderes, enfatizando que o decreto registra, expressamente, a finalidade da desapropriação, ao reportar-se ao art. 148 da Lei Orgânica do Município que se ocupa da “educação superior”.

Requeru, ao final, a reforma do *decisum*.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do eminente Procurador Tycho Brahe Fernandes, alviou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2. A controvérsia gravita em torno de duas questões, a saber: a) o controle jurisdicional sobre os atos administrativos; b) a presença, no decreto expropriatório, da finalidade da desapropriação.

Em respeito ao princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional (art. 5º, inciso XXXV, da CF), ao Poder Judiciário incumbe a análise da legalidade e legitimidade do ato administra-

tivo, não podendo imiscuir-se no seu mérito, subtraindo ao administrador público a discricionariedade da sua atuação, pautada nos critérios de conveniência e oportunidade.

Segundo Hely Lopes Meirelles, “a competência do Judiciário para a revisão de atos administrativos restringe-se ao controle da legalidade e da legitimidade do ato impugnado. Por legalidade entende-se a conformidade do ato com a norma que o rege; por legitimidade entende-se a conformidade com os princípios básicos da Administração Pública, em especial os do interesse público, da moralidade, da finalidade e da razoabilidade, indissociáveis de toda atividade de pública [...]”.

“Ao Poder Judiciário é permitido perquirir todos os aspectos de legalidade e legitimidade para descobrir e pronunciar a nulidade do ato administrativo onde ela se encontre, e seja qual for o artifício que a encubra. O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito administrativo, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial” (*in* Direito Administrativo Brasileiro, 11ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 665 e 666).

Estando vinculada a declaração expropriatória a um decreto ou lei, o exame da legalidade e da legitimidade do ato administrativo impõe a análise da competência do sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade, como, aliás, já decidiu a Corte catarinense:

“Ao Poder Judiciário, no exame da legalidade do ato administrativo,



cabe analisar os fatos, os fundamentos e a causa, por meio de motivação expressa, sendo, contudo, defeso adentrar na área incognoscível do ato discricionário, que pertence, única e exclusivamente, à Administração, sob pena de ingerência indevida” (TJSC, ACMS n. 2001.025589-8, rel. Des. Volnei Carlin, j. 27-3-02).

E é esta a hipótese dos autos, porquanto o Juízo *a quo*, sem questionar o interesse público inerente à desapropriação, fundamentou na generalidade da redação do art. 2º do Decreto n. 17/2000 a extinção do feito pela ausência de explicitação da finalidade do ato expropriatório.

A validade do decreto expropriatório depende, conforme Hely Lopes Meirelles, da identificação do bem, do seu destino e do dispositivo legal que autoriza a desapropriação (*in ob. cit.*, p. 573).

De fato, no caso concreto, o decreto municipal não declinou a finalidade da desapropriação, limitando-se, genericamente, a reportar-se a outra norma municipal (art. 148, § 1º, da Lei Orgânica Municipal), referente a “escolas de nível superior” (fl. 24).

Seabra Fagundes, em clássica obra dedicada à desapropriação, assenta que “a finalidade é o resultado prático que com o ato se procura trazer à ordem jurídica, ou, como define Bonnard, é ‘o resultado final a que deve atingir o objeto do ato’.

“A atividade administrativa sendo condicionada pela lei à obtenção de determinados resultados, não pode a Administração Pública deles se desviar, demandando resultados diversos dos visados pelo legislador. Os atos administrativos devem procurar

produzir as conseqüências, que a lei teve em mira quando autorizou a sua prática, sob pena de nulidade” (*in Da Desapropriação no Direito Brasileiro*, São Paulo: Freitas Bastos, 1942, p. 249).

O decreto expropriatório deve indicar, explicitamente, a finalidade do ato administrativo a fim de possibilitar a fiscalização de eventual desvio de finalidade e impedir, conseqüentemente, a expropriação para atender a interesses privados, sem qualquer utilidade pública ou interesse social.

Pergunta-se daí: Que instituição de ensino superior será a destinatária do imóvel? Qual a destinação do bem? Será para a edificação de um prédio de salas de aula? Ou será para uma área de lazer ou recreação? Ninguém sabe, nem poderá sequer suspeitar dado o hermético laconismo do decreto editado pela administração municipal.

Tem-se, a propósito, o seguinte precedente:

“Administrativo. Desapropriação. Finalidade social. Inocorrência. I — Conquanto ao Judiciário seja defeso incursionar sobre a oportunidade e conveniência de desapropriação, pode e deve ele escandir os elementos que indicam a legitimidade do ato bem como à finalidade, pois, aí, reside o freio à discricionariedade, por isso que a declaração de utilidade pública terá de indicar, precisamente, o fim a que se destina a expropriação. II – Tendo em conta o interesse público, é vedado à administração desapropriar ‘para construção de imóveis’ sem especificar a perseguição do interesse público, é dizer, a finalidade. III – Se a finalidade referida no decreto



expropriatório é fraudada, desmerece-se, por si própria, a desapropriação” (STJ, REsp n. 1.225/ES, rel. Min. Geraldo Sobral, RSTJ 13/272).

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, lavrando parecer pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Procurador Tycho Brahe Fernandes.

Florianópolis, 27 de março de 2003.

*Volnei Carlin,*  
*Presidente, com voto;*  
*Newton Janke,*  
*Relator.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.022585-7, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Agravo de instrumento – Mandado de segurança – Ensino superior – Aluno inadimplente – Negativa de matrícula – Ausência de fumus boni juris e periculum in mora – Liminar cassada – Lei n. 9.870/99, art. 5º – Recurso provido.*

*Não obstante o art. 205 da CF assegurar o direito à educação, há, por outro lado, observar-se a proteção à livre iniciativa econômica, prevista no art. 170, parágrafo único, da mesma Lei Magna, amparada, ainda, no art. 5º da Lei n. 9.870/99.*

*Se o estudante tem o direito de adquirir conhecimento, o estabelecimento de ensino também tem o de receber a respectiva contraprestação, visto que são as mensalidades a fonte de custeio e manutenção da entidade, pois “os alunos já matriculados, salvo quando inadimplentes, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual” (art. 5º da Lei n. 9.870/99).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.022585-7, da comarca de Blumenau, em que é agravante a*

*Fundação Universidade Regional de Blumenau – Furb, sendo agravada Janecler Luzia Maba:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, à unanimidade, prover o agravo.

Custas legais.

Fundação Universidade Regional de Blumenau – Furb interpôs agravo de instrumento contra decisão do MM. Juiz da Vara da Fazenda Pública da comarca de Blumenau que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Janecler Luzia Maba, deferiu a matrícula da agravada, a qual se encontra em débito com as mensalidades.

Asseverou que, não obstante a universidade ter natureza pública, não poderia arcar com todos os débitos decorrentes da inadimplência de seus alunos, visto que se mantém quase que exclusivamente dessas prestações. Discorreu acerca da dificuldade de cobrança desses valores, ressaltando que a vedação da matrícula seria atitude legítima e procedente, uma vez que diversas foram as tentativas de renegociação da dívida. Por fim, observou que a relação existente entre a Fundação e o aluno seria contratual, e que o descumprimento de uma parte ensejaria o da outra.

Em despacho de fls. 79 e 80, foi negado o efeito suspensivo.

Foram oferecidas as contra-razões, às fls. 83 a 90.

Encaminhados os autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, às fls. 46 a 50, manifestou-se pelo provimento do agravo.

É o necessário relatório.

Com efeito, razão assiste à agravante.

Dispõe o art. 5º da Lei n. 9.870/99:

“Art. 5º — Os alunos já matriculados, *salvo quando inadimplentes*, terão direito à renovação das matrículas, observado o calendário escolar da instituição, o regimento da escola ou cláusula contratual” (grifei).

Assim, depreende-se do preceito legal que a Fundação, ao impedir a matrícula dos inadimplentes, está apenas exercendo o seu direito, respaldado pelo princípio do *exceptio non adimpleti contractus*, inexistindo, dessa forma, o alegado direito líquido e certo da agravada verificado, liminarmente, pelo *fumus boni juris* e *periculum in mora*, pois a partir de uma lesão não pode nascer um direito.

Dessa forma, não obstante o art. 205 da CF assegurar o direito à educação, há, por outro lado, observar-se a proteção à livre iniciativa econômica, prevista pelo art. 170, parágrafo único, da mesma Carta Legal.

Se a estudante tem o direito de adquirir conhecimento, o estabelecimento de ensino também tem o de receber a respectiva contraprestação, visto que são as mensalidades a fonte de custeio e manutenção da entidade.

É o entendimento deste egrégio Tribunal de Justiça:

“Ensino superior – Aluno inadimplente – Matrícula indeferida – Mandado de segurança – Liminar casada.

“Aluno inadimplente não tem direito à matrícula em estabelecimento de ensino privado (Lei n. 9.870/99, art. 5º)” (AI n. 2002.003260-3, de Concórdia, rel. Des. Newton Trisotto).

Diante do exposto, em face da incomprovação do *fumus boni juris* e

do *periculum in mora*, provejo o agravo de instrumento para cassar a liminar do mandado de segurança, que concedeu a matrícula da aluna sem o efetivo pagamento das mensalidades em atraso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs.

Des. Rui Fortes e Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Basílio Elias de Caro.

Florianópolis, 14 de março de 2003.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.002958-0, DE JOAÇABA

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Direito empresarial e processual civil. Cautelar inominada. Depósito em caução. Sócio-gerente. Abuso de poder. Legitimidade passiva para responder pelos prejuízos causados. Nulidade de alteração do contrato social. Necessidade de redistribuição dos lucros. Alegação de ausência de sentença transitada em julgado. Irrelevância. Verossimilhança do direito alegado e perigo de dano irreparável. Incongruência entre a situação cautelandada e a decisão guerreada. Situação, porém, que não prejudica a agravante. Falta de interesse recursal.*

*A verificação do fumus boni iuris, para efeito de concessão de medida cautelar, é resultado da livre apreciação pelo magistrado das alegações trazidas pelo autor e das provas eventualmente apresentadas. É por conseguinte insensato supor que a verificação da verossimilhança dependa do trânsito em julgado de sentença proferida em processo de conhecimento.*

*Ainda que se verifique inadequada a medida cautelar liminarmente concedida, revelando-se estéril em relação ao direito que se quer proteger, é necessário haver interesse recursal do agravante para que a decisão possa ser modificada pelo juízo ad quem.*

*“Deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer. A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de outras teses, sem conseqüências concretas para a fixação da disciplina do caso levado à apreciação do juiz” (José Carlos Barbosa Moreira).*

*O sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação que busque reparação por atos praticados com abuso de poder (Decreto n. 3.708, de 1919, arts. 10 e 11).*

*A nulidade de alteração contratual que modifica a proporção das quotas sociais distribuídas entre os sócios gera o dever de restituição pelos sócios que tenham sido ilicitamente beneficiados.*

*Quando falta a causa, ou é esta injusta, o enriquecimento é reprovado. A condenação da ordem jurídica se manifesta por uma sanção civil, que consiste na obrigação imposta ao enriquecido de restituir o que recebeu por injusto locupletamento (Orlando Gomes).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.002958-0, da comarca de Joaçaba, em que é agravante Indústria Metalúrgica União Ltda. e agravado Arcoelino Arcangelo Giero:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Indústria Metalúrgica União Ltda. contra decisão liminar proferida em sede de cautelar inominada, sendo agravado Arcoelino Arcangelo Giero.

O Juiz *a quo* determinou a intimação da empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon para que esta depositasse 50% do valor dos alugueres devidos à empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda. Fundamentando a decisão, considerou que o agravado comprovou documentalmente deter 50% do capital social da empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., bem como a existência do contrato de aluguel.

Em sua insurgência, aduziu a agravante que a empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda. seria parte legítima a figurar no pólo passivo. Acrescentou que, em decorrência de modificação no contrato social, deixou de fazer parte do quadro societário. Alegou que continua *sub judice* a discussão a respeito da participação social do agravado, prevalecendo as alterações contratuais devidamente registradas na Junta Comercial. Considerou que o pagamento de 50% do valor da locação deveria ocorrer do líquido resultante, descontados os tributos e as despesas envolvidas, como o pagamento por serviço de contabilidade. Por derradeiro, protestou contra o deferimento da medida sem que houvesse audiência de justificação prévia.

Negado o efeito suspensivo, seguiu-se a intimação do agravado, transcorrendo *in albis* o prazo para o oferecimento de contraminuta.

2. Nega-se provimento ao recurso.

2.1. O sócio-gerente de sociedade por quotas de responsabilidade limitada é parte legítima para figurar no pólo passivo de ação que busque

reparação por atos praticados com abuso de poder (Decreto n. 3.708, de 1919, arts. 10 e 11).

Cuida-se de medida cautelar inominada liminarmente concedida, ordenando o depósito de quantia referente a contrato de aluguel. Os litigantes formaram empresa de quotas de responsabilidade limitada, denominada Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., para atuar no ramo de comercialização de combustíveis, cada qual integrando a sociedade com 50% das ações.

Em determinado momento divergiram os sócios (Indústria Metalúrgica União Ltda. e Arcoelino Arcangelo Giero) quanto a um aumento de capital, e a agravante unilateralmente decidiu pelo aumento, injetando ela própria o capital e decretando-se sócia majoritária. Desse momento em diante, segundo alegou o agravado, a agravante passou a gerir sozinha a empresa.

Foi então intentada ação para anular a alteração contratual que permitiu à empresa Indústria Metalúrgica União Ltda. tornar-se sócia majoritária. A ação foi julgada procedente em primeira instância, sobrevivendo recurso de apelação da ré. Enquanto tramitava nesta Corte o recurso, o sócio Arcoelino Arcangelo Giero ajuizou medida cautelar inominada visando à obtenção de depósito que garantisse o pagamento dos haveres eventualmente apurados em ação de prestação de contas.

Nessa circunstância, verifica-se que a agravante é parte legítima a figurar no pólo passivo da demanda. Isso porque, na qualidade de sócia-gerente, tem a obrigação de prestar contas aos demais sócios, ou, no caso, ao ou-

tro sócio. Apurada irregularidade na distribuição dos lucros, não é a empresa, mas, sim, o sócio-gerente, responsável pela restituição dos valores de que se apropriou indevidamente (Decreto n. 3.708, de 1919, arts. 10 e 11).

2.2. A legitimidade da agravante independe de esta continuar ou não a fazer parte da empresa, pois o dever legal de prestar contas e o de restituir valores eventualmente devidos não se extingue com a saída da sociedade.

2.3. Verifica-se no caso concreto a presença dos pressupostos para a concessão da medida cautelar.

A agravante argumentou que continua *sub judice* a discussão a respeito da participação social do agravado, o que, no seu entender, inviabilizaria a medida cautelar, prevalecendo as alterações contratuais devidamente registradas na Junta Comercial. Porém, a verificação do requisito da verossimilhança da alegação para a concessão de medida cautelar em nada se relaciona com a existência de sentença transitada em julgado.

No caso em apreço, o Magistrado comparou as alegações do autor com os documentos juntados e descreveu com bastante clareza, na fundamentação, os motivos que o levaram a entender presente o requisito da verossimilhança.

A verificação da plausibilidade do direito alegado, para efeito de concessão de medida cautelar, é resultado da livre apreciação pelo magistrado das alegações ofertadas pelo autor e das provas eventualmente apresentadas. Em nada se relaciona com a existência de sentença transitada em julgado a respeito da nulidade da atacada

alteração contratual. A pendência de recurso não prejudica a verossimilhança do alegado, que, ao contrário, é reforçada pela existência de sentença proferida na demanda de conhecimento, após cognição plena e exauriente do mérito.

Ademais, o recurso já foi apreciado por esta Corte, tendo a extinta Quarta Câmara Civil negado provimento à Apelação Cível n. 1999.005876-0, com trânsito em julgado na data de 19 de novembro de 2002. No voto lavrado pela eminente Des. Maria do Rocio Luz Santa Ritta, consignou-se:

“Em casos que a sociedade limitada possui apenas dois sócios, sendo ambos detentores do mesmo número de quotas sociais, não pode um deles, sem expressa autorização do outro, efetuar alteração no ato constitutivo da empresa, de modo a aumentar capital social, se este prevê, em sua redação original, que as deliberações sociais deverão ser tomadas de comum acordo” (j. 28-6-2001).

A nulidade da alteração contratual que modifica a proporção das quotas sociais distribuídas entre os sócios gera o dever de restituição pelos que tenham sido ilicitamente beneficiados com a distribuição de lucros superior à que têm direito.

No caso concreto, a agravante ter-se-ia locupletado ilicitamente com a retenção dos lucros, que deveriam ser igualmente divididos com o agravado, ao tempo em que este não teria percebido a proporção que lhe era de direito nos resultados da empresa.

Na doutrina de Orlando Gomes, quando “falta a causa, ou é injusta, o enriquecimento é reprovado. A condenação da ordem jurídica se manifesta

por uma sanção civil, que consiste na obrigação imposta ao enriquecido de restituir o que recebeu por injusto locupletamento” (Obrigações. Rio de Janeiro: Forense, 1999. p. 251).

Nesse contexto, irrepreensível a avaliação do douto Magistrado *a quo* a propósito da presença do *fumus boni iuris*.

Já o perigo de dano irreparável restou caracterizado com a perspectiva de quebra da ré, como devidamente esclarecido na decisão objurgada, e não combatido pela agravante, sendo desnecessário reexaminar a matéria.

2.4. A decisão guerreada, todavia, baseou-se no aparentemente falso pressuposto de que a agravante continuaria a perceber alugueres da empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda. Entremostrando-se falso esse pressuposto, resulta frustrada a medida no intuito de assegurar o direito cautelando.

A ré, durante o período em que geriu a empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., locou o único imóvel desta à empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda. A decisão de primeiro grau determinou que esta última depositasse a metade do valor dos alugueres.

A empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda., que até então não entrara na lide, tendo sido intimada da decisão, manifestou-se nos autos informando que sublocara o imóvel à empresa Shell do Brasil S.A., responsável pelo pagamento dos referidos alugueres à empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda.

A Shell do Brasil S.A., de seu turno, manifestou-se nos autos confirmando ter sublocado o imóvel, além de ser a responsável por repassar o valor dos alugueres à empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., prontificando-se a cumprir a liminar.

Não se vislumbra, a princípio, nenhuma utilidade neste provimento, em relação ao direito que se quer acautelar. No caso em apreço, o sócio Arcoelino Arcangelo Giero teria sido lesado com a alteração nula do contrato social, em decorrência da qual a agravante, Indústria Metalúrgica União Ltda., ter-se-ia beneficiado ilicitamente. Por esse motivo teria ajuizado a medida cautelar procurando assegurar o pagamento do valor indevidamente auferido pela requerida, consubstanciado o perigo de dano irreparável no receio da insolvência desta.

Porém, a decisão profligada alcançou o patrimônio da empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., sem atingir o patrimônio da requerida no processo cautelar e ora agravante, Indústria Metalúrgica União Ltda.

À agravante, que, segundo informa, não mais integra os quadros da empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., seria indiferente a medida cautelar.

2.5. O recurso, por conseguinte, não pode ser conhecido no que pertine ao valor a ser depositado em juízo, por faltar interesse recursal à agravante.

Ainda que ineficaz a medida no sentido de acautelar o direito sob ameaça, a decisão em nada ofende ao di-

reito da agravante, que não possui legitimidade para questionar a liminar que ordenou à empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda. depositar em juízo a metade do aluguel que paga à empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda.

Afinal, a relação jurídica afetada pela decisão agravada envolve somente as empresas Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda., Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda. e Shell do Brasil S.A., ou seja, não envolve a recorrente. Qualquer daquelas três empresas teria interesse para recorrer da decisão. Mas a agravante não.

O reexame de conteúdo decisório pela Corte estaria, em regra, adstrito à matéria impugnada, à evidência de prejuízo para a recorrente.

Assim, se o *quantum* a ser depositado pela empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda. é ou não excessivo, é matéria que não influencia a esfera jurídica da agravante, que, por conseguinte, não é parte legítima para discutir a matéria.

A respeito da legitimação para recorrer, é oportuna a doutrina de José Carlos Barbosa Moreira:

“Deve aferir-se ao ângulo prático a ocorrência da utilidade, isto é, a relevância do proveito ou vantagem cuja possibilidade configura o interesse em recorrer. A razão de ser do processo não consiste em proporcionar ocasião para o debate de outras teses, sem conseqüências concretas para a fixação da disciplina do caso levado à apreciação do juiz. Nem pode a atividade do aparelho judiciário do Estado servir de instrumento para a solução de questões acadêmicas” (Comentári-



os ao Código de Processo Civil. Rio de Janeiro: Forense, 1976. vol. 5, p. 279).

Como disserta Pontes de Miranda, para que alguém tenha interesse de agir “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” (Comentários ao Código de Processo Civil. 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1995, p. 69).

Assim, mesmo que a agravante esteja em desacordo com a liminar deferida, falta-lhe interesse jurídico para discutir a ordem dirigida à empresa Abastecedora de Combustíveis Bordignon Ltda.

Na fundamentação do *decisum* de primeira instância constou que,

“com a vinda de fatos novos e provas melhores com a contestação, a medida poderá ser cassada” (fl. 9). Embora se afigure recomendável, no caso, a alteração do provimento cautelar, para que atinja o patrimônio da agravante, e não da empresa Abastecedora de Combustíveis Corgiero Ltda., o agravo de instrumento, como exposto, não merece prosperar.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Nelson Schaefer Martins e Maria do Rocio Santa Ritta.

Florianópolis, 4 de setembro de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.015821-1, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Depósito. Alegação de troca indevida das mercadorias penhoradas. Ausência de prova. Fé pública da declaração do oficial de justiça. Presunção que não impede o equívoco quanto a assuntos que requeiram conhecimento técnico. Inviabilidade, na hipótese, de prisão civil.*

*A fé pública de que gozam as declarações dos oficiais de justiça deve ser compreendida como presunção de lealdade no exercício das suas funções e compromisso de não faltar com a verdade, o que não significa exatidão sobre assuntos que requeiram conhecimento técnico.*

*A determinação de um ‘valor de mercado’ é necessariamente uma estimativa, não havendo como se eleger uma declaração verdadeira ou inverídica a respeito. Ademais, o lapso temporal de diversos anos pode influir sensivelmente no preço de um produto, devido à*

*mudança das condições do mercado, além da deterioração natural do material penhorado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.015821-1, da comarca de Blumenau, em que é agravante Banco do Brasil S.A. e agravados To You Bordados Ltda., Hermes João Ohf e Giani Cristine Arenhart Ohf:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto por Banco do Brasil S.A. contra decisão proferida em sede de execução, sendo agravado To You Bordados Ltda., Hermes João Ohf e Giani Cristine Arenhart Ohf.

O Dr. Juíz *a quo* rejeitou o pedido de prisão do depositário, considerando não ter ficado provado terem sido substituídas as malhas penhoradas. Considerou que o oficial de justiça, não sendo especialista em tecidos, poderia ter-se equivocado na valoração dos bens.

Em sua insurgência, o agravante alegou que as camisetas entregues em depósito não foram as mesmas a serem devolvidas pelo depositário. Alegou que em decorrência da substituição das mercadorias o valor da penhora caiu dos R\$ 284.060,00, da avaliação, para R\$ 69.471,10. Reque-reu a reforma da decisão para que seja decretada a prisão civil.

Negado o efeito suspensivo, seguiu-se a intimação dos agravados, que apresentaram contraminuta argumentando que não houve troca das

camisetas e atribuíram a diferença dos valores ao lapso temporal de seis anos transcorridos entre a primeira e a segunda avaliações, aliado às mudanças na economia no mesmo período e à falta de conhecimento técnico no ramo de malharia do oficial de justiça que fez a primeira avaliação.

2. Nega-se provimento ao recurso.

Alegou o agravante a substituição das mercadorias pelo depositário, fato que teria causado prejuízo à satisfação de seu crédito. O ônus da prova, seguindo a regra do art. 333, I, incumbe a quem alega.

Não se vislumbra, na espécie, motivo para considerar violado o dever de guarda dos bens penhorados. Foram entregues em depósito 20.290 camisetas, e devolvidas 20.218. A diferença de quantia, diante do total, pode justificar-se por erro na primeira ou na segunda contagem, levando-se em consideração o elevado número de malhas, além de se tratar de uma diferença relativamente pequena, de aproximadamente 0,35%. Cumpre ao Juízo *a quo* decidir se releva a diferença ou exige do depositário o pagamento do valor correspondente.

Mas a questão principal parece ser a diferença entre o valor atribuído às mercadorias na primeira e na segunda avaliações. Nesse ponto não assiste melhor sorte ao agravante. A fé pública de que gozam as declarações dos oficiais de justiça deve ser compreendida como presunção de lealdade e compromisso de não faltar com a verdade, sendo justificável o engano

quanto a assuntos que requeiram conhecimentos técnicos.

Ademais, a determinação de algo como um “valor de mercado” é necessariamente uma estimativa, não havendo como se eleger uma declaração verídica ou inverídica a respeito.

O argumento do transcurso de seis anos, levantado pelos agravados, é igualmente relevante, em decorrência não apenas de mudança nas condições do mercado, mas de desvalorização por conseqüência do envelhecimento natural do produto em depósito.

Não há no presente recurso qualquer menção às características das camisetas para que se possa cogitar da alegada troca. Não foi provado, tampouco, que o depositário tenha violado o dever de conservação dos

bens, dolosa ou culposamente, o que, aliás, sequer se alega.

Dessarte, não se desincumbiu o agravante do ônus de provar que a diferença entre as avaliações seja conseqüência da infidelidade do depositário.

Inviável na espécie, pois, a decretação da prisão civil, merecendo mantida a decisão do eminente magistrado Francisco de Oliveira Neto.

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz e Maria do Rocio Luz Santa Ritta.

Florianópolis, 28 de agosto de 2003.

*Pedro Manoel Abreu,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.019206-3, DE BARRA VELHA

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Agravo de instrumento — Execução hipotecária — Pretensão à desconstituição de penhora sobre bens que, em garantia de execução pelo agravante proposta, já haviam sido constritados — Bens, entretanto, abrangidos na garantia hipotecária dada em favor dos agravados — Condição de terceiro interessado presente — Ilegitimidade recursal afastada — Procurador do recorrente — Impedimento inexistente — Reclamo desacolhido.*

*Detém legitimidade recursal, por configurada a condição de terceiro interessado, a instituição financeira para buscar, por meio de agravo de instrumento, a desconstituição da penhora que, em execução hipotecária, vinculou bens que, em precedente execução por si proposta contra a mesma executada, já haviam sido penhorados.*

*Nos termos do art. 30, item I, da Lei n. 8.906/94, o assessor jurídico de Prefeitura Municipal somente está impedido de exercer a advocacia em detrimento dos interesses da Fazenda Pública que o remunera.*

*A garantia hipotecária prestada por construtora e incorporadora em escritura pública de confissão de dívida, abrange, não só o terreno dado em garantia, como também as edificações nele construídas. Ainda mais quando, por disposição contratual expressa, a garantia se estende às benfeitorias na área existentes ou que venham a existir.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.019206-3, da comarca de Barra Velha, em que é agravante o Banco Bradesco S.A., sendo agravados Moacir da Cunha e Mauri da Cunha:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, após afastar as preliminares argüidas, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

### **I — Relatório**

Banco Bradesco S.A., na qualidade de terceiro interessado, interpôs agravo de instrumento contra a decisão que, nos autos da execução hipotecária ajuizada por Moacir da Cunha e Mauri da Cunha contra da Frantz e Magalhães – Construtora e Incorporadora Ltda., indeferiu o pedido do agravante para que seja decretada a anulação da execução desde a penhora.

Noticiou terem os agravados alegado, na inicial executória, que se tornaram credores da empresa Frantz e Magalhães – Construtora e Incorporadora Ltda., no montante de 135.000 URVs, dívida essa garantida pela hipoteca de um imóvel com área de 520m<sup>2</sup>,

razão pela qual requereram que a penhora recaísse sobre o bem citado.

Alegou, outrossim, que muito embora tenham os credores pleiteado que a penhora fosse efetuada sobre o imóvel, nos termos do art. 655, § 2º, do CPC, o oficial de justiça, contrariando o que lhe foi determinado, penhorou quarenta vagas de garagem e vinte e oito apartamentos.

Assim, em face do procedimento adotado pelo meirinho, insurgiu-se nos autos com o objetivo de ver resguardada sua preferência, uma vez que sobre os bens penhorados anteriormente havia recaído constrição judicial em seu favor, nos autos da Execução n. 21/96, que tramita na comarca de Barra Velha.

Argumentou que a garantia que os credores/agravados detêm limita-se ao próprio imóvel, não podendo, dessa forma, a penhora se estender às benfeitorias existentes sobre este, situação que contraria frontalmente o disposto no art. 655, § 2º, do CPC.

Acrescentou que, se fosse para ser mantido o posicionamento adotado pelo juiz singular, deveria a penhora ser realizada não apenas sobre o terreno, mas também sobre todas as unidades nele edificadas, uma vez

que o prédio é composto de várias delas. Entretanto, foram constritadas apenas aquelas unidades que desde 19-6-96 encontravam-se penhoradas em favor do agravante, restando as demais sem qualquer ônus.

Defendeu sua legitimidade para recorrer da decisão guerreada na qualidade de terceiro prejudicado, posto que, a persistir o despacho atacado, só os bens que já foram penhorados nos autos de execução em que figura como exequente é que serão levados à hasta pública, causando grave dano ao seu direito creditício.

Finalizando, pugnou pela concessão de efeito suspensivo, bem como pelo provimento, ao final, da insurgência manifestada, com a consequente anulação da execução a partir da penhora, inclusive.

Pela decisão de fl. 47, restou negado o efeito suspensivo almejado.

Em resposta, aduziram os recorridos, em preliminar, o impedimento do procurador do agravante para representá-lo em juízo, posto ter sido ele investido no cargo de assessor jurídico do município de Barra Velha, o que o impossibilita para o exercício da advocacia.

Ainda, em preliminar, invocaram a ilegitimidade recursal do agravante para o agravo de instrumento interposto, por falta de interesse processual e pela impossibilidade jurídica do pedido, haja vista que não é ele parte na execução e também não comprovou ser credor hipotecário dos bens constritados ou ter qualquer direito de preferência sobre eles.

No mérito, requereram a manutenção da decisão vergastada, acenando que a hipoteca foi também es-

tendida a todas as benfeitorias que porventura tenham sido feitas sobre o imóvel dado em garantia, razão pela qual deve ser negado provimento ao recurso.

A Procuradoria-Geral de Justiça, eximiu-se de oficiar no feito, em face da não obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público no recurso em questão.

## II — Voto

Improspéravel a insurgência recursal intentada pela instituição financeira agravante.

De início, no entanto, impõem-se analisadas as prefaciais abordadas pelos recorridos.

Aduzaram eles, num primeiro plano, não possuir o procurador do demandante capacidade postulatória para a interposição do agravo de instrumento deduzido, uma vez estar ele impedido de exercer a advocacia, posto que, pela Portaria n. 035/2001, foi nomeado para exercer o cargo em comissão de Assessor Jurídico do município de Barra Velha (fl. 62).

Todavia, ao inverso das aduções lançadas na resposta recursal, o procurador signatário da inicial deste agravo de instrumento não se encontra impedido para postular em favor do recorrente, impedimento esse que ocorreria apenas se, nos autos que originaram a manifestação insurgencial, figurasse como parte ou interessada a Fazenda Pública empregadora, o que não acontece na hipótese.

É exatamente nesse sentido o disposto no art. 30 da Lei n. 8.906/94 — Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil, quando grifa:

“São impedidos de exercer a advocacia:

“I – os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunerem ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

Não discrepando, inscreve-se na jurisprudência pátria:

“Ocupando o advogado subscritor da exordial, cargo especial na Câmara Legislativa do Distrito Federal, fica o mesmo impedido de exercer a advocacia contra a entidade empregadora a que é vinculado (Inteligência do art. 30 do Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil)” (TJDF, MS n. 20000020050986, rel. Des. Lécio Resende, j. 19-6-01).

Impertinentes, pois, os argumentos tecidos, nesse tópico, pelos recorridos!

Já no que diz respeito à argüição de ilegitimidade recursal do agravante, igualmente sem razão os recorridos.

Como se vê, o interesse do agravante está fundamentado na circunstância de terem sido penhorados, posteriormente à constrição realizada nos autos da execução em que figura ele como credor, os mesmos bens no processo executório aforado pelos agravados.

E, visando a defender seus interesses, insurgiu-se o agravante nos autos, tendo como objetivo proteger-se de eventual venda judicial dos bens penhorados, o que lhe causaria sérios danos.

Ainda que parte estranha à mencionada execução, o agravante é inquestionavelmente, no referente à

decisão impugnada, terceiro prejudicado.

Isso porquanto os bens penhorados, e sobre os quais recaiu a determinação judicial constitutiva, como já mencionado, estão a garantir também a execução pelo agravante aforada contra os mesmos devedores.

E o nosso Diploma Instrumental Civil, em seu art. 499, confere legitimidade recursal, não só à parte propriamente dita, mas igualmente ao terceiro prejudicado com a decisão judicial.

Assim:

“O terceiro prejudicado está legitimado a agravar de instrumento das decisões interlocutórias proferidas em causas discutidas entre outras partes, se o provimento judicial lhe for gravoso” (RT 582/128).

Professa, sobre o tema, o preclaro Nelson Nery Junior:

“Terceiro prejudicado é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, isto é, aquele que poderia ter ingressado no processo como assistente simples ou litisconsorcial (CPC 50 ou 54), está legitimado para interpor qualquer recurso, inclusive embargos de declaração. Configurada sua legitimidade para recorrer, o terceiro deve demonstrar em que consiste seu interesse em recorrer, isto é, o nexo de interdependência entre seu interesse em impugnar a decisão e a relação jurídica por ela decidida. A norma regula, portanto, a legitimidade e o interesse recursal do terceiro prejudicado. O terceiro prejudicado não é assistente” (Código de Processo Civil Comentado, 5ª ed.,

São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 968).

Não divergindo, tem proclamado esta Corte:

“Agravado de instrumento. Terceiro prejudicado pode interpô-lo, bastando demonstrar, para a tanto ser admitido, o nexos de interdependência entre o seu interesse de intervir e a relação jurídica submetida à apreciação judicial” (AI n. 9.460, da Capital, rel. Des. Wilson Guarany).

“Destarte, pelo temperamento da regra do art. 499 do pergaminho processual, no que concerne à legitimidade do terceiro prejudicado em recorrer, há que se entender que ele só o deverá fazer e, em consequência, só haverá de se lhe reconhecer essa legitimidade quando a decisão lhe provocar um prejuízo e quando o recurso lhe for imprescindível como único meio hábil previsto no ordenamento jurídico para debelar o mal causado, porque a previsão e existência de outro remédio específico de pronta e igual eficácia, como sói ser o de embargos de terceiro, fulmina e faz desaparecer o seu interesse jurídico em recorrer e, em decorrência, a incidência da norma mencionada” (AI n. 96.007049-4, de São Carlos, rel. Des. Gaspar Rubik, j. 3-4-97).

“Agravado de instrumento. Apelação interposta em mandado de segurança por terceiro prejudicado. Legitimidade reconhecida. Provimento.

“O terceiro, preterido na lide, que tem direito seu passível de afetação pela sentença mandamental, tem legitimidade para recorrer nos termos do art. 499 do Código de Processo Civil” (AI n. 10.383, de Joinville, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 26-3-96).

“Agravado de instrumento — Terceiro prejudicado — Legitimidade recursal.

“Pode o terceiro prejudicado interpor recurso, bastando que demonstre o nexos de interdependência entre o seu interesse jurídico de intervir e a questão submetida à apreciação judicial” (AI n. 10.327, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Eder Graf, j. 13-2-96).

Explicitado isso, no mérito o desprovimento do recurso está a se impor, pois não está com a razão o Banco insurgente.

Diferentemente do almejado pelo agravante, em execução hipotecária, a qual tem por objeto a cobrança de dívida garantida com hipoteca de imóvel, outro bem não poderá ser penhorado senão o próprio dado em garantia.

Exatamente pela circunstância narrada é que não prevalece o argumento da instituição financeira de que a sua penhora, por ter sido realizada anteriormente, teria preferência com relação àquela efetuada nos autos da execução ajuizada pelos agravados.

Inquestionavelmente, em se tratando de operação garantida por hipoteca, a preferência para a penhora incide, por disposição legal expressa, sobre os bens alvo da própria garantia.

É o que ressalta do art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil, quando expressa:

“Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia”.

Revela-se totalmente correta, portanto, a constrição judicial efetiva-



da nos autos da execução hipotecária, nos termos do registro constante da matrícula do imóvel colacionado à fl. 19.

Além do mais, a Escritura Pública de Confissão de Dívida com Garantia Hipotecária é muito clara ao mencionar que a garantia do imóvel se estende “inclusive com as benfeitorias neles existentes ou que venham a existir” (fls. 43 e 43v.), razão pela qual a preferência está, irremediavelmente, com o credor que detém a garantia real, muito embora outra constrição judicial tenha-se efetivado sobre os mesmos bens, relativamente à execução diversa, cujo exequente não se encontra beneficiado pela mesma garantia e preferência.

Em seus comentários sobre o tema, enfatiza Ernane Fidélis dos Santos:

“O credor poderá impugnar a nomeação de bens, quando ela não obedecer a gradação legal (art. 656, I), caso em que deverá apontar o bem que entende ser preferencial, na forma do art. 655.

Segundo a lei, quando se tratar de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora deverá recair sobre a coisa dada em garantia, independentemente de nomeação (art. 655, § 2º), o que tem levado parte da doutrina a entender que, em tais casos, inútil é a faculdade conferida ao devedor. O art. 656, II, no entanto, diz que a nomeação será considerada ineficaz, se não versar sobre bens designados no contrato, mas com ressalva expressa: ‘salvo convindo o credor’, o que parece permitir a indicação com aquiescência do exequente” (Manual de Direito Processual Ci-

vil, vol. 2, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, p. 144).

No mesmo sentir, Tupinambá Miguel Castro do Nascimento explica que inexistente:

“relação dependente entre o valor da coisa, ou coisas dadas em garantia e o valor da dívida, ou obrigação, que importe, a cada amortização desta, a exoneração automática e proporcional do valor da coisa, ou coisas [...]. Enquanto restar, por menor que seja, parte da dívida ou da obrigação, toda a coisa ou coisas, integralmente, permanecem vinculadas à garantia” (Penhor e Anticrese. Rio: Ed. Aide, 1986, p. 20 e 21).

Não destoia a ensinança do mestre Carvalho Santos que, ao comentar o art. 755 do Código Civil, deixou observado:

“A coisa dada em garantia fica sujeita, no seu todo e em cada uma de suas partes, ao pagamento da dívida. E por tal forma é gravada a coisa, que pela dívida responde qualquer que seja o lugar em que se encontre, ou condição jurídica que lhe seja imposta” (Código Civil Brasileiro Interpretado, vol. X, Rio: Freitas Bastos, 9ª ed., 1964, p. 7).

Enfrentando o assunto, frisou este Pretório:

“Agravado de instrumento. Nomeação de bens à penhora. Oferta de parte da garantia hipotecária em segundo grau. Objeção do credor. Ineficácia reconhecida. Deferimento de constrição sobre o restante da garantia.

“É da lei que ‘incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem: na execu-

ção de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia' (CPC, art. 655, § 2º).

"E, na jurisprudência, 'Enquanto restar, por menor que seja, parte da dívida ou da obrigação, toda a coisa, ou coisas, integralmente, permanecem vinculadas à garantia' (AI n. 6.585, de São Bento do Sul, rel. Des. Amaral e Silva, DJ de 5-8-92)" (AI n. 97.007556-1, de Gaspar, rel. Des. Francisco Borges).

"Penhora — Incidência sobre todos os bens objeto de penhor — Alegado excesso por estar pago 60% (sessenta por cento) da dívida — Agravo desprovido — CPC, art. 655, § 2º — Precedentes jurisprudenciais.

"Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia.

"Enquanto restar, por menor que seja, parte da dívida ou da obrigação, toda a coisa, ou coisas, integralmente, permanecem vinculadas à garantia" (AI n. 6.585, de São Francisco do Sul, rel. Des. Amaral e Silva).

"Processual civil. Penhora.

"Em se tratando de dívida garantida por penhor mercantil, a penhora 'independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia' (CPC, art. 655, § 2º).

"Agravo desprovido" (AI n. 96.010671-5, de Brusque, rel. Des. João José Schaefer).

"Havendo bens vinculados à garantia do cumprimento da obriga-

ção, deve a penhora prioritariamente recair sobre eles, sendo aceitável a substituição se admitida pelo credor (STJ)" (AI n. 96.002576-6, de Blumenau, rel. Des. Paulo Gallotti).

"Processo de execução. Nomeação de bens à penhora. Cédula rural hipotecária. Recusa do credor. Incidência da penhora sobre o bem objeto da garantia. Inteligência do art. 655, § 2º, do CPC.

"Em se tratando de execução de crédito pignoratício, salvo convindo ao credor, a penhora recairá sobre a coisa dada em garantia, independentemente de nomeação. Em tal caso, como o bem constitutivo da garantia está predestinado à satisfação do crédito, não tem relevância a nomeação preexistente do devedor" (AI n. 99.013210-2, de Tubarão, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

No mesmo sentido deixamos registrado na Apelação Cível n. 98.011994-4, de Lages:

"Penhora. Incidência sobre o bem garantidor do débito executado.

"Em se tratando de execução de cédula de crédito comercial com garantia hipotecária, a penhora, *ex vi* da cogência da norma insculpida no art. 655, § 2º, do Código de Processo Civil, incide obrigatoriamente sobre o bem dado em garantia, com a inobservância de tal preceito implicando em nulidade da constrição, impondo-lhe a renovação".

De forma idêntica já disseram outros tribunais pátrios:

"O devedor hipotecário, obviamente, não tem escolha: nem poderá oferecer à penhora bens diversos daqueles hipotecados e nem partes dos

mesmos, ou alguns dos mesmos. Isso significa dizer que a penhora deverá recair, necessariamente, na totalidade dos bens gravados, sem opção para o devedor, salvo se o credor concordar com solução diversa” (rel. Juiz Carlos Ortiz, TACivSP, JB 41/268).

“Nos termos do art. 655, § 2º, do CPC, em se tratando de execução hipotecária, a nomeação de bens à penhora é inteiramente despicienda, haja vista que a constrição judicial há de recair sobre a coisa dada em garantia. Portanto, é esta a penhora natural, que obrigatoriamente deve ser feita nas execuções dessa qualidade. É claro que, se for o caso, a ampliação poderá vir a ser futuramente determinada, uma vez constatada a insuficiência de bens, ou a impossibilidade de execução específica” (ADCOAS 1985/105.001).

“Processo civil. Crédito hipotecário. Formalidades legais. Inocorrência de ampliação de penhora. Na execução de crédito hipotecário ou pignoratício, a penhora, independentemente de nomeação, há de recair sobre a coisa dada em garantia, rendendo homenagem aos arts. 655, § 2º, e 655, inciso II, do Código de Processo Civil, não havendo de ser confundida com ampliação de penhora a decisão que tivera por objeto dar cumprimento à regra ora enfocada. Agravo de instrumento conhecido e improvido” (TJDF, AI n. 680496, rel. Des. Romão C. Oliveira, j. 16-9-1996).

“Hipoteca e penhora – Inaceitação do credor que em processo de execução a penhora recaída sobre o bem hipotecado em garantia da dívida. Impossibilidade por excesso de garantia e coação indevida ao devedor.

“O bem dado em garantia hipotecária é um privilégio antecipado do credor que vê, de logo, seu crédito garantido no caso de impagamento. Todavia, essa garantia previamente aceita condiciona que a penhora, que é garantia de cunho processual, efetivamente recaia sobre o bem hipotecado. Caso contrário ficariam existindo concomitantemente duas garantias sobre uma mesma dívida, o que se constitui no excesso de direito do credor e uma coação indevida ao devedor.

“Agravo provido” (TJRS, AI n. 193014792, Sétima Câmara Cível, rel. Des. Wellington Pacheco Barros, j. 26-5-93).

Adotando idêntico entendimento, tem exposto o colendo Tribunal de Justiça do Distrito Federal:

“Execução hipotecária — Penhora — Exclusão do princípio de nomeação por parte do devedor.

“1. Nos termos do § 2º do artigo 655 do Código de Processo Civil, ‘na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia’. Nesses casos, em que os créditos são considerados privilegiados, elimina a lei a faculdade de nomeação de bens à penhora por parte do devedor, devendo recair sobre os bens gravados, que só podem ser substituídos por tolerância e aquiescência do credor.

“2. Recurso conhecido e improvido” (AI n. 20010020005907, rel. Des. Haydevalda Sampaio, j. 30-4-01).

“Direito processual civil. Agravo de instrumento. Antecipação dos efeitos da tutela. Substituição de garantia hipotecária por títulos da dívida pública —

Descabimento — Art. 655, § 2º, do CPC. Recurso conhecido e provido à unanimidade.

“I — A teor do § 2º do art. 655 do Código de Processo Civil, em se tratando de execução com garantia hipotecária, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia, descabida, assim, a pretendida substituição da garantia hipotecária por títulos da dívida pública, como antecipação dos efeitos da tutela, porque não ouvida a parte credora.

“II — Recurso conhecido e provido à unanimidade” (AI n. 20010020024285, rel. Des. Wellington Medeiros, j. 10-9-01).

Para arrematar, colhe-se da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito civil. Credor hipotecário. Preferência. Penhora do bem hipotecado por credor diferente. Arrematação. Preferência reconhecida ao credor hipotecário. Recurso provido.

“I — Na linha da jurisprudência desta Corte, a preferência do credor hipotecário independe de sua iniciativa na execução ou na penhora.

“II — A arrematação de imóvel gravado de hipoteca garante ao credor hipotecário a preferência no recebimento de seu crédito em relação ao exequente” (REsp n. 162.464/SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. 3-5-01).

“Processo civil. Execução de dívida por penhor cédular. Penhora dos bens dados em garantia independente de nomeação. Agravo desprovido.

“Não viola os arts. 620, 659, § 2º, e 685, I, CPC, acórdão que determina a

incidência da penhora sobre a totalidade dos bens dados em garantia pignoratícia e hipotecária cedularmente constituída, independentemente de nomeação” (AGA n. 50119/GO, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

Ademais, muito embora não houvesse qualquer edificação no imóvel quando da realização do financiamento garantido por hipoteca, nada impede que agora, já existente acessões sobre o bem, que a constrição judicial recaia sobre os apartamentos e garagens construídos.

Do mesmo modo, não existe óbice quanto à possibilidade de penhorar apenas tantos apartamentos quantos forem necessários para a garantia da dívida, e não a integralidade do imóvel, o que, certamente, poderia ser considerado excesso de penhora.

Dessarte, mais uma vez não há ser acolhida a insurgência do agravante, uma vez que nenhuma das irregularidades suscitadas puderam ser vislumbradas.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou a respeito desse tema:

“Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Vários bens hipotecados. Possibilidade da penhora de um único bem.

“1. O exequente, a princípio, não está obrigado a penhorar todos os bens objeto de uma única hipoteca, constituída em favor de terceiro, mas, apenas, aqueles suficientes para garantir a execução, inclusive para não incorrer em excesso de penhora.

“2. Agravo regimental impróprio” (AGA n. 120.993/SP, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, j. 24-3-97).

Na mesma diretriz, assim entendeu o egrégio Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“Agrav. Execução. Penhora de imóvel hipotecado. A penhora de parte do imóvel dado em garantia hipotecária não ofende a regra do art. 655, § 2º, do CPC, desde que o valor da área objeto da constrição judicial seja suficiente para garantir o débito. Ademais, a área penhorada faz parte do todo maior vinculado em hipoteca cedular. Princípio da menor onerosidade da execução insculpido no art. 620 do CPC. Agrav. improvido” (AI n. 598527885, Décima Quarta Câmara Cível, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 4-3-99).

“Agrav. Execução. A penhora de parte do imóvel dado em garantia hipotecária não ofende a regra do art. 655, § 2º, do CPC, desde que o valor da área objeto da constrição judicial seja suficiente para garantir o débito. Ademais, a área penhorada faz parte do todo maior vinculado em hipoteca cedular. Agrav. improvido” (AI n. 195138151, Sexta Câmara Cível, rel. Des. Henrique Osvaldo Poeta Roenick, j. 7-12-95).

“Agrav. de instrumento. Processo de execução. Garantia hipotecária. Penhora. Forma menos gravosa ao devedor.

“A penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia (art. 655, § 2º, do CPC). No momento, no caso concreto, sendo três os imóveis hipotecados e considerando que a dívida não chega a 1/6 do valor deles, é possível que a penhora recaia apenas sobre um. Isto sem excluir que o gravame permanece sobre os demais imóveis que perdurará enquanto houver o débito vinculado.

“Agrav. provido em parte” (AI n. 70000172494, Décima Sétima Câmara Cível, rel. Des. Luciano Ademir José D’Ávila, j. 30-11-99).

Desprovida, pois, impõe-se a irresignação recursalmente proposta pela instituição financeira agravante.

### III — Decisão

À vista do exposto, após arrear-se as prefaciais trazidas à baila pelos agravados, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cercato Padilha e Fernando Carioni.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 2003.

*Trindade dos Santos,  
Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.025550-2, DE CAMBORIÚ

**Relator: Des. Volnei Carlin**

*Agrav. de instrumento – Servidão administrativa – Imissão provisória na posse do imóvel – Depósito prévio – Necessidade de avaliação judicial – Exegese do art. 5º, XXIV, CRFB e art. 15 do De-*

*creto-Lei n. 3.365/41 – Resguardo do interesse coletivo — Excepcionalidade.*

*A imissão provisória na posse, para fins de instituição de servidão administrativa ou desapropriação, depende de prévia indenização a ser apurada judicialmente. A avaliação unilateral, realizada pelo Poder Público, viola o princípio constitucional da justa e prévia indenização e o Decreto-Lei n. 3.365/41 (art. 15).*

*Entretanto, em face das peculiaridades do caso concreto, aplicando-se o princípio da razoabilidade, mostra-se mais acertado manter-se a decisão recorrida, determinando-se a imediata realização de avaliação judicial do imóvel, sem se perder de vista o interesse maior da coletividade em detrimento do interesse individual do agravante.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.025550-2, da comarca de Camboriú, em que é agravante Orly Pedroso, sendo agravada Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. – Celesc:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por maioria de votos, afastar a preliminar e, no mérito, por votação unânime, negar provimento ao agravo, determinando-se a imediata avaliação judicial do imóvel.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Na comarca de Camboriú, Centrais Elétricas de Santa Catarina S.A. — Celesc ajuizou ação de constituição de servidão administrativa contra Orly Pedroso. O Magistrado *a quo* deferiu a imissão provisória na posse, motivo pelo qual o demandado agravou de instrumento, postulando a reforma do *decisum*.

O efeito suspensivo foi negado (fl. 109).

Contra-razões às fls. 115 a 125.

Com vista dos autos, o representante do *Parquet* opinou pelo desprovimento do agravo (fls. 142 a 146).

### **II — Voto**

O presente recurso objetiva a reforma de decisão interlocutória proferida na ação de constituição de servidão movida pela Celesc contra Orly Pedroso.

Inicialmente cumpre ser analisada a questão da competência para julgamento do presente feito. O art. 3º do Ato Regimental n. 41/00, alterado pelo Ato Regimental n. 50/02—TJ, diz o seguinte:

“Art. 3º. As 5ª e 6ª Câmaras serão competentes para o julgamento dos recursos ou ações originárias de Direito Público em geral, em que figurem como partes, ativa ou passivamente, o Estado, Municípios, autarquias, empresas públicas, fundações instituídas pelo Poder Público ou autoridades do Estado e de Municípios, bem como os feitos relacionados com

atos que tenham origem em delegação de função pública, cobrança de tributos, preços públicos, tarifas e contribuições compulsórias do poder público e, ainda, questões de natureza processual relacionadas com as aludidas causas, bem como as ações populares e as civis públicas”.

Dessa forma, tendo em vista que o presente feito versa exclusivamente sobre matéria de Direito Privado, em que são partes pessoas físicas e pessoa jurídica de Direito Privado, verifica-se a manifesta incompetência das Câmaras de Direito Público para conhecer do presente recurso, a teor do disposto no art. 3º do Ato Regimental n. 41/00.

Por essas razões, divergi da douta maioria e fiquei vencido na questão referente à preliminar suscitada de ofício, votando no sentido de não se conhecer do recurso, e determinando-se a remessa dos autos à redistribuição.

Passa-se ao exame do *meritum causae*.

A preliminar de nulidade da Resolução n. 501 da Aneel, bem como inúmeras razões trazidas pelo agravante não podem ser analisadas em sede de agravo de instrumento, pois não é o caso de apreciação do *meritum causae*, ainda que superficialmente, o que é reservado à decisão final da ação principal. Por essas razões, o julgamento limitar-se-á ao objeto da decisão interlocutória atacada, ou seja, o acerto, ou não, da imissão provisória na posse do imóvel.

O nosso Tribunal há muito vem decidindo que a imissão provisória na posse, para fins de instituição de servidão administrativa ou desapropria-

ção, depende de prévia indenização apurada judicialmente e não unilateralmente. Isso porque a Constituição da República, em seu art. 5º, XXIV, dispõe que “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”.

Dessa forma, está-se a assegurar ao expropriado o direito constitucional ao contraditório e, ao mesmo tempo, corroborando com o mandamento contido no art. 15, § 1º, do Decreto-Lei n. 3.365/41, exigindo prévia avaliação judicial do imóvel. Veja-se:

“Agravo de instrumento – Desapropriação direta – Imissão provisória na posse do imóvel – Depósito prévio – Avaliação judicial – Exegese do art. 5º, XXIV, CRFB e art. 15 do Decreto-Lei n. 3.365/41.

“A imissão provisória na posse, para fins de desapropriação, depende de prévia indenização a ser apurada judicialmente. A avaliação unilateral, realizada pelo Poder Público, viola o princípio constitucional da justa e prévia indenização e o Decreto-Lei n. 3.365/41 (art. 15).

[...]

“O *bus illis* do presente agravo de instrumento se refere à ausência de prévia avaliação judicial do montante devido a título de indenização sobre o imóvel a ser desapropriado.

[...]

“Colhe-se da doutrina:

‘A lei permite que o expropriante tenha, antecipadamente, a posse do bem objeto da desapropriação. É a



imissão provisória na posse, também denominada imissão prévia na posse, condicionada à alegação de urgência e ao pagamento de quantia arbitrada pelo juiz.

[...]

‘Parece melhor este entendimento, assegurando-se contraditório ao expropriado, para impugnação do valor depositado ou proposto; com isso, impede-se o pagamento de preço irrisório e vil, insuficiente para ressarcir a perda da posse, que, em geral, representa verdadeira perda fática da propriedade’ (Medauar, Odete. Direito Administrativo Moderno. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 420 e 421).

“Eis a lição jurisprudencial desta egrégia Corte:

‘Recurso cível — Agravo inominado (CPC, art. 557, § 1º) — Agravo de instrumento conhecido e provido por decisão do relator — Desapropriação — Imissão na posse com depósito de valor apurado unilateralmente — Inadmissibilidade — Necessidade de avaliação judicial — Jurisprudência dominante do STJ — Pretendida alteração da decisão — Dependência da demonstração de que a jurisprudência dominante não é aquela afirmada — Recurso não provido’ (AAI n. 2001.006852-4, de Campos Novos, rel. Juiz Nilton Macedo Machado).

“O posicionamento do Superior Tribunal de Justiça é uniforme ao entender:

‘Desapropriação — Imissão provisória na posse — Depósito prévio — Constituição Federal (arts. 5º, XXIV, e 182, parágrafo 3º) — Decreto-Lei n. 3.365/41 (art. 15) — Decreto-Lei n. 1.075/70 (art. 3º) — 1. Na aplicação do art. 15, Decreto-Lei n. 3.365/41 e art.

3º, Decreto-Lei n. 1.075/70, conciliando-se os princípios da indenização prévia e do interesse público, alegada a urgência, para o imediato apossamento do bem expropriado exige-se o depósito prévio com valor atualizado em avaliação judicial provisória. 2. Jurisprudência uniformizada (inc. Unif., jurip. no REsp n. 19.647-0/SP). 3. Recurso improvido’ (REsp n. 50881/SP, rel. Min. Milton Luiz Pereira, *in* DJ, de 5-12-1994, p. 33.534).

“Assim sendo, mister se faz a prévia avaliação judicial para fins de imissão provisória na posse em processo de desapropriação” (AI n. 2001.016092-7, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Volnei Carlin).

Entretanto, conforme noticiado à fl. 117 pela Celesc e comprovado pelos documentos de fls. 127 a 130, a linha de transmissão Morro do Boi—Camboriú está energizada desde 29-12-2001, fato este que interfere diretamente no atendimento da demanda de consumo de energia elétrica da região de Balneário Camboriú e Itapema.

Logo, em face das peculiaridades do caso concreto, aplicando-se o princípio da razoabilidade, mostra-se mais acertado manter-se a decisão recorrida, determinando-se a imediata realização de avaliação judicial do imóvel, sem se perder de vista o interesse maior da coletividade em detrimento do interesse individual do agravante.

Este egrégio Tribunal de Justiça, em questão análoga, já decidiu:

“Possessória — Servidão administrativa — Linha de transmissão de energia elétrica — Imissão na posse — Liminar.

“1. ‘Cabe à Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel declarar a utilidade pública, para fins de desapropriação ou instituição de servidão administrativa, das áreas necessárias à implantação de instalações de concessionários, permissionários e autorizados de energia elétrica’ (Lei n. 9.074/95, art. 10, com a redação da Lei n. 9.648/98).

“2. Depositada a quantia correspondente às perdas decorrentes das limitações ao uso do imóvel e às benfeitorias e/ou acessões, e não havendo prova segura de ser irrisória, deve ser mantida a decisão concessiva da imissão na posse.

[...]

“A servidão administrativa constituída para passagem de linha de transmissão de energia elétrica não impede a utilização do restante do imóvel pelo proprietário. Esse fato e o interesse público justificam a concessão da imissão na posse mediante o depósito prévio da quantia estimada para indenização dos danos às benfeitorias e das restrições ao uso do imóvel.

“*In casu*, não há prova segura de que a quantia depositada não corresponde ao valor das benfeitorias existentes no imóvel de propriedade dos agravantes, atingidas pela servidão administrativa. *O quantum debeatur* definitivo só poderá ser determinado depois da instrução do processo. Se apurado que a importância depositada é inferior àquela efetivamente devida, a Celesc será condenada a pagar a diferença. Se for o caso, poderá o MM. Juiz de Direito determinar, antes mesmo da sentença, o depósito dela, facultando aos réus/gravantes o levantamento de parte dele, como ocor-

re nos processos de desapropriação. Acerca da *quaestio*, registrei no acórdão relativo ao Agravo de Instrumento n. 1997.003761-9:

‘A Constituição Federal prescreve que ‘a lei estabelecerá o procedimento para desapropriação por necessidade ou utilidade, ou por interesse social, mediante justa e prévia indenização em dinheiro [...]’ (art. 5º, XXIV).

‘A imissão provisória na posse do bem desapropriado poderá ser deferida pelo Juiz, independentemente de citação do expropriado, se, alegando urgência, o expropriante depositar o ‘valor cadastral do imóvel para fins de lançamento do imposto territorial, urbano ou rural, caso o referido valor tenha sido atualizado no ano fiscal imediatamente anterior’ (Decreto-Lei n. 3.365/41, art. 15, alínea c). Do contrário, ou seja, ‘não tendo havido a atualização a que se refere o inciso c, o juiz fixará, independente de avaliação, a importância do depósito, tendo em vista a época em que houver sido fixado originariamente o valor cadastral e a valorização ou desvalorização posterior do imóvel’ (alínea d).

‘Afirma a agravante que o imóvel desapropriado não teve o seu valor cadastral atualizado no último ano e, de conseguinte, não poderia ter sido considerado para efeito de depósito prévio.

‘Há documento provando que o imóvel foi avaliado em 1989 e desde então o seu valor vem sendo atualizado de acordo com o índice oficial de correção monetária. Assim, a rigor, estaria atendida a exigência contida na alínea c do dispositivo legal acima referido.

‘Mas, como é público e notório, o valor cadastral nem sempre correspon-

de ao de mercado. Por isso, 'Orienta-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que na ação de desapropriação de imóvel urbano, a imissão provisória na posse fica condicionada ao depósito integral do valor apurado em avaliação prévia' (1ª Seção, Embargos de Divergência no REsp ns. 910-1/SP, Min. José de Jesus Filho, RSTJ 58/86; 914-4/SP, Min. Pádua Ribeiro, DJU de 27-6-94, p. 16.867; 38.289-9/SP, DJU de 23-5-94, p. 12.538; RSTJ 51/117, 52/120, 63/393 e 66/293), entendimento acolhido neste Sodalício (AI n. 10. 362, Des. Wilson Guarany).

'Para que a norma constitucional acima citada seja cumprida, impõe-se a prévia avaliação do imóvel e, depois, se for o caso, a complementação do depósito' (AI n. 2001.025568-5, de Camboiriú, rel. Des. Newton Trisotto, j. em 8-4-2002).

Por tudo, mantém-se a decisão agravada e determina-se a imediata realização da avaliação judicial do imóvel.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decide a Câmara, por maioria de votos, afastar a preliminar e, no mérito, por votação unânime, negar provimento ao agravo, determinando-se a imediata avaliação judicial do imóvel.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Newton Janke. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 27 de março de 2003.

*Volnei Carlin,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.026028-8, DA CAPITAL

**Relator: Des. Luiz Carlos Freyesleben**

*Civil. Família. Alimentos. Exoneração. Filho maior, universitário. Limite da obrigação até 24 anos de idade. Prorrogação excepcional desse prazo até a colação de grau em curso superior. Exegese construtiva, valorativa e teleológica do ordenamento jurídico.*

*A obrigação alimentar decorrente do pátrio poder ou poder familiar cessa, em regra, com a maioridade civil do alimentário. Entretanto, o dever dos genitores de sustento da prole sofrerá prorrogação até que o filho complete 24 anos de idade, se estiver este cursando ensino superior. E esse limite poderá ser ainda ultrapassado – mas somente em caráter excepcional, identificado sobretudo nas constantes greves em universidades públicas –, se o filho estiver prestes a concluir o curso universitário e ficar demonstrada a persistência de sua necessidade alimentar, mormente em razão da dedica-*

*ção em tempo integral aos estudos acadêmicos. Nessa última hipótese exceptiva e peculiar, o termo final do pensionamento será o dia da colação de grau.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.026028-8, da comarca da Capital (1ª Vara da Família), em que é agravante S. J. B. de A. e agravado C. M. S. A.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento.

Custas de lei.

### **I — Relatório**

S. J. B. de A. agrava de instrumento, pedindo a impressão de efeito suspensivo de decisão que, nos autos de *ação revisional de alimentos* que lhe move o agravado C. M. S. A., exonerou o provedor do pagamento da pensão alimentícia que lhe vinha conferindo, tendo em vista ter a alimentária completado 24 anos de idade, ainda que prestes a concluir seu curso superior.

Realça que o alimentante aforou ação revisional de alimentos, em 28-1-1999, quando a agravante contava apenas 21 anos de idade, tendo o autor logrado sucesso parcial, obtendo a redução do encargo, de 16% para 13% de seus rendimentos mensais, expungidas as contribuições fiscais e parafiscais obrigatórias, não obstante a agravante já estivesse cursando escola superior em universidade federal, que lhe absorvia todo o tempo e impedia-lhe se entregasse a alguma atividade remunerada.

Alega que aquela decisão compeliu-a à interposição de apelo (fls. 19 e 20), mas o Tribunal catarinense, na relatoria o eminente Des. Sérgio Roberto Baasch Luz manteve a sentença increpada, gizando, porém, que a obrigação alimentar se estenderia até os 24 anos de idade da alimentária, ou até que concluísse ela o curso universitário. Todavia, ao completar a idade limite, mesmo estando já na última fase do curso universitário, o agravado não teve contemplação e formulou, em juízo, com sucesso provisório, pedido de exoneração da obrigação alimentar.

Proclama haver sido prejudicada pela decisão judicial concessiva da exoneração liminar da obrigação, tendo em vista que sequer teve tempo e oportunidade para expor ao magistrado suas necessidades atuais, decorrentes do fato de dedicar-se, em tempo integral, aos estudos acadêmicos, em vias de terminarem. Por isso, interpõe o presente recurso, alegando que não seria demasia seu pai aguardar mais alguns meses até que concluísse ela seu curso universitário, já que depende, unicamente, da elaboração e apresentação final da monografia de conclusão de curso, com a fixação da data de 29-3-2003 para a colação de grau. Assim, faltando tão pouco para formar-se e não dispondo de meios subsistenciais, a não ser a contribuição financeira paterna, entende razoável uma pequena prorrogação da data fatal do encargo alimentar.

O eminente Desembargador José Carlos Carstens Köhler conce-

deu o almejado efeito suspensivo (fl. 41 a 43), neutralizando os efeitos da interlocutória increpada.

Não houve contraminuta e o Ministério Público, por parecer da lavra do Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira, alvitrou o provimento do agravo.

É o relatório.

## II — Voto

O recurso ostenta condições de apreciação, por isso dele conheço. Todavia, os autos dão conta de que S. J. B. de A., ao agravar da decisão que lhe arrebatava a única fonte subsistencial de que dispunha, ainda que já houvesse completado 24 anos de idade, estava na iminência de colar grau, com sua formatura marcada para o dia 29 de março de 2003. Nessa contingência, não me afigura razoável, ao lado de ser desumano, desassistir a alimentária no momento em que, talvez mais que em outro, necessite do arrimo paterno. Aliás, o laurel a ser conquistado pela filha, diplomando-se em arquitetura, deveria motivar o pai a prolongar, espontaneamente, a ajuda alimentar, para permitir que a filha alcance e colha o ramo de louros de que haverá de destacar uma parte e, com ela, cingir também a frente paterna, que haverá de estar úmida de emoção pelo feito da filha.

Há quem repila a alegria que se pode haurir da felicidade alheia, mas nem por isso se haverá de esmorecer ou desanimar com a segura desse ser, posto que, mesmo diante dele, jamais se deslembrará que não há ser feliz sem o esforço ou com a mera pretensão percebida de dar ou querer dar um pouco do pouco que se tem,

em contribuição generosa para o sucesso dos outros, mormente da prole.

A formação universitária de um filho é, sempre e de alguma forma, um momento de sublimação do nosso sacrifício na sua vitória. Assim, atendendo às razões maiores do bom senso e da razoabilidade, ante a peculiar situação da hipótese em comentário, não me permito dar primazia a critérios formais rígidos para privar a alimentária do direito de seguir sendo pensionada até sua formatura, em virtude da evidente confusão que há entre a vida e os alimentos. Dessarte, incriticável será também a humana reflexão do eminente Relator para a liminar, Des. José Carlos Carstens Köhler, ao extravasar o espírito do bom-juiz: “Ressalto, por oportuno, que o balizamento da idade de 24 anos, estando o beneficiário cursando ensino superior, também não me satisfaz. Aliás, tal idade advém do regulamento do Imposto de Renda, que considera como dependente o filho válido até 24 anos de idade, que esteja cursando o 3º grau, ou seja, trata-se apenas de um referencial.

“No caso vertente, nenhuma dúvida paira que a recorrente – em horário integral – está cursando Arquitetura e Urbanismo na gloriosa Universidade Federal de Santa Catarina, com excelente aproveitamento e sem qualquer interrupção (fls. 31 a 36), além de estar prevista a colação de grau para 29-3-03.

“Ora, como se trata de curso integral, o que repito para enfatizar, inexistente a possibilidade de exercício de atividade por parte da inconformada, que lhe garanta a sobrevivência, mormente no último período, em que

se deve apresentar o trabalho de conclusão de curso.

“O eventual alargamento para a conclusão só pode ser debitado às constantes greves nas universidades públicas federais, inclusive a UFSC, gerando profundos dissabores no corpo discente e frustrando expectativas.

“Reina, fato público e notório, grande descompasso entre o calendário civil e o letivo.

“Delineada a relevância da fundamentação.

“O dever dos genitores em relação à prole não se resume aos estipulados na legislação, indo muito além do que os pobres olhos humanos possam visualizar, transcende a matéria e alcança o espírito”.

Não se está, aqui, defendendo o primado da vontade do juiz sobre a lei; mas o primado da justiça sobre a norma positiva precipitada do Estado. Tanto que se tem bem presente que, segundo a regra jurídica, extinto o pátrio poder (art. 392 do Código Civil de 1916) ou o poder familiar (art. 1.635 do novo Código Civil), deixa de existir base jurídica para a continuidade da obrigação alimentar, que poderá, entretanto, continuar a ser alcançada com base em outra normatização.

Esta Corte tem proclamado que se “extingue 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)” (AI n. 2002.011637-3, da Capital, deste Relator, j. 3-10-02).

Sendo essa a regra geral a ser seguida, com base em construção pretoriana, nem por isso estarão fechadas as portas a interpretações outras, desde que condigam com as reais necessidades do alimentário e com as possibilidades do alimentante. Por isso, com fundamento nas asserções antecedentemente feitas, conheço do recurso de agravo de instrumento e dou-lhe provimento, atendidas as peculiaridades do caso, para manter a obrigação alimentar em 13% dos vencimentos do provedor, expungidos os descontos obrigatórios, relativos à previdência oficial e ao imposto de renda, até que a agravante conclua seu curso universitário, o que – provavelmente – já aconteceu em março de 2003, quando SE eximirá o alimentante do encargo alimentar.

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. Monteiro Rocha. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o



Exmo. Sr. Dr. Anselmo Jerônimo de Oliveira.

Florianópolis, 24 de abril de 2003.

Mazoni Ferreira.  
Presidente, com voto;  
Luiz Carlos Freyesleben,  
Relator.

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.007211-0, DE SÃO JOSÉ

**Relator: Des. Rui Fortes**

*Agravo de instrumento – Ação de desapropriação – Suspensão da liminar de imissão de posse – Diferença expressiva entre os laudos do assistente técnico do município e do perito judicial – Indícios de supervalorização do imóvel – Questões a serem enfrentadas no decorrer do processo – Princípio da razoabilidade – Depósito prévio de 50% da avaliação provisória – Continuação da obra pública – Supremacia do interesse público sobre o privado – Recurso provido.*

*O princípio da indenização prévia e justa do imóvel desapropriado deve sempre estar conciliado com o do interesse público, a fim de se evitar transtornos às necessidades e planos traçados pela Administração Pública. Dessa forma, havendo declaração de urgência, juntamente com as peculiaridades do caso concreto, mostra-se mais acertado conceder a imissão provisória na posse mediante depósito prévio de 50% (cinquenta por cento) do valor encontrado pelo perito judicial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70.*

*“A norma do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitar-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE n. 89.033 — RTJ 88/345 e RE n. 91.611 — RTJ 101/717) nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE n. 141795/SP, j. 4-8-95, e RE n. 164186/SP, j. 19-11-96, rel. Min. Ilmar Galvão).*

*Soar Martins, Fábio Soar Martins e Genésio Espindola Martins:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.007211-0, da comarca de São José (Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o município de São José, sendo agravados Kátia Maria*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para restabelecer a liminar que imitiu o Muni-



cípio agravante na posse provisória do imóvel desapropriado, condicionado, todavia, ao depósito de 50% (cinquenta por cento) do valor aferido pelo *expert* judicial, abatendo-se desse percentual a quantia já depositada inicialmente.

Custas na forma da lei.

## I – Relatório

O município de São José inter pôs recurso de agravo de instrumento contra a decisão (fls. 29 a 33) do MM. Juiz da comarca de São José que, nos autos da Ação de Desapropriação n. 064.01.005551-0, proposta pelo agravante contra os agravados, suspendeu a liminar de imissão provisória no imóvel e determinou o depósito prévio integral no valor de R\$ 198.813,05 (cento e noventa e oito mil, oitocentos e treze reais e cinco centavos), referente à indenização da terra nua, e mais R\$ 42.210,44 (quarenta e dois mil, duzentos e dez reais e quarenta e quatro centavos), correspondente às benfeitorias, sendo esse depósito condição única para o novo deferimento da liminar.

Alegou que a ação versa sobre a desapropriação de uma área de 3.521,65m<sup>2</sup>, de propriedade dos agravados, salientando que, juntamente com o pedido de imissão provisória de posse, foi efetuado o depósito de R\$ 26.159,04, valor esse apurado em levantamento preliminar. Acrescentou que, diante da não concordância dos agravados em relação ao depósito inicial, foi nomeado perito judicial, o qual apurou uma quantia extremamente excessiva e em total desacordo com o cálculo apresentado por seu assistente técnico, já que não observada a depreciação do bem, ou mesmo abatido

o débito pertinente ao IPTU atrasado. Destacou que, diante da urgência da situação e da vultosa quantia aferida pelo perito, afigura-se desnecessário o depósito prévio integral do montante determinado pelo MM. Juiz, já que, de acordo com o entendimento jurisprudencial do STJ, bastaria o depósito de 50% (cinquenta por cento) do total apurado.

Por fim, pugnou pela concessão do efeito ativo e pela reforma da decisão vergastada. Juntou os documentos de fls. 21 a 272.

Efeito ativo negado às fls. 275 a 278.

Nas contra-razões (fls. 283 a 293), os agravados argumentaram que o valor encontrado pelo perito judicial é justo, e que o percentual de depreciação correto a incidir na avaliação seria de apenas 30% (trinta por cento). Destacaram que as benfeitorias devem ser incluídas no depósito prévio. Derradeiramente, requereram a manutenção da decisão agravada.

Parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça opinando pelo desprovimento do reclamo (fls. 300 a 303).

## II – Voto

Trata-se de recurso de agravo de instrumento interposto contra a decisão que determinou o depósito prévio integral no valor de R\$ 198.813,05, referente à indenização da terra nua, e mais R\$ 42.210,44, correspondente às benfeitorias existentes no imóvel objeto da desapropriação, sendo este depósito condição essencial para o restabelecimento da liminar de imissão provisória de posse.

Em que pesem os argumentos do insigne Procurador de Justiça, o reclamo merece ser provido.

Inicialmente, cumpre destacar que a possibilidade de compensação dos valores pertinentes ao débito do IPTU, bem como a incidência de 63% ou 30% de depreciação sobre o imóvel são questões a serem enfrentadas no decorrer da ação principal, porquanto o valor do depósito prévio não é definitivo. Frisa-se, tais questões apenas servem de indicativo de que o depósito prévio integral exigido pelo Togado *a quo*, pelo menos na fase em que se encontra a demanda desapropriatória, parece temerário, sob pena de os expropriados estarem recebendo quantia superior àquela devida pela Municipalidade. Ressalta-se, ainda, que, sobre a possibilidade de compensação dos valores pertinentes ao débito do IPTU, o Município pode lançar mão do disposto no art. 34 da Lei n. 3.365/41.

Compulsando os autos para julgamento, constata-se que a diferença entre o laudo apresentado pelo assistente técnico do Município agravante e o laudo confeccionado pelo perito oficial é realmente expressiva.

Todavia, o que está em discussão não é o acerto ou o desacerto do laudo pericial, mas, sim, os motivos que levaram o insigne Magistrado a suspender a liminar de imissão provisória de posse, condicionando o seu restabelecimento ao depósito prévio integral do valor aferido pelo perito judicial. Tem-se que a revogação da liminar baseou-se no art. 182, § 3º, da CF/88.

Contudo, faz-se necessário o restabelecimento daquela liminar, para que se resguarde o interesse coletivo, tendo em vista que o princípio da “indenização prévia e justa” deve sempre estar conciliado com o do “interesse público”, a fim de se evitar transtornos às necessidades e planos traçados pela Administração Pública, máxime quando direcionados aos interesses da coletividade, conforme remansosa jurisprudência.

Com efeito, vale ressaltar que não se confunde o valor do depósito prévio com o valor definitivo, já que o primeiro permite ao desapropriante a provisória imissão na posse, e o segundo é requisito para a transmissão do domínio.

Na espécie, pelas informações presentes nos autos, os agravados não residem no imóvel desapropriado, muito menos auferem renda sobre aquele bem, capaz de, pela demora na prestação jurisdicional, implicar em prejuízo no sustento próprio ou de suas respectivas famílias. Assim, vê-se que os agravados não vão sofrer qualquer prejuízo se receberem, previamente, apenas parte da indenização devida, sobrestada a quantia restante ao desfecho da lide principal. Por outro lado, mantida a decisão agravada, prejuízo sofrerá não só o agravante, mas também todos os munícipes de São José, cuja obra tão importante continuará estagnada, quando eventuais valores indenizatórios poderão ser discutidos ao longo da demanda desapropriatória.

Diante disso, havendo declaração de urgência, juntamente com as peculiaridades do caso concreto, deve-se aplicar o princípio da razoabili-

dade, pois se mostra mais acertado restabelecer a liminar de imissão provisória na posse do imóvel, mediante o depósito prévio de 50% (cinquenta por cento) do valor apurado pelo perito judicial, nos termos do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, para que somente no decorrer da ação de desapropriação se possa alcançar o verdadeiro valor definitivo e indenizável aos agravados.

Nesse sentido, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Administrativo. Desapropriação. Imóvel urbano. Imissão de posse. Depósito prévio de cinquenta por cento da avaliação (art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70). Cabimento. Em desapropriação de imóvel urbano, havendo declaração de urgência, pode ocorrer a imissão provisória na posse do bem expropriado, mediante depósito prévio de 50% (cinquenta por cento) do valor da avaliação provisória, nos termos do artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.075, de 1970. Precedentes do STF e deste STJ. Recurso a que se nega provimento, indiscrepantemente” (REsp n. 16536/SP, rel. Min. Demócrito Reinaldo, 1ª Turma, j. 20-5-1996).

Também já decidiu a Suprema Corte Federal:

“Desapropriação. Imóvel urbano. Justa indenização. Decreto-Lei n. 1.075/70. Imissão na posse. Depósito prévio.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal posiciona-se no sentido de que a garantia constitucional da justa indenização, nas desapropriações, diz respeito ao pagamento do valor definitivo fixado —

seja por acordo das partes, seja por decisão judicial — momento em que ocorre a transferência do domínio. O depósito prévio permite ao desapropriante a simples imissão na posse do imóvel.

“A norma do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.075/70, que permite ao desapropriante o pagamento da metade do valor arbitrado, para imitir-se provisoriamente na posse de imóvel urbano, já não era incompatível com a Carta precedente (RE n. 89.033 — RTJ 88/345 e RE n. 91.611 — RTJ 101/717) nem o é com a atual. Recurso extraordinário não conhecido” (STF, RE n. 141795/SP, j. 4-8-95, e RE n. 164186/SP, j. 19-11-96, rel. Min. Ilmar Galvão). No mesmo diapasão: RE n. 194726/SP, j. 14-5-99, rel. Min. Sydney Sanches; RE n. 178215, j. 6-8-99, rel. Min. Moreira Alves; RE n. 179204, j. 1º-10-99, rel. Min. Néri da Silveira.

### III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu a Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso, para restabelecer a liminar que imitiu o Município agravante na posse provisória do imóvel desapropriado, condicionado, todavia, ao depósito de 50% (cinquenta por cento) do valor aferido pelo *expert* judicial, abatendo-se desse percentual a quantia já depositada inicialmente.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cesar Abreu. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Roberto de Carvalho Roberge.

Florianópolis, 27 de junho de 2003.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Rui Fortes,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.013380-6, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Agravo de instrumento. Ação civil pública. Improbidade administrativa. Inocorrência. Ato administrativo formal. Circulares que operam numa faixa de generalidade e abstração. Inexistência de ato concreto que importe em violação dos princípios administrativos que informam a administração pública. Inteligência do art. 11, I, da Lei n. 8.429/92. Critério da impessoalidade, previsto constitucionalmente como princípio da administração pública, uma faceta do princípio da isonomia, não abalado. Ausência de interesse de agir reconhecida em sede de agravo. Possibilidade. Extinção da ação na origem. Solução proposta ex officio que evita a exposição desnecessária das partes, atende ao princípio da economia processual e satisfaz ao ideal de justiça.*

*O ato administrativo formal, geral e abstrato, que viole princípios que regem os atos da administração pública, correspondente a normas que lhe são hierarquicamente superiores, torna-se por si só inválido, consoante a clássica concepção de Kelsen, só podendo caracterizar ato de improbabilidade administrativa em sendo aplicado concretamente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.013380-6, da comarca de Joinville, em que é agravante Luiz Henrique da Silveira, sendo agravado o representante do Ministério Público:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do agravo e, ex officio, indeferir a inicial da ação civil pública,

julgando extinto o processo deflagrado pelo Ministério Público.

Custas na forma da lei.

### I – Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto por Luiz Henrique da Silveira contra decisão proferida em ação civil pública, por improbidade administrativa, de iniciativa do Ministério Público, de antecipação de tutela, objetivando o reconhecimento da nulida-

de da determinação de busca e apreensão de livros e documentos ao argumento de sua desnecessidade, pois válidas as Circulares ns. 5 e 7/GP ora impugnadas, violando ainda o ato judicial o princípio da proporcionalidade e o da motivação.

Negado o efeito ativo e apresentada a contraminuta em defesa do *decisum* impugnado, sobreveio manifestação da Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da Dra. Hercília Regina Lemke, pelo improvimento do recurso.

## II – Voto

Objetiva o Ministério Público, com a deflagração da ação civil pública, por improbidade administrativa, alcançar e invalidar as instruções emanadas da autoridade competente, no caso do Prefeito Municipal de Joinville, consubstanciada nas Circulares ns. 5 e 7/GP. A busca e apreensão, por outro lado, tinha por desiderato comprovar a *distribuição ou circulação* destas, muito embora, para o digno representante do *Parquet* o ato de improbidade administrativa tenha-se caracterizado com a simples expedição das circulares pela autoridade.

Não alude o digno Promotor a qualquer *ato concreto* que implique em favorecimento, protecionismo ou tratamento privilegiado a qualquer pessoa.

A Circular n. 5/GP, de 21-5-2001, determina que, “observados os preceitos legais, os princípios de viabilidade técnica e financeira, seja dada especial atenção aos Vereadores da Bancada Governista e total prioridade ao atendimento das suas reivindicações” (fl. 75).

Essa instrução foi retificada pela Circular n. 7/GP, de 24 de maio de 2001, passando o seu comando a abranger, indistintamente, todos os vereadores, independente da coloração partidária.

O ato de improbidade administrativa visualizado pelo ilustre Promotor de Justiça estaria assim confirmado e ampliado em seus efeitos, com a extensão agora a todos os vereadores, em detrimento de urgências outras da coletividade. Deixou de considerar, entretanto, que o nosso sistema é representativo, presumindo-se que o vereador exerça o seu *munus* no interesse coletivo (popular) e não individual ou próprio.

Não há, a toda evidência, acolher a tese. Outro entendimento seria o de aceitar-se, por presunção inversa, que nossas casas legislativas congregam não os representantes do povo mas um bando de malfeitores.

É verdade que no agravo de instrumento cumpre, apenas, ao Relator examinar o acerto ou desacerto da decisão impugnada. Entretanto, não é menos correto afirmar que não se deve prestigiar o prosseguimento de demanda infundada, não só porque expõe desnecessariamente as partes, mas porque atenta contra o ideal de justiça.

Ora, em não havendo dúvida, de pronto, no espírito do julgador acerca da impertinência do pedido em sede de ação civil pública ou qualquer outra demanda coletiva, deverá ele indeferir desde logo a inicial, não permitindo que se complete a fase postulatória, até por razões de economia processual.

Este egrégio Tribunal, reiteradamente, em ações populares tem

ressaltado que se justifica o indeferimento da inicial quando anteveja o juízo a ausência dos pressupostos da demanda tradicionalmente, os requisitos da ilegalidade e da lesividade, embora digam respeito ao *meritum causae*.

Senão vejamos:

“Ação popular. Convênio entre o Estado de Santa Catarina e instituição de ensino. Dispensa de licitação. Petição inicial. Teoria da substanciação. Imprescindibilidade da descrição dos atos lesivos ao erário ou atentatórios à moralidade pública. Extinção do processo.

“Em princípio, não pode ser extinto o processo, *in limine*, por fundamento relacionado com o mérito da causa. No entanto, ‘em direito não há lugar para absolutos’ (Teori Albino Zavascki).

“Presta-se a ação popular para o cidadão pleitear a anulação de atos lesivos ao patrimônio público, no seu conceito mais amplo (Lei n. 4.717/65, art. 1º). Nela, o autor não visa à satisfação de um interesse individual; litiga como substituto processual da coletividade, na defesa de seus interesses. Se os fatos descritos na petição inicial revelam que o ato impugnado não é contrário à lei ou à moralidade administrativa, faltando, por isso, plausibilidade jurídica ao pleito, a sociedade destinatária da proteção legal não pode ser punida tendo que suportar os custos do processo que, nessa hipótese, pode ser julgado extinto liminarmente” (Ap. Cív. n. 2001.008770-7, da Capital, rel. Des. Newton Trisotto).

Aqui, a hipótese não é diferente. A extinção da ação originária no exame do agravo, também, não refle-

te novidade (AI ns. 00.007054-8, 00.020173-1 e 2000.007246-0).

Nesse sentido, ainda:

“A carência de ação decorrente da falta de interesse de agir, consubstanciada na utilização da via inadequada – ação de reintegração de posse – deve ser declarada de ofício, pelo Magistrado, em qualquer tempo ou grau de jurisdição, consoante dispõe o art. 267, § 3º, do CPC. Processo extinto de ofício” (Embargos Infringentes n. 2001.006662-9, rel. Des. Silveira Lenzi).

Pois bem, atribui-se ao alcaide a prática de ato de improbabilidade administrativa, indicando-se como violado o art. 11, I, da Lei n. 8.429/92, sancionada na sua forma do art. 12, III.

Colhe-se da exegese do art. 11 que este funciona como regra de reserva, dispensando para sua configuração a ocorrência de lesão ao erário ou enriquecimento ilícito do agente público. Basta a violação dos princípios que regem a administração pública.

Reclama a norma, de observância obrigatória a todo servidor ou agente público, um mínimo de predicados afetos à moralidade pública, apontando os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade. Naturalmente, não excluídos os princípios inseridos no art. 37, *caput*, da CF e reproduzidos no art. 4º da Lei n. 8.429/92, quais sejam, da legalidade, da impessoalidade, da moralidade e da publicidade.

*In casu*, pela edição das Circulares ns. 5 e 7/GP restou malferido, na conclusão do autor da demanda coletiva, o princípio da impessoalidade na medida em que estaria o alcaide ins-



truindo os seus subordinados a procederem de forma discriminatória, dando preferência ao atendimento de postulações dos edis, quebrando a isonomia que deve presidir as relações entre administradores e administrados.

O inciso I do art. 11 da Lei n. 8.429/92 reza que constitui ato de improbidade administrativa “praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência”, revelando que o agente pratica ato nulo, por ilicitude de objeto, sempre que *atue* com o fito pessoal, como ocorre nas hipóteses de favorecimento, protecionismo, tratamento privilegiado, ou mesmo de vingança e perseguição.

*In casu*, como visto – aliás, afirmado na própria inicial –, houve apenas a expedição de duas instruções; a primeira, determinando um atendimento especial, por parte dos administradores públicos, vinculados ao governo municipal, aos vereadores da bancada governista e, a outra, ampliando o seu espectro ao demais edis, independentemente de partido. Não mandou – e no particular há uma ressalva expressa – que se praticasse ilegalidades, vale dizer, favorecimentos, protecionismos etc.

O princípio da isonomia, da igualdade perante a lei, que não convive com discriminações de qualquer ordem ou privilégios de qualquer espécie, não se viu arranhado ou mitigado, na medida em que não há um único fato concreto a demonstrar tenha o administrador, no caso o Prefeito ou seus prepostos, criado desigualdades, por observância das instruções traduzidas pelas circulares sob im-

pugnação. Circulares, aliás, que na palavra de José Cretella Júnior (Dicionário Administrativo, Forense, Rio, 1978, p. 125), são classificados entre os atos administrativos formais. E, nessa condição, operam as circulares numa faixa de generalidade puramente abstrata, só produzindo efeitos no momento da aplicação do seu comando. A desigualdade, ou a quebra do princípio isonômico, em que a impessoalidade traduz uma de suas facetas, só existiu no plano teórico, da abstração. Essa observação faz lembrar a diferença reinante entre as expressões *a igualdade na lei e a igualdade perante a lei*; a primeira puramente abstrata, exigência dirigida ao legislador, no processo de formação da lei, que não deverá incluir fatores que impliquem em casuísmos e discriminações, e a outra, por tratar de lei já elaborada, voltada ao aplicador da norma, que não deverá se guiar por critérios que ensejem tratamento seletivo ou diferenciado. Exceção feita às situações em que o tratamento desigual se mostre a única forma de construir a igualdade. Em relação aos administrados, pois, a impessoalidade exige que a administração pública dispense tratamento isonômico aos que se encontrem em idêntica situação jurídica, conseqüência do próprio princípio da finalidade, segundo o qual a administração pública e os seus servidores *lato sensu* devem perseguir a consecução do interesse público e não aquele momentâneo, desse ou daquele administrado. É a afirmação da imparcialidade, de que fala o art. 11, *caput*, da Lei n. 8.429/92.

A impessoalidade, explica Celso Antônio Bandeira de Mello, traduz a idéia de que a administração tem



que tratar a todos os administrados sem discriminações, benéficas ou depreciosas. Nem favoritismos nem perseguições são toleráveis. Simpatias ou animosidades pessoais, políticas ou ideológicas não podem interferir na atuação administrativa e muito menos interesses sectários, de facções ou grupos de qualquer espécie. O princípio em causa não é senão o próprio princípio da igualdade ou isonomia. Está consagrado explicitamente no art. 37, *caput*, da Constituição. E arremata: como todos são iguais perante a lei (art. 5º, *caput*), *a fortiori* teriam de sê-lo perante a Administração” (Curso de Direito Administrativo, 11ª ed., SP: Malheiros Editores, 1999, p. 68).

Era preciso não uma circular mas um ato efetivo, um único ato concreto capaz de violar os princípios que informam a administração pública para se pretender punir o administrador.

Não houve ato de improbidade administrativa, embora deva-se reconhecer a infelicidade da iniciativa, que causa perplexidade, examinada à luz da lupa cívica, que não permite enxergar o seu conteúdo meramente político, com o intuito de acalmar os ânimos das bases de sustentação no legislativo, mas que nada concretiza ou privilegia.

Portanto, se não exige para a configuração da improbidade administrativa enriquecimento pessoal ou prejuízo ao erário, quando a violação corresponder a princípios que informam a administração pública, necessário se faz tenha havido discriminação real, vale dizer, concreta.

Aliás, é preciso não esquecer, como alertado por Celso Ribeiro Bas-

tos e André Ramos Tavares (As tendências do Direito Público, no limiar de um novo milênio, Ed. Saraiva, 2000, p. 307), “que o Direito abarca normas que são indiferentes à moral. É o caso, bem elucidativo, de regras processuais temporais. [...] alberga regras que, normalmente são insustentáveis. É o caso de o governador nomear o Procurador-Geral de Justiça, que terá função de fiscalizá-lo, ou da regra constitucional que permite ao Chefe do Poder Executivo nomear os Ministros do Tribunal de Contas, que terão por função a apreciação das contas de sua gestão”.

É certo que a Lei n. 8.429/92, além de coibir o dano material emergente da prática de atos abusivos, busca igualmente punir a lesividade à moral administrativa. Entretanto, torna-se imprescindível para a aplicação de tais sanções, sob pena da violação do próprio princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, que a atuação do administrador infrinja os deveres de retidão e lealdade ao interesse público, pois a improbidade diz com a falta da boa-fé, com a desonestidade, com a conduta típica do ilícito, o que não se encontra retratado na hipótese em julgamento.

Estando a validade da lei – e o mesmo raciocínio deve ser empregado na hipótese vertente, das circulares impugnadas – adstrita à observância da norma que lhe é superior, na clássica concepção de Kelsen, torna-se evidente que desrespeitado, como *in casu*, o disposto no art. 37 da CF, as Circulares ns. 5 e 7/GP são inválidas, não gerando quaisquer efeitos, particularmente por não aplicadas concretamente, não havendo, pois, o que punir.

A ação deflagrada, assim, nasceu morta, na medida em que objetivou reprimir e punir um ato vazio em efeitos.

Faltam, portanto, como assina-la Chiovenda, “as condições necessárias a que o Juiz declare existente e atue a vontade concreta de lei invocada pelo autor, vale dizer, as condições necessárias para obter um pronunciamento favorável” (Giuseppe Chiovenda, Instituições de Direito Processual Civil, Bookseller, 1998, vol. 1, p. 89), o que impõe, seja extinto o processo, por força do art. 267, VI, c/c o art. 295, III, do CPC, na modalidade da falta de interesse de agir, providência a ser adotada, *ex officio*, na forma do § 3º.

Aliás, a falta de interesse de agir pode e deve ser reconhecida *ex officio* em qualquer grau de jurisdição, sem que haja preclusão (RSTJ 54/129), tanto na fase recursal (JTA

112/62) como até mesmo em recurso especial (RTJ 110/1.274).

Incabível, na hipótese, a condenação nos ônus da sucumbência (art. 18 da Lei n. 7.347/85).

### III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, conhece-se do agravo e, *ex officio*, indefere-se a inicial da ação civil pública, julgando-se extinto o processo deflagrado pelo Ministério Público (CPC, art. 267, VI, c/c o 295, III).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de abril de 2003.

*Rui Fortes,*  
*Presidente com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.000146-8, DA CAPITAL

**Relator: Des. Cesar Abreu**

*Agravo de instrumento. Ação popular. Pressupostos de admissibilidade, ilegalidade e lesividade, inatendidos. Indeferimento da inicial. Exame ex officio. Princípio da economia processual. Existência de uma esfera preliminar ao exame do mérito que deve ser reconhecida e prestigiada. Utilização da via estreita do agravo. Possibilidade. Solução que evita a exposição desnecessária das partes e satisfaz ao ideal de justiça.*

*No sistema representativo, como é o caso brasileiro, não é dado governar com base na vontade de um nem administrar sob a tutela de poucos, devendo-se presumir, sempre, que o representante do*

*povo, legitimamente eleito, atua no interesse, aspirações e anseios de todos.*

*Reservado ao Estado-Membro, de acordo com o seu peculiar interesse, a implementação e composição das JARI's, cumpre ao Executivo, por seu primeiro mandatário, a opção técnico-administrativa correspondente, sendo o Judiciário, por outro lado, incompetente para apreciar a matéria sob o aspecto de sua conveniência e oportunidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2003.000146-8, da comarca da Capital, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado Edemar Rech:*

ACORDAM, em Terceira Câmara de Direito Público, por votação unânime, conhecer do recurso e, *ex officio*, indeferir a inicial da ação popular, julgando extinto o processo.

Custas na forma da lei.

## I – Relatório

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra decisão liminar proferida em ação popular deflagrada por Edemar Rech, a qual tem por desiderato a nulidade do Decreto n. 2.645, de 16-7-2001 (que cria as JARI's no Detran e nos Ciretran's), e o restabelecimento da antiga composição das Juntas Administrativas de Recurso de Infrações (JARI's).

Processado regularmente, concedido o efeito ativo, sobreveio manifestação da Procuradoria-Geral da Justiça, em parecer do Dr. Dálcio Moser, pelo provimento do recurso e reforma da decisão impugnada.

## II – Voto

Funda-se a *actio populis* no binômio ilegalidade e lesividade. A ilegalidade estaria no descumprimento do art. 22, XI, da CF e inobservância às disposições dos arts. 12, 16 e 331 da Lei n. 9.503/97, além das diretrizes para o estabelecimento do Regimento Interno das Juntas Administrativas de Recursos de Infrações (JARI), publicadas no DOU de 26-1-98. A lesividade na possibilidade de oneração dos cofres públicos, na eventualidade da ocorrência de reuniões extraordinárias por parte das novas juntas indiscriminadamente implementadas, com composição alterada de 3 (três) para 5 (cinco) membros, remunerados de acordo com o número de reuniões de julgamentos realizadas.

Pois bem, vê-se, de plano, que o autor não aponta lesão concreta e presente, aludindo a mera possibilidade de lesão aos cofres públicos em havendo abuso por parte dos membros das JARI's implementadas pelo Decreto n. 2.645/2001.

Ora, *na propositura da ação popular, não basta a afirmativa de ser o ato ilegal, é necessária a prova da lesividade* (REsp n. 250.593/SP, rel. Min. Garcia Vieira). É que a Constituição e a Lei da Ação Popular só preveem a anulação de atos quando lesi-

vos ao patrimônio público, sendo insuficientes que eles sejam ilegais. Como, na espécie, não há prejuízo ao patrimônio público, mas mera possibilidade de sua ocorrência, por circunstâncias, aliás, que independem do ato impugnado em si, não há manter a liminar deferida ou mesmo prosperar a demanda instaurada. A lesão, como visto, não estaria na alteração da composição das juntas (JARI's), de 3 (três) para 5 (cinco) membros, nem na implementação de outras, em caráter e abrangência regionais, mas no eventual abuso de seus integrantes no exercício de suas atribuições, na realização improdutiva de sessões de julgamento, com repercussões financeiras.

Falta, portanto, ao autor popular o necessário interesse de agir, circunstância que impõe, mesmo na via estreita do agravo de instrumento, a extinção do processo, independentemente da fase embrionária em que se encontra a ação (AI ns. 2000.007054-8, 2000.020173-1, 2000.007246-0 e 2001.006662-9).

Aliás, carecendo a ação popular de um dos seus requisitos primordiais, ilegalidade e lesividade, sem os quais – principalmente o último, que produz efeitos isoladamente – não satisfaz os pressupostos de admissibilidade, tem-se por gerado um obstáculo processual intransponível. É que, *em direito não há lugar para absolutos* (Teori Albino Zavoscki, citado *in Ap. Cív. n. 2001.008770-7*).

Ora, não havendo no espírito do julgador dúvida quanto à impertinência da ação, convirá indefira, desde logo, a inicial e não permita se iniciar a fase postulatória, no mínimo, em

nome do princípio da economia processual, evitando desgaste para as partes e desprestígio para a Justiça, inútil o prosseguimento do feito quando conhecido, antecipadamente, o seu resultado.

E não se diga que na hipótese a lesividade é presumida, porque não incide qualquer das circunstâncias apontadas nos arts. 2º e 4º da LAP.

Mas, não é só. Ilegalidade também não há.

A composição das JARI's e sua estruturação no cenário do Estado é matéria que se insere na competência da unidade federada.

O art. 18 da Lei n. 9.503, de 23-9-97, que dispunha sobre essa composição, foi considerado ofensivo à *autonomia dos Estados e Municípios para organizar os seus serviços* por retirar-lhes o necessário poder de conformação às realidades locais.

São essas as razões do veto:

“Ao indicar explicitamente a composição das Juntas Administrativas de Recursos de Infrações – JARI, a redação do artigo fere a autonomia dos Estados e Municípios para organizar os seus serviços, retirando das unidades federadas e dos entes comuns o necessário poder de conformação para adaptar a organização institucional e jurídica de seus órgãos às realidades locais”.

É bem verdade, por força do art. 12, VI, que compete ao Contran estabelecer as diretrizes das JARI's, que de certa forma envolvem a sua estrutura e composição, mas não poderá incidir em afronta ao princípio federativo.

Ora, reservado ao Estado-Membro, de acordo com o seu peculiar interesse, a implementação e composição das JARI's, cumpre ao Executivo, por seu primeiro mandatário, a opção técnico-administrativa correspondente, sendo o Judiciário, por outro lado, incompetente para apreciar a matéria sob o aspecto de sua conveniência e oportunidade. Não cabe, igualmente, ao cidadão, um único eleitor, embora se apresente como defensor do interesse coletivo, confrontar a sua opção individual com aquela emanada de quem detém representatividade política. Ademais, não há esquecer a máxima: um eleitor, um voto. No sistema representativo, como é o caso brasileiro, não é dado governar com base na vontade de um nem administrar sob a tutela de poucos, devendo-se presumir, sempre, que o representante do povo, legitimamente eleito, atua no interesse, aspirações e anseios de todos.

Ausentes a ilegalidade e a lesividade, temerário torna-se permitir o prosseguimento da *actio*, sendo de aplicar-se os ensinamentos de Donaldo Armelin, citado por Rodolfo de Camargo Mancuso (Ação Popular, RT, 4ª ed., 2001, p. 121):

“Em verdade, a existência de uma esfera preliminar ao exame do mérito é o resultado da atuação de princípios de técnica e economia processual respaldados por lei. Com isso se objeti-

va impedir que processos oriundos de exercício irregular de um direito de ação ou de nenhum direito de ação (no sentido de direito a um exame de mérito) cheguem a se prolongar, ensejando decisões ineficazes ou rescindíveis, com manifestos prejuízos para todos, partes e órgãos jurisdicionais”.

O acórdão do Superior Tribunal de Justiça, invocado já de início (REsp n. 250.593), bem retrata esse pensamento, cuidando-se de indeferimento da inicial, ausente o pressuposto da lesividade.

Incabível, na hipótese, a condenação no ônus da sucumbência (CF, art. 5º, LXXII).

### III – Decisão

Diante do exposto, à unanimidade, conhece-se do recurso e, *ex officio*, indefere-se a inicial da ação popular, julgando-se extinto o processo (CPC, art. 267, VI, c/c o 295, III).

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Victor Ferreira e funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 25 de abril de 2003.

*Rui Fortes,*  
*Presidente, com voto;*  
*Cesar Abreu,*  
*Relator.*

**AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2001.003810-2, DE BLUMENAU****Relator: Des. Newton Janke**

*Processo civil. Depositário infiel. Prisão. Natureza jurídica. Depositário preso por outro motivo. Compensação. Impossibilidade.*

1. *A prisão do depositário infiel decorre de um ilícito civil e, como tal, possui natureza jurídica distinta da prisão derivada de ilícito penal.*

2. *Em atenção à norma processual civil, a prisão civil deve ser cumprida isoladamente, em local adequado e pelo período determinado pelo juízo, não se admitindo seja compensada pela coincidência de qualquer outro período de custódia proveniente de mandado judicial de natureza penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2001.003810-2, da comarca de Blumenau (Vara dos Feitos da Fazenda e Acidentes do Trabalho), em que é agravante Estado de Santa Catarina e agravado Márcio Cardoso:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

1. Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão que, em processo de execução fiscal movido contra Fly Importadora Ltda., indeferiu o pedido de retorno do depositário infiel, Márcio Cardoso, ao cumprimento da integralidade da prisão civil decretada sob o fundamento de que essa pena teria sido resgatada concomitantemente com o período de segregação imposta em ação penal em tramitação na Justiça Federal.

Sustentando que a prisão civil não foi cumprida integralmente, afir-

ma o agravante que os 70 (setenta) primeiros dias da prisão civil decretada no processo de execução fiscal foram completados no mesmo período em que o depositário infiel esteve preso em razão de mandado judicial expedido pela Justiça Federal, o qual, uma vez revogado pela autoridade competente, resultou no cumprimento de somente 20 (vinte) dias de um total de 90 (noventa).

Enfatiza que as duas penalidades, porque de natureza jurídica diversa (penal e civil), não podem ser unificadas por força do art. 69 do Código Penal, incidência subsidiária ante a ausência de norma processual civil a respeito.

Rebate a necessidade da suspensão do processo até o cumprimento do outro mandado de prisão, requerendo, ao concluir, a reforma da decisão impugnada com a consequente prisão civil do depositário infiel pelo período remanescente.

Ao contra-arrazoar, o agravado, louvando a decisão combatida,

contesta os argumentos recursais, lembrando que a Constituição Federal veda a prisão por dívida. Ressalta, ainda, que é mero empregado da empresa executada, não integrando o seu contrato social como sócio-gerente.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça alvitrou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

2. Segundo as peças do instrumento, no processo de execução fiscal, Márcio Cardoso investiu-se no encargo de depositário dos bens penhorados à empresa devedora (fl. 23), os quais, ulteriormente, não foram mais localizados, resultando daí a decretação da sua prisão civil pelo prazo de 90 (noventa) dias, por decisão datada de 28-6-00 (fl. 36) e executada em 3-7-00 (fl. 39).

Ocorre que, por quebra de fiança concedida em ação penal na Justiça Federal, o agravado já estava preso desde 15-5-00, recuperando a liberdade provisória naquela esfera judicial em 6-9-00 (fl. 75), deixando a prisão por alvará expedido pela Justiça Estadual em 26-9-00 (fls. 41 e 42). Resta claro, portanto, que o magistrado que decretou a prisão civil considerou que esta sanção foi resgatada, de modo concomitante, ainda que parcial, com a segregação cautelar imposta na Justiça Federal, razão por que indeferiu o pedido da Fazenda para que o depositário fosse reconduzido ao cárcere.

A questão que se coloca à decisão é se duas penas, uma fundamentada no processo civil e outra no penal, podem ser cumpridas concomitante-

mente, de modo a admitir a compensação recíproca.

O Supremo Tribunal Federal, em acórdão de lavra do Min. Firmino Paz, esclareceu a nítida distinção entre as duas sanções:

“Cumprir distinguir, no sistema jurídico brasileiro, a) prisão criminal e b) prisão civil. São, ambas, efeitos diretos do exercício do poder jurídico estatal de punir – em a) – e de constranger ao cumprimento de obrigação de restituir ou de alimentar – em b). [...] Sinala-se, outrossim, que a causa primeira indireta, mediata, da prisão criminal é o crime, *acto* jurídico ilícito absoluto. A causa, porém, primeira, indireta, imediata, da prisão civil é, também, *acto* jurídico ilícito, mas relativo. São causas diferentes. Não poderiam, logicamente, nunca, produzir efeitos jurídicos iguais e da mesma natureza. Impõe-se, portanto, a distinção conceptual. Sendo, assim, distintos os conceitos de prisão, distintos por suas causas e, conseqüentemente, por seus fins, tem-se ser inaplicável a uma o regime jurídico previsto, em lei, para a outra ordem de prisão” (STF, RHC n. 59.643-6/SP, j. 2-3-82).

Tal entendimento foi contemporaneamente sufragado pelo Min. Celso de Mello:

“A prisão civil, embora medida privativa da liberdade de locomoção física do depositário infiel, não tem conotação penal, pois a sua única finalidade consiste em compelir o devedor a satisfazer obrigação que somente a ele compete executar. Trata-se, na realidade, como assevera Pontes de Miranda, ‘de efeito de pretensão civil e não criminal’. Por isso



mesmo, o STF, por sua Primeira Turma, ao analisar a prisão civil, nela destacou o ‘caráter construtivo’ que lhe anima, como elemento primordial que é, a sua própria configuração jurídica (RHC n. 66.627/SP, rel. Min. Octávio Gallotti)” (STF, HC n. 71.038-7/MG, j. 15-3-94).

Araken de Assis, ao tratar do regime de prisão do depositário infiel, leciona:

“Quanto ao regime da prisão, eminentemente civil, e ao qual não se aplicam quaisquer institutos penais, sob pena de descaracterizá-la, rememore-se a exata lição da 4ª Turma do STJ, segundo a qual ‘não se recomenda, no âmbito da execução civil, o tratamento benévolo e complacente para com o devedor recalcitrante, abusivamente descumpridor de suas obrigações, em flagrante desprestígio à solução jurisdicional’. Por tal motivo, descabida se mostra a prisão albergue e outras concessões à disciplina penal. A sanção do depositário infiel consiste na sua prisão pura e simples, pelo prazo não excedente a um ano (art. 652, *in fine*, do CC de 2002), cumprida em qualquer estabelecimento penal” (*in* Manual do Processo de Execução. 8ª ed., São Paulo: Ed. RT, 2002, p. 638).

Se não há dúvida a respeito da natureza jurídica distinta das prisões decretadas em desfavor do depositário infiel da empresa agravada, é ocioso trazer a debate princípios inerentes ao direito penal, como as regras de concurso material ou unificação de penas.

Assim sendo, em atenção à norma processual civil, a prisão civil deve ser cumprida isoladamente, em

local adequado e pelo período determinado pelo juízo, sem ser compensada pela coincidência de qualquer outro período decorrente de mandado judicial de natureza penal.

Pensar de modo diverso contraria a finalidade coercitiva que a lei acena ao depositário infiel. Afinal, se já está preso por qualquer outro motivo, por que indicaria a localização dos bens penhorados e depositados à sua confiança? Pode dar-se ao arrogante atrevimento de não “querer informar aonde estão os bens”, como respondeu ao oficial de justiça *ad hoc* (fl. 30).

Não se trata, ao contrário do que duramente argumenta a agravada, de uma “tortura” imposta ao depositário infiel (fl. 61), mas, sim, de reprimir ato atentatório à dignidade do juízo e de preservar o respeito ao poder do Estado, como bem esclarece o Min. Celso de Mello:

“O depósito judicial – enquanto modalidade de depósito necessário – é aquele que se faz em desempenho de obrigação legal. Ao ser efetivado – assinala o magistério da doutrina (José Frederico Marques, ‘Manual de Direito Processual Civil’, vol. IV, p. 164 e 165, item n. 866, 7ª ed., 1987, Saraiva; Vicente Greco Filho, ‘Direito Processual Civil Brasileiro’, vol. 3/76, item n. 12.2, 5ª ed., 1989, Saraiva, v.g.) —, o depósito judicial estabelece típica relação de direito público, de caráter processual, entre o Estado (representado pela autoridade judiciária que dirige o processo de execução) e o depositário judicial dos bens penhorados, que passa a qualificar-se como órgão *auxiliar do juízo* [...].

“Torna-se evidente, pois, que o desvio patrimonial dos bens penhorados, quando praticado pelo depositário judicial *ex voluntate propria* e sem autorização prévia do juízo da execução, caracteriza situação configuradora de *infidelidade depositária*, apta a ensejar, por si mesma, a possibilidade de decretação, *no âmbito do processo de execução*, da prisão civil desse auxiliar do juízo” (STF, RHC n. 80.035-1/SC, j. 21-11-00 – com o grifo no original).

No mais, o caso em exame trata especificamente da prisão civil do depositário infiel, situação expressamente abarcada pela Constituição Federal em seu art. 5º, inciso LXVII. E, de outra parte, em nada importa que o Sr. Márcio Cardoso seja mero empregado da empresa agravada, uma vez

que foi ele quem, segundo a certidão de fl. 23 e v., assumiu o encargo de fielmente zelar pelos bens que foram confiados à sua guarda.

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso, para que o depositário infiel cumpra o período remanescente da custódia que lhe foi imposta.

Participou do julgamento, como voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer, lavrando parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 6 de março de 2003.

*Volnei Carlin,*  
*Presidente, com voto;*  
*Newton Janke,*  
*Relator.*

## AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.018240-6, DE ORLEANS

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Execução fiscal Penhora Nomeação de bem de difícil ou incerta alienação. Recusa pelo credor. Penhora sobre percentual do faturamento da empresa. Possibilidade. Recurso não provido.*

*Desobedecida pela devedora a ordem legal estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/80 para nomeação de bem à penhora, e não havendo outros bens capazes de garantir a satisfação do crédito reclamado, pode ela recair sobre percentual do faturamento bruto da empresa, considerando-se suas peculiaridades, cuidando-se para que não comprometa a solvabilidade da executada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 2002.018240-6, da comarca de Orleans, em que é agravante Lojas Zomer de Móveis Ltda. e agravado Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

Na comarca de Orleans, o Estado de Santa Catarina propôs execução fiscal contra Lojas Zomer de Móveis Ltda., em face da inscrição em Certidões de Dívida Ativa (CDA's) de débitos tributários decorrentes da inexistência de recolhimento, ou do recolhimento a menos, do Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS), na forma da Lei n. 6.830/80.

Citada, a executada ofereceu a penhora um bem imóvel, matrícula n. 3.817, avaliado em R\$ 1.900.000,00, e, após cumpridas algumas formalidades solicitadas pela Fazenda Pública, houve impugnação à nomeação porque: ela não obedece a ordem legal estabelecida no art. 11 da LEF; o bem imóvel foi objeto de penhora em inúmeras outras execuções fiscais que tramitam em diversas comarcas do Estado, além de, localizado no município de Orleans, ser de difícil comercialização. Requereu que a penhora recaísse, no percentual de 2%, sobre o faturamento mensal bruto da empresa.

O Magistrado singular, acolhendo o pedido, nomeou como depositário o Sr. Antônio Zomer (sócio e administrador da devedora) e determinou sua intimação para juntar aos au-

tos, até o dia 15 de cada mês, cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito, referente aos Processos ns. 044.01.001621-3, 044.01.001731-7, 044.01.001623-0, 044.01.001730-9, 044.01.001624-8, 044.01.001620-5, 044.01.001614-0, 044.02.000203-7, 044.02.000201-0, 044.01.001615-9, 044.01.001618-3, 044.01.001617-5, 044.02.000199-5, 044.02.000200-2, 044.02.000197-9, 044.02.000202-9, 044.02.000421-8, 044.01.001165-3, 044.01.001161-0, 044.01.001167-0, 044.01.001606-0, 044.01.001202-1, 044.01.001162-9, 044.01.001170-0, 044.01.001301-0, 044.01.001168-8, 044.01.001169-6, 044.01.001166-1 e 044.01.001130-0, por se encontrarem na mesma fase processual, determinando fossem apensados.

Irresignada contra tal decisão, Lojas Zomer de Móveis Ltda. interpôs recurso de agravo de instrumento, ao qual foi negado seguimento, com fulcro no art. 557, *caput*, do CPC, tendo em vista que a jurisprudência majoritária neste egrégio Tribunal e no colendo Superior Tribunal de Justiça tem entendido que, mesmo não sendo rígida a ordem legal de preferência na penhora de bens, há ser observada, sempre que possível, penhorando-se dinheiro em primeiro lugar, como procedido, além de não se ter demonstrado, no agravo, que o imóvel oferecido seria suficiente à integral garantia da execução, pois há, inclusive, notícia de ser ele objeto de constrição judicial em inúmeros outros processos executivos, e tampouco que seja de ampla aceitação no mercado.

Não conformada, Lojas Zomer de Móveis Ltda. interpôs o agravo inominado previsto no art. 557, § 1º,

do CPC, contra referida decisão monocrática do relator, alegando que nenhuma das razões apresentadas no agravo de instrumento foi apreciada pela decisão, restringindo os princípios da ampla defesa e do devido processo legal e viciando de nulidade o ato judicial hostilizado; ausência de nomeação de administrador e de intimação para apresentação da forma de administração e plano de pagamentos, na forma preceituada pelo art. 678 do CPC, consoante entendimento pacífico nos julgamentos dos Tribunais Superiores; a existência de bens suficientes da executada para garantir a dívida exigida; e a impropriedade da penhora de faturamento no caso concreto, em face dos prejuízos que suportará na qualidade de executada.

Argumenta que ofereceu à penhora bem imóvel de valor monetário superior aos créditos tributários reclamados; contudo, a penhora, determinada sobre seu faturamento bruto mensal, no percentual de 2% (dois por cento), a ser depositado até o dia 15 de cada mês em conta vinculada ao juízo, inviabilizará a continuidade das suas atividades mercantis.

Por fim, sustenta que a jurisprudência mansa e pacífica do Superior Tribunal de Justiça orienta-se pela ilegalidade de penhora de faturamento quando inobservado o disposto no art. 678 do CPC; e que, em outros recursos, interpostos nos executivos fiscais apensados, com o mesmo objeto, a decisão prolatada foi diversa, porquanto nenhum teve seu seguimento obstado por decisão.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido e não provido.

Para bom entendimento da controvérsia, vale transcrever da decisão agravada de primeiro grau:

“O caso *sub judice* é, evidentemente, excepcional.

“Requeru o exeqüente a penhora sobre o faturamento da executada, o que configura penhora do próprio estabelecimento comercial (art. 11, § 1º, da Lei n. 6.830/80).

“Entretanto, o bem nomeado pela executada, cujo valor, pela maior avaliação, é de R\$ 1.200.000,00, já foi penhorado em 25 processos de execução e indicado à penhora em outros 33 feitos, conforme certidão de fls. 58 a 63, e, assim, não garantirá o crédito destes, que montam o valor de R\$ 3.408.983,79.

Ademais, a empresa efetivamente é detentora de um débito expressivo e inexistem bens bastantes para a garantia do juízo, conforme planilha elaborada pela contadoria deste juízo, o valor total dos executivos fiscais em andamento é de R\$ 7.080.642,98, ao passo que o valor total dos bens penhorados e indicados à penhora, pela maior avaliação, é de R\$ 1.385.500,00.

“A impossibilidade da penhora do faturamento, como bem observou o Ministro César Asfor Rocha, em acórdão de sua lavra, levaria ‘a uma hipótese absurda de uma empresa com elevado faturamento e mesmo lucro, que não tivesse outros bens, não poderia sofrer penhora. E hoje tem sido cada vez mais comum a existência de empresas sem patrimônio imobiliário próprio, o que dificultaria ainda mais a realização de penho-

ra' (Recurso Especial n. 251.151, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 22-10-01).

"Assim, tendo em vista o caráter absolutamente excepcional a que o caso se submete, deve efetuar-se a penhora de 2% sobre o faturamento da empresa executada.

"Da jurisprudência do eg. Superior Tribunal de Justiça, extrai-se:

'Processual civil. Recurso especial. Divergência não configurada. Reexame de prova. Não conhecimento. Penhora. Percentual sobre renda líquida de empresa. Possibilidade.

[...]

'Renda de empresa é dinheiro, para fins do disposto no art. 655, I, do Código de Processo Civil, por isso mesmo que, em caráter excepcional, desde que observado o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, pode ser penhorada [...]' (Recurso Especial n. 251.151, rel. Min. César Asfor Rocha, DJ de 22-10-01 *sic*).

"E, ainda:

[...]

'2. 'A penhora sobre percentual do faturamento bruto mensal da empresa-executada configura constrição do próprio estabelecimento industrial, hipótese só admitida excepcionalmente (§ 1º, art. 11, da Lei n. 6.830/1980), ou seja, após ter sido infrutífera a tentativa de penhora sobre os outros bens arrolados nos incisos do art. 11 da Lei de Execução Fiscal' (REsp n. 108.245/Adhemar)' (Recurso Especial n. 205342/SP, rel. Humberto Gomes de Barros, DJ de 20-3-2000).

"Nesse sentido, também tem entendido o nosso eg. Tribunal de Justiça, conforme o seguinte julgado:

'Agravado de instrumento. Execução fiscal. Penhora incidente sobre o faturamento da pessoa jurídica Possibilidade. Inexistência de bens penhoráveis. Desprovimento do recurso.

[...]

'2. Em se tratando de execução fiscal contra empresa, é possível que a penhora recaia sobre o percentual de 10% do faturamento da pessoa jurídica, desde que esta não possua bens a serem penhorados' (Agravado de Instrumento n. 1998.014448-5, de Curitiba, rel. Des. Luiz César Medeiros, j. em 17-5-01).

"Ante o exposto, efetue-se a penhora do faturamento bruto mensal da empresa executada, no percentual de 2%, a ser depositado até o dia 15 de cada mês em conta vinculada ao Juízo, nomeando-se como depositário o Sr. Antônio Zomer, CPF n. 29.345.079-04, sob as penas da lei.

"O depositário deverá ser intimado para que junte aos autos, até o dia 15 de cada mês, cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito de 2% sobre o valor do faturamento bruto, conforme definido na LC n. 70/91, art. 2º, e parágrafo único.

"Considerando-se o idêntico pedido nos autos n. 044.01.001621-3, 044.01.001731-7, 044.01.001623-0, 044.01.001730-9, 044.01.001624-8, 044.01.001620-5, 044.01.001614-0, 044.02.000203-7, 044.02.000201-0, 044.01.001615-9, 044.01.001618-3, 044.01.001617-5, 044.02.000199-5, 044.02.000200-2, 044.02.000197-9,

044.02.000202-9, 044.02.000421-8, 044.01.001165-3, 044.01.001161-0, 044.01.001167-0, 044.01.001606-0, 044.01.001202-1, 044.01.001162-9, 044.01.001170-0, 044.01.001301-0, 044.01.001168-8, 044.01.001169-6, 044.01.001166-1 e 044.01.001130-0, bem como, por se encontrarem na mesma fase processual, apense-se a estes autos, tendo em vista que esta decisão também os afetará.

“Forme-se autos suplementares para a juntada dos balancetes mensais de faturamento e dos comprovantes de recolhimento mensal do percentual de 2% até o esgotamento do crédito exequendo dos referidos autos acima” (fls. 70 a 72/TJSC).

O agravo de instrumento, manejado pela devedora para reforma do ato jurisdicional do primeiro grau, fundamentou-se em três argumentos: “a) a falta de nomeação de administrador e ausência de intimação para a apresentação da forma de administração e plano de pagamentos, na forma do art. 678 do CPC; b) a existência de bens suficientes da executada para garantir a dívida exigida; c) a impropriedade da penhora de faturamento no caso concreto, face aos prejuízos que acarretará à executada” (fl. 86/TJSC).

A decisão do relator negando seguimento ao agravo de instrumento está assim fundamentada:

“O recurso reúne condições formais de admissibilidade; porém, não merece seguimento, por ser manifestamente improcedente.

“É que, mesmo não sendo rígida a ordem legal de preferência na penhora de bens, há que se observá-la sempre que possível, penhorando-se dinheiro em primeiro lugar

(art. 655, I, CPC), como foi procedido, além de não se ter demonstrado, no presente agravo, que o valor do bem oferecido à penhora é suficiente para garantir integralmente a execução, havendo, inclusive, notícia de o mesmo ser objeto de constrição judicial face a inúmeros processos de execução, nem mesmo que seja de ampla aceitação pelo mercado.

“A penhora realizada não impossibilita a continuação das atividades empresariais, posto que recaiu sobre apenas 2% do faturamento bruto da empresa, e não se demonstrou possa derivar dano irreparável com tal penhora, sem se olvidar que o credor merece ver seu crédito satisfeito.

“Não fosse isso, neste Tribunal já se decidiu:

‘Conquanto os créditos da empresa devedora, por serviços prestados a terceiro, integrem o seu faturamento, são eles passíveis de penhora, encontrando total respaldo no ordenamento jurídico pátrio. O que os Tribunais pátrios têm vedado é a penhora sobre a totalidade do faturamento mensal da empresa devedora, inviabilizando, com isso, as suas atividades mercantis’ (Agravo de Instrumento n. 2000.024316-7, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

“Ademais, que pese a excepcionalidade da constrição sobre faturamento, há que se pensar na efetividade da prestação jurisdicional, que, na execução, é destinada primordialmente à satisfação do crédito, colhendo-se manifestação do STJ:

‘Processual civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor. Penhora da renda diária da empresa. Excepcionalidade.



Requisitos e cautelas necessárias. Caso concreto. Possibilidade. Recurso desacolhido.

“I — A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais.

“II — Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens oferecidos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora.

“III - Mostra-se, necessário, no entanto, que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora. Além disso, impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento, nos termos do art. 678, parágrafo único, CPC’ (REsp n. 286326/RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 15-2-2001)” (fls. 79 a 81/TJSC).

2. Constata-se, assim, à evidência, que a decisão monocrática do relator decidiu as questões propostas, e se não desfilou longa exposição em relação a um dos argumentos é porque os demais foram suficientes para negar provimento ao recurso.

De qualquer forma, a jurisprudência pacífica do colendo Superior Tribunal de Justiça tem admitido a penhora sobre percentual do faturamento de empresa, com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional em ação de execução, mormente quando frustrada pelo oferecimento de bens insuficientes à garantia do Juízo ou de bens de difícil ou incerta alienação, como no caso.

Não há fundamento para a pretendida inviabilidade de penhora sobre o faturamento da empresa porque o art. 11 da Lei n. 6.830, de 22-9-1980, reza claramente que “A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; [...]”, encontrando-se o bem imóvel em 4º lugar (inciso IV).

Sobre a penhora de crédito equivalente a dinheiro em execução fiscal, Humberto Theodoro Júnior leciona:

“Sendo certo que a penhora deve obedecer à preferência estabelecida pelo art. 11 da Lei n. 6.830/80, e havendo crédito do executado a ser pago por órgão público, nada impede que a Fazenda exequente efetue a penhora sobre aludida verba. Isso porque, em se tratando de quantia líquida, equivale a dinheiro, bem que ocupa o primeiro lugar na escala legal de preferência para o gravame judicial (art. 11, I) (STJ, 1ª T., AgRg na MC n. 1.110-MG, rel. Min. José Delgado, ac. de 19-5-1998, DJU, 3-8-1998, p. 82)” (*in* Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência, 7ª ed., SP: Saraiva, 2000, p. 75).

Américo Luís Martins da Silva não destoa:

“Tanto quanto o depósito em dinheiro, a fiança bancária e a indicação à penhora de bens oferecidos por terceiros, a *nomeação de bens à penhora por iniciativa do próprio executado* é uma das modalidades de garantia voluntária da execução, pelo valor da dívida, juros e multa de mora e encargos indicados na certidão da dívida ativa.

“Portanto, a Lei de Execução Fiscal permite que o executado ve-



nha, ele mesmo, nomear bens à penhora, desde que obedeça à ordem prescrita no seu art. 11, o qual dispõe que 'a penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem: I – dinheiro; II – título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em Bolsa; III – pedras e metais preciosos; IV – imóveis; V – navios e aeronaves; VI – veículos; VII – móveis ou semoventes; e VIII – direitos e ações'.

[...]

"Ainda em relação à nomeação de bens realizada pelo próprio devedor, também aplica-se *subsidiariamente à execução fiscal* o disposto no art. 656 do CPC. Assim é que será tida por ineficaz esta modalidade de nomeação, salvo convindo o credor: I – se não obedecer à ordem legal; II – se não versar sobre os bens designados em lei, contrato ou ato judicial para o pagamento; III – se, havendo bens no foro da execução, outros hajam sido nomeados; IV – se o devedor, tendo bens livres e desembargados, nomear outros que o não sejam; V – se os bens nomeados forem insuficientes para garantir a execução; VI – se o devedor não indicar o valor dos bens ou omitir qualquer das indicações a que se referem os incisos I a IV do § 1º do art. 655 do CPC" (*in A execução da dívida ativa da Fazenda Pública*, SP: RT, 2001, p. 403 e 404).

Nesse sentido, desobedecida a ordem legal de nomeação, colhe-se da jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça entendimento permissivo para a penhora recair sobre percentual do faturamento bruto:

"Execução fiscal e processo civil. Penhora. Faturamento parcial da

renda da empresa. Nomeação de administrador. CPC, artigos 462, 535, II, 655, I, 719 e 728. Lei n. 6.830/80, artigos 11 e 15, II.

"1. A desobediência à ordem legal estabelecida para a penhora e circunstâncias específicas tornam possível a penhora sobre o faturamento percentual da renda diária da empresa, devendo ser nomeado administrador, com a apresentação de esquema de pagamento, de modo a assegurar a continuidade das atividades sociais da empresa.

"2. Precedentes.

"3. Recurso parcialmente sem provimento" (REsp n. 142588/RS, rel. Min. Milton Luiz Pereira, j. em 1º-3-2001).

Ou:

"Processual civil. Recurso especial. Divergência não configurada. Reexame de prova. Não conhecimento. Penhora. Percentual sobre renda líquida de empresa. Possibilidade.

"É imprescindível para a caracterização do dissídio jurisprudencial, por lógico, que os acórdãos ostentadores de díspares conclusões hajam sido proferidos em idênticas hipóteses, o que não ocorre no recurso em exame.

'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial' (Súmula 7/STJ).

"Renda de empresa é dinheiro, para fins do disposto no art. 655, I, do Código de Processo Civil, por isso mesmo que, em caráter excepcional, desde que observado o disposto no art. 620 do Código de Processo Civil, pode ser penhorada.

“Ainda que sendo aceita excepcionalmente a realização da penhora em renda de empresa, nem por isso essa renda pode ser integral e indiscriminadamente penhorada, devendo ser aplicada pelo juiz com temperamento, pois que as obrigações trabalhistas, fiscais e previdenciárias têm preferência, por fortes motivações sociais, sobre o pagamento das demais obrigações.

*“Uma vez dirigindo-se a penhora sobre o faturamento de empresa, recomenda-se que recaia sobre um percentual do faturamento bruto, considerando-se as peculiaridades de cada caso.*

“Na hipótese, contudo, a penhora já havia sido procedida sobre trinta por cento da renda líquida, que deve ser mantida, pelas peculiaridades da espécie.

“Recurso não conhecido” (REsp n. 251151/RJ, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, j. em 15-6-2000, Quarta Turma original sem grifo).

E mais, ressaltando-se cuidado para preservar a solvabilidade da devedora:

“Processual civil. Execução. Nomeação de bens à penhora. Impugnação pelo credor. Penhora da renda diária da empresa. Excepcionalidade. Requisitos e cautelas necessárias. Caso concreto. Possibilidade. Recurso desacolhido.

“I — A jurisprudência do Tribunal orienta-se no sentido de restringir a penhora sobre o faturamento da empresa a hipóteses excepcionais.

“II — Todavia, se por outro modo não puder ser satisfeito o interesse do credor ou quando os bens ofereci-

dos à penhora são insuficientes ou ineficazes à garantia do juízo, e também com o objetivo de dar eficácia à prestação jurisdicional, tem-se admitido essa modalidade de penhora.

“III — Mostra-se, necessário, no entanto, que a penhora não comprometa a solvabilidade da devedora. Além disso, impõem-se a nomeação de administrador e a apresentação de plano de pagamento, nos termos do art. 678, parágrafo único, CPC” (REsp n. 286326/RJ, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, j. em 15-2-2001, Quarta Turma).

Ainda:

“Processual civil. Penhora sobre o faturamento da empresa. Admissibilidade.

— “É admitida a penhora sobre o faturamento da empresa. Entretanto, por ter caráter de excepcionalidade, deve-se ater a procedimentos específicos regulados no Código de Processo Civil, particularmente os descritos nos arts. 677 e 678.

— “Deve o Juiz da execução nomear um depositário que atuará como administrador, determinando que o mesmo lhe apresente a forma de administração em relação à arrecadação, à guarda e à manipulação dos valores retidos por força da constrição, além de um esquema de pagamento para a dissolução da dívida.

— “Agravo regimental prejudicado.

— “Medida cautelar parcialmente procedente” (MC n. 2527/PR; rel. Min. Francisco Falcão, j. em 13-3-2001 Primeira Turma).

Assim, tendo a ordem para penhora recaído sobre parte reduzida do

faturamento bruto mensal da agravante (2%), não há falar em impossibilidade de se proceder a tal modalidade de constrição ou mesmo em inviabilidade de manutenção de suas atividades mercantis da agravante, até porque não perderá seu comando negocial, devendo o depositário nomeado simplesmente cumprir a função que lhe foi ordenada (= ao final de cada mês somar o que foi faturado e calcular 2% para depósito na forma determinada na decisão), ainda mais por ser ele sócio e um dos administradores da empresa executada; solução diversa implicaria na nomeação de terceiro à gerência da devedora, o que ela, com certeza, não deseja, não obstante reclame, pois não há prejuízo.

Não fosse isso, a alegada ausência de nomeação expressa de administrador, como mero ato formal, não tem o condão de viciar o ato judicial hostilizado porquanto, conforme consignou o eminente Des. Silveira Lenzi nas decisões prolatadas em outros recursos sobre a mesma matéria, "...o sujeito processual responsável pelo gerenciamento da constrição do faturamento empresarial é o depositário, por expressa dicção legal (art. 677, parágrafo único, do CPC)" (AI ns. 2002.018227-9, 2002.018238-4, 2002.018229-5, 2002.018213-9, 2002.018224-4, 2002.018221-0, 2002.018239-2, de Orleans).

Incumbe, portanto, ao próprio depositário, Sr. Antônio Zomer [a quem também interessa zelar pelo pleno cumprimento da medida judicial], a apresentação da forma de administração, para apurar e recolher o produto para efetivação da penhora, nos termos do art. 677 do CPC, sendo-lhe, inclusive, expressamente de-

terminada a exibição de cópia do balancete mensal consolidado e comprovante de depósito de 2% (dois por cento) do faturamento bruto, de modo que nada invalida a decisão singular, mantida nesta instância.

3. De outro lado, não houve ofensa ao princípio constitucional do devido processo legal, equivalente ao inglês *due process of law*, "cuja tradução correta e correspondente em nossa língua deverá ser adequado processo jurídico. *Due*, em inglês, é devido, próprio, adequado" (José Cretella Jr., Comentários à Constituição Brasileira de 1988, Forense, vol. I, n. 366, p. 530), porque, ao contrário, foi garantido diante da observância do procedimento próprio previsto na legislação específica, resultando que foi oportunizado à devedora oferecer, em primeiro lugar, bens suficientes e eficazes à garantia da prestação jurisdicional, o que foi impugnado pela Fazenda credora, na forma da Lei n. 6.830/80, daí surgindo a decisão de primeiro grau, lastreada no texto permissivo e confirmada agora com o balanço patrimonial de fls. 87 a 89, que bem confirma a inexistência de outros bens passíveis de penhora para o total das execuções fiscais promovidas pelo Estado.

4. Resumindo: a agravante não logrou demonstrar: a impropriedade da penhora determinada, pois devidamente respeitado o procedimento legal; a existência de outros bens suficientes à garantia do juízo, tendo em vista que nomeara um de difícil ou incerta alienação, regularmente impugnado pela credora; e a nulidade do ato judicial por ausência de nomeação de administrador, cuja incumbência recai, por disposição legal (art. 677 do

CPC), sobre o depositário, que é seu sócio e administrador.

5. Diante do exposto, conheceu-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Victor Ferreira e Dionísio Jenczak.

Florianópolis, 26 de setembro de 2002.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.023699-9, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Victor Ferreira**

*Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) – Decisão monocrática que negou seguimento, liminarmente, a recurso manifestamente em confronto com a jurisprudência dominante deste Tribunal e do STJ – Possibilidade – Incidência de juros de mora na conta formadora do precatório complementar e aplicação do IGP-DI como indexador à atualização monetária – Decisão acertada – Ausência, ademais, de comprovação de que a jurisprudência dominante desta Corte, bem como do STJ, não coincide com aquela indicada pelo Relator – Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, §1º, CPC) no Agravo de Instrumento n. 2002.023699-9, da comarca de Criciúma, em que é agravante o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, e agravado Valdir Eing:*

ACORDAM, em Câmara de Férias Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas, na forma da lei.

### **I — Relatório**

Instituto Nacional do Seguro Social – INSS interpôs agravo de instrumento, com pedido de concessão

de efeito, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara da Fazenda, Acidentes de Trabalho e Registros Públicos da comarca de Criciúma, que, em execução de sentença proferida em ação de acidente de trabalho movida pelo agravado Valdir Eing, rejeitou a impugnação ao cálculo de liquidação elaborado pela Contadoria Judicial.

Sustentou, para tanto, que sequer foi intimado do novo cálculo, asseverando que não incidem juros de mora após a requisição do precatório, se observado o prazo constitucional para o pagamento.

Enfatizou, ainda, que o indexador referente à atualização monetária

não pode ser o IGP-DI, devendo empregar-se a UFIR até a sua extinção em dezembro de 2000 e, a partir de então, o IPCA.

Postulou a concessão de efeito suspensivo ao reclamo e, ao final, o seu provimento, a fim de que não sejam computados juros de mora após a requisição do precatório, bem como a exclusão da atualização pelo IGP-DI, pugnando, dessarte, pela extinção da execução pelo pagamento já efetuado.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, o ilustre Relator, às fls. 46 a 49, negou seguimento, liminarmente, ao recurso, ao argumento de que a fundamentação expendida pelo agravante mostra-se em manifesto confronto com o entendimento sedimentado pelos tribunais superiores, na forma do art. 557, *caput*, do CPC.

Contra essa decisão, foram opostos, às fls. 54 a 58, embargos declaratórios, os quais restaram rejeitados por este Relator às fls. 61 a 63.

Inconformado com o *decisum* de fls. 46 a 49, o agravante, às fls. 66 a 70, interpôs o agravo previsto no art. 557, § 1º, do CPC, alegando, em síntese, que não se aplica à espécie o *caput* do art. 557 do CPC, posto que a decisão proferida pelo Magistrado *a quo* é a que não se encontra em consonância com a jurisprudência pacífica deste Tribunal e dos tribunais superiores.

Requeru, enfim, seja conhecido e provido este agravo, para afastar a aplicabilidade do art. 557, *caput*, do CPC, determinando o regular processamento do agravo de instrumento, com seu provimento final.

É, em suma, o relatório.

## II — Voto

Em que pese o inesgotável esforço expendido pelo agravante, o presente remédio recursal não merece prosperar.

É sabido que a matéria aventada neste recurso não está pacificada pelos tribunais pátrios. Todavia, a corrente perfilhada pelo ilustre Relator da decisão monocrática de fls. 46 a 49 é a dominante no colendo Superior Tribunal de Justiça e neste egrégio Sodalício, à qual filio-me igualmente.

Dessarte, atendeu ele à letra do art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o qual estabelece que “O relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou *em confronto* com súmula ou *com jurisprudência dominante do respectivo tribunal*, do Supremo Tribunal Federal, ou de *Tribunal Superior*” (o grifo é meu).

Imprescindível trazer à baila, à guisa de complementação, comentários tecidos pelos juristas Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery ao dispositivo legal *supra*, quando tratam dos poderes conferidos ao relator:

“Nas hipóteses mencionadas no *caput*, pode o relator, em qualquer tribunal, indeferir o processamento de qualquer recurso. [...] Nada obstante, não cabe aqui a objeção de inconstitucionalidade que tem sido feita àquele dispositivo. Enquanto a CF disciplina a atividade dos tribunais superiores, notadamente o STF e o STJ, cabe ao CPC regular os poderes do relator nos tribunais federais e estaduais, de sorte

que as atribuições conferidas ao relator pela norma comentada encontram-se em harmonia com os sistemas constitucional e processual brasileiros” (*in* Código de Processo Civil Comentado, 4ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999, p. 1.072).

Entretanto, para não restar dúvidas acerca da decisão vergastada, trago à colação decisões recentes do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Justiça do nosso Estado que entendem pela incidência de juros de mora na conta formadora do precatório complementar, bem como pela aplicabilidade do IGP-DI como indexador à atualização monetária:

“Processual civil e administrativo. Agravo regimental. Precatório complementar. Juros de mora.

“1. Agravo Regimental interposto contra decisão que deu provimento ao recurso especial da parte agravante, determinando a inclusão de índices de correção monetária pelo IPC em cálculo de atualização de precatório complementar.

“2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está assentada na compreensão de que devem ser incluídos juros de mora na conta formadora do precatório complementar.

“3. Precedentes: REsp n. 4.182/SP, rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJU de 3-11-92; REsp n. 9.878/PR, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 16-5-94; REsp ns. 65.060/DF e 65.827/DF, rel. Min. Hélio Mosimann, dentre outros.

“4. Louvável a preocupação da douta Procuradoria da Fazenda Nacional na tese que abraça. No en-

tanto, firme estou na convicção de que, com base na jurisprudência firmada, são devidos juros moratórios nos cálculos referentes a precatório complementar, não se configurando o momento como apto a alterar o meu posicionamento” (AGREsp n. 449907/GO, DJ 9-12-2002, rel. Min. José Delgado, 1ª T.).

“Precatório complementar. Juros de mora. Expurgos inflacionários. Incidência.

“1. Incidem juros moratórios em precatório complementar. Precedentes do egrégio STJ.

“2. Os expurgos inflacionários refletem a necessidade de correção monetária para fins de preservação do valor real da moeda.

“3. O Processo Executivo deve recolocar o credor no estado em que se encontrava anteriormente ao inadimplemento. Em consequência, na execução por quantia, o pagamento final deve refletir o valor atualizado do crédito exequendo, incidindo, assim, a correção com expurgos.

“4. Agravo regimental desprovido” (AGREsp n. 439602/MG, DJ 4-11-2002, rel. Min. Luiz Fux, 1ª T.).

“Agravo de instrumento – Irre-signação contra decisão que determinou aplicação de juros moratórios sobre o valor do precatório durante o período de sua inclusão no orçamento até o seu efetivo pagamento e a utilização do IGP-DI como índice de correção – Recurso desprovido.

“A aplicação de juros moratórios no período de inclusão do precatório no orçamento até o seu efetivo pagamento é admissível, pois não se trata de sanção, mas somente de me-



dida com caráter de ressarcimento, que visa a recompor o patrimônio do credor.

“Com a edição da Medida Provisória n. 1.415/96 e sua posterior conversão na Lei n. 9.711/98, o índice para o reajuste dos benefícios previdenciários passou a ser o IGP-DI” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2001.010060-6, de Criciúma, rel. Des. Jorge Schaefer Martins, j. em 15-8-02).

“Agravo de instrumento – INSS – Ação acidentária – Despacho – Juros de mora – Precatório remanescente – Indexador alterado — Aplicação do IGP-DI.

“Conforme estabelece a Súmula 52 do TRF da 4ª Região ‘São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar’.

“O índice legal adotado para a correção monetária dos benefícios mantidos pelo INSS, a partir de 1º de maio de 1996, é o IGP-DI” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2001.006743-9, de Criciúma, rel. Des. José Volpato de Souza, j. em 11-6-02).

Finalmente:

“Processual civil e previdenciário – Execução de sentença – Ação acidentária – Precatório complementar – Incidência de juros moratórios e correção monetária – Exegese da Súmula 52 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região e do art. 7º da Lei n. 9.711/98.

‘São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar’ (TRF, 4ª Região, Súmula 52).

‘A partir de maio de 1996, o IGP-DI (Lei n. 9.711/98) é o índice a ser observado na correção das parcelas referentes a benefícios previdenciários pagas em atraso por responsabilidade da Previdência Social’ (STJ, Min. Félix Fischer)” (TJSC, Agravo de Instrumento n. 2002.013746-0, de Criciúma, rel. Des. Luiz Carlos Freyesleben, 2ª CC, j. em 24-10-02).

Além disso, as decisões trazidas aos autos pelo agravante são do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, não tendo demonstrado, contudo, que a jurisprudência dominante neste Tribunal, e no Superior Tribunal de Justiça não é aquela apontada pelo Relator originário, o que lhe competia fazer para ter sucesso nesta irrisignação.

Por tais razões, voto pelo conhecimento e desprovimento do presente reclamo recursal.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara de Férias Civil, à unanimidade de votos, resolve conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 21 de janeiro de 2003.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Victor Ferreira,*  
*Relator.*



## AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.027607-9, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Victor Ferreira**

*Agravo inominado em agravo de instrumento – Interposição contra decisão que negou seguimento ao recurso – Decisão que indeferiu nomeação à penhora de títulos da dívida pública – Papéis de difícil aceitação no mercado – Recusa legítima – Desprovemento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2002.027607-9, da comarca de Criciúma (Vara dos Feitos da Fazenda, Acidentes do Trabalho e Registros Públicos), em que é agravante Cavaler & Cia. Ltda. e agravado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

### I – Relatório

I – Cavaler & Cia. Ltda. interpôs Agravo de Instrumento com pedido de concessão de efeito suspensivo, contra decisão do Juízo da Vara da Fazenda Pública da comarca de Criciúma que, na Ação de Execução Fiscal, autos n. 020.01.015038-2, promovida pelo Estado de Santa Catarina, indeferiu a nomeação de bens à penhora ofertada, consistentes em obrigações ao portador emitidas pela Eletrobrás e União Federal.

Por este relator, foi negado seguimento ao recurso, por manifesto confronto com a jurisprudência dominante nos tribunais superiores.

Inconformado, o recorrente interpôs o agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil.

Sustenta, em síntese, que os títulos têm liquidez e cotação em bolsa, garantidas por lei; a execução deve ser efetuada de modo menos gravoso ao executado; as debêntures compõem um estoque de dívidas da Eletrobrás lançadas nas contas do Passível Circulante e Exigível a Longo Prazo, e são conversíveis em ações preferenciais.

No juízo de retratação, a decisão foi mantida.

### II – Voto

Em que pesem as alegações expendidas, impossível dar acolhimento à pretensão recursal.

Reproduzo, nesta oportunidade, como razão deste voto, os fundamentos do despacho monocrático que motivaram a presente insurgência:

“II – Presentes os pressupostos formais de admissibilidade do recurso, eis que instruído em conformidade com o art. 525 do Código de Processo Civil.

“III – Porém, ao recurso deve ser negado seguimento, pois em manifesto confronto com a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça.

“Assente-se que a decisão ob-  
jurgada indeferiu a nomeação oferta-  
da pela agravante, ante a recusa legí-  
tima do agravado, pois a execução  
é feita no interesse do exeqüente e  
não do executado.

“Nota-se que não foi obedeci-  
da a ordem estabelecida pelo art. 11  
da Lei n. 6.830/80, pois oferecidos tí-  
tulos da dívida pública – no caso,  
Obrigações ao Portador emitidas pe-  
la Eletrobrás”.

Já decidiu aquela Corte:

“Tributário e processual civil.  
Agravamento regimental. Penhora. Título da  
dívida pública. Ordem prevista no art.  
11 da Lei n. 6.830/80. Precedentes.

“1. Agravamento Regimental inter-  
posto contra decisão que negou pro-  
vimento ao agravamento de instrumento  
intentado pela empresa agravante.

“2. O Acórdão *a quo*, em ação  
executiva fiscal, indeferiu a nomea-  
ção à penhora de Título da Dívida  
Pública.

“3. Não tendo a devedora obe-  
decido a ordem prevista no art. 11 da  
Lei n. 6.830/80, visto que em primeiro  
lugar está o dinheiro e não os Títulos  
da Dívida Pública, é lícito ao credor e  
ao julgador a não-aceitação da no-  
meação à penhora desses títulos, pois  
a execução é feita no interesse do  
exeqüente e não do executado. Pre-  
cedentes.

“4. Agravamento regimental não pro-  
vido” (AGA 461457/RS; pub. no DJU  
16-12-2002, p. 00272, rel. Min. José  
Delgado).

“Penhora. Substituição. Prece-  
dentes da Corte.

“Já decidiu a Corte que a ‘gra-  
dação inculpada no artigo 655 do Cód-  
igo de Processo Civil para efetivação  
da penhora não tem caráter absoluto,  
podendo o magistrado recusar a no-  
meação de títulos da dívida pública de  
difícil e duvidosa liquidação, para que  
esta recaia em dinheiro ou outros  
bens de melhor liquidez” (AgRg Ag n.  
293.955/MG, rel. Ministro Waldemar  
Zveiter, DJ de 30-10-00).

“Processual civil — Recurso es-  
pecial — Pressupostos de admissibili-  
dade — Prequestionamento — Au-  
sência — Títulos da dívida pública —  
Nomeação à penhora — Recusa.

[...]

“Pacificou-se o entendimento,  
neste Superior Tribunal de Justiça, no  
sentido de que é lícita a recusa da no-  
meação à penhora dos Títulos da Dívi-  
da Pública, em virtude da ausência de  
liquidez e por não serem tais títulos  
resgatáveis em bolsa de valores. Agra-  
vo improvido” (AGA 353517/RS; DJ de  
17-9-2001, rel. Min. Garcia Vieira).

“Recurso especial. Execução  
fiscal. Agravamento de instrumento. Inde-  
ferimento da substituição de bem pe-  
nhorado por título da dívida pública.  
Recusa da exeqüente. Possibilidade.  
Ausência de prequestionamento.

Não se pode olvidar que o obje-  
tivo primordial da penhora é a conver-  
são do bem em dinheiro, pela arrema-  
tação, para que se satisfaça o crédito  
exeqüendo, daí por que vir o dinheiro  
em primeiro lugar na ordem de no-  
meação de bens à penhora. A substi-  
tuição preconizada pelo artigo 15, I,  
da Lei n. 6.830/80, tem o propósito de  
garantir à execução maior liquidez,  
uma vez que o executado somente  
poderá substituir o bem constricto judi-

cialmente ‘por depósito em dinheiro ou fiança bancária’, dentre os quais não se inclui o Título da Dívida Pública, isso porque o objetivo da execução é obter igual resultado que se conseguiria com o cumprimento da prestação, qual seja, receber em dinheiro. Embora se possa argumentar que os títulos públicos não necessitam de cotação em Bolsa de Valores, porque presumível a solvabilidade do Poder Público, é assente na jurisprudência desta egrégia Corte Superior que, embora corrigidos por índices que mantenham, de forma nominal, seu valor real, esses títulos têm valor reduzido e são de difícil resgate. Se os Títulos da Dívida Pública não trazem ao credor a segurança de que deles se extrairá o *quantum* necessário para realizar a execução, perfeitamente razoável a recusa justificada da Fazenda exequente, exercendo seu direito à substituição dos bens penhorados, preconizado pelo artigo 15 da Lei n. 6.830/80” (REsp n. 259942/MG; DJ 10-9-2001, relator Min. Franciulli Netto).

“IV – Por tais razões, com fundamento no art. 557, *caput*, do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso, por manifesto confronto e com a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores”.

Ressalta-se que não foi acostado ao recurso cópia da nomeação dos bens pela ora agravante, nem dos próprios títulos oferecidos à constrição e da alegada autenticação por autoridade competente, o que prejudica a análise de todas as alegações da recorrente no tocante à higidez de tais títulos.

Além do que, mesmo que se considerasse a obediência ao contido no art. 655 do CPC, não assistiria razão à agravante, vez que não é obrigação do credor aceitar títulos de dívida pública, posto tratem-se, muitas vezes, de papéis de difícil aceitação no mercado e que, por isso mesmo, mostram-se inadequados para, com a necessária presteza, atender a finalidade precípua do processo de execução: a satisfação do crédito do exequente.

Nota-se que o entendimento esposado na decisão que negou seguimento ao recurso, por estar em confronto com a jurisprudência dominante nos Tribunais Superiores, não destoa do adotado nesta Corte. Veja-se:

“Agravado do § 1º do art. 557 do CPC – Negativa de seguimento a agravo de instrumento por estar em confronto com jurisprudência dominante no STJ – Oferecimento à penhora de títulos da dívida pública – Recusa do credor – Possibilidade – Recurso improvido” (Agravado (art. 557, § 1º, do CPC) — AI n. 2002.008952-0, de Criciúma, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. em 20 de junho de 2002).

“Agravado do § 1º do art. 557 do CPC – Negativa de seguimento a agravo de instrumento manifestamente improcedente – Nomeação à penhora de títulos da dívida pública – Possibilidade de recusa por parte do credor – Dificuldade de satisfação do crédito – Irresignação contrária à jurisprudência predominante neste areópago estadual e no STJ – Recurso improvido” (Agravado (art. 557, § 1º, do CPC) no Agravo de Instrumento n.

2002.007956-7, de Joinville, rel. Juiz José Carlos Carstens Köhler, j. em 23 de maio de 2002).

“Agravado de instrumento. Processo de execução. Penhora. Títulos da dívida pública. Indicação de bens de mais fácil conversão em dinheiro. Viabilidade. Agravado desprovido.

“Merece ser mantido o despacho que, em sede de processo de execução, tem como ineficaz nomeação à penhora títulos da dívida pública, dado que, ainda que de irrecusável legalidade, representam papéis de difícil conversão em dinheiro” (Agravado de Instrumento n. 2000.025149-6, de Trombudo Central, rel. Des. Eládio Torret Rocha, j. em 7 de maio de 2002).

“Execução. Oferta de títulos da dívida pública à penhora. Não-aceitação pela credora. Indicação de crédito da executada. Legalidade. Agravado de instrumento desprovido.

“O credor não está obrigado a, para garantia da execução de seu crédito, aceitar títulos da dívida pública, estes de difícil e morosa conversão em espécie. Mormente quando tem a executada crédito em haver de fundação pública, crédito esse suficiente e eficaz para garantir o recebimento dos valores buscados de cobrança” (Agravado de Instrumento n. 2000.001355-2, de Joinville, rel. Des. Trindade dos Santos, 20 de setembro de 2001).

“Recurso cível — Agravado de instrumento — Seguimento negado pelo relator — Interposição de agravao regimental — Recurso de agravao previsto no CPC.

“Constitui erro grosseiro a denominação de agravao regimental ao recurso de agravao, denominado ‘agra-

vinho’, previsto no § 1º do art. 557 do CPC.

“Execução fiscal — Penhora — nomeação de bem de difícil comercialização — Título da dívida pública — Inobservância do art. 11 da Lei n. 6.830/80 — Precedentes da Corte e do STJ — Construção de outros bens — Recurso não provido.

‘Não tendo a devedora obedecido a ordem prevista no art. 11 da Lei n. 6.830/80, visto que em primeiro lugar está o dinheiro e não os Títulos da Dívida Pública, é lícito ao credor e ao julgador a não-aceitação da nomeação à penhora desses títulos, pois a execução é feita no interesse do exequente e não do executado’ (STJ, Min. José Delgado).

“Uma vez constatado pela Fazenda Pública que o bem ofertado à penhora não preenche as exigências legais, sendo ainda de difícil comercialização, tem direito à recusa, com a conseqüente indicação de outros bens que possam ser livremente penhorados” (Agravado Regimental em Agravado de Instrumento n. 2000.006884-5, de Joinville, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 27 de junho de 2000).

Por derradeiro, nota-se que, em momento algum, nas razões apresentadas neste agravao sucessivo, a agravao demonstra que a jurisprudência dominante no Superior Tribunal de Justiça não é no sentido esposado pela decisão monocrática que negou seguimento ao reclamo antes interposto.

2 – Pelo exposto, voto pelo não-provimento do recurso.

### III – Decisão

Nos termos do voto do Relator, à unanimidade, decidiu a Câmara negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Dácio Moser.

Florianópolis, 6 de fevereiro de 2003.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Victor Ferreira,*  
*Relator.*

## AGRAVO (ART. 557, § 1º, DO CPC) EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2003.001492-6, DE LAGES

**Relator: Des. Victor Ferreira**

*Agravo (art. 557, § 1º, do CPC) em agravo de instrumento – Interposição contra decisão monocrática que negou efeito suspensivo ao recurso – Descabimento do reclamo – Entendimento desta Corte – Falta de preparo – Deserção caracterizada – Não conhecimento.*

*O despacho do relator que concede ou nega efeito suspensivo ao agravo de instrumento não é suscetível de recurso, tampouco do agravo regimental previsto no art. 195 do RITJSC, ante o novo regime do agravo instituído pela Lei n. 9.139/95, confirmado pela Lei n. 10.352/01.*

*Sendo o preparo um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso, deve ser comprovado pela parte recorrente no ato de interposição do reclamo, sob pena de deserção.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, § 1º, CPC) em Agravo de Instrumento n. 2003.001492-6, da comarca de Lages, em que são agravantes Pedro Roman Ros e João Gomes Soares, e agravada a Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos de Lages — Unicred:*

ACORDAM, em Câmara Civil Especial, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Pedro Roman Ros e João Gomes Soares interpuseram agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito suspensivo, contra decisão proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Lages, que, nos autos da exceção de incompetência movida contra a Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos de Lages — Unicred, entendeu em não aplicar o Código de Defesa do Consumidor e modificar a

cláusula de eleição do foro, uma vez que os agravantes residem em Caçador/SC.

Às fls. 109 e 110, o ilustre Relator negou o pedido de concessão de efeito suspensivo ao reclamo, por não vislumbrar risco de dano irreparável aos agravantes.

Irresignados, com fulcro no art. 557, § 1º, do Código do Processo Civil, interpõem o presente agravo inominado, postulando, em síntese, o conhecimento do recurso e o seu provimento, reformando-se a decisão ora vergastada, a fim de que seja concedido o efeito suspensivo pleiteado por ocasião da sua minuta de agravo de instrumento.

É, em suma, o relatório.

## II — Voto

O presente agravo inominado não merece ser conhecido, tanto na forma do art. 557, § 1º, do CPC, quanto na prevista no art. 195 do RITJSC, posto que incabível qualquer espécie de recurso contra decisão monocrática que concede ou nega efeito suspensivo ao reclamo interposto.

O agravo previsto no art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil, só é cabível contra despacho do relator que nega seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de tribunal superior, ou lhe dá provimento imediato, como soam as disposições conjugadas do art. 557, *caput*, e seus §§ 1º e 1º-A.

Que, evidentemente, não é o caso.

A propósito, já decidiu esta Corte:

“Agravo do art. 557, § 1º, do CPC – Despacho que denega efeito suspensivo a agravo de instrumento – Inadequação e irrecorribilidade.

“O agravo do art. 557, § 1º, do Código de Processo Civil não é cabível para atacar decisão que nega efeito suspensivo a agravo de instrumento, eis que previsto exclusivamente contra o *decisum* monocrático que dá provimento ou nega seguimento, extinguindo desde logo o inconformismo recursal.

“Não fora isso, é irrecorrível o despacho do relator que concede ou nega efeito suspensivo a agravo de instrumento, não comportando, pois, a interposição de qualquer recurso, nem mesmo do agravo regimental a que se refere o art. 195 do Regimento Interno deste Tribunal” (Agravo (Art. 557, § 1º do CPC) em Agravo de Instrumento n. 2002.001403-6, de Rio do Sul, rel. Des. Jaime Ramos).

Esse é o entendimento pacífico neste Tribunal.

O Código de Processo Civil, com efeito, afastou a possibilidade de se manejar qualquer espécie de recurso contra a decisão do relator que concede ou denega o pleiteado efeito suspensivo ao agravo de instrumento.

Não é possível, portanto, dar interpretação extensiva ou analógica à lei processual para estender o “agravo” à hipótese de denegação ou concessão de efeito suspensivo a agravo de instrumento, sob pena de estar-se elastecendo inadequadamente o dispositivo.



Tal posicionamento foi instituído pela Lei n. 9.139/95, quando imprimiu novo regime ao recurso de agravo, sendo confirmado com o advento da Lei n. 10.352, de 26-12-01, que manteve a redação anterior dos arts. 557 e 558 do Código de Processo Civil, não prevendo qualquer recurso para o caso da concessão ou deferimento do pedido de efeito suspensivo em agravo de instrumento.

Quando quis o legislador facultar outro recurso da decisão monocrática, fê-lo na nova redação do art. 527, inc. II (hipótese em que o relator converte o agravo de instrumento em agravo retido), ao dispor: “cabendo agravo dessa decisão ao órgão colegiado competente”.

Sob esse mesmo vértice, incabível a interposição do agravo regimental previsto no art. 195 do RITSJC, conforme reiteradas decisões deste egrégio Tribunal de Justiça nesse sentido:

“Agravo regimental – Interposição contra decisão que negou efeito suspensivo em agravo de instrumento – Recurso inadmissível – Não conhecimento.

“Ante o novo regime do agravo de instrumento, não cabe agravo regimental das decisões concessivas ou denegatórias de efeito suspensivo ao recurso” (Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 2002.012836-3, deste Relator).

Como se isso não bastasse, deixaram os agravantes de recolher as custas de preparo deste reclamo recursal, conforme se infere da certidão de fl. 126.

Conseqüentemente, vislumbra-se outro motivo para não se conhecer do recurso, por manifesta deserção.

Nesse passo é o entendimento firme dos tribunais pátrios:

“Deserção — Preparo imediato — Art. 511 do CPC — Inteligência da alteração produzida pela Lei n. 8.950/94 — Embargos infringentes desprovidos.

“Pelo novo sistema implantado pela Lei n. 8.950/94, o recorrente já terá de juntar o comprovante de preparo com a petição de interposição de recurso. Deverá consultar o regimento de custas respectivo e recolher as custas do preparo, para somente depois protocolar o recurso. Caso interponha o recurso sem o comprovante do preparo estará caracterizada a irregularidade do preparo, ensejando a deserção e o não conhecimento do recurso.

“Os atos de recorrer e de preparar o recurso formam um ato complexo, devendo ser praticados simultaneamente, na mesma oportunidade processual, como manda a norma sobre comentário. Caso se interponha o recurso e só depois se junte a guia de preparo, terá ocorrido preclusão consumativa (CPC, art. 183), ensejando o não conhecimento do recurso por ausência ou irregularidade do preparo” (Embargos Infringentes n. 1996.007178-4, de Criciúma, rel. Des. Anselmo Cerello).

“Recurso — Preparo intempestivo — Deserção.

“Não se conhece de recurso preparado somente no dia seguinte ao da interposição” (Ap. Cív. n.



1996.007864-9, de Trombudo Central, rel. Des. Newton Trisotto).

“Apelação cível — Preparo extemporâneo — Deserção — Recurso não conhecido.

“Consoante o art. 511 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.950, de 13-12-94, ‘no ato de interposição do recurso, o recorrente comprovará, quando exigido pela legislação pertinente, o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção’” (Ap. Cív. n. 1997.004194-2, de Balneário Camboriú, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).

“Apelação cível em mandado de segurança. Preparo extemporâneo. Deserção.

“O preparo é um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade do recurso que, a teor do art. 511 do CPC, deve ser comprovado pelo recorrente no ato da interposição da insurgência, sob pena de deserção” (ACMS n. 1997.008165-0, de Palhoça, rel. Des. Francisco Borges).

“Apelação. Preparo. Comprovação com o oferecimento do recurso.

“Nos termos do art. 511 do CPC (com a redação dada pela Lei n. 8.950, de 13-12-94), o preparo deve ser comprovado simultaneamente com a interposição do recurso, não podendo ser reputado como obstáculo judicial o encerramento do expediente bancário às 16 horas.

“Recurso especial não conhecido” (REsp n. 80.531/DF, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 10-6-96, p. 20.340).

“Com o advento da Lei n. 8.950/94, que alterou a Lei Processual Civil, restou firmado que no ato da inter-

posição do recurso, a recorrente comprovará o respectivo preparo, inclusive porte de retorno, sob pena de deserção (art. 511 do CPC)” (AI n. 395451 AgR/SP, rel. Min. Maurício Corrêa, 2ª T., j. em 17-9-2002).

A doutrina pátria não discrepa do entendimento *supra*:

“O preparo consiste no pagamento das custas devidas à justiça, bem como das despesas para a remessa e retorno dos autos, visando a possibilitar o conhecimento do recurso. Deve ser comprovado esse recolhimento no ato de interposição do rémédio recursal e não no seu prazo, de maneira que com a protocolização do recurso dá-se a preclusão consumativa para o preparo: não tendo sido ele demonstrado, o recurso não deverá ser remetido ao órgão *ad quem*; da mesma forma, é caso de não-admissibilidade do recurso o preparo feito a menor ou por meio de documento impróprio e que impeça a verba de chegar ao seu destino” (Clito Fornaciari Júnior, *in* A reforma processual civil, São Paulo: Saraiva, 1996, p. 93).

“Alerta especial para a nova norma que exige comprovação do respectivo preparo, quando do ato de interposição do recurso, sob pena de deserção. Agora cabe ao advogado do recorrente diligenciar para efetivar o pagamento de todas as despesas processuais decorrentes do recurso, inclusive o porte de retorno dos autos, antes da sua interposição, para poder comprová-lo no momento da sua protocolização. Caso não o faça, incorrerá o recorrente em pena de deserção [...]” (Francisco Arno Vaz da Cunha, *in* Alterações no Código de

Processo Civil, 2ª ed., Editora do Advogado, 1995, p. 81).

“Por isso, quando a lei exige o preparo imediato e ao mesmo tempo abre caminho para as flexibilizações de prazo, ela impõe ao recorrente o ônus de, ao interpor o recurso, já comparecer com a justificativa e pedido de relevação. Ou recolhe e prova, ou justifica e pede. Interpondo o recurso sem haver recolhido o preparo e sem pedir desde logo a dilação para recolhê-lo, estará preclusa a possibilidade de obter a relevação permitida pela lei. Além disso, é impossível estereotipar hipóteses em que se levará a deserção, porque essa relevação é extremamente excepcional no sistema e, em princípio, recurso não preparado é recurso inadmissível (deserto)” (Cândido Rangel Dinamarco, *in* A reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., Editora Malheiros, p. 168).

Em decorrência, voto pelo não conhecimento do presente agravo inominado.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, esta Câmara Civil Especial, à unanimidade de votos, resolve não conhecer do agravo inominado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sérgio Izidoro Heil. Representou a douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Antônio Gercino Medeiros.

Florianópolis, 27 de fevereiro de 2003.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Victor Ferreira,*  
*Relator.*

## AÇÃO RESCISÓRIA

### AÇÃO RESCISÓRIA N. 1999.013835-6, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Wilson Augusto do Nascimento**

*Ação rescisória – Erro de fato – Ocorrência – Fato efetivamente ocorrido não considerado no acórdão rescindendo – Art. 485, § 1º, do CPC – Culpa recíproca das partes pela rescisão contratual – Devolução das parcelas pagas e valor equivalente ao apartamento – Aplicação do Código de Defesa do Consumidor – Matéria de ordem pública – Inadmissibilidade de retenção de valor pago – Contrato de compra e venda – Princípio da vedação do enriquecimento*

*sem causa – Equilíbrio entre as partes – Princípio geral de direito – Não-observância – Violação de regra jurídica – Acórdão rescindido – Apelo provido – Procedência do pedido inicial formulado na ação de rescisão contratual – Inversão do ônus sucumbencial – Condenação da ré — Procedência da ação rescisória.*

*Há erro de fato se a decisão rescindenda considera inexistente a culpa recíproca das partes pela rescisão contratual efetivamente ocorrida.*

*Rescindida a promessa de compra e venda, impõe-se a devolução das parcelas pagas, pena de enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento da outra, devendo ser aplicadas as normas protetivas do consumidor, por serem matéria de ordem pública e de aplicabilidade imediata.*

*A ação rescisória é meio para reverter julgamento se comprovada a violação de regras jurídicas, como as inseridas no Código de Defesa do Consumidor e princípio geral de direito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 1999.013835-6, da comarca de Blumenau, em que são autores Rogério Kotkievicz Coimbra e Angela Kracik Coimbra e ré RB Planejamento e Construções Ltda.:*

ACORDAM, em Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar procedente o pedido formulado para, desconstituindo o acórdão rescindendo, dar provimento ao apelo e julgar procedente o pedido de rescisão contratual, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Rogério Kotkievicz Coimbra e Angela Kracik Coimbra ajuizaram ação rescisória contra RB Planejamento e Construções Ltda., visando à rescisão de acórdão da Terceira Câ-

mara Civil, o qual negou provimento à apelação cível interposta pelos ora autores, mantendo a sentença que julgou improcedente o pedido formulado na ação de rescisão contratual aforada contra a também aqui ré.

Argumentaram, em síntese, que a Câmara, ratificando o entendimento do Togado *a quo*, admitiu um fato inexistente, qual seja, o inadimplemento das prestações devidas em razão do contrato particular de promessa de compra e venda celebrado com a ré. Outrossim, considerou inexistente um fato efetivamente ocorrido, isto é, a inadimplência da ré, a qual deixou de entregar a obra no prazo avençado.

Requereram a rescisão do julgamento, com a prolação de novo julgamento (fls. 2 a 6).

Citada, a ré apresentou resposta, na forma de contestação, alegando, em suma, que os autores confessaram sua inadimplência, trazendo

aos autos da ação de rescisão contratual carta informando a suspensão dos pagamentos. Aduziu que a decisão da Câmara está amparada nas provas constantes nos autos, não existindo erro de fato (fls. 48 a 54).

Na réplica, os autores rejeçaram os argumentos desenvolvidos na peça de resistência, reiterando o pedido formulado na exordial (fls. 83 a 89).

Instada, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência do pedido formulado pelos autores (fls. 99 a 102).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

## II — Voto

Tratando-se de matéria unicamente de direito, procede-se ao julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, I, c/c o art. 491, ambos do Código de Processo Civil.

Os autores deflagraram a presente ação rescisória com fundamento no inciso IX, art. 485, daquele Código, apontando no acórdão erro de fato. Almejam a desconstituição do julgado e sua substituição por novo provimento jurisdicional.

O instituto da coisa julgada tem como escopo eliminar definitivamente o litígio no plano jurídico, garantindo a perpetuação do que foi decidido e afastando, assim, a instabilidade e incerteza geradas pelo conflito de interesses trazido à apreciação judicial. É, pois, instrumento de pacificação social.

Por essa razão, a imutabilidade decorrente da coisa julgada somente pode ceder diante de casos excepcionais, expressamente previstos em lei. Ou seja, somente é possível descons-

tituir uma sentença (ou acórdão) de mérito transitada em julgado se ficar devidamente comprovada a ocorrência de alguma das hipóteses taxativamente previstas no art. 485 do Código de Processo Civil.

*In casu*, verifica-se, no acórdão, o erro de fato apontado na petição inicial, razão pela qual merece acolhida a pretensão dos autores.

Dispõe o art. 485 do Código de Processo Civil:

“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

“I — se verificar que foi dada por prevaricação, concussão ou corrupção do juiz;

“II — proferida por juiz impedido ou absolutamente incompetente;

“III — resultar de dolo da parte vencedora em detrimento da parte vencida, ou de colusão entre as partes, a fim de fraudar a lei;

“IV — ofender a coisa julgada;

“V — *violar literal disposição de lei*;

“VI — se fundar em prova, cuja falsidade tenha sido apurada em processo criminal ou seja provada na própria ação rescisória;

“VII — depois da sentença, o autor obtiver documento novo, cuja existência ignorava, ou de que não pôde fazer uso, capaz, por si só, de lhe assegurar pronunciamento favorável;

“VIII — houver fundamento para invalidar confissão, desistência ou transação, em que se baseou a sentença;

“IX — fundada em erro de fato, resultante de atos ou de documentos da causa;

“§ 1º. Há erro, quando a sentença admitir um fato inexistente, ou quando considerar inexistente um fato efetivamente ocorrido.

“§ 2º. É indispensável, num como noutro caso, que não tenha havido controvérsia, nem pronunciamento judicial sobre o fato” (grifou-se).

Referindo-se à hipótese de erro de fato, Humberto Theodoro Júnior ensina:

“Deve-se [...] interpretar restritivamente a permissão de rescindir a sentença por erro de fato e sempre tendo em vista que a rescisória não é remédio próprio para verificação do acerto ou da injustiça da decisão judicial, nem tampouco meio de reconstituição de fatos ou provas deficientemente expostos e apreciados em processo findo. [...] São os seguintes requisitos para que o erro de fato dê lugar à rescindibilidade da sentença: a) o erro deve ser a causa da conclusão a que chegou a sentença; b) o erro há de ser apurável mediante simples exame das peças do processo [...]; c) não pode ter havido controvérsia, nem pronunciamento judicial no processo anterior sobre o fato (art. 485, § 2º)” (Curso de direito processual civil, 28ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, vol. 1, p. 663).

Quanto à possibilidade de rescisão do julgado, por erro de fato, observa Carlos Barbosa Moreira:

“O pensamento da lei é o de que só se justifica a abertura de via para rescisão quando seja razoável presumir que, se houvesse atentado na

*prova, o juiz não teria julgado no sentido em que julgou.* Não, porém, quando haja ele julgado em tal ou qual sentido, por ter apreciado mal a prova em que atentou” (*apud* Theodoro Júnior, *op. cit.*, p. 664) (grifo nosso).

Há erro de fato se a decisão rescindenda considera inexistente a culpa recíproca das partes pela rescisão contratual efetivamente ocorrida.

É o caso dos autos, uma vez que não se pronunciou o órgão julgador neste sentido.

Restou consignado no acórdão que se pretende rescindir:

“Em conformidade com o que se depreende dos autos do processo, conclui-se que:

“A) a falta de pagamento das parcelas foi suficiente para provocar a paralisação da obra;

“B) os adquirentes/apelantes não pagaram nenhuma das parcelas previstas, exceto a de entrada e a referente à dação em pagamento, muito embora, ainda assim, chegou-se a edificar 80% da obra, como demonstrado no laudo pericial (fls. 163)” (fl. 19).

Alegaram os autores que a Câmara, ratificando o entendimento do Togado *a quo*, admitiu um fato inexistente, qual seja, o inadimplemento das prestações devidas em razão do contrato particular de promessa de compra e venda celebrado com a ré. Teria considerado, ainda, inexistente um fato efetivamente ocorrido, isto é, a inadimplência da ré, a qual deixou de entregar a obra no prazo avençado.

Apreciando as provas produzidas e cotejando-as com as alegações das partes, entenderam os nobres julgadores que os autores deixaram,

previamente, de cumprir as obrigações assumidas na avença, razão pela qual não poderiam exigir da ré a conclusão da obra, nem demandar a resolução do contrato, pelo atraso desta. Aplicou-se, na espécie, com a devida fundamentação fático-jurídica a *exceptio nom adimpleti contractus* (art. 1.092 do CC).

Constata-se que o acórdão rescindendo deixou de considerar a existência de culpa recíproca, porque ambas as partes deram causa à rescisão contratual objeto da ação. Assim, houve flagrante erro na análise da prova, que comprova, indubitavelmente, a culpa recíproca.

A conclusão do julgador ofendeu regra jurídica, uma vez que deixou de compor a lide de modo satisfatório, fim último do direito. Feriu o princípio da vedação do enriquecimento sem causa, pois não fora determinada a devolução dos valores aos autores.

Reconheceu-se, apenas, a inadiplência dos autores, em decorrência do não-pagamento das prestações devidas, o que inviabilizou a concretização da promessa de compra e venda celebrada com a ré. No entanto, a Câmara desconsiderou a existência de um fato efetivamente ocorrido, ou seja, o atraso da entrega da obra por parte da empresa-ré, que também deu azo à rescisão contratual, sendo recíproca a culpa, motivo pelo qual não deveria ter sido aplicado o art. 1.092 do Código Civil de 1916.

Ademais disso, a não-devolução dos valores desembolsados pelos autores implicaria em verdadeira injustiça, na medida em que estes per-

deriam tudo o que, à época da contratação, foi pago à ré.

Causaria desequilíbrio entre os contratantes, o que é vedado, terminantemente, pelo Código de Defesa do Consumidor, o qual tem aplicabilidade imediata, por conter matéria de ordem pública, aplicável inclusive aos contratos em curso. O art. 53 veda, expressamente, nos contratos de compra e venda de imóveis, a perda total das parcelas pagas.

Anota-se, ainda, a ré desenvolvendo atividades na área de construção civil, amoldando-se no conceito de fornecedora, inserido no art. 3º, *caput*, do Código de Defesa do Consumidor:

“Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.

Importante ressaltar a importância da atuação do Poder Judiciário, coibindo abusos nas relações de consumo, devendo o magistrado aplicar, de ofício, as normas imperativas e inderrogáveis inseridas no Código de Defesa do Consumidor, a teor do art. 1º.

Dita o art. 53 da Lei n. 8.078/90, *verbis*:

“Nos contratos de compra e venda de móveis ou imóveis mediante pagamento de prestações, bem como nas alienações fiduciárias em garantia, consideram-se nulas de pleno direito as cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em benefício do credor que, em razão do

inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado”.

Via de conseqüência lógica, admitir-se, *in casu*, a apropriação, por parte da ré, das prestações pagas pelos autores seria compactuar com o enriquecimento ilícito de uma das partes contratantes em detrimento da outra.

Colhe-se da lavra deste relator:

[...] Nos contratos de compra e venda de imóveis com pagamento em prestações é nula de pleno direito a cláusula que estabelece a perda total daquelas parcelas, na hipótese de rescisão contratual (art. 53 do Código de Defesa do Consumidor).

“Sendo nula tal disposição, tem a promitente vendedora a obrigação de restituir as parcelas pagas à promitente compradora, sob pena de enriquecimento ilícito daquela [...]” (Ap. Cív. n. 1999.002290-0).

Rescindida a promessa de compra e venda, impõe-se a devolução das parcelas pagas, pena de enriquecimento ilícito de uma das partes em detrimento da outra, devendo ser aplicadas as normas protetivas do consumidor, por ser matéria de ordem pública e de aplicabilidade imediata.

Anota-se que a não-aplicação do CDC seria negação de direito.

A negativa de aplicação de uma lei regulamentadora da espécie, ou seja, a aplicação do CDC ao contrato entabulado entre as partes, o qual foi rescindido, seria negar direito ao consumidor.

E, mais, ofenderia princípio basilar do direito, que veda o enriquecimento sem causa.

Portanto, pode-se afirmar que no caso em tela ocorreu violação a princípio geral de direito, norma que, no ordenamento jurídico, está acima de qualquer dispositivo legal.

A ação rescisória é meio para reverter julgamento se comprovada a violação de regras jurídicas, como as inseridas no Código de Defesa do Consumidor e princípio geral de direito.

Assim, se a violação de dispositivo de lei enseja a rescisão de julgado, muito mais se infringida norma jurídica hierarquicamente superior.

Ensinava com muita propriedade o saudoso e brilhante Pontes de Miranda, em seu Tratado da Ação Rescisória: “Sentenças proferidas contra algum costume, que se aponta como existente, escritível ou já escrito (“literal”), ou contra algum princípio geral de direito, ou contra o que, por analogia, se havia de considerar regra jurídica, são sentenças rescindíveis. Ao juiz da ação rescisória é que cabe dizer se existe ou não existe a regra de direito consuetudinário, ou o princípio geral de direito ou a regra jurídica analógica” (Atualizado por Vilson Rodrigues Alves, 1ª ed., São Paulo: Bookseller, 1998, p. 267).

Em suma, a decisão judicial, que contraria princípio geral de direito e norma protetiva do consumidor, deve ser rescindida, a fim de que as partes voltem *ao status quo ante*, mantendo-se o equilíbrio entre elas, o qual somente será obtido se devolvidas as parcelas pagas pelos autores, bem como o valor equivalente ao apartamento dado como entrada no contrato rescindido.



Ante o exposto, julga-se procedente o pedido formulado para, desconstituindo o acórdão rescindendo, dar provimento ao apelo e julgar procedente o pedido de rescisão contratual, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Condena-se a empresa-ré: a) a devolver aos autores as parcelas pagas, bem como o valor equivalente ao apartamento dado como entrada por ocasião do contrato, tudo devidamente corrigido até a data do efetivo pagamento; b) ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor total da condenação.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, decidiu o Grupo de Câmaras de Direito Civil, por votação unânime, julgar procedente o pedido formulado para, desconstituindo o acórdão rescindendo, dar provimento ao apelo e julgar procedente o pedido de rescisão contratual, invertendo-se o ônus sucumbencial.

Condena-se a empresa ré: devolver aos autores as parcelas pagas, devidamente corrigidas até a data do efetivo pagamento; devolver o valor equivalente ao apartamento dado como entrada por ocasião do contrato, corrigido até a data do efetivo pagamento; ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes arbitrados em 20% sobre o valor total da condenação.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio, Orli Rodrigues, Mazoni Ferreira, Wilson Augusto do Nascimento, José Volpato, Monteiro Rocha, Luiz Carlos Freyesleben, Marcus Túlio Sartorato e Dionízio Jenczak. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer a Exma. Sra. Dra. Hercília Regina Lemke.

Florianópolis, 9 de abril de 2003.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente, com voto;*  
*Wilson Augusto do Nascimento,*  
*Relator.*

## CONFLITO DE COMPETÊNCIA

### CONFLITO DE COMPETÊNCIA N. 2002.026124-1, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Conflito negativo de competência. Ação de indenização proposta pela massa falida. Apresentação de resposta sob as três formas. Massa falida que, na reconvenção, assume a posição de*

*demandada. Inteligência do artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45. Indivisibilidade do juízo falimentar. Conflito procedente.*

*É absoluta a competência estabelecida no artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45, de modo que, caso a massa falida figure como reconvinida em ação de indenização, não resta excepcionada a indivisibilidade do juízo falimentar, a quem compete julgar a demanda, inescusavelmente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Conflito de Competência n. 2002.026124-1, da comarca de Blumenau, em que é suscitante o Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível e suscitado o Dr. Juiz de Direito da 1ª Vara Cível:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Comercial, por votação unânime, conhecer e acolher o conflito, declarando competente, para a ação, o Juízo da 1ª Vara Cível de Blumenau.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

O Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Blumenau suscitou conflito negativo de competência nos autos da ação de indenização proposta pela Massa Falida de Sul Fabril S.A. contra Rodoviário Ramos Ltda. (fls. 2 e 3).

Aduz que, diante da reconvenção apresentada pela requerida, é do juízo falimentar a competência para o julgamento da demanda, nos termos do artigo 7º, § 2º, da Lei de Falências.

Remetidos os autos à Procuradoria-Geral de Justiça, foi lavrado parecer no sentido da improcedência do conflito (fls. 32 a 35).

É o sucinto relatório.

### **II — Voto**

Inicialmente, cabe salientar que o presente conflito foi suscitado após o acolhimento parcial, pelo Magistrado em exercício na 1ª Vara Cível da comarca de Blumenau, da exceção de incompetência oposta na ação de indenização ajuizada pela Massa Falida de Sul Fabril S.A. contra Rodoviário Ramos Ltda.

Embora a oposição da exceção haja sido motivada pela suposta incompetência territorial do Juízo da comarca de Blumenau, o Magistrado suscitado, decidindo o incidente, rejeitou os fundamentos alinhavados pelo excipiente, mas — afastando a indivisibilidade do juízo falimentar — declarou-se incompetente para o julgamento da lide e determinou a redistribuição dos autos a uma das varas cíveis da Comarca.

Assim, tendo sido o conflito suscitado com supedâneo na regra de competência do artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45 (de natureza absoluta), deve ser conhecido e acolhido o conflito.

É que, no caso, a massa falida é autora de demanda indenizatória, circunstância que, por si só, afastaria a indivisibilidade do juízo falimentar, diante da exceção contida no § 3º do artigo 7º da Lei de Falências.

Constato, entretanto, que, ao responder à ação, a ré o fez também sob a forma de reconvenção (fls. 8 a 12). Diversamente do que ocorre na contestação, na reconvenção o réu assume uma posição ofensiva em relação ao autor, movendo contra este, no mesmo caderno processual, uma ação conexa.

A propósito da reconvenção, é importante lembrar os ensinamentos de Moacyr Amaral Santos:

“Achar-se-ia o réu armado de razão jurídica para, assumindo as vezes de autor, tomar a iniciativa de pedir a prestação jurisdicional do Estado em tutela do seu interesse contra ou em relação ao autor da primeira ação, isto é, de tomar a iniciativa, ele próprio, de propor a respectiva ação tendente a esse objetivo. Aliás, esse seria o caminho normal, na conformidade dos princípios.

“Mas acontece que autor e réu, por provocação daquele, já estão vinculados a uma relação processual, da qual participa o órgão judicante, do qual aguardam uma decisão, e motivos diversos, particularmente de natureza processual, recomendam que se aproveite da mesma relação assim estabelecida e se permita ao réu, no mesmo processo, respeitadas certas condições, desferir o seu contra-ataque, que corresponderá àquela ação que, não fosse esse privilégio, ele teria que propor diretamente e iria dar origem a um outro processo” (Primeiras Linhas de Processo Civil, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 1999, p. 220 e 221).

E, adiante, arremata o processualista:

“A finalidade da reconvenção, a nosso ver, é permitir a reunião em um processo único da ação do réu e da ação do autor, quando aquela tiver conexão com este, de modo que ambas sejam decididas numa só sentença, evitando-se, assim, sentenças contraditórias” (*idem*, p. 222).

Das considerações até aqui expendidas, a par de uma interpretação teleológica, é possível concluir que, na reconvenção, a massa falida assumiu a posição de requerida, no que implica, no caso, a indivisibilidade do juízo falimentar.

Esse princípio, aliás, está ínsito no ordenamento jurídico falimentar, competindo ao juízo universal julgar todas as ações e reclamações sobre bens, interesses e negócios da massa falida (artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45).

A esse respeito, colho da doutrina de José da Silva Pacheco:

“Se a ação for regulada pela Lei de Falências ou se a massa for ré, a atração é irrecusável, com exceção da execução fiscal, da reclamação trabalhista e das ações antes propostas e que tenham por base títulos não sujeitos a rateio.

“A atração começa com a decretação da falência e não antes dela. Compreende todas as ações sobre bens, interesses e negócios da massa falida, com exclusão daquelas que, não sendo reguladas pela Lei de Falências, a massa falida seja autora ou litisconsorte.

“A ação de despejo contra a massa falida, porque gira em torno de negócios e interesses da massa falida, deveria ser proposta no juízo fa-

lencial, embora haja sobre o assunto decisões em contrário” (Processo de falência e concordata. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 168).

Finalmente, cumpre ponderar que a competência do juízo falimentar, decorrente da oposição da reconvenção, não viola o artigo 109 do CPC, segundo o qual o juiz da causa principal é também competente para a reconvenção — e não o contrário. É que, como visto, é absoluta e não comporta temperamentos a regra do artigo 7º, § 2º, do Decreto-Lei n. 7.661/45, aplicável ao caso por ser específico às falências.

Dessa feita, diante da reconvenção oferecida — e considerando que a ação enfocada não é uma das exceções à indivisibilidade do Juízo falimentar — compete a este juízo, pois, o julgamento da demanda em que a massa falida figura como autora e reconvinida.

Isso posto, pelo meu voto conheço e acolho o conflito, de-

clarando a competência, para a causa focalizada, do Juízo suscitado.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por unanimidade de votos, conheceu e acolheu o conflito, declarando competente o Juízo da 1ª Vara Cível de Blumenau.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Ricardo Fontes e Tulio Pinheiro, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 29 de maio de 2003.

*Eládio Torret Rocha,*  
*Presidente e Relator.*

## EMBARGOS DE

**EMBARGOS DE APELAÇÃO CÍVEL N. DE**

**Relator: Juiz Newton Janke**

*Embargos de  
de declaração do*

## DECLARAÇÃO

**DECLARAÇÃO EM  
2000.022775-7, DE JOAÇABA**

*declaração. Omissão. Ausência*

*voto vencido. Óbice ao manejo de embargos infringentes. Recurso provido.*

*Representando óbice ao manejo dos embargos infringentes, a falta de declaração do voto vencido constitui omissão sanável pela via dos embargos de declaração.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração opostos ao Acórdão da Apelação Cível n. 2000.022775-7, da comarca de Joaçaba (2ª Vara), em que é embargante o município de Joaçaba e embargada Cesbe S.A. – Engenharia e Empreendimentos:*

ACORDAM, em Primeira Câmara de Direito Público, por votação unânime, dar provimento aos embargos.

Custas na forma da lei.

1. O município de Joaçaba opôs, tempestivamente, embargos de declaração ao acórdão de fls. 400 a 408, alegando que, em se tratando de julgamento não unânime, é imperiosa a declaração de voto vencido do eminente Des. Vanderlei Romer para possibilitar a interposição de embargos infringentes, já que a divergência não se encontra identificada na decisão embargada.

É o relatório.

2. A teor do artigo 535 do Código de Processo Civil:

“Cabem embargos de declaração quando:

I – houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição;

II – for omitido ponto sobre o qual devia proferir-se o juiz ou tribunal”.

Por sua vez, reza o art. 530 do CPC:

“Cabem embargos infringentes quando o acórdão não unânime houver reformado, em grau de apelação, a sentença de mérito, ou houver julgado precedente ação rescisória”.

É o caso dos autos, em que a sentença recorrida foi reformada por julgamento não unânime, passível, portanto, de ensejar o manejo de embargos infringentes.

É certo também que o voto divergente não foi declarado, não sendo possível, de outra maneira, conhecer-se as razões que levaram o relator originário, Desembargador Vanderlei Romer, a dissentir da maioria do colegiado julgador.

Enuncia o art. 151, § 2º, do Regimento Interno do Tribunal de Justiça de Santa Catarina:

“Os desembargadores vencidos, no todo ou em parte, declararão que o foram, e deverão justificar os seus votos, nos julgamentos que possam ensejar embargos infringentes”.

A respeito, já decidiu esta Corte:

“Para que os embargos infringentes possam ser conhecidos e então decidido se haverá de prevalecer (ou não) a conclusão do voto vencido, será necessário que este tenha sido expressamente fundamentado, não bastando a mera afirmação de discordância quanto aos votos vencedores, eis que nesse caso não haverá possibilidade de confrontar argumentação para posicionamento do



órgão julgador a favor de uma delas, e até porque os embargos não podem ser tidos como simples pedido de reexame.

“Qualquer juiz que tenha participado do julgamento poderá posteriormente, e até à lavratura do correspondente acórdão, apresentar por escrito a respectiva declaração de voto” (EDACív n. 1999.013686-8, de Joinville, rel. Des. Anselmo Cerello, DJE 24-8-01).

“Nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios têm por escopo sanar no julgado dúvida, obscuridade, contradição ou omissão.

“Na hipótese dos autos, impõe-se o suprimento da omissão apontada pelo embargante, a fim de que sejam explicitadas as razões que fundamentaram o voto divergente no julgamento do apelo, garantindo-se a possibilidade de utilização do recurso de embargos infringentes pelo recorrente” (EDACív n. 1998.005920-8, de Fraiburgo, rel. Des. Orli Rodrigues, DJE de 19-10-01).

“Provendo-se o recurso por maioria de votos, a não-declaração

do voto vencido, quando não é possível identificar-se a divergência, é tida como omissão, suprível por meio de embargos declaratórios. Tal entendimento coaduna-se com a impositiva constitucional de que as decisões devem ser fundamentadas, ensejando à parte interessada a ampla defesa, consistente, no caso, na possibilidade de interposição de embargos infringentes” (EDACív n. 96.005049-3, de Lages, rel. designado Des. Carlos Prudêncio, DJE 22-9-97).

3. Nos termos do voto do Relator, a Câmara deu provimento aos embargos para que seja declarado o voto vencido do eminente Des. Vanderlei Romer.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Volnei Carlin e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 7 de agosto de 2003.

*João Martins,*  
*Presidente;*  
*Newton Janke,*  
*Relator.*





# JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL

## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 2002.022779-5, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Torres Marques**

*Habeas corpus – Crimes contra a honra – Imputação de fatos que, em tese, caracterizam os delitos descritos nos arts. 138, 139 e 140 c/c arts. 141, III, e 69 do Código Penal – Alegação de ausência de dolo na conduta do paciente – Via não idônea para pretensão de discussão da justa causa e do elemento subjetivo do tipo penal.*

*“O habeas corpus não é meio idôneo para apurar a falta de justa causa para a ação penal nos delitos contra a honra, pois seria difícil, no âmbito restrito do mandamus, fazer-se um exame aprofundado da prova, com tal finalidade” (HC n. 8.165 — lavras, rel. Juiz Elisson Guimarães, JB Criminal, vol. 16, p. 96 a 98).*

*Aventada imunidade penal no exercício da advocacia – Imunidade que não é absoluta — Necessidade de análise do conjunto probatório a fim de verificar ilicitudes no exercício da profissão – Ordem denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.022779-5, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é impetrante e paciente Célio Höhn:*

ACORDAM, em Câmara de Férias Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

#### **I – Relatório**

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, em que é impetrante e paciente o advogado Célio Höhn, objetivan-

do o trancamento da Ação Penal n. 2008.02.004790-5, em trâmite da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau, na qual foi denunciado como incurso nas sanções previstas nos artigos 138, 139 e 140 c/c os artigos 141, inciso II, e 69, todos do Código Penal.

Alega que os fatos narrados na peça acusatória foram produzidos no calor da defesa de seu cliente quando da impetração de recurso de *habeas corpus* em favor do constituinte Eliezer Fantin; não havendo dolo ou objetivo de ofender a honra do magistrado

(vítima), tão-somente apresentam-se os fatos revestidos de *animus narrandi* e *animus defendendi*.

A liminar restou indeferida.

Juntadas as informações prestadas, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do eminente procurador Dr. Valdir Vieira, opinou pela remessa dos autos à Turma de Recursos competente em razão da matéria. Seguindo-se no julgamento por acórdão pela colenda Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, rejeitou a preliminar suscitada e, por maioria de votos, determinou o retorno dos autos à Procuradoria-Geral de Justiça, cuja manifestação, subscrita pelo eminente procurador Dr. Demétrio Constantino Serratine, opinou pela denegação do *writ*.

## II – Voto

Na comarca de Blumenau, perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal, o advogado, impetrante e paciente, Célio Höhn viu-se denunciado pela prática dos delitos incursos nos artigos 138, 139 e 140 c/c os artigos 141, inc. II, e 69, todos do Código Penal, cujos fatos foram assim descritos na peça de acusação:

“Noticiam ditas peças que o denunciado Célio Höhn, no dia 11 de janeiro de 2002, conforme protocolo que se vê a fl. 8, impetrou *habeas corpus* em favor de seu defendido Eliezer Fantin, pertinente a esse processo, oportunidade em que lançou em seus escritos inúmeras ofensas contra a honra do magistrado Leopoldo Augusto Brüggemann, dizendo que ‘o juiz tem revelado rancor e ódio contra o réu em todas as audiências que este

participou, [...] demonstrando a sua parcialidade de forma descarada como tem feito nas audiências’, por estar mancomunado com o representante do Ministério Público”.

Ainda, “[...] não se conformando com a suspeição alegada pelo paciente, o juiz partiu para outras ‘tramas’ ou ‘farsas’ contra o paciente e seu procurador”, desferindo, o denunciado, verdadeira avalanche difamatória contra o digno Magistrado.

Perseguindo a sua saga ofensiva, o denunciado Célio Höhn afirma que “[...] Utilizando-se do abuso de autoridade, o juiz tentou extrair do paciente informações que este não podia revelar sem a presença de seu advogado. [...] afirmou que existiam documentos sem a sua assinatura e diversas alegações, insinuando que estes documentos iriam prejudicá-lo. Dessa forma intimidou o paciente, criando nele uma expectativa de piorar suas condições no cárcere ou de prolongá-la ainda mais”. Imputou, assim, o denunciado ao magistrado, ora vítima, fato definido como crime (abuso de autoridade, coação no curso do processo).

Não satisfeito, insistiu o denunciado na sua escala ofensiva, aduzindo que “[...] A atitude do juiz merece o repúdio da sociedade, pois é antiética, ilegal e revela a sua conduta deformada e desvirtuada. É uma pessoa que não tem condições de exercer o cargo que ocupa, pois não sabe exercê-lo dentro dos princípios da ética e do direito e muito menos pela nobre causa da justiça”. E, “[...] não é somente antiético no processo onde figura o paciente como réu, mas vem revelando esta conduta em seu ofício da magis-

tratura. A reclamação dos advogados é generalizada, com exceção de alguns 'amigos do rei', pois ele 'perseguie a maioria dos réus' e dispense tratamentos diferenciados. Quais são os interesses que estão por detrás disso? É preciso que o Ministério Público e a própria Corregedoria estejam atentos para tomarem conhecimentos dos fatos, sob pena de criarmos novos 'Lalaus' em nosso Poder Judiciário".

As alegações do paciente de ausência do elemento subjetivo "dolo" nas expressões utilizadas contra o ofendido, lançadas em feito judicial, caracterizadoras, em tese, da ocorrência dos crimes contra a honra — calúnia, injúria e difamação —, e, por conseguinte, a ausência de justa causa para a persecução penal, não dão suporte ao trancamento da ação penal porque na via estreita do *mandamus* não se pode verificar a extensão das expressões ofensivas, pois para o seu deslinde é indispensável o contraditório, motivo pela qual não merece guarida a alegação.

Colhe-se da jurisprudência:

"O *habeas corpus* não é meio idôneo para apurar a falta de justa causa para a ação penal nos delitos contra a honra, pois seria difícil, no âmbito restrito do *mandamus*, fazer-se um exame aprofundado da prova, com tal finalidade" (HC n. 8.165 — Lavras, rel. Juiz Elisson Guimarães, JB Criminal, vol. 16, p. 96 a 98).

A aventada imunidade judiciária estatuída no art. 142 do Código Penal e a excludente de ilicitude do art. 23, III, do mesmo diploma legal, aliadas ao comando do art. 133 da Constituição Federal, necessitam de

um juízo valorativo a fim de avaliar a existência ou não de urbanidade no tratamento dispensado pelo paciente ao magistrado/ofendido, e, por conseguinte, se a conduta estendeu-se aos limites previstos para o exercício da advocacia, apurando-se a existência ou não de culpabilidade do acusado e o constrangimento ilegal decorrente da ação penal intentada, restando igualmente impossível tecer afirmativa a respeito sem adentrar profundamente no conjunto probatório.

De igual maneira, cumpriu o ilustre representante do Ministério Público com a descrição dos fatos configuradores, em tese, das condutas tipificadas na denúncia, em consonância com o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal.

Nelson Hungria leciona que "O fato é determinado toda a vez que através das palavras que o asseveram, orais, escritas ou impressas, quem quer que o tenha ouvido ou lido pode formar um juízo suficiente de sua consciência especial. Para determinar um fato, não é preciso narrá-lo com todas as suas circunstâncias: basta que se dê a impressão de certo acontecimento concreto ou específico" (Comentários ao Código Penal, vol. VI, p. 65).

Colhe-se da jurisprudência:

"Crimes contra a honra – Advogado – Imunidade – Inépcia da denúncia – Trancamento da ação penal – *Habeas corpus* – 1. O exercício da atividade advocatícia deve estar revestido de limites razoáveis da discussão da causa e da defesa dos direitos de seu cliente. Odiosa a interpretação do Estatuto da OAB à conclusão de que teria instituído, em favor do advogado, imunidade penal absoluta. 2. Tendo a

denúncia descrito, em tese, fato tipificado como crime, e preenchendo todos os requisitos enumerados no art. 41, CPP, inadmissível a alegação de inépcia da denúncia. 3. Pedido indeferido” (STJ, HC n. 5.740/SP, rel. Min. Edson Vidigal, DJU 15-9-97).

### III – Decisão

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cars-

tens Köhler, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 7 de janeiro de 2003.

*Jorge Mussi,*

*Presidente, com voto;*

*Torres Marques,*

*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 2002.026162-4, DE TUBARÃO

**Relator: Des. Torres Marques**

*Habeas corpus – Incompetência do juízo – Não ocorrência – Litispendência – Impossibilidade de análise na estreita via do writ – Prisão preventiva – Sustentada ausência de fundamentação – Adoção das razões ministeriais – Possibilidade – Necessidade da custódia explicitada – Ordem denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 2002.026162-4, da comarca de Tubarão (Vara Criminal), em que é impetrante Cláudio Gastão da Rosa, sendo pacientes Flávio Bernardino dos Santos e Gilvete Moraes dos Santos:*

ACORDAM, em Câmara Criminal de Férias, por votação unânime, afastar a litispendência e denegar a ordem em relação ao paciente Flávio Bernardino dos Santos e, por maioria de votos, denegar a ordem em relação à paciente Gilvete Moraes dos Santos. Vencido o Exmo. Des. Jorge Mussi, que concedia a ordem.

### I – Relatório

Trata-se de ordem de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de Flávio Bernardino dos Santos e Gilvete Moraes dos Santos, em decorrência de prisão preventiva decretada pelo Juiz da comarca de Tubarão, em que restaram denunciados pela prática dos delitos previstos nos artigos: Flávio Bernardino dos Santos: art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98; art. 180, §§ 1º e 2º, na forma do art. 71, *caput*; 288, *caput*; 311, *caput*, na forma do art. 71, *caput*; 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*; 299, *caput* (cinco vezes); todos na forma do art. 69, *caput*, do CP; e Gilvete Moraes dos Santos: art. 180, §§ 1º e 2º, na forma do art. 71, *caput*, do CP; 288,

*caput*; 311, *caput*, na forma do art. 71, *caput*; 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*; todos na forma do art. 69 do CP.

O impetrante objetiva a revogação da segregação cautelar, ao argumento de estarem os pacientes sofrendo constrangimento ilegal, por ser a decisão que acolheu o pedido de revogação da preventiva nulo, uma vez que desfundamentado, tendo o Togado, apenas, adotado as razões lançadas pelo Ministério Público. Anota, ainda, a ocorrência de litispendência e incompetência do Juízo.

A liminar foi denegada às fls. 107 a 109.

Solicitadas as informações, a autoridade judiciária apontada como coatora sustentou que as matérias levantadas no presente *writ* são de interpretação, o que é incabível.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Vilmar José Loef, opinou pela denegação da ordem.

## II – Voto

Prefacialmente, quanto à sustentada litispendência, oportuna a transcrição dos ensinamentos de Julio Fabbrini Mirabete acerca da matéria: “Por não ser possível que alguém seja julgado duas vezes pelo mesmo fato (*non bis in idem*), prevê a lei a exceção de litispendência, destinada a evitar que corram paralelamente dois processos idênticos. Por analogia com o artigo 219 do CPC, deve-se entender que a situação de pendência ocorre a partir da citação válida. Os elementos que identificam a demanda, impedindo

outra pela litispendência são o pedido, as partes, a causa de pedir. A causa de pedir, no processo penal, não é identificada pela classificação jurídica, mas pela narração do fato criminoso. Se varia qualquer desses elementos entre os dois processos não se reconhece a litispendência. [...]” (*in* Código de Processo Penal Interpretado, 6ª ed., São Paulo: Atlas, 1999, p. 194 e 195).

Cotejando os autos, verifico a existência de três denúncias: *a primeira*, da comarca de Capivari de Baixo, com fundamento no Inquérito Policial n. 163.02.000105-5, de fevereiro/2002, em que foi denunciado Flávio Bernardino dos Santos, entre outros, por infração aos arts. 180, § 1º, 304 e 311, c/c art. 29 e 69, todos do CP; *a segunda*, da comarca de Tubarão, com fundamento no Inquérito Policial n. 075.02.000629-7, de fevereiro/2002, sendo denunciado Flávio e Gilvete, por infração aos arts. 180, §§ 1º e 2º, na forma do art. 29, todos do CP; *a terceira*, da comarca de Tubarão, com fundamento no Inquérito Policial n. 075.02.005027-0, de novembro/2002, sendo denunciado Flávio e Gilvete, entre outros, por infração: Flávio Bernardino dos Santos: art. 1º, VII, da Lei n. 9.613/98; art. 180, §§ 1º e 2º, na forma do art. 71, *caput*; 288, *caput*; 311, *caput*, na forma do art. 71, *caput*; 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*; 299, *caput* (cinco vezes); todos na forma do art. 69, *caput*, do CP; e Gilvete Moraes dos Santos: art. 180, §§ 1º e 2º, na forma do art. 71, *caput*, do CP; 288, *caput*; 311, *caput*, na forma do art. 71, *caput*; 333, parágrafo único, na forma do art. 71, *caput*; todos na forma do art. 69 do CP.

Em que pese a análise da litispendência demandar minucioso exa-



me de prova, o que é impossível na estreita via mandamental (STJ, 6ª Turma – Recurso de *Habeas Corpus* n. 6.424, rel. Min. Anselmo Santiago), da simples verificação do acima exposto vê-se que as ações não são idênticas, pois os fatos descritos indicam que o objeto de uma é maior que o das outras, do que deflui que a reunião dos processos advém da conveniência da medida.

Nesse sentido, o então relator, Des. Sérgio Baasch Luz, quando analisou a liminar do Mandado de Segurança n. 2002.025347-8, em que foi argüida a mesma preliminar, decidiu:

“No caso, o magistrado quando proferiu a sentença [...] justificou que não seria aconselhável a reunião, ante a complexidade e número de pessoas envolvidas, o que prejudicaria a própria defesa, ante a demora no encerramento da instrução que a medida certamente acarretaria, lembrando, ainda, que, em caso de eventual continuidade delitiva, a unificação das penas pode ser feita na fase de execução, sem prejuízo para o condenado”.

Em decorrência do exposto, vencida também a argüição de incompetência do Juízo.

Quanto à alegada falta de fundamentação da prisão preventiva, importante frisar, primeiramente, que o acolhimento das razões ministeriais como razões de decidir não importa em inconstitucionalidade, conforme já esclarecido na análise liminar, *verbis*:

“Quanto ao primeiro e principal motivo ensejador do presente *habeas corpus*, é de apontarmos que o atual entendimento acerca de despacho que adota como razões de decidir as ra-

zões lançadas pelo Ministério Público não é dotado de ilegalidade, mesmo que este procedimento não seja aconselhável, é viável e dotado de constitucionalidade” (fl. 108). Cita precedentes desta Corte de igual posicionamento, a saber: HC n. 2000.018261-3, rel. Des. Genésio Nollí; HC n. 2000.004706-6, rel. Des. Amaral e Silva; e HC n. 2000.008435-2, rel. Des. Maurílio Moreira Leite.

Ademais, a sustentação apresentada pelo Ministério Público não se limita ao pedido, conforme transcrito na inicial do presente *writ*. Assim, por oportuno, trago à colação as razões apresentadas:

“De outro lado, cremos presente o fundamento da garantia da ordem pública para a decretação das prisões dos denunciados Flávio Bernardino dos Santos, Gilvete Moraes dos Santos, Walnei Mozerle Antunes, Valdinei Salasário Antunes, Nivaldo Salasário Antunes, Valdomiro de Sena, Osvaldemir Luiz e Cláudio Luiz Gaspar, tendo em vista seus envolvimento nos crimes de receptação qualificada, adulteração de sinais identificadores de veículos automotores e seus componentes, formação de quadrilha, além do delito de corrupção ativa pelos dois primeiros, e do crime de falsidade ideológica pelo denunciado Flávio.

“Tais delitos citados no parágrafo anterior abalaram a comunidade local, gerando efeitos negativos no comércio de veículos desta cidade, pela grande perda de credibilidade gerada nos negócios.

“De se ressaltar que referidos crimes causaram prejuízos enormes a terceiros, os quais foram vítimas de

furtos e roubos de veículos que alimentaram o esquema criminoso citado.

“Além disso, ‘para garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinqüente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso às práticas delituosas, ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados à infração cometida’ (TACrimSP, JUTACRESP n. 42/58).

“Considerando que o imenso número de delitos praticados foi de enorme repercussão, conforme se pode verificar da prova material descrita na denúncia, a prisão dos denunciados Flávio Bernardino dos Santos, Gilvete Moraes dos Santos, Walnei Mozerle Antunes, Valdinei Salasário Antunes, Nivaldo Salasário Antunes, Valdomiro de Sena, Osvaldemir Luiz e Cláudio Luiz Gaspar é medida que se impõe, pois para ‘a garantia da ordem pública, dada como fundamento da decretação da custódia cautelar, deve ser de tal ordem que a liberdade do réu possa causar perturbações de monta, que a sociedade venha a se sentir desprovida de garantias para sua tranqüilidade’ (RJDTACrimSP, 11/201).

“De se salientar, ainda, que os delitos pelos quais estão sendo estes denunciados acusados enquadram-se na previsão contida no art. 313, inc. I, do Código de Processo Penal, permitindo a decretação de suas segregações provisórias” (fls. 101 e 102).

Verifico que existe nas razões transcritas a explanação da necessi-

dade da custódia, devendo ser negada a ordem.

Por derradeiro, sustenta o impetrante a ausência dos motivos ensejadores da prisão preventiva. Contudo, inexistem nos autos elementos a sustentar suas afirmações, que se caracterizam pela generalidade, mormente em relação à paciente Gilvete, nas quais o impetrante afirma que ela é mãe de família e não teve nenhuma participação nos fatos, uma vez que se limita a afirmar, sem lastro probatório.

No mesmo sentido, a análise liminar do então relator, Des. Sérgio Baasch Luz: “Relativamente a afirmação de que ausentes os motivos ensejadores da prisão preventiva dos ora pacientes, é de asseverarmos que não há como, por ora, analisarmos o presente pleito, isto porque não há cópia de qualquer documentação que respalde as teses lançadas pelo douto causídico, ônus este que lhe incumbia” (fl. 109).

### III – Decisão

Pelo exposto, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 7 de janeiro de 2003.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.026892-0, DE PALHOÇA

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Estupro tentado. Violência real comprovada por perícia. Depoimento da vítima com amparo em outros elementos dos autos. Prova indubitosa da existência do crime. Afirmção da vítima, em ambas as fases processuais, de que o delito não se consumou porque o réu “não teve potência”. Inexistência de ereção. Crime impossível, por ineficácia absoluta do meio. Provimento parcial para declarar o réu isento de pena, nos termos do art. 17 do Código Penal.*

*Tendo a vítima declarado que o crime de estupro só não se consumou porque o réu não “teve potência”, ou seja, não houve ereção, resta enquadrada a conduta no art. 17 do Código Penal, crime impossível por absoluta ineficácia do meio, isentando-o, assim, de pena.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.026892-0, da comarca de Palhoça, em que é apelante João Paulo de Souza e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial para, acolhido o disposto no art. 17 do Código Penal, considerar o apelante isento de pena.

Custas legais.

Na comarca de Palhoça, 2ª Vara, João Paulo de Souza foi denuncia-

do pela prática de estupro, nos seguintes termos: “No dia 11 de maio de 1996, por volta das 2 horas, nas proximidades do Ginásio de Esportes Caranguejão, o denunciado seguiu a vítima R. S., que acabava de sair do Clube Guarani nesta comarca de Palhoça. Após forçar a vítima a ir para os fundos do dito ginásio, o denunciado constrangeu-a, mediante ameaça e violência, consistente em socos, a com ele manter relações sexuais, provocando as lesões descritas no laudo de exame de conjunção carnal de fl. 41” (fls. 2 e 3).

No momento procedimental pertinente, a conduta resultou des-

classificada para a forma tentada, ficando o réu apenado com 4 (quatro) anos de reclusão, em regime integralmente fechado.

Inconformado, recorreu, visando a ver-se absolvido da imputação, ao argumento de que o depoimento da vítima apresenta contradições em ambas as fases processuais, e também com as palavras da única testemunha de acusação, não restando, assim, qualquer prova de seu envolvimento no ilícito.

Em contra-razões, requereu o representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Luiz Fernando Sirydakis, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o relatório.

O recurso, porque próprio e tempestivo, é conhecido.

Inicialmente, cabe salientar, o crime ocorreu por volta das 3 horas da madrugada. A testemunha Pedro José de Pinho Júnior afirmou que, naquela noite, encontrara o apelante para pegar o ônibus para o centro de Florianópolis, onde chegaram às 6 horas, sendo que, quando chegaram ao salão, “encontrou-se com diversas pessoas amigas; que em poucos momentos, João Paulo se distanciou do depoente” (fls. 179 e 180). No interrogatório judicial, o réu afirmou ter dormido das quatro às cinco horas da manhã num banco localizado no interior do clube (fls. 71 e 72). Assim, cai por terra seu álibi de que estivera o tempo todo na companhia do colega Pedro.

Da materialidade e autoria há provas suficientes para embasar o decreto condenatório.

O laudo pericial de fl. 43 atesta a existência de vestígios de violência física contra a vítima, e o laudo de fls. 65 e 66 aponta a existência de sangue humano na peça íntima do apelante. Essas provas vêm de encontro ao relato da vítima. Leia-se: “na noite dos fatos, saiu do clube Guarani por volta de 3h30min e foi em direção à sua casa; que percebeu que alguém lhe seguia; que não se incomodou porque mora na região há muitos anos e não percebeu perigo a princípio; que, de repente, o acusado correu, alcançou a informante, agarrando-a por trás e, com uma mão tapou-lhe a boca e com a outra segurou-lhe a cintura; que o acusado falou que estava armado; que a informante ficou quieta porque teve medo; que o autor arrastou-a para trás do galpão e fez com que ela deitasse; que a informante pôde perceber que o agente estava muito drogado e estava confundindo-a com alguém, porque ele falava que teria condições de sustentar a filha dela, mas ela não tinha filha; que ele também falava que ela não deveria casar com outro e sim com ele; que a informante nunca vira o acusado antes; que o acusado forçou-a a tirar as roupas; que durante todo o tempo o acusado manteve a mão tampando a boca da informante; que constantemente o acusado falava que se a informante reagisse ele a mataria; que a informante tirou a calça e a calcinha por determinação do réu e levantou a blusa; que na ocasião, a informante estava menstruada e, após, a polícia constatou manchas de sangue na cueca do réu; que o acusado bateu muito na informante que ficou com o olho todo roxo e o rosto inchado, porque o réu batia com a mão aberta; que o réu não chegou a penetrar o pênis na vagina da informante porque estava

muito drogado e 'não conseguiu ter potência'; que o réu dizia que tinha uma arma embaixo da jaqueta preta de couro que trajava; que o acusado passou as mãos nas partes íntimas da informante; que não tem lembrança se o acusado soltou esperma, porque nessa hora a informante estava apavorada; que o acusado passou o pênis na informante e só não a penetrou porque não conseguiu" (fls. 160 e 161).

A descrição feita pela vítima, das características físicas do autor, bem como da roupa que trajava na ocasião dos fatos, coincide com a do apelante, tanto que foi encontrado horas após, com aquela vestimenta, na qual foi encontrado sangue humano.

Dessa forma, incontestável a prova da autoria do crime, na forma tentada.

No entanto, do depoimento prestado pela vítima, indispensável a análise da seguinte assertiva: "que o réu não chegou a penetrar o pênis na vagina da informante porque estava muito drogado e não conseguiu ter potência". E, mais adiante, reafirmou, em resposta à pergunta formulada pelo representante do Ministério Público, "que o réu tentou muito penetrar na vagina, mas não conseguiu porque estava sem potência [...]". Embora ninguém tenha-se preocupado em indagar à vítima o que queria dizer com a expressão "sem potência", razoável admitir que se tratava de ausência de ereção, ou seja, ausência de "levantamento ou endurecimento do pênis" (Dicionário Houaiss, Ed. Objetiva, 2001, p. 1.186).

Segundo Nelson Hungria, "por conjunção carnal, em face do Código, entende-se a conjunção sexual, isto é,

a cópula *secundum naturam*, o ajuntamento do órgão genital do homem com o da mulher, a intromissão do pênis na cavidade vaginal" (Comentários ao Código Penal, vol. VIII, Ed. Forense, 4ª ed., p. 116).

"Flamínio Fávero define a conjunção carnal como a cópula vaginica, em que há introdução do membro viril em ereção, na cavidade vaginal feminina, com ou sem ejaculação" (citado por Julio Fabbrini Mirabete, Manual de Direito Penal, vol. II, Atlas, 2002, p. 414).

Em resposta à indagação da Dra. Promotora de Justiça (fl. 38), os peritos esclareceram que "a conjunção carnal só é possível com ereção" (fl. 56).

Portanto, a consumação do estupro não ocorreu por "ineficácia absoluta do meio", nuança que leva a conduta a ser enquadrada no art. 17 do Código Penal, que trata do "crime impossível", de seguinte teor: "Não se pune a tentativa quando, por ineficácia absoluta do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime".

Em face do exposto, o recurso é provido, em parte, para, acolhido o disposto no art. 17 do Código Penal, considerar o apelante isento de pena.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Túlio José Moura Pinheiro, e lavrou o parecer, pela doura Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2003.

*Maurílio Moreira Leite,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.000163-8, DE IBIRAMA****Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Furto qualificado tentado. Confissão dos réus em juízo, narmando com detalhes a conduta criminosa, no sentido de que desligaram os alarmes da agência bancária, escalaram a parede e quebraram a janela, momento em que soou um alarme remanescente, ensejando a fuga. Laudo pericial atestando a presença de ferramentas dos réus no interior do estabelecimento. Tentativa configurada.*

*Não há falar em atos meramente preparatórios a conduta dos réus que desligam os alarmes da agência bancária, escalam a parede, quebram a janela e ingressam em seu interior, momento em que soou o alarme, ensejando a fuga, configurando início de execução.*

*Falsa identidade. Agente que, se utilizando de documento de identidade de terceiro, assim se identifica perante a autoridade policial quando da prisão em flagrante, com o fim de esconder passado criminoso. Conduta típica punível. Condenação mantida.*

*Comete o crime de falsa identidade o agente que se identifica com nome de terceiro, portando, inclusive, o documento de identidade de furtado, a fim de esconder passado criminoso.*

*Pena-base. Fixação acima da mínima com a devida fundamentação. Ponderada a circunstância de incidirem três qualificadoras no furto. Viabilidade.*

*É facultado à autoridade judicial fixar a pena-base acima da mínima, no furto qualificado, quando incidir mais de uma qualificadora, sendo as remanescentes levadas em conta como circunstâncias desfavoráveis (art. 59, CP).*

*Regime de cumprimento das penas privativas de liberdade. Fixação com fundamento nas circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Possibilidade. Art. 33, § 3º, do diploma referido.*

*Substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos. Inaplicabilidade quando a pena-base ficar estipulada em patamar superior ao mínimo, com fundamentos outros que não as conseqüências do crime. Art. 44, inciso III, do Código Penal.*

*Sendo desfavoráveis as circunstâncias sopesadas na primeira fase de aplicação da pena, afora as conseqüências do crime, é inviável sua substituição por restritivas de direitos, ante a vedação expressa do art. 44, inciso III, do Código Penal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.000163-8, da comarca de Ibirama, em que são apelantes Vanderlei de Bastos, Carlito Fernandes e Alan Patrick Goudart Schelbauer e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer dos recursos e dar-lhes provimento parcial tão-somente para reduzir as penas dos apelantes Carlito e Alan para um ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e a de Vanderlei, para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e dezesseis dias-multa, mantida a pena decorrente do crime de falsa identidade, bem como as demais cominações da sentença para todos os réus.

Custas legais.

Na comarca de Ibirama, 1ª Vara, Vanderlei de Bastos, Carlito Fernandes e Alan Patrick Goudart Schelbauer foram denunciados pela prática dos delitos descritos nos arts. 155, § 4º, incisos I, II e IV, combinado com o art. 14, inciso II, e art. 266, todos do Código Penal, sendo, ainda, a Vanderlei atribuída a autoria do crime do art. 307 do mesmo diploma.

Refere a denúncia que “1. Na madrugada de 9 de maio próximo passado, por volta das 3 horas, os denunciados, em união de desígnios e esforços, adentraram nas dependências da Agência do Banco do Estado de Santa Catarina – Besc, do município

de Witmarsum, no intuito de saquear a instituição bancária.

“Para ingressar nas dependências do Banco, os comparsas arrombaram uma janela da parede posterior do prédio, à qual tiveram acesso através de uma escada.

“Já no interior da agência, os três agentes aligeiraram-se em desativar os alarmes que guarneciam o local, sempre no intuito de inviabilizar a descoberta de seus agires.

“Todavia, não obstante o cuidado dos denunciados, um dos alarmes da agência acabou disparando, o que fez com que eles, contrariando suas vontades, empreendessem fuga sem nada subtraírem para si.

“O disparo do alarme, entretanto, chamou a atenção da vizinhança do Banco, que então, imediatamente, comunicou o fato à polícia.

“E, diante disso, em razão de uma rápida e eficaz ação policial, os comparsas foram perseguidos quando fugiam a bordo da caminhonete discriminada à fl. 39, tendo esta perseguição, ao final, culminado na prisão dos três agentes.

“Frise-se que, tanto na posse dos denunciados, quanto no interior da agência bancária, restaram apreendidos diversos apetrechos utilizados por eles em sua empreitada, como, por exemplo, a espátula, a chave de fenda e os rádios móveis ‘HT’, referidos nos termos de apreensão de fls. 20 e 21.



“Outro detalhe que se faz necessário gizar, é que os denunciados, dias antes de perpetrarem a ação delituosa, haviam estado na instituição vitimada, onde, sob pretexto de oferecerem serviços de reparos em persianas e outros objetos, ‘mapearam’ o local.

“2. Cumpre salientar que o delito acima noticiado não foi o único praticado pelos comparsas na data de 9 de maio de 2002. Isso porque, antes mesmo de se dirigirem ao Besc, os denunciados cortaram, dolosamente, em dois lugares – Km 16 e 20, da Rodovia SC 421 – o cabo de fibra ótica que atende ao sistema de telefonia da região de Witmarsum e de Vitor Meirrelles, deixando essas localidades completamente isoladas em termos de comunicação telefônica.

“Tudo, logicamente, com o nítido objetivo de facilitar o êxito de uma fuga que, mesmo na hipótese do assalto ter dado certo, far-se-ia mais do que oportuna para que tivessem a posse tranqüila da *res furtiva*.

“3. Não bastasse terem praticado os dois delitos supranarrados, o denunciado Vanderlei de Bastos, ao ser preso em flagrante, na manhã do dia 9 de maio, ainda atribuiu a si próprio, falsamente, a identidade de Dejair Fernandes de Souza, o que fez no afã de não ver o seu nome, uma vez mais, envolvido em uma lide criminal, pois, como se observa dos autos, sua ficha de antecedentes é bastante vasta (fls. 80 a 100)” (fls. 2 a 4).

No momento procedimental pertinente, todos restaram absolvidos da imputação do art. 266 do Código Penal, por falta de provas, e condenados pelo furto qualificado tentado. Carlito e Alan foram apenados, indivi-

dualmente, ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto, mais ao pagamento de 20 (vinte) dias-multa, à razão diária de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. A Vanderlei foi fixada pena de 3 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão, em regime inicial fechado, mais 34 (trinta e quatro) dias-multa, no mesmo valor atribuído aos demais. Este resultou, ainda, condenado pela prática do delito previsto no art. 307 do Código Penal, sendo-lhe irrogada pena de 7 (sete) meses de detenção, em regime inicial semi-aberto.

Da sentença, todos os réus foram pessoalmente intimados, tendo manifestado, de próprio punho, desejo de recorrer.

Nas razões apresentadas por Vanderlei, a meta é a absolvição, haja vista a atipicidade da conduta inerente ao furto tentado, pois “trata-se o processo-crime de atos preparatórios, pois fica evidente que não houve violação da lei penal, já que o agente ativo operou dentro de uma pura ilusão, visto que a vigilância da vítima tornou impraticável a execução do delito, pois a efetiva exposição de perigo a qualquer bem patrimonial, caracterizando o chamado crime impossível” (*sic*). Alternativamente, requer a minoração da pena-base e o aumento da quantidade de redução pela tentativa para dois terços, “tendo em vista que tudo não se passou de atos preparatórios” (*sic*). Finalmente, quanto ao delito de falsa identidade, busca a absolvição, pois, segundo alega, quem mente sobre a identidade para esconder passado criminoso não comete crime, mesmo porque, na fase policial, lhe é garantido o direito constitucional do silêncio.

Carlito e Alan, por intermédio de defensor comum, buscam igualmente a absolvição pelo furto tentado, com base no art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal, ao argumento de que ocorreram apenas atos preparatórios, não puníveis. Caso inaccolhida a pretensão, pugnam pela redução das penas-bases e aumento da minoração pela tentativa, bem como a alteração do regime de cumprimento e a “substituição por uma prestação de serviços à comunidade, na conformidade da Lei dos Crimes de Menor Potencial Ofensivo”.

Em contra-razões, tendo em foco somente as razões apresentadas por Carlito e Alan, requereu o representante do Ministério Público a manutenção do que foi decidido.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Anselmo Agostinho da Silva, manifestou-se pelo conhecimento e improvemento dos recursos interpostos.

É o relatório.

Buscam os apelantes, inicialmente, demonstrar que a conduta não passou de atos preparatórios, não chegando a ter início o crime. Assim, é atípica, não passível de apenação.

Entretanto, não é essa a verdade extraída dos autos, nos quais se pode constatar que os agentes combinaram a execução do furto da agência bancária, para lá se dirigindo numa caminhonete. Na direção estava Carlito, o qual estacionou o veículo a cerca de oitocentos metros do local, onde ficou aguardando para, posteriormente, auxiliar na fuga. Assim, Alan e Vanderlei foram até a janela lateral do estabelecimento, posicionando uma escada abaixo, a fim de viabilizar o in-

gresso, não sem antes desativarem alguns dos alarmes. Quebraram, então, o vidro da janela, chegando a entrar no banco, pois foram encontradas ferramentas do réu Carlito no interior da agência, consoante o comprovado pelo laudo pericial de fl. 116. Só não tiveram êxito na consumação do furto porque o alarme remanescente do estabelecimento soou.

Na fase policial, os acusados se utilizaram do direito constitucional ao silêncio. Contudo, em Juízo, confessaram, com detalhes, a empreitada criminosa. Vanderlei afirmou que “conhece Alan da academia de musculação e Carlito apenas de vista; que acompanharam Carlito até a cidade de Rio do Sul; que permaneceram algum tempo na danceteria Palmeiras e depois se dirigiram apenas a uma boate próxima à cidade de Witmarsum; que ficaram na boate por volta de uma hora da madrugada; que, aparentemente, todos estavam embriagados; que estacionaram o carro a uma quadra da agência e foram em sua direção; que Carlito ficou no carro, sendo que Vanderlei e Alan foram até a agência; que o interrogando não reconhece a escada de fl. 112; que a escada estava ao lado da agência e foi utilizada para quebrar o vidro; que não chegaram a entrar na agência; que as ferramentas de fls. 116 e 117 são de propriedade de Carlito; que após soar o alarme, empreenderam fuga [...]” (fls. 213 e 214).

Carlito declarou que “conhece Alan e Vanderlei da lavação de automóveis, de propriedade de Alan; que no dia anterior aos fatos, convidou os co-denunciados para virem até Rio do Sul, haja vista que pretendia fazer o pagamento de pensão alimentícia a

seu filho, que mora junto com sua ex-esposa, naquela Cidade; que era quarta-feira, e no Clube Palmeiras se realizaria um baile do qual participariam; que não chegou a encontrar com sua ex-esposa; que ficaram no Palmeiras até as 23 horas; que passaram em algumas boates da região, inclusive uma próxima à cidade de Witmarsum, quando então decidiram assaltar a agência do Besc; que estavam todos no carro do interrogando, uma L 2000 preta; que estacionaram o carro aproximadamente 800 metros longe do banco; que o interrogando ficou no carro enquanto Alan e Vanderlei foram até o banco; que, em seguida, disparou um alarme, tendo Alan e Vanderlei retornado para o carro; que, enquanto empreendiam fuga, foram perseguidos por um veículo, não sabendo o interrogando dizer se era da polícia; que o interrogando ficou com medo, achando que era um assalto, por estarem sendo alvejados por tiros; que, em determinada altura, pararam o carro e todos se dispersaram pelo mato; que o interrogando não sabe dizer a origem da escada de fl. 112; que as ferramentas apresentadas nas fotos de fls. 116 e 117 são de propriedade do interrogando; que o interrogando tem uma empresa prestadora de serviços e já tinha estado na cidade de Witmarsum, inclusive no Besc, onde fez uma proposta de consertos nas persianas existentes; que, três meses antes dos fatos, já tinha estado na agência" (fls. 215 e 216).

Da mesma forma, Alan confessou a participação no furto: "que é verdadeira a imputação que lhe é feita; que somente conheceu Vanderlei, haja vista que colegas de uma academia de musculação; que somente conhe-

ceu Carlito no dia anterior aos fatos; que o interrogando é proprietário de uma lavagem de automóveis, na cidade de Joinville; que no dia anterior, Vanderlei deixou seu carro no local para lavar; que, na mesma ocasião, chegou Carlito; que Carlito convidou o interrogando e Vanderlei para virem até Rio do Sul, haja vista que o mesmo possui família constituída de ex-esposa e filho; que em Rio do Sul se realizaria ainda um baile no Clube Palmeiras; que o interrogando e Vanderlei aceitaram o convite e, na mesma noite, vieram até Rio do Sul; que ficaram no clube até as 23 horas, tendo então se dirigido até uma boate que fica próxima à cidade de Witmarsum; que ficaram algum tempo na boate e, quando se dirigiram para Joinville, resolveram praticar o assalto; que não se recorda de quem partiu a idéia; que se dirigiram até o banco, foram até a janela dos fundos, quebraram o vidro, quando então soou o alarme; que, ato contínuo, empreenderam fuga; que não houve tentativa de corte de alarme e tampouco houve qualquer corte dos cabos de comunicação telefônica da cidade ou de qualquer região próxima ao banco; que a caminhonete utilizada era de propriedade de Carlito; que o interrogando nunca tinha estado na cidade de Witmarsum; que acredita que Carlito era proprietário de uma empresa que trabalha com persianas" (fls. 217 e 218).

As confissões prestadas perante a autoridade judicial guardam consonância com os depoimentos de testemunhas que viram Alan e Vanderlei fugindo do local. Jonas Walzburger declarou que "tem uma oficina a aproximadamente cinqüenta metros do banco; que, na madrugada do dia de

hoje, por volta de 3h30min, tocou o alarme do banco e o declarante pensou que fosse o alarme de sua oficina; que, levantou-se imediatamente, colocou um boné e saiu correndo para fora em direção à oficina; que, quando chegou na calçada, deparou-se com dois cidadãos andando na calçada do outro lado, vindo do banco em direção ao morro do asfalto, os quais estavam sob a luz dos postes de energia elétrica, do outro lado da rua; [...] que um deles, o mais alto, estava trajando roupa escura, camisa preta, calça escura e o outro, mais baixo e mais gordo, trajava uma jaqueta marrom, calça escura e um boné, que parecia ser vermelho; que ambos subiram ao morro que dá para o asfalto e o declarante imediatamente comunicou à Polícia Militar; que o declarante reconhece o cidadão identificado como Dejair Fernandes de Souza como sendo um dos cidadãos e o outro, identificado como Alan, reconhece as roupas e a fisionomia” (fl. 30). Saliente-se que, nesse momento, Vanderlei ainda se apresentava como Dejair, fato esse esclarecido posteriormente, quando descoberta sua verdadeira identidade. Em Juízo, Jonas reconheceu pessoalmente os acusados, confirmando integralmente o depoimento extrajudicial (fl. 286). A testemunha Ivone Pauduin Adriano também visualizou Alan e Vanderlei fingindo (fls. 21 e 287).

De outro lado, os funcionários do banco Deomar Antônio Felício Adriano (fls. 32 e 291), Mário Kissner (fls. 60 e 289) e Valcir Heck (fls. 61 e 290), afirmaram, em uníssono, que os réus Vanderlei e Carlito estiveram anteriormente na agência, oferecendo préstimos na instalação e conserto de persianas, oportunidade em que “ma-

pearam” o local, tendo observado cada detalhe. Essas palavras foram confirmadas pela confissão dos réus.

Dessa forma, não resta a menor dúvida de que tenham os réus, ora apelantes, dado início à consumação do crime de furto qualificado. E, ao contrário do alegado nas razões recursais, não há falar em atos meramente preparatórios, mas em início de execução, tendo em conta que quebraram o vidro da agência após a escalada.

Nesse sentido a orientação jurisprudencial: “Em tema de furto, o início da escalada ou o início da remoção de obstáculo à prática do crime constituem atos de execução do delito e não meramente preparatórios” (TACrimSP – AC – Rel. Denser de Sá – JUTACrim 37/338). Ainda: “Pelo ataque que já importa ao patrimônio do ofendido, consubstancia indisfarçável início de execução do crime de furto a aplicação de força física contra janela e porta, com o intuito de ultrapassá-las para atingir o fim último da subtração de bens existentes no interior da casa” (TACrimSP – AC – Rel. Reynaldo Ayrosa – JUTACrim 84/305).

Configurada, assim, a ocorrência de tentativa de furto qualificado.

Nas razões apresentadas por Vanderlei, é pretendida, ainda, a absolvição pelo delito definido no art. 307 do Código Penal, ao argumento de que identificar-se falsamente para esconder passado criminoso não constitui crime.

Entretanto, não é essa a orientação majoritária da jurisprudência: “Pratica o crime de falsa identidade, indiciado que se apresenta com falso nome para se pôr a forro de seus maus

anteriores, indiferente seja ou não conseguido o fim colimado. Não se admite nesse nível, alegação de 'autodefesa', inexistindo defesa legítima contra os atos praticados pela polícia ou pela justiça, com arrimo na lei penal e processual penal. O direito de fugir e de calar a verdade quanto a fato delituoso não autoriza falsear a própria identidade" (TACrimSP – AC n. 567.005-6 – Rel. Marrey Neto – RJDTACrim 4/104).

Ainda: "A utilização de identidade falsa ou alheia quando da identificação policial, como circunstância de autodefesa, não poderá tornar atípica a conduta, ou por qualquer modo inocentar o réu" (TACrimSP – AC n. 904.689-6 – Rel. S. C. Garcia – RJDTACrim 24/193); "Incorre nas penas do art. 307 do CP o agente que, ao ser indagado legitimamente pela autoridade policial sobre seus dados qualificativos, falseia-os, vez que se trata de matéria de ordem pública, que não admite tergiversação e também por ser inaceitável que tal alegação seria exercício do direito de defesa" (TACrimSP – AC n. 829.355-7 – Rel. Damião Cogan – RJDTACrim 21/146).

Dessa maneira, inafastável a condenação, também por esse crime, mesmo porque, cabe salientar, Vanderlei agiu de forma premeditada, não se tratando a conduta de mero meio para afastar passado criminoso, pois possuía, inclusive, carteira de identidade de terceiro, amigo seu, a qual havia furtado anteriormente. O fato restou comprovado pelo depoimento de Vanderlei Fernandes de Souza (fls. 204 e 367), proprietário do documento furtado,

que procurou a polícia a fim de esclarecer os fatos.

Fica, assim, mantido o decreto condenatório.

A pretensão dos apelantes, de ver reduzidas as penas-bases aplicadas, não merece acolhida.

As penas-bases foram fixadas com a devida fundamentação, sendo salientado o prejuízo sofrido pela vítima, com a destruição do sistema de alarme, bem como com o rompimento da janela da agência bancária. E, por se tratar de cidade pequena, a população local entrou em pânico com a conduta dos réus, pois não acostumada com acontecimentos dessa natureza. Também foi ponderado, na primeira fase, o fato de existirem três qualificadoras, o que é facultado. Leia-se: "As circunstâncias de um furto praticado sob a égide de duas qualificadoras são mais graves que as cometidas sob o manto de uma única, de modo que o autor de um furto biqualeficado não pode receber o mesmo tratamento, no que diz respeito à fixação da pena-base, do que o autor de um furto uniualeficado" (TACrimSP – AC – Rel. Almeida Braga – RJD 24/225).

Com relação a Vanderlei, foi considerado, ainda, além das circunstâncias *supra*, o fato de contar com péssimos antecedentes, demonstrando que possui conduta voltada à prática de crimes contra o patrimônio.

Ficam mantidas, assim, as penas-bases fixadas.

De outro lado, pequeno reparo merece a sentença no tocante à quantidade de redução pela tentativa, na terceira fase de aplicação da pena. A

autoridade judicial, para todos os réus, asseverou que “todavia, em face da presença da causa de especial diminuição prevista no art. 14, II, do CP, diminuo-lhe a reprimenda em 1/3”. Apesar de reduzir a pena no patamar mínimo, não apresentou fundamentação alguma, o que é inviável. Assim: “Em tema de dosimetria penal, tanto a escolha da pena superior ao mínimo, como redução que não seja pelo máximo permitido, devem ser cabalmente justificadas, pois o réu tem o direito de saber quais os fundamentos da escolha, para que, em recurso, possa atacar ditos fundamentos” (TACrimSP – AC – Rel. Adatao Suannes – JUTACrim 76/227).

Dessa forma, procede-se à redução das penas.

As penas de Carlito e Alan ficam reduzidas para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e a de Vanderlei, para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, mantida a pena decorrente do crime de falsa identidade.

Pretendem, ainda, os apelantes Carlito e Alan, ver alterado o regime de cumprimento das penas privativas de liberdade que lhes foram impostas. Contudo, sob esse aspecto, melhor sorte não lhes socorre.

Observa-se que, na sentença, a autoridade judicial ponderou, quando da fixação do regime de cumprimento das penas, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, consoante lhe faculta o art. 33, § 3º, do referido diploma. Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “o disposto no art. 33, § 2º, c, do mesmo Código, não constitui regra impositi-

va, mesmo porque o § 3º faz expressa remissão ao art. 59. Recurso não conhecido” (REsp n. 32.521-7 – Rel. William Patterson – DJU de 27-5-96, p. 17.921).

Finalmente, pretendem Carlito e Alan ser beneficiados com a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, o que encontra óbice no art. 44, inciso III, do Código Penal, de seguinte teor: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: [...] III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente”. E foi exatamente nesse dispositivo que ficou fundamentada a vedação do benefício na sentença. Muito embora não se levem em consideração, na hipótese, as conseqüências do crime, sopesadas na fixação da pena-base, subsistem as circunstâncias, nas quais ficou ponderado o fato de ter o crime sido perpetrado com a incidência de três qualificadoras. Assim, não fazem jus ao benefício.

Diante de todo o exposto, os recursos são conhecidos e parcialmente providos tão-somente para reduzir as penas dos apelantes Carlito e Alan para 1 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa, e a de Vanderlei, para 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, mantida a pena decorrente do crime de falsa identidade, bem como as demais cominações da sentença para todos os réus.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.



Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente;*  
*Maurílio Moreira Leite,*  
*Relator.*

Florianópolis, 11 de março de 2003.

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.001590-6, DE INDAIAL**

**Relator: Des. Maurílio Moreira Leite**

*Extorsão mediante seqüestro. Autoria perfeitamente delineada na prova produzida, com amparo na confissão de todos os agentes. Pretendida desclassificação da conduta para a prevista no artigo 158 do Código Penal (extorsão), em face da ausência de violência ou grave ameaça na perpetração do crime. Inviabilidade. Para caracterização do crime definido no artigo 159 do Código Penal é irrelevante o modo como a vítima é arrebatada, se com violência, sob ameaça ou fraude. Inviável, também, a desclassificação para o delito previsto no artigo 148 do Código Penal, haja vista que o núcleo desse crime não prevê o objetivo do agente em obter indevida vantagem patrimonial, em detrimento da liberdade da vítima.*

*Alegada ocorrência de crime impossível, em razão da absoluta ineficácia do modo empregado, desistência voluntária e arrependimento eficaz. Inocorrência. Delito consumado. O delito se consuma com o seqüestro, independentemente da obtenção da vantagem, não obstando a condenação o fato de a imediata atuação policial ter evitado a ocorrência da lesão patrimonial.*

*“Para a consumação do crime de extorsão mediante seqüestro basta que a vítima seja arbitrariamente detida ou retida, independentemente da efetiva ou não obtenção do benefício ou vantagem almejados. É crime formal ou de consumação antecipada” (RJDTACRIM 1/224).*

*Qualificadora prevista no § 1º do artigo 159 do Código Penal – menoridade da vítima. Ausência de prova documental. Afastamento. Recurso provido para esse fim.*

*“Extorsão mediante seqüestro. Indispensável certidão de nascimento das vítimas (art. 155 do Código de Processo Penal) para*



*delinear-se a figura qualificada (art. 159, § 1º) por menoridade” (JTAERGS 79/55).*

*Dosimetria da pena. Pretendida concessão do benefício previsto no § 4º do artigo 159 do Código Penal – delação premiada. Inaplicabilidade. Agente que, após ser presa em flagrante no momento em que mantinha contato telefônico com a família da vítima, por intermédio de um telefone público, admite a prática delituosa, denunciando os co-autores. O escopo do dispositivo está vinculado à facilitação da libertação do seqüestrado. Todavia, no caso, a libertação da vítima não decorreu da conduta da apelante, mas após ser noticiado por ela aos demais envolvidos que o dinheiro do resgate havia sido colocado no local indicado. Inaplicabilidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.001590-6, da comarca de Indaial, em que são apelantes Lola Frech, Amilton Neumann e Aguinaldo D’Ornella da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial aos recursos tão-somente para afastar a qualificadora do § 1º do artigo 159 do Código Penal, adequando-se a pena para 8 anos de reclusão.

Custas legais.

Na comarca de Indaial, Vara Criminal, Lola Frech, Amilton Neumann e Aguinaldo D’Ornella da Silva, este último também conhecido por “Daniel”, foram denunciados pela prática do crime definido no artigo 159, § 1º, do Código Penal.

Segundo narra a denúncia, “A denunciada Lola, residente nesta Cidade, juntamente com os denunciados Amilton (seu namorado) e Aguinaldo (vulgo Daniel) montaram um plano com o fim específico de seqüestrar o adoles-

cente E. B. (de 17 anos de idade – nascido em 4-4-84) e extorquir dinheiro de seu pai Edison Baucke, residente nesta Cidade. Após os preparativos de praxe, os denunciados começaram a colocar o plano criminoso em prática no dia 5 de setembro do corrente ano, ocasião em que Amilton e Aguinaldo contataram com a vítima E. pela manhã, e no período da tarde foram até a casa da mesma, situada na Rua Dr. Blumenau, n. 331, nesta Cidade, a pretexto de obterem informações sobre criação de pássaros. Na ocasião, estavam com um veículo Parati de cor escura, pertencente à denunciada Lola, e manifestaram o interesse para que a vítima fosse até a casa deles para verificar se as instalações eram adequadas para a criação de pássaros. Diante da impossibilidade da vítima acompanhar-lhes naquele dia, combinaram que tal diligência poderia ser feita num outro dia. No dia seguinte (6-9), por volta das 14h30min, os denunciados Amilton e Aguinaldo foram até a casa da vítima com o propósito específico de seqüestrá-la. Lá chegando, sob o pretexto de irem para ver as instalações do alegado criadou-

ro de pássaros, convenceram a vítima a acompanhar-lhes no carro em que estavam, a Parati de Lola. Após estarem com a vítima no veículo, os denunciados tomaram a BR 470 e rumaram para Rio do Sul e anunciaram o seqüestro, já que no plano arquitetado combinaram que enquanto Amilton e Aguinaldo ficariam com a posse da vítima, a denunciada Lola faria as tratativas para conseguir o resgate do pai da vítima, Sr. Edson Baucke. Por volta das 19 horas, os seqüestradores fizeram o primeiro contato com o pai de E., através do telefone da residência, ocasião em que anunciaram o seqüestro e disseram que a liberação da vítima E. estava condicionada ao pagamento da importância de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais). Foi combinado que os contatos seriam feitos através do telefone celular n. 9980-3878, pertencente à vítima E. Alguns dos contatos telefônicos seguintes foram feitos pela denunciada Lola que ficou em Indaial. Em face da notícia, Edson comunicou o fato para a Polícia Civil que começou a acompanhar o caso de perto, atuando no sentido de identificar os seqüestradores e libertar a vítima em poder dos mesmos. Os policiais, então, providenciaram a interceptação do telefone da vítima (9980-3878), mediante ordem judicial, e constataram que algumas das ligações eram procedentes de um telefone público situado nas proximidades da Casan, nesta Cidade. Diante disso, policiais se dirigiram até o aludido telefone público situado na Rua Castelo Branco, por volta das 23 horas, ocasião em que constataram a presença da seqüestradora Lola e de imediato prenderam-na em flagrante, a qual em seguida confessou

ser uma das autoras do seqüestro que estava sendo praticado juntamente com os denunciados Amilton, seu namorado, e Aguinaldo, conhecido por 'Daniel'. Na ocasião Lola portava um pedaço de pano que era utilizado para disfarçar a voz nos telefonemas que fez para a vítima E. para exigir o pagamento do resgate, posto que era conhecida das vítimas, uma vez que já prestara serviços para a família. A partir daí, os policiais civis passaram a coordenar as negociações do seqüestro, que se encerrou quando a vítima E., por volta das 5 horas do dia seguinte, colocou o valor do resgate exigido, no montante de R\$ 5.000,00 (negociado diretamente com os seqüestradores Amilton e Aguinaldo), nas imediações da empresa Santa Clara Veículos, proximidades da BR 470, no município de Blumenau, tendo a vítima E. sido libertada também naquelas proximidades, sem apresentar qualquer tipo de ferimento físico. Após a libertação do seqüestrado, os policiais voltaram ao local em que a vítima havia colocado o dinheiro do resgate com o propósito de prender Amilton e Aguinaldo, o que não conseguiram, apesar da troca de tiros, tendo os policiais recuperado o dinheiro e encontrado o veículo Parati abandonado nas imediações, encontrando-se no interior do mesmo cordas de *nylon* e outros objetos utilizados no seqüestro. Como dito acima, a denunciada Lola foi presa no dia em que se realizou o seqüestro e confessou detalhadamente que coordenou seqüestro com o fim de extorquir a vítima Edson Baucke, ficando responsável pelos contatos telefônicos para acertar a entrega dos valores, enquanto os outros dois denunciados ficaram responsáveis pelo

arrebatamento do adolescente E. e o recebimento dos valores. Os denunciados Amilton e Aguinaldo foram presos posteriormente, e confirmaram as declarações de Lola, admitindo expressamente que participaram do seqüestro do adolescente E. com o fim de receberem a quantia inicialmente fixada em R\$ 60.000,00 que ao término das negociações foi baixada para R\$ 5.000,00, valor que foi pago pelo pai do adolescente, mas que não chegou a ser recebido por eles. Está por demais claro, então, que todos os denunciados, em conjunto de esforços e divisão de tarefas, seqüestraram o adolescente E., de 17 anos de idade, com o fim de obter vantagem econômica como condição para libertá-lo para a família. Planejaram e executaram atos para ter a posse da indefesa vítima e a partir daí extorquiram do pai de E., Sr. Edson, a quantia de R\$ 5.000,00” – fls. 2 a 5.

No momento procedimental pertinente, restaram todos condenados, nos termos da denúncia (artigo 159, § 1º, do Código Penal), com pena dosada, individualmente, em 12 (doze) anos de reclusão. Determinado regime prisional integralmente fechado, em face das disposições do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90. Aguinaldo D’Ornella da Silva, pessoalmente intimado da decisão condenatória, de próprio punho, manifestou desejo de recorrer (fl. 319). Lola Frech e Amilton Neumann também foram intimados da decisão condenatória.

Nas razões apresentadas por Aguinaldo D’Ornella da Silva, e que constam às fls. 278/290, é pretendido, em primeiro lugar, o afastamento da qualificadora prevista no § 1º do artigo 159 do Código Penal, em razão da

inexistência dos pressupostos inerentes à sua caracterização, ao argumento de que o seqüestro não se prolongou além das 24 horas, que não existe prova documental acerca da menoridade da vítima e, por fim, que o crime não foi realizado por bando ou quadrilha. No mérito, o objetivo primordial é a absolvição, porquanto teria o réu agido mediante coação, pois não sabia “que estava ou estaria cometendo um ato ilícito, nem tinha condições de agir de maneira diversa. Por certo, não aceitaria o encargo se soubesse tratar-se de um delito. Isso fica claro em seu depoimento: só aceitou a incumbência por acreditar ser uma tarefa lícita e regular” – fl. 286. Além disso, é afirmado que restaram configuradas as figuras da desistência voluntária e do arrependimento eficaz (artigo 15 do Código Penal), bem como aquela prevista no artigo 17 do mesmo Diploma Legal (crime impossível). Aduz, ainda, que não houve dolo na prática do crime, porquanto “não sabia que estava ou estaria cometendo um ato ilícito, nem tinha condições de agir de maneira diversa”. Por fim, pugna pela desclassificação da conduta para a prevista no artigo 148 do Código Penal (seqüestro e cárcere privado), com a conseqüente suspensão condicional do processo.

Amilton Neumann, por sua vez, nas razões recursais, constantes às fls. 295/297, pretende ver-se absolvido das imputações, ao argumento de que “os co-réus assumiram a autoria do crime, inocentando Amilton, que não teve participação direta no crime capitulado e narrado na inicial” – fl. 296.

Por fim Lola Frech requer, às fls. 300/306, o benefício referido no § 4º do artigo 159 do Código Penal, por

ter “espontaneamente delatado os comparsas, e se prontificado a colaborar com a autoridade policial, o que efetivamente fez, no sentido de seguir as orientações que lhe eram passadas pelos policiais, bem como, simulando que não havia nada de errado, prosseguindo nas conversações normalmente, objetivando a libertação da vítima, o que se levou a cabo” – fl. 304, bem como a exclusão da qualificadora do § 1º do artigo de incidência, em razão da ausência de documento comprobatório da idade da vítima. Em caso de entendimento diverso, objetiva a desclassificação da conduta para aquela prevista no artigo 158 do Código Penal, em face da inocorrência de violência ou grave ameaça para a perpetração do ilícito.

Contra-razões constantes às fls. 308/314, no sentido de ser mantido o que foi decidido. A douta Procuradoria-Geral de Justiça, por intermédio do Dr. Paulo Antonio Günther, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento aos recursos.

É o relatório.

Da análise dos elementos dos autos observa-se que a sentença condenatória não merece qualquer reparo no que diz respeito ao crime de extorsão mediante seqüestro.

Os próprios réus, quando interrogados, confessaram com detalhes a prática delituosa, informando, cada qual, o seu proceder. Desse modo, nenhuma dúvida persiste acerca da autoria e da ocorrência do crime narrado na denúncia, sendo inviável a pretensão absolutória esposada pelos recorrentes Aguinaldo D’Ornellas da Silva e Amilton Neumann.

Inviável o acolhimento da tese defensiva no sentido de que ocorrera desistência voluntária ou arrependimento eficaz, haja vista que o delito em análise resta consumado no momento em que ocorre a privação da liberdade da vítima, independentemente da obtenção da vantagem patrimonial indevida. Ou, como já decidido: “O crime de extorsão mediante seqüestro, previsto no art. 159, § 1º, do Código Penal, por ser de natureza permanente, consuma-se onde a vítima encontrou-se privada de locomoção, independentemente do local do pagamento do resgate” (RT 748/566).

Assim, não houve a propalada desistência voluntária. Para tanto, basta observar as declarações prestadas pelo apelante, em Juízo, em que se percebe a sua participação ativa em todo o desenrolar da prática delituosa. Leia-se: “[...] após outros contatos feitos com a família da vítima, combinaram que o dinheiro seria entregue num local próximo à empresa Santa Clara, no Badenfurt em Blumenau. Lá chegando, ficaram os três dentro do carro, aguardando novas orientações de Lola, isto até por volta das 4 horas da manhã, quando fez um novo contato com o pai da vítima para saber se ele já havia entregue o dinheiro do resgate. Foi então que o interrogando saiu do carro para pegar o dinheiro, o que acabou desistindo de fazer, telefonando para Lola de um orelhão, solicitando a ela que entrasse em contato com Amilton para liberar a vítima [...]” – fl. 120. Todavia, as afirmações de que desistiu de apanhar o dinheiro do resgate contrapõem-se às declarações da vítima e dos policiais. Aquela informou que “após as negociações relativas ao resgate, inicialmen-

te estabelecido em R\$ 60.000,00 e ao final fixado em R\$ 5.000,00, o informante permaneceu no carro em companhia de Amilton, enquanto *Aguinaldo dirigiu-se a pé, armado, para o local da entrega do dinheiro, isto por volta de 4h da manhã [...]*” grifei – fl. 187. O policial Manoel Alberto Silva informou que “a polícia fez uma campanha no local indicado e, depois de deixar o dinheiro no local combinado, acabaram visualizando os seqüestradores quando os mesmos tentavam pegar o dinheiro; que houve troca de tiros [...]” – fl. 207. Ademais, “Tratando-se de delito consumado, não há, na hipótese, falar em desistência voluntária ou arrependimento eficaz. Essas figuras tipificam-se quando o agente desiste de prosseguir na execução do delito voluntariamente. Somente se pode desistir de prosseguir na execução de um delito quando este não se consumou. Se já ocorreu a consumação, qualquer desistência ou arrependimento é inócuo. Não se pode desistir de algo que já foi concretizado [...]” – (RT 644/302).

Também no que refere à ocorrência de crime impossível, não tem razão o apelante, porquanto, ao contrário do alegado, a vítima não teve oportunidade de fugir. Em todo o tempo em que permaneceu sob a ação dos acusados Amilton e Aguinaldo, em nenhuma oportunidade ficou sozinho. Segundo suas declarações, foi apanhado em sua residência sendo que viajaram até a cidade de Lages, retornando em seguida para Rio do Sul, e no trajeto só houve uma parada, quando Aguinaldo saiu do carro para comprar lanche.

Cediço que o crime impossível somente pode ser reconhecido quan-

do, por absoluta ineficácia do meio ou por absoluta impropriedade do objeto, é impossível consumir-se o crime. Diante disso, é válido dizer que, no caso concreto, o crime já havia se consumado no momento em que houve a privação da liberdade da vítima, e o dano patrimonial só não ocorreu em face da intervenção policial. Assim, não se pode afirmar que os meios empregados foram ineficazes, tornando impossível a realização da conduta.

Por fim, no que refere ao pleito subsidiário de desclassificação para o crime previsto no artigo 148 do Código Penal (seqüestro e cárcere privado), “por não ter o acusado participado de nenhuma negociação a nível de extorsão, e tão simplesmente se manteve ao lado da vítima” (fl. 256), também não tem razão o recorrente Aguinaldo D’Ornellas Silva. O que difere uma conduta da outra é o objetivo do agente. No primeiro (artigo 148), a intenção do agente restringe-se a privar a liberdade de ir e vir da vítima. No segundo (artigo 159), o objetivo é privar a liberdade da vítima para obtenção de vantagem econômica indevida. E, segundo se infere dos autos, o apelante tinha pleno conhecimento de que se tratava de um seqüestro, tendo inclusive participado das reuniões com os demais réus para definição e divisão das tarefas.

O recorrente Amilton Neumann, por sua vez, objetiva a absolvição ao argumento de “sua participação se deu em virtude de somente acompanhar e cuidar da vítima no veículo de Lola, e que a arma utilizada para causar constrangimento psicológico na vítima não era dele nem era ele que a utilizava” (fl. 296). Todavia, razão não lhe assiste. As provas carreadas aos

autos indicam, com a necessária certeza, que Amilton esteve presente em todas as reuniões realizadas na casa da co-ré Lola, para planejar a execução do seqüestro. Dando início ao combinado, na companhia de Aguinaldo, dirigiu-se à residência da vítima, com ela entabulando conversas a respeito de viveiro de passarinhos, atividade a que se dedicava a vítima; marcado o encontro para o dia 6 de setembro (dia do seqüestro), ambos (Amilton e Aguinaldo) apanharam a vítima e a transportaram até a cidade de Lages, para retornar logo em seguida para a cidade de Rio do Sul, aguardando orientações da terceira denunciada, a qual mantinha contato por telefone celular diretamente com Amilton, consoante se vê dos documentos acostados às fls. 87 a 95. Logo, impossível afirmar que sua participação limitou-se a “acompanhar e cuidar da vítima”. Além disso, a vítima informou que, “pelo que o informante pôde perceber, quem tinha o controle da situação era o acusado Amilton” – fl. 188.

Assim, inviável a pretensão absoluta.

Quanto ao recurso de Lola Frech, em que objetiva a desclassificação da conduta para a prevista no artigo 158 do Código Penal (extorsão), sob o entendimento de que “não houve violência ou grave ameaça para a perpetração do crime”, não tem razão a apelante. A figura típica infringida, descrita no artigo 159 (extorsão mediante seqüestro), tem a seguinte redação: “Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”. Como se vê, a conduta típica é “seqüestrar” e, na lição de Julio Fabbrini Mirabete, “É irre-

levante os meios pelos quais o sujeito passivo é arrebatado, se com violência, sob ameaça ou fraude” (Código Penal Interpretado, Editora Atlas, 1999, p. 1.024). Tão-só para argumentar, ao contrário do alegado, a vítima informou que o co-réu Aguinaldo portava um revólver e o teria mostrado tão logo anunciado tratar-se de um seqüestro. Impossível, assim, a pretensão defensiva.

Também não tem razão quando pleiteia a concessão do benefício insculpido no § 4º do artigo 159 do Código Penal: “Se o crime é cometido em concurso, o concorrente que o denunciar à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado, terá sua pena reduzida de um a dois terços”.

Acerca da matéria, extrai-se do escólio de Julio Fabbrini Mirabete: “Com o intuito de obter maiores facilidades ao esclarecimento do delito, o legislador criou a chamada delação premiada para o crime de extorsão mediante seqüestro, prevendo a redução obrigatória da pena de um a dois terços se um dos concorrentes denunciar o fato à autoridade, facilitando a libertação do seqüestrado. *A simples confissão da prática do delito, ainda que com a denúncia dos demais co-autores ou partícipes, sem tal efeito, pode ser considerada apenas como atenuante genérica* (arts. 65, III, d, e 66 do Código Penal)” (ob. cit., p. 1.030 — grifei).

Verdade que a recorrente, após ser presa em flagrante no momento em que mantinha contato telefônico com a família da vítima, por intermédio de um telefone público, admitiu a prática delituosa, denunciando os co-autores e, sob a orientação da au-



toridade policial, deu continuidade à execução do plano com eles delimitado. Contudo, o escopo do dispositivo está vinculado à facilitação da libertação do seqüestrado. No caso, a libertação da vítima não decorreu da “cooperação” da apelante, mas após ser noticiado por ela aos demais envolvidos que o dinheiro do resgate havia sido colocado no local indicado.

Assim, a atenuante da confissão espontânea, embora reconhecida também em favor dos réus Aguinaldo e Amilton, não produz nenhum reflexo na aplicação da pena, haja vista que esta foi fixada no mínimo previsto.

Todavia, no que refere ao afastamento da qualificadora prevista no § 1º do artigo 159 do Código Penal — “se o seqüestrado é menor de 18 (dezoito) anos”, em face da inexistência de prova documental da menoridade da vítima, argumento recursal também esposado por Aguinaldo D’Ornellas Silva, têm razão os apelantes.

Ainda do escólio de Julio Fabbrini Mirabete extrai-se: “Para configuração da qualificadora, é necessário que seja juntada aos autos certidão de assento de nascimento da vítima ou documento idôneo a comprovar a idade” (ob. cit., p. 1029). Ou, consoante já decidido: “Extorsão mediante seqües-

tro. Indispensável certidão de nascimento da vítima (art. 155 do Código de Processo Penal) para delinear-se a figura qualificada (art. 159, § 1º) por menoridade” (JTAERGS 79/55).

Em face disso, imperiosa a exclusão da qualificadora mencionada. A pena, então, para todos os réus, tendo em vista a análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, já feita na sentença, é fixada em 8 anos de reclusão.

Ante o exposto, os recursos são conhecidos e providos em parte, tão-somente para excluir da condenação a qualificadora prevista no § 1º do artigo 159 do Código Penal (vítima menor de 18 anos), e adequar a pena para 8 anos de reclusão, mantidas as demais cominações.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Irineu João da Silva e Torres Marques. Lavrou o parecer, pela doutra Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antonio Günther.

Florianópolis, 11 de março de 2003.

*Sérgio Paladino,*

*Presidente;*

*Maurílio Moreira Leite,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.024561-0, DE IBIRAMA**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Ofendida menor de 14 anos — Palavras da vítima coerentes e coincidentes com os demais elementos dos autos — Confissão do acusado — Condenação mantida.*



*Nos delitos contra os costumes, em geral praticados às escondidas, a palavra da vítima, ainda que criança, surge como um coeficiente probatório de ampla valoração, tanto mais se tais declarações guardam harmonia com os demais elementos de convicção.*

*Crime contra a liberdade sexual — Pretendida desclassificação para o art. 61 da Lei das Contravenções Penais — Impossibilidade.*

*Para a caracterização da contravencional de importunação ofensiva ao pudor é necessário que os atos sejam praticados em locais públicos ou acessíveis ao público, não se podendo considerar o interior da residência do réu para estabelecer o referido conceito.*

*Pena criminal — Magistrado que cometeu equívoco no quantum mínimo inerente ao tipo penal — Adequação — Reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea — Pena-base fixada no mínimo legal — Impossibilidade de redução a quem desse limite.*

*Em matéria de dosimetria, se a pena-base foi fixada no mínimo legal, mesmo presente circunstância atenuante, a reprimenda não pode ser reduzida a quem desse limite.*

*Pena criminal — Continuidade delitiva — Cometimento de três delitos — Mutação do acréscimo de 1/4 (um quarto) para 1/5 (um quinto) — Aumento proporcional ao número de delitos praticados — Precedentes — Adequação, de ofício.*

*Nesta Corte, já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de crimes. Em se tratando de dois delitos (1 + 1), o aumento será de 1/6 (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes (1 + 2), será de 1/5 (um quinto); quando forem quatro (1 + 3), será de 1/4 (um quarto); cinco (1 + 4), será de 1/3 (um terço); seis (1 + 5), 1/2 (metade); e, por fim, de 2/3 (dois terços), quando forem sete ou mais (1 + 6).*

*Regime prisional — Estupro — Violência ficta (art. 214, c/c art. 224, a, do CP) — Constitucionalidade — Hediondez do delito — Ausência de lesão corporal grave ou morte — Desnecessidade — Decisão mantida — Recurso conhecido parcialmente.*

*Os crimes de estupro e atentado violento ao pudor, simples ou qualificados, incluindo-se, também, os casos de violência presumida, são considerados hediondos, diante de previsão expressa na Lei n. 8.072/90, em seu art. 1º, inciso V, que guarda respeito à Constituição, embora existam posicionamentos divergentes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.024561-0, da comarca de Ibirama (1ª Vara), em que é apelante José Ferreira, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para reduzir a reprimenda para 9 (nove) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Ibirama (1ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Ferreira, dando-o como incurso nas sanções do art. 213 c/c arts. 224, a, e 226, inc. III, c/c 71, todos do Código Penal, porque:

“Consta das inclusas peças que, em meados do ano de 1998, o denunciado, José Ferreira, obrigou a menor R. de S., então com apenas 11 anos de idade, a com ele manter conjunção carnal, mediante graves ameaças, arrancando-lhe a saia e a calcinha, enquanto ela chorava e pedia que parasse.

“Tais fatos se repetiram, ainda, por diversas vezes, ocorrendo tanto na casa dos pais da própria vítima, quanto num rancho próximo cedido por eles ao denunciado, na localidade de

Rio Denecke, município de Vitor Meirelles, nesta Comarca” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de cumprimento de 12 (doze) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, nos termos da denúncia.

Inconformado, o réu apelou, objetivando a absolvição ou, alternativamente, a desclassificação para a contravenção penal prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais. Por fim, pleiteia o reconhecimento da confissão espontânea e o afastamento do caráter hediondo do crime, tendo em vista a inexistência de lesão corporal grave ou morte.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, na qual a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, apenas para reduzir a pena aplicada.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido, porque próprio e tempestivo, merecendo provimento parcial, apenas para reduzir a pena imposta.

A materialidade está comprovada pelo Laudo Pericial (fl. 6), atestando que houve conjunção carnal.

A autoria está suficientemente comprovada pela confissão do ape-

lante e pelas palavras da vítima e das testemunhas.

José Jaime da Rosa contou que é vizinho do apelante e da família da vítima e, na localidade, todos sabem que o réu mantém relações sexuais com a menor R., fato confirmado a ele pelo próprio réu quando, em 14-10-1998, perguntou sobre a menor, dizendo que mantinha relações sexuais com R. havia, aproximadamente, 1 ano e, diante da confirmação, chamou a atenção do acusado para que visse bem o que estava fazendo (fls. 12 e 75).

M. de L. W. de S., mãe da ofendida, contou que foi até a casa da merendeira da escola, dona Maria, e resolveu perguntar a R. se José tinha-lhe feito algum mal, porque desconfiou, pois, no mesmo dia, o apelante tinha comprado Coca-Cola, bolacha e pudim para a menor e deixado sobre a cama da menina. Contou que, a princípio, sua filha negou, mas, depois, contou tudo, afirmando que José a obrigava a ir até o rancho e a fazer sexo com ele. Disse, também, que R. falou que fez sexo somente uma vez e não quis mais comentar o assunto e, antes desses fatos, José sempre comprava presentes para a menor, dentre eles um relógio, um beliche, ursinho de pelúcia e bonecas (fls. 13 e 14).

A vítima R. de S., por sua vez, contou, na polícia, que, em meados deste ano (1998), no período da tarde, encontrava-se sozinha em casa quando seu vizinho José Ferreira foi até lá e disse que queria manter relações sexuais com ela, senão contaria para todo mundo que ela tinha outro homem. Disse, ainda, que ficou assustada, mas o réu agarrou-a à força, le-

vou-a até o rancho em frente à sua casa, e lá arrancou-lhe a saia e a calcinha, tapou-lhe a boca com uma das mãos e manteve relação sexual com ela. Afirmou, também, que, depois desses fatos, José Ferreira a procurava semana sim, outra não, sempre quando seus pais estavam dormindo e, em todas as outras vezes, a declarante se negava a acompanhá-lo, mas ele a puxava com força e a obrigava a manter relações sexuais. Por fim, disse que nunca contou os fatos à sua mãe porque o acusado ameaçava lhe dar uma surra e que ele foi o único homem com quem manteve contato sexual, e este lhe dava diversos presentes para fazer sexo e não contar nada para ninguém (fls. 15 e 16).

É cediço que nos crimes contra os costumes, cometidos às ocultas, as palavras da vítima assumem papel decisivo, podendo servir para embasar um decreto condenatório, especialmente quando coerentes com os demais elementos de prova constantes nos autos.

Como bem ensina a doutrina, “assim, naqueles delitos clandestinos *qui clam comittit solent* — que se cometem longe dos olhares de testemunhas —, a palavra da vítima é de valor extraordinário. Nos crimes contra os costumes, e.g., a palavra da ofendida constitui o vértice de todas as provas. Na verdade, se assim não fosse, dificilmente alguém seria condenado como sedutor, corruptor, estuprador etc., uma vez que a natureza mesma dessas infrações está a indicar não podem ser praticadas à vista de outrem” (Fernando da Costa Tourinho Filho, Processo Penal, 18ª ed. rev. e atual., SP: Saraiva, 1997, vol. 3, p. 296).

A jurisprudência desta Corte navega no mesmo rumo:

“Nos crimes contra a liberdade sexual, quase sempre praticados sem a presença de testemunhas, as declarações da ofendida têm valor probante, máxime quando encontram apoio na confissão do réu e em outros elementos de prova existentes nos autos, com um laudo de exame psicológico e depoimento de testemunhas” (Ap. Crim. n. 1999.011941-6, de Canoinhas, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. 31-8-1999).

Os presentes que a vítima ganhou do apelante foram apreendidos (fl. 31), constando um relógio de cozinha, uma boneca Barbie e diversos bichinhos de pelúcia.

O pai da vítima, A. S., ouvido na polícia, disse que estava em sua casa quando dona Maria chegou e lhe contou que R. havia falado que José Ferreira, seu vizinho, obrigava-a a fazer sexo com ele. Contou, também, que, ao perguntar a sua filha se era verdade, ela confirmou tudo e, depois que registrou a ocorrência, o acusado lhe fez ameaças (fls. 17 e 18).

O réu, na fase investigatória, alegou que era vizinho de R. e que foi informado pela menor que ela tinha 11 anos de idade. Disse, ainda, que manteve várias relações sexuais com ela e isso vinha ocorrendo havia seis ou sete meses, sendo que, para conseguir o seu consentimento, na primeira vez, deu-lhe um relógio de pulso de presente. Contou, ainda, que mantiveram relação em sua cama, na meia-água onde morava, sendo que, naquele primeiro dia, foi a vítima quem compareceu na casa do réu, tendo-lhe dado, inclusive, uma bala. Dis-

se, também, que as relações sempre foram vaginais e procurava satisfazer os desejos de R., comprando-lhe os brinquedos e correntinhas que ela pedia. Por fim, além de contar outros detalhes, disse que sempre manteve relação sexual com a menor, com o consentimento dela, mediante a troca de presentes, inclusive, pagando somente uma Coca-Cola (fls. 19 e 20).

Confirmando a versão apresentada, há o relato da testemunha Maria Loch, dizendo que é vizinha da vítima e trabalha na escola onde ela estuda, sendo que, no dia 11-10-1998, a ofendida foi até sua casa e lhe contou que mantinha relacionamento sexual com José Ferreira, vizinho de ambas. Disse que a vítima falou que tinha sido estuprada havia quase um ano e que o acusado lhe dava muitos presentes (fl. 32).

No interrogatório, José Ferreira confirmou a prática de várias relações sexuais com a menor, corroborando todos os fatos relatados na fase investigatória, dizendo, inclusive, que ela afirmava ter 16 anos de idade e já tinha tido relações sexuais com A., seu irmão por parte de pai, desde os seus sete anos de idade. Contou, ainda, que soube que a mãe da vítima foi internada na Colônia Santana quando soube que o próprio pai da menor havia mantido relações sexuais com a ofendida (fls. 83 e 84).

A vítima, perante a autoridade judiciária, negou que o acusado tivesse mantido relações sexuais com ela e declarou que inventou os fatos a Maria Loch por brincadeira. No entanto, afirmou que, no período em que o acusado morou ao lado da sua casa, brincaram de “namoradinhos” por duas vezes, mas não se beijavam, em-

bora o acusado passasse as mãos em suas pernas, nos braços e tentasse colocar a mão por dentro de sua calcinha. Confirmou que foi ele quem lhe deu os brinquedos relacionados no termo de apreensão de fl. 31. Disse, ainda, que não sabe por que seu pai ofereceu representação contra o réu, porque nunca houve briga entre eles e que já teve um namoradinho, quando tinha 9 ou 10 anos de idade, com o qual mantinha relacionamento sexual, mas não se recorda o nome dele (fls. 90 e 91).

Ora, se nunca houve desentendimentos entre o acusado e os pais da vítima, que, inclusive, cederam uma meia-água ao lado de sua residência quando ele teve sua casa incendiada, e permitiam que ele fizesse refeições na casa deles, não parece crível que inventariam fatos tão graves contra José se, realmente, não tivesse acontecido o que a denúncia relatou.

Salienta-se que o acusado admitiu, em juízo, que, em troca de brinquedos, mantinha relações sexuais com a criança. A retratação da vítima faz crer que ela ou sua família estariam sendo ameaçadas pelo apelante, conforme relatou o pai, na polícia, ou tenha-se afeiçoado ao recorrente, o que é bem possível, já que este lhe enchia de mimos.

Bem oportuno lembrar que, mesmo que tivesse havido o consentimento da vítima, tratando-se de menor de 14 anos, tal fato não elide a presunção de violência, caracterizando o delito de estupro.

Nesse sentido:

“O consentimento da ofendida, menor de 14 anos, para a conjunção carnal, e mesmo sua experiência an-

terior, não elidem a presunção de violência, para a caracterização do estupro (artigos 213 e 224, a, do CP). Precedente. No caso, ademais, não se alega experiência anterior da vítima, nem ocorrência de erro quanto à sua idade, mas, apenas, tão-somente, que consentiu na prática das relações sexuais, o que não basta para afastar a presunção de violência, pois a norma em questão (artigo 224, a, do CP) visa, exatamente, proteger a menor de 14 anos, considerando-a incapaz de consentir” (JSTF 229/257).

Registra-se, ainda, que o fato de o irmão por parte de pai, A., ou o próprio genitor terem eventualmente abusado da vítima em nada afastaria a responsabilidade criminal do apelante.

As testemunhas arroladas pela defesa, Valmira dos Santos (fl. 102), Flávio Mafra (fl. 103), Rogério Koehler (fl. 104) e Bernadete Lourdes Deucher Ferreira Lima (fl. 115), em nada contribuíram para a elucidação dos fatos. A despeito de quaisquer qualidades do acusado, as provas são firmes e coerentes no sentido de que foi o autor do crime de estupro contra R. de S.

Assim, comprovada, à saciedade, a autoria do estupro praticado pelo apelante José Ferreira, mantém-se a sentença condenatória.

2. A pretensa desclassificação para a hipótese prevista no art. 61 da Lei das Contravenções Penais não merece respaldo, porque a figura contravenucional de importunação ofensiva ao pudor, para se caracterizar, necessita que os atos sejam praticados em locais públicos ou acessíveis ao público, não se podendo considerar, então, o interior da residência do réu para estabelecer o re-

ferido conceito. Além disso, o dolo do apelante não se coaduna com mera importunação ofensiva, e sim o da prática de conjunção carnal, mediante violência, no caso, presumida, pela idade da vítima.

Julio Fabbrini Mirabete, em comentários ao crime de estupro, diz que “a conduta típica prevista no art. 213 é a de manter conjunção carnal com mulher, utilizando-se o agente, para isso, de violência ou grave ameaça. Nos termos legais, conjunção carnal é cópula vagínica completa ou incompleta, entre homem e mulher” (Código Penal Interpretado, 2ª ed., Atlas: São Paulo, 2001, p. 1.432).

Logo, considerando que o agente praticou cópula vagínica, com a intenção de ter prazer sexual e a fim de satisfazer a concupiscência, configurou-se o delito do art. 213 do CP, afastando-se a hipótese de desclassificação para a contravenção penal apontada.

3. Razão lhe assiste, no entanto, quanto ao pleito de redução da reprimenda.

Com efeito, o Magistrado tomou por base o *quantum* de 8 (oito) anos para o crime de estupro, quando o mínimo correspondente para o tipo legal é de 6 (seis) anos.

Assim, adequando-se a reprimenda e mantida a análise das circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, fixa-se a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão.

Depois, na segunda etapa, reconheceu a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do CP), deixando de considerá-la pela impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ), sendo sabido que “a confis-

são espontânea da autoria do crime, pronunciada voluntariamente ou não, pelo réu, atua como circunstância que sempre atenua a pena, mas não pode conduzir à redução da reprimenda já fixada no mínimo legal” (RT 690/390).

Na fase derradeira, considerando-se o aumento da reprimenda em  $\frac{1}{4}$  (art. 226, III, do CP), totaliza-se a sanção em 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

O aumento aplicado à continuidade delitiva também merece reparo.

Na hipótese, o Magistrado reconheceu corretamente a ocorrência de três crimes de estupro, da mesma espécie, contra uma vítima, “mediante as mesmas circunstâncias, modo, lugar e tempo, não se confundindo com a habitualidade criminosa” (Ap. Crim. n. 2000.021498-1, de Blumenau, deste subscritor, j. 5-12-2000). Todavia, laborou em equívoco quanto ao aumento da reprimenda em  $\frac{1}{4}$  (um quarto), que deveria ser de  $\frac{1}{5}$  ( $1+2$ ).

Nesta Corte, já se tornou pacífico o critério de vincular o acréscimo relativo à continuidade delitiva ao número de crimes. Em se tratando de dois delitos ( $1 + 1$ ), o aumento será de  $\frac{1}{6}$  (um sexto) sobre a pena imposta ao mais grave. Quando forem três crimes ( $1 + 2$ ), será de  $\frac{1}{5}$  (um quinto); quando forem quatro ( $1 + 3$ ), será de  $\frac{1}{4}$  (um quarto); cinco ( $1 + 4$ ), será de  $\frac{1}{3}$  (um terço); seis ( $1 + 5$ ),  $\frac{1}{2}$  (metade); e, por fim, de  $\frac{2}{3}$  (dois terços), quando forem sete ou mais ( $1 + 6$ ).

Assim, configurada a prática do crime em pelo menos três oportunidades, aplica-se o aumento de  $\frac{1}{5}$  (um quinto) sobre o *quantum* de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão, perfazendo-se, aqui, definitiva, em 9



(nove) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

4. Por fim, no tocante ao pleito de afastamento da Lei n. 8.072/90, não há aceitar a tese da não-hediondez do delito, haja vista que o crime pelo qual o acusado restou condenado (estupro), ainda que cometido com violência presumida, está encartado entre aqueles abrangidos pela Lei dos Crimes Hediondos, que determina o cumprimento em regime integralmente fechado.

O Supremo Tribunal Federal já deixou claro esse entendimento:

“Os delitos de estupro e de atentado violento ao pudor, ainda que em sua forma simples, configuram modalidades de crime hediondo, legitimando-se, em consequência, a incidência das restrições fundadas na Constituição da República (art. 5º, XLIII) e na Lei n. 8.072/90 (art. 2º), mostrando-se inexistente, para esse específico efeito, que a prática de qualquer desses ilícitos penais tenha causado, ou não, lesões corporais de natureza grave ou morte, pois tais eventos traduzem resultados meramente qualificadores do tipo penal, não constituindo, por isso mesmo, elementos essenciais e necessários ao reconhecimento do caráter hediondo des-

as infrações delituosas. Precedente (Pleno). Doutrina” (HC n. 81.277/RJ, rel. Min. Celso de Mello, DJU 21-6-2002).

Dessa forma, não restando dúvidas de que o estupro, ainda que praticado na sua forma simples, constitui crime hediondo, deve ser determinado o regime integralmente fechado para o cumprimento da pena imposta.

5. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, para reduzir a reprimenda para 9 (nove) anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e exarou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 8 de abril de 2003.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente, com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.001382-2, DE TUBARÃO**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Crime contra o patrimônio – Furto – Negativa de autoria – Palavras de policiais e de outra testemunha – Validade – Res furtiva encontrada em poder do agente, sem explicação razoável para o fato – Materialidade e autoria comprovadas – Condenação mantida.*

*Pena criminal – Atenuante da menoridade não reconhecida – Acerto da decisão – Ponto relacionado com o estado da pessoa – Necessidade de prova documental, independentemente de ausência de*



*controvérsia a respeito dos autos – Acolhimento do art. 155 do CPP e da Súmula 74 do STJ – Mudança de entendimento das Câmaras Criminais Reunidas deste Tribunal.*

*Sanção pecuniária – Desobediência aos parâmetros de fixação da pena privativa de liberdade – Adequação, de ofício.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.001382-2, da comarca de Tubarão, em que é apelante Luciano Cabral Marcolino, sendo apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento e, de ofício, adequar a pena pecuniária para 20 (vinte) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Tubarão, o representante do Ministério Público denunciou Luciano Cabral Marcolino, dando-o como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, do Código Penal, pelos seguintes fatos delituosos assim narrados na exordial acusatória:

“Na madrugada de 6 de dezembro de 1998, por volta das 2h50min, Luciano Cabral Marcolino furtou 15 cd’s de Márcio Volpato Fontoura, que colocava som mecânico em uma festa de formatura no clube 7 de julho, situado na avenida Marcolino Martins Cabral, nesta Cidade.

“O furto foi comunicado à polícia, que conseguiu deter o denunciado caminhando pela Rua da Piedade, na direção do bar e boate Physsura.

“A *res furtiva* foi recuperada, conforme Termo de Reconhecimento e Entrega, fl. 12” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, o réu foi condenado à pena de cumprimento de 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 100 (cem) dias-multa, no valor mínimo legal, por infração ao art. 155, *caput*, do CP.

Inconformado, apelou, pleiteando a absolvição por ausência de provas de que tenha praticado o delito que lhe foi imputado. Alternativamente, pugnou pela desclassificação para o delito do art. 168 do CP, pela redução da pena-base para o mínimo legal e pela substituição da sanção corporal por prestação de serviços à comunidade.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo conhecimento e desprovemento do recurso, e, de ofício, que seja reconhecida a atenuante da menoridade.

É o relatório.

1. O pleito absolutório não merece prosperar, pois, não obstante as razões invocadas pelo nobre defensor, a prova carreada aos autos é robusta e incrimina o apelante.

A materialidade restou substanciada pelo Boletim de Ocorrência (fl. 6), Termo de Apreensão (fl. 7), Auto de Avaliação (fl. 12) e Termo de Reconhecimento e Entrega (fl. 15).

Da mesma forma, a autoria acha-se plenamente demonstrada.

Ouvido, em ambas as fases procedimentais, o acusado negou o furto dos cd's, pertencentes a Márcio Volpato Fontoura (fl. 8, e 30 e 31). No entanto, visando a emprestar legitimidade àquela circunstância, deu explicações inaceitáveis para justificar a posse da *res furtiva*.

Em Juízo (fl. 30), repetindo a versão contada na fase inquisitória (fl. 8), alegou que quando foi preso portava os cd's porque os achou na rua, dentro de uma sacola plástica.

Todavia, a negativa de autoria e a assertiva para escapar da responsabilidade penal não convencem, estando dissociadas do restante do elenco probatório.

A vítima, Márcio Volpato Fontoura, afirmou que estava colocando som em uma festa de formatura, quando, por volta das 3 horas, percebeu a falta de alguns cd's que estavam dentro de uma sacola, perto da sacada. Em seguida, obteve informações de um segurança de que um indivíduo baixo, com cabelos compridos, havia deixado o local, carregando alguns cd's, tendo, inclusive, perseguido o indivíduo, que acabou fugindo (fls. 14 a 41).

A testemunha Frederico de Carvalho Rosa, na delegacia, relatou que reconheceu por fotografia o apelante como sendo o indivíduo que, na noite dos fatos, foi pego tentando pular a janela do clube como se estivesse fugindo da polícia, sendo posto para fora e, posteriormente, detido por policiais militares, que já o estavam procurando (fl. 16).

A essas declarações, deve-se adicionar o conteúdo do depoimento

colhido na etapa judicial do policial militar Pedro Paulo Martins, dando conta que o acusado foi abordado, após o recebimento de informações via rádio sobre a ocorrência de um furto, portando uma sacola que continha alguns cd's, sendo que, durante a revista, tentou fugir, mas acabou perseguido e detido (fl. 39).

Nesse sentido, convergem as palavras da testemunha Luciano Campos (fl. 40), também policial que participou da prisão.

Acrescenta-se a tudo isso as certidões de antecedentes do recorrente (fls. 18 e 19), as quais demonstram que, além deste processo, restou condenado em outros processos, por crimes contra o patrimônio, o que, somando-se às demais provas, servem como fortes indícios a apontá-lo como autor do crime narrado na denúncia.

Ora, diante desse contexto probatório, não há cogitar de insuficiência de provas quanto à autoria. Os dizeres da vítima, de que teve seus cd's furtados, aliados aos depoimentos dos policiais que surpreenderam o apelante com a *res furtiva*, demonstram, de forma clara e segura, que o acusado cometeu o crime de furto.

Assim, inviável o pleito absoluto, sendo a condenação medida que se impunha.

2. O apelante insurge-se com a alegação de que, não havendo testemunhas presenciais do furto, impossível provar sua responsabilidade pelo delito.

Ora, irrelevante o fato de que ninguém o viu no ato da subtração, uma vez que, tratando-se de crime de furto praticado, via de regra, a descoberto de testemunhas, a prova indiciá-

ria é normalmente utilizada para fundamentar a condenação; mesmo porque, se assim não fosse, a impunidade de tais infrações, já volumosa por circunstâncias notoriamente conhecidas, seria ainda maior.

3. A defesa pretende, ainda, com a alegação de que a *res* não possuía valor comercial, o reconhecimento do privilégio insculpido no § 2º do art. 155 do CP.

No entanto, os cd's furtados foram avaliados em R\$ 225,00 (duzentos e vinte e cinco reais), valor superior ao salário mínimo vigente. Além disso, sendo o réu reincidente, não preenche a primeira exigência prevista no § 2º do art. 155 do CP, porque, assim, não é primário.

A respeito, perfilha-se a doutrina de Julio Fabbrini Mirabete:

“O primeiro requisito para que ocorra o privilégio é de ser o agente primário, ou seja, que não tenha sofrido, em razão de outro crime, condenação anterior transitada em julgado.

“O segundo requisito é ser de pequeno valor a coisa subtraída. Na jurisprudência reconhece-se o furto mínimo quando a coisa não alcança o preço correspondente a um salário mínimo vigente à época do fato (JTACrSP 57/397 e 398, 76/340; RT 424/473 e 462/460). Não se pode reconhecer a figura privilegiada quando a *res furtiva* supera o valor do salário mínimo vigente à época do fato” (Manual de Direito Penal, SP: Atlas, vol. 2, p. 224).

Ora, o apelante é reincidente, conforme atesta a certidão de fls. 18 e 19, não podendo, desse modo, ser considerado tecnicamente primário. Assim, a não aplicação do privilégio era mesmo de rigor.

Da jurisprudência:

“Ao réu reincidente é inviável o benefício do denominado furto privilegiado, por proibição expressa contida no § 2º do art. 155 do CP, mesmo que de pequeno valor as coisas subtraídas” (Ap. Crim. n. 1996.008215-8, de Palhoça, rel. Des. Nilton Macedo Machado, j. em 15-10-96).

4. O pleito de desclassificação para o delito tipificado no art. 168 (apropriação indébita) não pode ser acolhido.

A conduta ilícita insculpida no referido artigo é “apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção”, ou seja, para que haja o crime é necessário que o agente tenha, anteriormente, a posse lícita da coisa, o que, definitivamente, não ocorreu no caso *sub judice*, já que restou plenamente demonstrado que a vítima teve seus cd's arduamente subtraídos de sua bolsa.

5. Igualmente, não há como ser acatado o pedido de fixação da pena-base no mínimo legal em virtude da suposta ocorrência de *bis in idem*.

No caso, irreformável a sentença proferida, pois o Magistrado *a quo*, após a análise das circunstâncias descritas no art. 59 do Código Penal, fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos, porque, além de duas condenações por furto (motivadoras da agravante da reincidência), o réu possui maus antecedentes criminais (fls. 18 e 19), demonstrando personalidade voltada ao crime.

Aliás, esta Corte já decidiu:

“Na aferição dos antecedentes do réu, quando da aplicação da pe-

na-base, impõe-se a valoração da condenação anterior, com trânsito em julgado, diversa daquela considerada na segunda fase (reincidência), bem como o fato de o réu estar respondendo a outro processo pela prática de crime de mesma natureza, demonstrando sua péssima conduta social e personalidade voltada à prática delituosa” (Ap. Crim. n. 2001.005546-5, de Criciúma, rel. Des. Maurílio Moreira Leite, j. 8-5-2001).

Assim, diante das circunstâncias judiciais desfavoráveis ao apelante, a pena-base deveria mesmo ser aplicada acima do mínimo legal.

Na segunda fase, reconhecendo a agravante da reincidência (art. 61, I, do CP), o MM. Juiz elevou a reprimenda em 6 (seis) meses. Diante da ausência de circunstâncias atenuantes, bem como causas de especial aumento ou diminuição da pena, totalizou-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão.

Desse modo, vê-se que não ocorreu *bis in idem*, porque a pena-base foi aplicada acima do mínimo legal em face da análise desfavorável das circunstâncias judiciais, e agravação pela reincidência.

6. Não obstante o Dr. Procurador de Justiça tenha opinado pela redução da reprimenda em face da menoridade do réu, as Câmaras Criminais Reunidas desta Corte de Justiça pacificam o entendimento de que ante a inexistência de documento comprobatório impõe-se o não conhecimento do pedido.

Dispõe o art. 155 do Código de Processo Penal que, “no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova

estabelecidas na lei civil”. E, como se sabe, pela lei civil, a prova da idade é feita pela certidão de nascimento.

Interpretando esta regra, o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula 74, de acordo com a qual, “para efeitos penais, o reconhecimento da menoridade do réu requer prova por documento hábil”, sendo pelo mesmo Tribunal decidido, como documento hábil, prova oficial equivalente à certidão de nascimento (RSTJ 18/361).

Sobre o tema o mestre Damásio E. de Jesus explica:

“É certo que a questão da menoridade nem sempre é discutida nos autos. De ver-se, porém, que no regime do CPP brasileiro não impera a regra de que não é preciso provar o que foi debatido entre as partes. Ao contrário, o art. 156 determina que ‘a prova da alegação incumbirá a quem fizer’. Ora, se o réu alega a menoridade, mas não demonstra por meio de documento autêntico, não pode ser aplicado o disposto do art. 115 do CP. Não provada a menoridade, mesmo não havendo contestação da acusação, o prazo prescricional não pode ser contado pela metade. De acordo com o art. 155 do CPP ‘no juízo penal, somente quanto ao estado das pessoas, serão observadas as restrições à prova estabelecidas na lei civil’. O fundamento da restrição legal reside no resguardo da autenticidade no que concerne ao que é relevante na vida civil. Assim, a data do nascimento deve ser demonstrada pela certidão do registro, de conformidade com o que preceitua a lei civil, configurando uma ‘pré-constituição de prova, contígua ao fato’” (Código de Processo Penal, 18ª ed, SP: Saraiva, 2002, p. 142).

No caso, não há nos autos prova documental da menoridade, razão pela qual não pode ser reconhecida.

O Supremo Tribunal Federal já deixou assente:

“A menoridade do réu somente pode ser reconhecida mediante prova idônea. Não basta a simples alegação, não contestada” (STF – RT 501/377).

No mesmo diapasão, o Superior Tribunal de Justiça:

“Não basta para caracterizar a menoridade do réu, e com isso pretender a prescrição da pretensão punitiva, a simples alegação dessa condição. Necessário se faz que esteja devidamente comprovada nos autos por certidão de nascimento, ou documento hábil” (RSTJ 18/382).

Ressalta-se que, caso haja documento hábil a comprovar a menoridade, pode o requerente, em pleito revisional, ou, em última análise, por meio de *habeas corpus*, pleitear o reconhecimento da redução.

7. A sanção pecuniária também está a merecer reparos, porque desatendidos os parâmetros estabelecidos para a privativa de liberdade.

Dessa forma, a quantidade da sanção pecuniária deve ser fixada proporcionalmente, ou seja, em 20 dias-multa, correspondente a 1/2 (metade) de aumento, obedecendo aos parâmetros da pena-base reclusiva imposta, que foi fixada em 2 (dois) anos, resultando definitiva ante a ausência de outras modificadoras.

8. No que se refere à pretensa substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos da redação do art. 44 do

Código Penal, dada pela Lei n. 9.714/98, igualmente não há como ser atendida.

Os requisitos estipulados pela nova redação do art. 44 do Código Penal, para substituição da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos são: a) pena inferior ou igual a 4 (quatro) anos, se o crime for doloso; b) crime praticado sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; e d) a suficiência da medida indicada pelo exame da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social e da personalidade do condenado.

No caso, o exame da sentença guerreada revela que o Juiz sentenciante, próximo aos fatos, analisou as circunstâncias judiciais e as classificou como desfavoráveis, especialmente em face dos antecedentes do réu, envolvido em outros crimes contra o patrimônio, sendo, inclusive, reincidente, desautorizando a substituição pleiteada.

9. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso, negar-lhe provimento e, de ofício, adequar a pena pecuniária para 20 (vinte) dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Robison Westphal.

Florianópolis, 11 de março de 2003.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente, com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.002551-0, DE LAGES**

**Relator: Des. Irineu João da Silva**

*Júri – Decisão contrária à prova dos autos – Agente que jogou a vítima em visível estado de embriaguez ao rio – Laudo pericial que atesta a morte por afogamento – Recurso ministerial provido para anular o julgamento, devendo o réu a outro ser submetido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.002551-0, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelado Romildo Borges:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular o julgamento, devendo o réu a outro ser submetido.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages (1ª Vara Criminal), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Romildo Borges, dando-o como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal, porque:

“[...] no dia 9 de janeiro do corrente (2001), por volta das 19 horas, o denunciado Romildo Borges estava pescando na ponte da Barra do Goia-beira com o Rio Canoas, município de São José do Cerrito, na companhia de Rivaldo Borges, seu irmão, momento em que a vítima Aquiles Cordeiro se aproximou, contando, ao enteado,

que havia discutido com a Sra. Maria Conceição Padilha, sua companheira e mãe de Romildo, iniciando-se, assim, um bate-boca, onde a vítima teria mandado Romildo ficar quieto, tendo este, impelido por manifesto *animus necandi*, empurrado Aquiles para dentro do rio, caindo a vítima na água, já desacordada, eis que bateu a cabeça em uma pilastra da ponte, perdendo os sentidos, vindo a falecer logo em seguida, em face de afogamento, de acordo com o auto de exame cadavérico de fl. 5.

“Por haver o denunciado empurrado a vítima quando ela encontrava-se de costas e em razão de uma pequena discussão, agiu Romildo de surpresa e instigado por motivo fútil.

“Notícia-se, ainda, que, em seguida ao evento criminoso, o denunciado Romildo, na companhia de seu irmão Rivaldo, empreendeu fuga, deixando de prestar socorro à vítima” (fls. 2 e 3).

Concluída a instrução criminal, o acusado foi pronunciado como incurso nas sanções do art. 121, *caput*, do Código Penal.



O filho da vítima foi admitido como assistente da acusação, após manifestação favorável do Ministério Público (fl. 129).

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, restou absolvido, pelo reconhecimento da inexistência de nexos de causalidade entre a conduta do réu e a morte da vítima (1x6) (CPP, art. 386, inc. IV).

Inconformada, a representante do Ministério Público apelou, requerendo a anulação do julgamento, com fundamento no art. 593, inciso III, letra d, do Código de Processo Penal.

Após ratificados os termos da apelação pelo assistente e com as contra-razões, os autos ascenderam a esta instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

1. O recurso ministerial deve ser conhecido, porque próprio e tempestivo, com fulcro na alínea d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal (decisão manifestamente contrária à prova dos autos).

Sabe-se que as decisões do Tribunal do Júri, presente o princípio constitucional de sua soberania, podem ser anuladas quando se divorciam completamente das provas contidas nos autos. A possibilidade de anulação de suas decisões, portanto, não afronta o princípio da soberania do Júri.

Este é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

“*Habeas corpus* — soberania do júri — Artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal.

“A soberania do veredicto dos jurados não exclui a recorribilidade de suas decisões, sendo assegurada com a devolução dos autos ao Tribunal do Júri, para que profira novo julgamento, uma vez cassada a decisão recorrida” (STF, RT 644/353).

Ainda:

“Não há ofensa ao art. 5º, XXXVIII, da CF/88, a aplicação do art. 593, III, d, do Código de Processo Penal, quando o Tribunal *ad quem* determina, em casos de decisão contrária à prova dos autos, que o réu se submeta a novo julgamento. Inexistência de ferimento à soberania do Júri, em casos que tais” (JSTJ 7/211).

Também já decidiu este egrégio Tribunal:

“Júri. Soberania dos veredictos. Inteligência do art. 5º, XXXVIII, c, da Constituição Federal. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Ocorrência. Julgamento anulado. Os princípios da soberania dos veredictos e o duplo grau de jurisdição são plenamente compatíveis, descabendo, por isso, invocar o primeiro como sinônimo de imutabilidade da decisão dos jurados. Estando o veredicto dos jurados divorciado dos elementos de convicção existentes no processo, a solução consistirá na anulação do julgamento, posto ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos” (Ap. Crim. n. 24.241, de Lages, rel. Des. Tycho Brahe, j. 9-3-1989).

2. No caso, o recurso interposto pelo Ministério Público versa sobre a relação de causalidade entre os feri-



mentos constatados no Auto de Exame Cadavérico e a morte de Aquiles Cordeiro.

Segundo o referido exame pericial, os senhores peritos esclareceram que, “examinando o corpo de um homem, que disseram se chamar Aquiles Cordeiro, encontraram: cianose facial, flacidez generalizada, sangue fluído, duas contusões em região interparietal e occipital, com pequena reperição subgaleal (2,0x2,0cm). A abertura do tórax mostrou grande quantidade de líquido intrapulmonar, já apresentando sangramento alveolar (óbito há mais de 24 horas). Dessarte, respondendo afirmativamente ao primeiro quesito, no segundo, disseram que a causa da morte foi ‘afogamento’” (fl. 9).

De outra banda, os jurados, ao responderem afirmativamente, por maioria de votos (5x2), ao primeiro quesito (no dia 9 de janeiro de 2001, na ponte da barra do rio Goiabeira com o rio Canoas, interior do município de São José do Cerrito, o réu Romildo Borges empurrou a vítima Aquiles Cordeiro para dentro do rio, causando-lhe os ferimentos descritos no Auto de Exame Cadavérico de fl. 9), imputaram a autoria dos ferimentos ao réu.

Contudo, ao respondem negativamente ao segundo quesito, também por maioria (1x6), aceitaram que tais ferimentos não foram a causa da morte da vítima, em total dissonância com a *causa mortis* atestada no laudo.

Apesar de o Código Penal Brasileiro ter adotado a *teoria da equivalência dos antecedentes causais*, a questão do nexo de causalidade não é das mais simples, valendo lembrar que a matéria tem tratamento diferen-

ciado pela *teoria da causalidade adequada* e da *imputação objetiva*.

A primeira, também chamada de teoria da *conditio sine qua non*, é toda ação ou omissão sem a qual não teria ocorrido o resultado, considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Em relação ao resultado, ocorre o mesmo fenômeno: causa é toda condição do resultado, e todos os elementos antecedentes têm o mesmo valor. Para se saber se uma ação é causa do resultado basta, mentalmente, excluí-la da série causal. Se com a exclusão o resultado teria deixado de ocorrer, é causa (procedimento hipotético de eliminação). O importante é fixar que se excluindo determinado acontecimento o resultado *não teria ocorrido como ocorreu*; a conduta é causa quando, suprimida mentalmente, o evento em concreto não teria ocorrido no momento em que ocorreu.

Nelson Hungria, discorrendo sobre o tema, asseverou:

“A equivalência dos antecedentes causais é um irrefutável dado de lógica, e nada impede que seja reconhecido na esfera jurídico-penal, desde que se não confundam a causalidade objetiva e a causalidade subjetiva (culpabilidade), a *imputatio facti* e a *imputatio juris*. Se o reconhecimento do nexo causal entre a ação ou omissão e o resultado coincidissem com o juízo de culpabilidade, a teoria da equivalência seria, no terreno do direito penal, evidentemente imprestável, pois autorizaria, para efeito da *imputatio juris* ou da punibilidade, uma regressão infinita às condições antecedentes.

No caso do homicídio, por exemplo, não escaparia à sanção penal nem mesmo o fabricante da arma com que foi o crime praticado.

“A teoria em questão é a preferível dentre todas as formuladas sobre a causalidade física, pois serve a uma solução simples e prática do problema. A pergunta — quando a ação ou omissão é causa do resultado?, ela responde de modo preciso e categórico: a ação ou omissão é sempre causa quando, suprimida *in mente* (‘processo de eliminação hipotética’, na frase de Thyren), o resultado *in concreto* não teria ocorrido. Mas a causalidade física não é, nem podia ser o único pressuposto da punibilidade; acha-se esta, igualmente, subordinada à culpabilidade do agente. Após a averiguação de um evento penalmente típico na sua objetividade, tem-se de apurar, não somente se foi causado por alguém, mas, também, se o agente procedeu dolosa ou culposamente. O requisito da culpabilidade é, sob o prisma jurídico-penal, um corretivo à excessiva amplitude do conceito de causa (no sentido puramente lógico). Assim, no exemplo acima figurado, o fabricante da arma ofensiva não é penalmente chamado a contas pelo resultado ‘morte’, pois este não lhe pode ser psiquicamente imputado a título de dolo ou culpa” (Comentários ao Código Penal, RJ: Forense, vol. I, t. II, 1958).

Para a segunda, também denominada de *teoria das condições qualificadas*, “um determinado evento somente será produto da ação humana quando esta tiver sido apta e idônea a gerar o resultado [...] Há, ainda, uma terceira teoria, hoje domi-

nante na Alemanha e bastante difundida na Espanha, que é a da imputação objetiva, pretendendo sanar os problemas existentes com as duas anteriores. Ela tem por finalidade imputar ao agente a prática de um resultado delituoso apenas quando o seu comportamento tiver criado, realmente, um risco não tolerado, nem permitido, ao bem jurídico” (Guilherme de Souza Nucci, Código Penal Comentado, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 63 e 64).

Na hipótese dos autos, verifica-se que, suprimida a conduta do réu, jogou a vítima ao rio, ainda mais que ela estava visivelmente embriagada, como ele próprio reconheceu (fls. 38 e 39), ela não teria morrido afogada, não obstante tenha batido com a cabeça em uma pilastra da ponte.

É o entendimento manifestado pela jurisprudência:

“Ao admitir o cometimento da agressão causadora do traumatismo cranioencefálico, tido como causa motriz no auto de exame de corpo de delito e no registro do óbito da vítima, ocorrido três dias após, evidencia-se, indubitavelmente, o nexó de causalidade entre a ação do agente e o fatídico resultado do tresloucado gesto” (Ap. Crim. n. 1999.013034-7, de Lages, rel. Des. Francisco Borges, j. 26-10-1999).

3. Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para anular o julgamento, devendo o réu a outro ser submetido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Torres Marques, e lavrou parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça,  
o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Li-  
ma Filho.

Florianópolis, 29 de abril de 2003.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente, com voto;*  
*Irineu João da Silva,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.026806-8, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Torres Marques**

*Lei de Imprensa – Direito de resposta – Sujeito passivo – Empresa jornalística – Matéria paga, publicada a pedido de terceiro – Irrelevância – Gratuidade da publicação da resposta – Inteligência do art. 30, § 3º, da Lei n. 5.250/67 – Ressarcimento a ser buscado em ação autônoma, diante da impossibilidade de verificação da responsabilidade pela presente medida – Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.026806-8, da comarca da Capital, em que é apelante Zero Hora – Editora Jornalística S.A., sendo apelado Roberto Kuzolitz:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I – Relatório**

Perante o Juízo da comarca da Capital (Estreito/Vara Criminal), Roberto Kuzolitz propôs pedido de direito de resposta contra Zero Hora – Editora Jornalística S.A., tendo em vista a publicação de uma declaração contra si na capa da edição do jornal Diário Catarinense do dia 18 de setembro de 2000, matéria esta encomendada por Urupema Empreendimentos e Participações Ltda., que alega o autor ser falsa e ofensiva à sua honra.

Obedecidos os trâmites da Lei n. 5.250/67, proferindo sentença, o douto Magistrado *a quo* julgou procedente o pedido formulado, determinando que no prazo de 24 horas fosse publicada a resposta (fls. 87 a 89).

Inconformada, apela a requerida, pretendendo a reforma da decisão, ao argumento de que a matéria ofensiva foi publicada a pedido de Urupema Empreendimentos e Participações Ltda., tratando-se de matéria paga, não podendo, portanto, ser responsabilizada pela publicação do direito de resposta.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta egrégia Corte, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo desprovimento do apelo.

### **II – Voto**

Trata-se de recurso de apelação interposto contra a sentença concessiva de direito de resposta a Roberto Kuzolitz, tendo em vista a publicação na capa do jornal Diário Catari-

nense de uma matéria considerada ofensiva à sua honra.

Ao argumento de que se trata de matéria publicada a pedido e assinada por Urupema Empreendimentos e Participações Ltda., apela a empresa jornalística pugnando pela reforma da decisão de primeiro grau, com a condenação do apelado à restituição dos custos da publicação da resposta.

O direito de resposta proporcional ao agravo encontra previsão no art. 5º, inciso V, da Constituição Federal, que, por sua vez, recepcionou a Lei n. 5.250/67, a qual dispõe em seu art. 29, *caput, verbis*:

“Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou errôneo, tem direito a resposta ou retificação”.

Estabelece o art. 30, inciso I, da referida Lei, que o direito de resposta consiste “na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dias normais”.

Quanto ao sujeito passivo do direito de resposta, colhe-se da lição de Rubem Cione:

“Assim, as pessoas jurídicas, sejam de direito público ou privado, desde que tenham sofrido ofensas em sua reputação, podem usar do direito de resposta. *A lei não faz exceção*. O direito de resposta é exercido, nesse caso, pelo representante da pessoa jurídica. *O sujeito passivo, aqui, é*

*sempre o jornal, ou o órgão de divulgação, pela sua direção, porque foi ele que agasalhou a publicação ou divulgação ofensiva*. Só na ação penal é que o sujeito passivo sofre a discriminação sucessiva de responsável, uma vez que *in casu*, o nosso direito adotou o princípio da *responsabilidade sucessiva*” (*in Do Direito de Resposta na Lei de Imprensa*, Ed. Saraiva, 1985, p. 25) (grifei).

A razão para que a empresa divulgadora da notícia figure no pólo passivo da presente medida, cabendo-lhe, em princípio, a publicação gratuita, encontra-se na necessidade de uma resposta rápida e eficaz, dando sentido ao que a Carta Magna denomina “resposta proporcional ao agravo”, mesma razão pela qual os prazos da lei são exíguos.

No entanto, como dito, a divulgação é gratuita em princípio, já que se tratando, como no caso, de matéria paga por terceiro estranho à empresa divulgadora, terá esta ação regressiva contra o terceiro.

Nesse vértice, válida a elucidação do autor já citado:

“Também será *gratuita* a publicação ou transmissão quando o responsável pela ofensa ou acusação for terceiro, que não faça parte do órgão de imprensa que lhe deu publicidade. Neste caso, porém, a imprensa terá ação executiva para receber do ofensor o custo da divulgação da resposta, desde que tenha atendido no prazo de vinte e quatro horas, ou no primeiro número impresso, após o pedido, quando se tratar de jornal periódico que não seja diário” (*op. cit.*, p. 34).

É o que se extrai da interpretação dos §§ 3º, 4º e 5º do art. 30 da Lei de Imprensa.

Oportuna a lição de Darcy Arruda Miranda:

“Se o ofensor é estranho à direção da empresa, esta fica obrigada a publicar ou transmitir a resposta, todavia, com direito, como já assinalamos, a cobrar do mesmo as despesas respectivas se a tanto for autorizada pelo Poder Judiciário, ou seja, por ordem emanada do juiz competente, em procedimento judicial. Daí a disposição do § 5º: ‘Nos casos previstos nos §§ 3º e 4º, as empresas têm ação executiva para haver o custo da publicação ou transmissão da resposta daquele que é julgado responsável’. A responsabilidade, pois, segundo a lei, tem que ser julgada pelo Poder Judiciário, sem o que descabe ação direta de cobrança entre a empresa e o ofensor” (*in* Comentários à Lei de Imprensa, tomo 2, Ed. Revista dos Tribunais, 2ª ed., 1994, p. 545).

Assim, não há falar em reforma da sentença, porquanto, pela presente medida, de fato cabia ao Magistra-

do a *quo* determinar ao jornal a pronta publicação da resposta.

O ressarcimento pelas despesas com a publicação deverá ser buscado por meio de ação própria, em que restará determinada a responsabilidade do ofensor ou do ofendido, já que no pedido de resposta “o juiz apenas verificará se o pedido está formalmente em ordem, para determinar a notificação do responsável pelo jornal ou periódico que publicou o escrito acusatório” (Rubem Cione, *op. cit.*, p. 33).

### III – Decisão

Pelo exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Maurílio Moreira Leite, tendo lavrado parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 25 de março de 2003.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente, com voto;*  
*Torres Marques,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 1998.016717-5, DE CUNHA PORÃ

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Ação penal – Pretensão punitiva acolhida — Condenação – Lapso temporal entre recebimento da denúncia e publicação da sentença condenatória — Prescrição em face da pena concretizada – Extinção da punibilidade – Declaração de ofício.*

*Sendo o agente condenado ao cumprimento de pena de 6 (seis) meses de reclusão e havendo decorrido lapso temporal superior a 2 (dois) anos entre o recebimento da denúncia e a publicação*

*da sentença condenatória, com trânsito em julgado para a acusação (CP, art. 110, §1º), resulta extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa, que deve ser declarada de ofício.*

*Crime praticado por particular contra a administração em geral — Subtração de documento — CP art. 337 — Prova inequívoca da subtração — Condenação mantida — Recurso provido.*

*O agente que, sob pretexto de fotocopiar documento constante em processo administrativo, retira-o das mãos de funcionário da administração e evade-se da repartição sem devolvê-lo, pratica crime previsto no art. 337 do CP.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1998.016717-5, da comarca de Cunha Porã, em que é apelante Sérgio Gandolfi, e apelada a Justiça Pública, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Câmara Especial – Processos Criminais, por votação unânime, preliminarmente, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em relação ao crime previsto no art. 93 da Lei n. 8.666/93; e dar-lhe provimento parcial para, quanto ao crime previsto no art. 337 do CP, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa.

Custas legais.

Na comarca de Cunha Porã, o Ministério Público por seu representante ofereceu denúncia contra Sérgio Gandolfi, dando-o como incurso nas sanções do art. 93 da Lei n. 8.666/93, c/c art. 14, II, e arts. 304 e 337 do CP, combinados com art. 69, também do Código Penal, porque:

“No dia 19 de março de 1997 o denunciado Sérgio Gandolfi, na quali-

dade de sócio-gerente da empresa CECI Pavimentação de Rua Ltda. ME., entregou na sede da Prefeitura Municipal de Cunha Porã a habilitação daquela empresa para o processo licitatório de Tomada de Preços n. 13/97. Dentre os vários documentos que instruíam o pedido de habilitação, encontrava-se a Licença Ambiental Prévia – LAP n. 062/96, da Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente – Fatma de Chapecó/SC, subscrita pelo Coordenador Regional daquele órgão, Bernardo Beirith, datada de 23 de maio de 1996 (documento de fl. 29).

“Ocorre que o referido documento foi falsificado, com o intuito de fraudar a licitação, induzindo a comissão licitante a erro, pois o prazo de validade, que em seu original constava como sendo de 6 (seis) meses (documento de fl. 25), no documento anexado ao pedido de habilitação constava como sendo 12 (doze meses).

“No dia 20 de março de 1997, quando da análise dos documentos apresentados pelos pretendentes, a Comissão de Licitação percebeu as adulterações, buscando certificar-se junto ao órgão emitente daquela licen-



ça, de modo que a adulteração foi constatada.

“Posteriormente, no dia 24 de março de 1997, por volta das 14h, o denunciado compareceu na sede da Administração Municipal de Cunha Porã, solicitando ao Presidente da Comissão Permanente de Licitações que lhe fosse fornecido uma cópia da LAP n. 62/96 a qual encontrava-se juntada na Carta de Apresentação da Tomada de Preços n. 13/97. O senhor Ângelo Valmor Lazarotto, a pedido do denunciado, retirou aquele documento dos autos e entregou à funcionária Clarice Jahnell, a fim de que esta procedesse à sua reprodução fotostática.

“Ato contínuo, quando Clarice Jahnell estava prestes a executar o serviço que lhe fora confiado, o denunciado pediu para ver o documento (LAP n. 62/96, adulterada) e retirou-o de suas mãos, evadindo-se do local de posse do referido documento, não mais o devolvendo àquela repartição”.

Regularmente processado, o denunciado restou condenado às penas de cumprimento de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo, por infração aos arts. 93 da Lei n. 8.666/93, c/c 14, II, e 337 c/c art. 69, todos estes do Código Penal.

Irresignado, o condenado apelou, buscando absolvição ao argumento de que não existe nos autos prova suficiente para fundamentar o decreto condenatório, já que os únicos relatos emanaram de uma única testemunha; que a licença ambiental apresentada estava devidamente autenticada e as irregularidades porventura verificadas de-

veriam ser argüidas pelos concorrentes, verdadeiros prejudicados com a fraude.

Com as contra-razões pugnano pela manutenção da sentença, os autos ascenderam a esta instância, onde a d. Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, opinou pelo não provimento ao recurso.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo, mas não merece provimento.

É que se trata de acusações penais por tentativa de fraude a procedimento licitatório (figura prevista no art. 93 da Lei de Licitações) e por subtração de documento (infração descrita no art. 337 do Código Penal), devidamente comprovadas.

Efetivamente, a Lei n. 8.666/93, no art. 93, prevê:

“Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório.”

Fraudar, conforme leciona Diógenes Gasparini, “quer dizer enganar, burlar qualquer ato do procedimento licitatório. Procedimento licitatório é o conjunto de atos e acontecimentos, iniciado com a contratação, praticados pela entidade licitante com vista à seleção da melhor proposta para um negócio de seu interesse” (Crimes na Licitação, SP: NJD, 1996, p. 112 e 113).

Na mesma linha de raciocínio, Marçal Justen Filho salienta:

“Fraudar a realização de ato ilícito, no caso, a utilização de artifício para evitar o cumprimento do requisito legal ou dos efeitos do ato da licitação. Também abrange os artifícios de que vale alguém para ocultar o descumprimento”.



mento das exigências relacionadas a um ato específico” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 5ª ed., SP: Dialética, 1998, p. 597).

Para Paulo José da Costa Jr. “fraudar, proveniente do latim *fraudare* equivale a burlar, enganar, ludibriar, tornar viciado o procedimento licitatório, em razão de artil empregado” (Direito Penal das Licitações, SP: Saraiva, 1994, p. 38).

Ora, pelos documentos acostados às fls. 33, 35 e 118, verifica-se, com certeza, a adulteração realizada no prazo de validade da Licença Ambiental Prévia n. 062/96, emitida pela Fatma à empresa CECI Pavimentação de Ruas Ltda., de 6 (seis) para 12 (doze) meses, tendo referida empresa, por seu sócio-gerente (apelante), relacionado dita licença (com prazo adulterado) dentre os documentos que instruíram o pedido de habilitação ao certame licitatório n. 13/97.

Comparando-se a licença apresentada pelo réu (fl. 33) com o documento original (segunda via remetida a juízo pelo Coordenador Regional da Fatma), verifica-se de pronto a adulteração, já que no campo do prazo de validade da primeira consta o prazo de 12 meses e no original extrai-se que o prazo é apenas de 6 meses (fl. 118), restando assaz comprovada a materialidade do delito.

Entretanto, em se tratando de crime de resultado, somente se a fraude culminasse na habilitação da empresa CECI no certame, ou quiçá fosse vencedora do pleito licitatório, é que se teria por consumado.

Sobre o momento consumativo da fraude, novamente é oportuna a lição de Diógenes Gasparini:

“Na fraude, o crime consuma-se no instante em que o ato é praticado de modo viciado, defeituoso. Como o crime é de resultado, não de acontecer efetivamente o impedimento, a perturbação ou fraude” (ob. cit., p. 114).

Ora, ainda que todos os atos de execução tenham sido realizados, não houve consumação porque a Comissão Permanente de Licitação do município de Cunha Porã diligenciou ao órgão emitente da certidão (Fatma) no sentido de apurar sua lisura, o que culminou não somente com a inabilitação da empresa na qual o apelante é sócio-gerente, como por chegar o fato ao conhecimento do Ministério Público.

De acordo com o narrado na denúncia, o réu, sócio-gerente da empresa CECI – Pavimentação de Ruas, apresentou o documento falsificado à comissão licitante da Prefeitura Municipal de Cunha Porã (Licença Ambiental Prévia com prazo de validade adulterado) visando a habilitar-se na licitação instaurada pela municipalidade para os serviços de coleta, transporte e depósito final de resíduos sólidos domiciliares urbanos, e constatada a tentativa de fraude, subtraiu o documento das mãos da funcionária que o fotocopiava a seu pedido.

Com efeito, da análise dos autos, outra não podia ser a conclusão, pois, apesar de não se poder imputar ao réu a responsabilidade pela falsificação material, não há deixar de reconhecer ter ele, na qualidade de sócio-gerente da empresa CECI, se utilizado do documento sabidamente adulterado.

Do depoimento de Ângelo Lazarotto, Presidente da Comissão de Licitação, extrai-se que “na análise

dos documentos necessários à habilitação, o depoente verificou que a LAP que o denunciado tinha prazo de validade de 12 meses, quando o comum é o prazo de 6 meses; que em vista disso ligou para a Fatma de Chapecó e pediu uma cópia igual ao daquele apresentado; quando chegou o fax, o depoente viu que o número era o mesmo bem como a data da expedição, mas que a autorização era de apenas 6 meses” (fl. 150).

A servidora Serlei Fátima Puntel, em suas declarações, também afirmou que “após terem rubricado os documentos apresentados, foi aberto prazo de 5 dias para análise dos mesmos. Que neste prazo, quando da análise dos documentos, os membros da comissão verificaram que um dos documentos da empresa do denunciado parecia ter sido adulterado com errorex. Que tratava-se da licença ambiental LAP. Que, diante disso, o Sr. Ângelo ligou para Chapecó e pediu uma cópia de tal documento. Que foi remetido um fax à Prefeitura e, analisando o fax e documento apresentado pela empresa, constataram que havia adulteração no prazo de validade. Onde no fax constava 6 meses, no documento da empresa constava 12” (fl. 147).

Assim, não merece respaldo a sustentação da defesa de que somente foram levadas em consideração as palavras de Ângelo Lazarotto, porquanto a prova material aliada às declarações das demais testemunhas convergem claramente para o apelante.

A alegação de que o documento estava autenticado não elide a responsabilidade pelo uso, porquanto a adul-

teração deu-se após a emissão da licença devidamente autenticada; por outro lado, a afirmação de que o vício deveria ter sido argüido pelos demais licitantes, conquanto seriam os verdadeiros prejudicados com a fraude, não merece acolhimento, porquanto se sabe que delitos contra procedimento licitatório repercutem no interesse da Administração e de toda a coletividade.

Nesse sentido, Diógenes Gasparini ensina:

“O sujeito passivo é a entidade obrigada a licitar, a exemplo da União, da sociedade de economia mista e do Município. Os participantes da licitação em que um dado ato de seu procedimento foi impedido, perturbado ou fraudado não podem ser considerados sujeitos passivos, ainda que prejudicados pela ação criminosa. São ofendidos sim, mas não para fins penais” (ob. cit. p. 113).

A condenação, como se viu, era mesmo de rigor.

Entretanto, o apelante foi condenado ao cumprimento de 6 (seis) meses de reclusão, cujo prazo prescricional é de 2 (dois) anos (CP, art. 109, VI) e, considerando que a denúncia foi recebida em 26-8-97, com a sentença condenatória sendo publicada em 5-10-99, ou seja, com intervalo temporal de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 8 (oito) dias e, com o trânsito em julgado para a acusação, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva na forma retroativa (CP, art. 110, § 1º), razão pela qual, de ofício, declara-se extinta a punibilidade do agente em relação a este crime, a teor do art. 107, IV, do CP.

2. No que se refere ao delito de subtração de documento (art. 337 do

CP), o testemunho de Ângelo Lazarotto confirmou que, no dia seguinte à descoberta da falsificação, foi procurado por Sérgio Gandolfi, que queria fotocopiar referida licença; relatou que “o denunciado apareceu na prefeitura para falar com o depoente e queria uma cópia da LAP que havia entregue; que o depoente concordou e chamou a funcionária encarregada do xerox; que não chegou a dizer para tal funcionária não entregar o original ao denunciado [...]” (fl. 150).

Clarice Jahnel, encarregada do xerox, em juízo afirmou que: “foi chamada pelo Sr. Ângelo, que lhe pediu para tirar uma cópia de um documento; que então dirigiu-se à sala do xerox para fazer o que lhe fora determinado quando o denunciado a seguiu e pegou o documento de sua mão; que não falou nada pois achou que o denunciado voltaria para que a depoente fizesse o xerox [...]” (fl. 148).

Verifica-se, assim, que o apelante, com o pretexto de obter fotocópia, subtraiu das mãos da funcionária pública o documento constante de processo licitatório e por ele apresentado falsificado, praticando, assim, o delito previsto no art. 337 do CP.

Julio Fabbrini Mirabete leciona a respeito:

“As condutas típicas são subtrair (item 10.1.6 do volume 2) e inutilizar (item 13.1.6 do volume 2). Diz bem Noronha: ‘A ocultação e a substituição são subtrações. Em ambas, há *tirada* da coisa do seu lugar próprio, numa se impedindo que ela apareça, e noutra substituindo-a, comportamentos posteriores à subtração e que visam antes à eficácia desta’.

“É indispensável para a caracterização do ilícito que o livro, processo ou documento estejam sob a custódia do funcionário competente ou de particular que aja em serviço público” (Manual de direito penal, 12ª ed., São Paulo: Atlas, 1998, p. 386).

Diante disto, não há afastar a responsabilidade do réu também por este crime, cuja pena individual foi totalizada em 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão (fl. 433).

Entretanto, como o apelante foi condenado ao cumprimento de pena privativa de liberdade não superior a 4 (quatro) anos, por crime por ele praticado, sem emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, tem-se que faz jus à conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos (CP, art. 44, com redação dada pela Lei n. 9.714/98), diante da análise dos elementos: culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do condenado, motivos e circunstâncias do crime.

Assim, quanto a este crime, a sentença é reformada apenas para adequar a reprimenda, ou seja, para substituir a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, consistente na prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de multa (CP, art. 44, § 2º), na importância de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1 (um) salário mínimo cada dia.

3. Assim, diante do exposto, conhece-se do recurso para, preliminarmente, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa, em relação ao crime previsto no art. 93 da Lei n. 8.666/93; e dar-lhe provimento parcial para, quanto ao cri-

me previsto no art. 337 do CP, substituir a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos e multa.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Maria do Rocio Santa Ritta, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Ge-

ral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 30 de agosto de 2002.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 1999.002441-5, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Crime contra a ordem tributária. Sonegação fiscal. Agente titular de firma individual. Argüição de ilegitimidade passiva, por ser o contador da empresa o responsável pelas obrigações tributárias. Inadmissibilidade.*

*Se o agente exerce o comércio em nome individual, sendo único administrador e cabendo-lhe a respectiva gestão financeira, patrimonial, assim como o fornecimento de informações ao serviço de contabilidade, além de outras atividades inerentes ao comércio que empreendia, responde ele por crime contra a ordem tributária, pois as condutas praticadas visando a supressão ou redução de tributo visaram proveito próprio do dono do negócio.*

*Crime contra a ordem tributária. Crime doloso. Recurso administrativo. Suspensão da persecução penal. Incabimento. Instâncias administrativa e penal absolutamente independentes.*

*As instâncias penal e administrativa são absolutamente independentes, não podendo a persecução criminal permanecer inerte no aguardo do pronunciamento da administração em recurso administrativo, máxime quando fornecidos ao titular da ação penal os elementos suficientes à comprovação da materialidade do delito.*

*Crime contra a ordem tributária. Continuidade delitiva. Nova pena privativa de liberdade fixada por período superior a dois anos. Substituição por uma pena restritiva de direitos e outra de prestação pecuniária. Recurso provido. Extinção da punibilidade declarada ante a prescrição da pretensão punitiva na forma subsequente à sentença, observado o disposto no art. 119 do CP.*

*“No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente” (CP, art. 119).*

*Assim, quando se tratar de crime continuado (ou também concurso formal de crimes), a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença condenatória, não se computando o acréscimo decorrente da continuação, vale dizer, desvinculada a pena de cada crime, leva-se em conta uma delas, se iguais, ou a mais grave, se diversas, desprezando-se o aumento.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 1999.002441-5, da comarca da Capital (2ª Vara), em que são apelantes e apelados a Justiça Pública, por seu Promotor, e Sandra Regina da Silveira:*

ACORDAM, em Câmara Especial – Processos Criminais, por votação unânime, conhecer de ambos os recursos, negar provimento ao de Sandra Regina da Silveira e dar provimento ao do Ministério Público e, de ofício, declarar extinta a punibilidade, pela prescrição da pretensão punitiva subsequente à sentença condenatória.

Custas legais.

Na comarca da Capital, o representante do Ministério Público denunciou Sandra Regina da Silveira por infração ao art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90, c/c art. 71 do Código Penal, porque a denunciada, proprietária da empresa individual Sandra Regina da Silveira – ME, extrapolou o limite máximo de faturamento a que se submetem as microempresas, deixando de recolher, nos meses de outubro de 1992 a dezembro de 1993, a diferença de ICMS incidente sobre as operações tributáveis que realizou (Notificações Fiscais ns. 22858954 e 22858853); em 15 de janeiro, 17 de fevereiro, 5 de março, 7 de agosto, 24

e 2 de setembro de 1992, vendeu mercadorias e emitiu as Notas Fiscais ns. 401, 402, 403, 405, 407, 409, sem, contudo, escriturar as vendas no Livro de Registro de Saídas, deixando de recolher os tributos correspondentes (Notificação n. 22858752); em 2 de março, 20 de maio e 24 de junho de 1992, realizou a mesma operação, dessa vez emitindo as Notas Fiscais ns. 000103, 000105 e 000107, série B-1, mod. 1 (Notificação n. 22859055); em 2 de julho e 8 de setembro de 1992, adquiriu mercadorias da empresa Fiação e Tecelagem Gaúcha Ltda., de Nova Santa Rita—RS, Notas Fiscais ns. 7151/SU e 8009/SU, deixando de escriturar as aquisições no Livro de Registro de Entradas, para que pudesse vender as mercadorias sem documento fiscal, reduzindo o montante do ICMS devido ao Estado. Com tal conduta, o Fisco estadual deixou de arrecadar aproximadamente R\$ 17.171,17.

Regularmente processada e concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz de Direito acolheu a pretensão punitiva, condenando a ré ao cumprimento de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 dias-multa, por infração ao art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90, como crime único. Considerando que a apenada preenche os requisitos do art. 77 do

Código Penal, suspendeu a execução da pena privativa de liberdade por 2 (dois) anos, mediante a condição de comparecimento pessoal mensal em juízo, para informar e justificar suas atividades.

Irresignados, apelaram acusação e defesa.

O apelo ministerial insurge-se apenas contra o não-reconhecimento da continuidade delitiva prevista no art. 71 do Código Penal, a fim de que seja, conseqüentemente, agravada a pena imposta.

A ré, em seu apelo, argúi, preliminarmente, sua ilegitimidade passiva *ad causam*, uma vez que “cuida, unicamente, da confecção dos produtos e que, para tratar das questões tributárias e contábeis, possui contador, que, além de elaborar a escrita fiscal, a orientava nos pagamentos dos tributos”. No mérito, alega a inexistência de dolo e da comprovação do fato denunciado; que não há ilícito penal, pois a exigibilidade do tributo estaria suspensa em virtude de reclamação apresentada ao órgão administrativo.

Contra-arrazoados os recursos, ascenderam os autos a esta instância.

Pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Paulo Antônio Gunther opinou pelo conhecimento dos apelos, negando-se provimento ao recurso de Sandra Regina da Silveira e dando-se provimento ao recurso aforado pelo Ministério Público.

É o relatório.

1. A acusada busca, em preliminar, reconhecer sua ilegitimidade passiva *ad causam*, pelo argumento de cuidar unicamente da administra-

ção da empresa, atribuindo ao seu contador a responsabilidade pelas obrigações tributárias, com o que não lhe caberia a responsabilidade penal que lhe foi imputada.

Ora, consoante se infere do art. 121 do Código Tributário Nacional, sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

O art. 25 da Lei Estadual n. 7.547, de 27 de janeiro de 1989, a seu turno, dispõe que contribuinte do ICMS é qualquer pessoa, física ou jurídica, que com habitualidade realize operação de circulação de mercadorias ou prestação de serviços descrita como fato gerador do imposto.

No caso em exame, verifica-se pelo documento fornecido pela Junta Comercial do Estado de Santa Catarina (fl. 33) que a ré é titular da firma individual notificada pelo Fisco; logo, não há cogitar a transferência da responsabilidade pelo recolhimento dos tributos ao contador da empresa, ainda que fosse expressamente convenicionado entre as partes (o que não foi demonstrado), porquanto a única pessoa beneficiada com as condutas visando a suprimir ou reduzir tributos era somente a apelante, proprietária.

Segundo o art. 123 do Código Tributário Nacional, salvo disposição de lei em contrário, as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes. Não havendo previsão legal nesse sentido, tem a Fazenda Pública o direito de exigir cumprimento da obrigação tributária



da pessoa a quem a lei atribuiu a condição de sujeito passivo.

Exercendo o comércio em nome individual, a apelante era a única responsável pela administração do negócio, cabendo-lhe a respectiva gestão financeira, patrimonial e também o fornecimento de informações ao serviço de contabilidade, além de outras atividades inerentes ao comércio que empreendia.

Era, portanto, contribuinte do ICMS, na medida em que sobre as vendas de mercadorias por ela realizadas incidia o mencionado imposto. Por isso, era de sua obrigação manter os Livros de Registro de Entradas e Saídas, nos quais deveriam ser lançadas, com fidelidade, as entradas e saídas correspondentes às mercadorias comercializadas em cada período de apuração, para que o contador pudesse calcular o montante do tributo devido no período. Da mesma forma, na qualidade de administradora da pessoa jurídica — e por isso ciente dos rendimentos auferidos —, deveria prestar às autoridades fazendárias informações corretas acerca do faturamento da empresa para o seu enquadramento no regime tributário adequado, não se esquivando a pretexto de legislação tributária emaranhada.

Como bem sustenta Ângelo Rafael Rossi, “o conhecimento da lei constitui um dever cívico imposto a todos aqueles que se encontrem no território do Estado. Esse dever decorre da obrigatoriedade da lei” (Crime de Sonegação Fiscal, Rio de Janeiro: Ed. Jurídica e Universitária, 1967, p. 106).

Evidentemente, ninguém se escusa alegando ignorar a lei; o Código Penal é expresso em seu artigo 21: “O

desconhecimento da lei é inescusável”. Esta não teria aplicação se a imensa massa da população alegasse ignorância da lei. Aliás, se fosse aceita tal asserção, certamente se estaria embaraçando a ação estatal contra os sonegadores de tributos, abrindo-se um pretexto elástico a favorecer os *experts* em detrimento do imperativo de justiça que deve contemplar os homens de boa-fé (Coelho, Sacha Calmon Navarro. Curso de Direito Tributário Brasileiro, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999, p. 633).

2. O art. 34 da Lei n. 9.249/95 menciona: “Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei n. 4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promover o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia”.

A denúncia foi recebida em 6-3-96, enquanto os parcelamentos referentes às Notificações ns. 228.589-54 e 288.588-53 foram requeridos à Secretaria de Estado da Fazenda em 16-9-96 e deferidos em 9-10-96, logo, não têm o condão de ensejar a extinção da punibilidade pretendida pela apelante, pois o parcelamento foi efetuado após o recebimento da denúncia.

O texto do art. 34 da Lei n. 9.249/95 é preciso quanto à exigência de que a promoção do pagamento seja anterior ao recebimento da denúncia, valendo trazer da doutrina:

“Quanto ao momento do pagamento, deve ocorrer antes do recebimento e não do mero oferecimento da denúncia.



“O recebimento da inicial ocorre com o despacho do juiz, e não se confunde com o protocolo, distribuição ou conclusão da denúncia.

“A regra é aplicável, inclusive, a processos em trâmite, que preenchem a hipótese fática, qual seja, que tenha se operado o ressarcimento do dano anteriormente ao recebimento da inicial” (Eisele, Andreas. Crimes contra a Ordem Tributária, São Paulo: Dialética, 1998, p. 99).

3. Constatou-se que a titular da pessoa jurídica deixou de registrar as diversas operações tributáveis nos livros fiscais próprios, referentes a entradas e saídas de mercadorias, assim como recolheu o tributo com redução indevida, tendo como fito manter-se irregularmente na condição de microempresa, após ter ultrapassado o limite de receita bruta previsto no art. 2º, I, b, da Lei n. 8.378/91.

Não há alegar ausência de dolo. Exercendo o comércio em nome individual, a administração (gestão financeira, patrimonial e contábil) competia à ré. Contribuinte do ICMS devido ao Estado de Santa Catarina, na medida em que as vendas de mercadorias por ela realizadas eram tributadas, deveria manter os livros de Registro de Entradas e Saídas, nos quais tinha obrigação de lançar, com fidelidade, as quantias correspondentes às compras e vendas de mercadorias efetuadas em cada período de apuração, para cálculo do montante do tributo devido no mencionado período, como já salientado.

Assim, cuidando-se de compra e venda de mercadorias, era obrigação da comerciante lançar no livro próprio (Livro de Registro de Entra-

da) a entrada das mercadorias destinadas a venda — o que não foi feito (Notificação Fiscal n. 22859156) —, pois esta é que é o fato gerador do ICMS. Tal omissão abre ensanchas à saída da mercadoria do estabelecimento comercial sem o recolhimento do tributo devido, e tal ocorrência foi constatada pelas Notificações Fiscais ns. 22858752 e 22859055.

Conforme se denota, a finalidade de não registrar as entradas e respectivas saídas de mercadorias era uma só: não materializar o fato gerador do ICMS. Quando vendidas, não sendo registrada a entrada, igualmente não seria anotada qualquer saída, resultando na supressão do imposto devido, o que efetivamente ocorreu, como comprovado pelas notificações fiscais acima referidas.

Houve a omissão de registro de entrada e do respectivo registro de saída, caracterizando o tipo penal do art. 1º, inciso II, da Lei n. 8.137/90.

Trata-se de condutas com dolo genérico, pelo qual a denunciada intencionava obter vantagem patrimonial em detrimento do fisco.

Colhe-se julgado nesse sentido:

“Agem com dolo comerciantes que, livre e conscientemente, deixando de registrar nos livros fiscais operações relativas a circulação de mercadorias, se eximem do pagamento dos respectivos impostos” (Ap. Crim. n. 1997.012867-3, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva).

Quanto ao delito tipificado no inciso I do mesmo art. 1º da Lei n. 8.137/90, ficou demonstrado pelas Notificações Fiscais ns. 22858954 e 22858853, quando foram registradas

receitas brutas acumuladas acima do limite máximo que lhe asseguraria a condição de microempresa. Não obstante, mesmo tendo ciência de tal situação — já que cabe à ré, frise-se, a gestão administrativa e financeira da empresa —, a condenada continuou recolhendo tributo a menos, sonegando imposto devido aos cofres públicos.

As condutas que caracterizam crime são 7 (sete), de forma continuada.

4. A tese de que a exigibilidade do tributo estaria suspensa em virtude de reclamação apresentada ao órgão administrativo, também não merece guarida porquanto serem de ação penal pública os crimes inseridos na Lei n. 8.137/90, ou seja, desnecessária qualquer representação do Fisco, no caso estadual, para que o Ministério Público possa denunciar o infrator.

É que a ação penal de regra é pública, ou seja, a titularidade de seu exercício pertence ao Ministério Público, e qualquer variante deve estar prevista em lei; dessa forma, não havendo previsão legal quanto ao seu exercício (ação penal privada), por força do art. 100 do CP, será sempre pública.

Precisamente quanto aos crimes contra a ordem tributária, não bastasse a regra geral já garantir essa qualidade, o art. 15 da Lei n. 8.137/90 estabelece que “os crimes previstos nesta Lei são de ação penal pública, aplicando-se-lhes o disposto no art. 100 do Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 — Código Penal”.

Logo, a hipótese trata mesmo de crime de ação penal pública incondicionada, daí resultando que o Ministério Público não depende de nenhu-

ma condição administrativa para oferecer a denúncia.

Em vista disso, não procede a alegação da apelante de que estaria descaracterizado o ilícito penal ante a apresentação das reclamações substanciadas nos Processos ns. UF 01-1253/94-8, 1254/94-4, 1255/94-0 e 1256/94-7 no Conselho Estadual de Contribuintes, porquanto não haver necessidade de esgotamento da via administrativa para que seja deflagrada a ação penal.

Nesse sentido, aliás, esta Corte assim já decidiu:

“Soneração fiscal — Independência entre as instâncias administrativa e criminal — Inexistência de representação — Constrangimento ilegal — Inocorrência.

“Os crimes definidos na Lei n. 8.137/90 são de ação penal pública incondicionada (art. 15) e, *ipso facto*, ninguém pode impedir que o Ministério Público, diante da prerrogativa que lhe foi concedida pela Carta Magna (art. 129, inc. I), dê início à ação penal oferecendo a denúncia, que tanto pode ter como base inquérito policial ou administrativo, como outras peças que lhe cheguem ao conhecimento; por isso é dispensável o prévio exaurimento da via administrativa para propositura da ação penal” (HC n. 1999.001573-4, de Chapecó, deste Relator).

Vale dizer que as instâncias penal e administrativa são absolutamente independentes, não podendo a persecução criminal permanecer inerte no aguardo do pronunciamento da administração em recurso administrativo, máxime quando fornecidos ele-

mentos suficientes à comprovação da materialidade do delito.

Nesse sentido decidiu o colégio Superior Tribunal de Justiça:

“Sonegação fiscal – Apuração do débito fiscal – Não configuração de condição de procedibilidade – Ação penal – Suspensão no aguardo do fim de processo administrativo – Incabimento – Independência das instâncias.

“Crime de sonegação fiscal. Instauração da ação penal. Suspensão para aguardar decisão administrativa. Falta de amparo legal. As instâncias penal e administrativa não guardam dependência uma da outra e nem as disposições do Código de Processo Penal autorizam a suspensão, de ofício, da ação penal no aguardo de solução a ser proferida no procedimento administrativo. Firme, por outro lado, a jurisprudência segundo a qual a apuração do débito fiscal não é condição de procedibilidade da ação penal” (REsp n. 59.512-6 – São Paulo. Ac. 5ª T. unân. rel. Min. Jesus Costa Lima – j. 26-4-95 – Fonte: DJU I, 15-5-95, p. 13.427)” (in Ap. Crim. 97.012867-3, de Itajaí, rel. Des. Amaral e Silva).

5. Recorre o Ministério Público objetivando o reconhecimento da continuidade delitiva dos crimes em questão e não crime único.

Ora, conforme redação do art. 71 do Código Penal, ocorre crime continuado “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

São, portanto, requisitos do crime continuado a pluralidade de condutas e de crimes da mesma espécie, a continuidade e a unidade de desígnio.

No caso vertente tais requisitos restaram comprovados.

Com efeito, as notificações já mencionadas atestam a multiplicidade de condutas e de delitos. As Notificações ns. 22858954 e 22858853 comprovam o recolhimento do imposto a menos, nos períodos de outubro a dezembro de 1992 (três condutas) e de outubro a dezembro de 1993 (três condutas), respectivamente, revelando a intenção da ré em manter-se sorrateiramente sob o regime tributário mais benéfico, como é o das microempresas; as Notificações ns. 22858752 e 22859055 confirmam a saída de mercadorias da empresa sem o devido registro nos livros fiscais próprios (duas condutas); e a Notificação n. 22859156 revela a falta de registro de mercadorias no Livro de Entradas de notas fiscais referentes a mercadorias efetivamente adquiridas e recebidas, datadas de 2-7-92 e 8-9-92 (duas condutas), presumindo-se sua saída sem emissão de documentação fiscal.

Trata-se, indubitavelmente, praticados 10 (dez) crimes da mesma espécie. Conforme o magistério de Damásio de Jesus, “crimes da mesma espécie são os previstos no mesmo tipo penal, isto é, aqueles que possuem os mesmos elementos descritivos, abrangendo as formas simples, privilegiadas e qualificadas, tentadas ou consumadas” (Direito Penal: Parte Geral. 17ª ed., São Paulo: Saraiva, 1993, p. 526). No caso, todas são condutas configuradas no tipo do art. 1º, I e II, da Lei n. 8.137/90, que

revelam a intenção do agente de suprimir e reduzir tributo devido ao Fisco estadual.

Ora, “o ICMS deve ser recolhido, via de regra, mensalmente. Mas, o contribuinte, quando se presta a infringir a lei contra a ordem tributária, repete a manobra ilícita por períodos relativamente longos. A cada mês, por vezes durante anos, reduz ou suprime o recolhimento do ICMS. Neste caso estamos diante de um crime continuado” (Cadernos do Ministério Público, Ano I, n. 1, p. 42, n. 9).

Assim, deve ser provido o recurso ministerial para, afastando a ficção jurídica do crime único, reconhecer a caracterização de 10 (dez) crimes idênticos nas condutas narradas na denúncia e devidamente comprovadas em continuidade delitiva.

A pena para cada um dos crimes parcelares é fixada igualmente no mínimo, como na sentença.

6. Assim, considerando-se o número de crimes, aumenta-se a pena privativa de liberdade de um dos crimes idênticos em 2/3, em atendimento ao *caput* do art. 71 do Código Penal, fixando-a definitivamente em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e pagamento de 70 (setenta) dias-multa (observada a regra do art. 72 do CP), que, pelas condições econômicas da ré, fixa-se no valor de 1/10 do salário mínimo, já que não estabelecido na sentença.

Com a aplicação da nova pena, cassa-se o *sursis* por lhe faltar requisito essencial, qual seja, que a pena privativa de liberdade não seja superior a 2 (dois) anos.

Outrossim, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, substitui-se a pena privativa de liberdade aplicada por uma de prestação de serviços à comunidade e outra de prestação pecuniária consistente no pagamento de 5 (cinco) salários mínimos a entidade assistencial a ser fixada na execução.

7. Entretanto, muito embora se tenha reconhecido a prática não de um crime único, mas de vários crimes em continuidade delitiva, implicando assim na majoração da pena aplicada na sentença condenatória de 2 (dois) anos para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, verifica-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma subseqüente à sentença condenatória, conforme dispõe o art. 119 do CP: “No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”, significando que, para efeitos de contagem de prazo prescricional, desconsidera-se o aumento atribuído pelo art. 71 do CP.

Nesse sentido, Damásio E. de Jesus assim leciona:

“Não interfere no *quantum* do prazo prescricional o aumento de pena previsto no concurso formal de crimes e no delito continuado (CP, arts. 70 e 71)” (Prescrição Penal, 13ª ed., SP: Saraiva, 1999, p. 55).

Não dissonante é o entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“No caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade recairá sobre a pena de cada um deles, nos termos do art. 119 do Código Penal” (HC n. 15760/SP, Quinta Turma, rel.

Min. José Arnaldo Fonseca, DJU 15-10-2001).

Deste Tribunal, colhe-se:

“Ação penal – Furtos qualificados – Continuidade delitiva – Prazo prescricional – Inteligência do art. 119 do CP – Extinção da punibilidade – Conhecimento, de ofício (art. 61 do CPP) – Recurso prejudicado.

‘No caso concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente’ (CP, art. 119).

“Assim, quando se tratar de crime continuado (ou também concurso formal de crimes), a prescrição regula-se pela pena imposta na sentença condenatória, não se computando o acréscimo decorrente da continuação, vale dizer, desvinculada a pena de cada crime, leva-se em conta uma delas, se iguais, ou a mais grave, se diversas, desprezando-se o aumento” (Ap. Crim. n. 33.079, de Tubarão, deste Relator, j. 15-8-95).

Ora, aplicada pena isoladamente para cada um dos 10 (dez) crimes em 2 (dois) anos de reclusão, tem-se, com base nos arts. 109, V, e 110, § 1º, ambos do CP, que o prazo prescricional é de 4 (quatro) anos, ou seja, se publicada a sentença em

20-4-98, a prescrição ocorreu em 19-4-02, considerando-se que o recurso ministerial foi provido mas não interferiu na demarcação do lapso prescricional de cada crime.

Assim, de ofício, reconhece-se a prescrição superveniente com base nos arts. 109, V, e 110, § 1º, ambos do CP, extinguindo-se a punibilidade com fulcro no art. 107, IV, também do Código Penal.

8. Ante do exposto, conhece-se dos recursos para negar provimento ao de Sandra Regina da Silveira e dar provimento ao do Ministério Público e, de ofício, declarar extinta a punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, subsequente à sentença condenatória.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Schaefer Martins e Maria do Rocio Santa Ritta, e lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Gunther.

Florianópolis, 30 de agosto de 2002.

*Nilton Macedo Machado,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.023846-0, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Jaime Ramos**

*Apelação criminal – Crime de falsa identidade perpetrado para ocultar passado criminoso do réu – Autoria e materialidade comprovadas – Direito de autodefesa que não autoriza o réu a praticar crime – Recurso ministerial provido.*

*Comete o delito de falsa identidade quem, flagrado na prática de tentativa de furto, apresenta-se à polícia utilizando nome falso ou de outra pessoa, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio, ou seja, esconder passado criminoso para não ser novamente recolhido à prisão, beneficiar-se de liberdade provisória com ou sem fiança ou da condição de réu primário e de bons antecedentes, que tem o poder de mitigar a penação.*

*O direito de autodefesa, ou seja, de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso, não autoriza o réu a praticar novo crime, como é o de falsear a própria identidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.023846-0, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Hugo Eduardo Gonçalves:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

O Ministério Público promoveu ação penal contra Hugo Eduardo Gonçalves perante o Juízo da Vara Criminal da comarca de Balneário Camboriú, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c art. 14, inciso II, e do art. 307, todos do Código Penal.

Segundo a exordial acusatória, “[...] no dia 22-5-02, por volta de 20h50min, o denunciado, larápio contumaz, agindo dolosamente com *animus furandi*, ingressou na garagem do Edifício Maria Celeste, localizado na Rua 2.870, n. 32, nesta Cidade e Comarca – dispondo, não se sabe como, das chaves da porta de entrada do prédio, indo até o veículo GM/Corsa GLS, placa LXU 0396, de propriedade da vítima Ana Maria Schramm, que ali estava guardado, e, mediante arrombamento

da porta dianteira, do lado esquerdo, conseguiu entrar no veículo, com clara intenção de subtraí-lo para si.

“Ocorre que, quando o denunciado mexia nos mecanismos do veículo, objetivando dar partida por meio da ignição, o alarme disparou, fazendo com que o zelador e sua esposa fossem até o local, o que espantou o agente, sendo detido imediatamente, ainda dentro do veículo, até a chegada da Polícia Militar, quando foi preso em flagrante delito, não consumando o crime desejado, assim, por circunstâncias alheias à sua vontade.

“Consta, ademais, que, agindo também com dolo, o denunciado, quando levado à presença da autoridade policial, com nítida intenção de esconder seu passado criminoso, eis que possui passado pontilhado pela prática de crimes contra o patrimônio e recém havia sido liberado, solto mediante ordem de *habeas corpus* deferido pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado, e, para facilitar a sua liberação, mentiu sobre sua real identidade, alegando chamar-se ‘Claudemir Gonçalves de Souza, brasileiro, solteiro, natural de Chapecó/SC, nascido aos 7-10-1974, filho de Ademir Gonçalves de Souza e de Vera Lúcia



Gonçalves [...]', inclusive assinando, falsamente, os papéis relativos ao flagrante (fls. 5 a 7), descobrindo-se a sua real identidade somente quando deu entrada no presídio local, cometendo, assim, outro delito, em concurso material”.

Instruído o feito, sobreveio a decisão que julgou procedente em parte a denúncia para absolver o acusado da infração do artigo 307 do Código Penal, nos termos do artigo 386, III, do Código de Processo Penal, e condená-lo ao cumprimento da pena de 1 (um) ano de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 6 (seis) dias-multa, como incurso nas sanções do art. 155, *caput*, c/c o art. 14, II, c/c o art. 61, I, todos do Código Penal.

Inconformado com a prestação jurisdicional entregue, apela o Ministério Público, buscando a reforma da decisão para condenar Hugo Eduardo Gonçalves também nas penas do art. 307 do Código Penal.

Apresentadas as contra-razões, ascenderam os autos a este segundo grau de jurisdição, e a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

O recurso merece ser provido.

O apelado foi preso em flagrante delito ao tentar furtar, mediante arrombamento da porta, o veículo GM/Corsa GLS, placa LXU 0396, de propriedade da vítima, que estava guardado na garagem do prédio em que esta mora, na cidade de Balneário Camboriú/SC.

Quando ouvido pela polícia, atribuiu-se o nome falso de Claude-

mir Gonçalves de Souza, tendo inclusive assinado o Auto de Prisão em Flagrante (fl. 10) e Nota de Culpa (fl. 12).

Porém, ao dar entrada no presídio local, foi reconhecido pelos carcereiros como sendo o ex-detento de nome Hugo Eduardo Gonçalves, o que foi devidamente informado ao Juízo (fl. 26).

Analisando-se as certidões de antecedentes criminais que vieram aos autos depois dessa revelação – dois processos por furto qualificado em andamento e um já transitado em julgado (fls. 27 e 28) –, constata-se o porquê de o apelado tentar ludibriar as autoridades.

Quando interrogado pelo Magistrado *a quo*, apesar de ter negado veementemente a tentativa de furto do veículo, o apelado confessou o delito de falsa identidade, nestes termos: “[...] que o réu foi conduzido até a delegacia de polícia, tendo-se identificado com o nome falso; que o réu não lembra com qual nome se identificou; que o réu apresentou nome falso, pois não queria voltar para a cadeia” (fl. 31).

Assim, caracteriza o crime de falsa identidade a conduta do agente que, com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, em proveito próprio ou alheio, declina nome falso ou se faz passar por outra pessoa, sendo dispensável que seu objetivo seja a autodefesa, uma vez que o direito de fugir e de calar a verdade quanto ao fato delituoso não o autoriza a falsear a própria identidade.

Nessa linha, doutrina Damásio E. de Jesus:

“O comportamento incriminado consiste em atribuir-se ou atribuir a



terceiro falsa identidade, isto é, identidade que não corresponde à pessoa a quem é inculcada. O CP pune a conduta de quem, oralmente ou por escrito, irroga a si mesmo ou a terceiro identidade que não reflete a realidade. Tanto comete delito quem atribui a si ou a terceiro identidade de pessoa existente como quem invoca a de pessoa fictícia, ocorrendo, no primeiro caso, substituição de pessoas” (*in* Direi- to Penal, Saraiva: São Paulo, 1993, 4ª ed., vol. IV, p. 86).

Ainda, sobre a matéria suscita- da, este Tribunal já decidiu:

“Falsa identidade – Art. 307 do Código Penal – Agente que visa à au- todefesa – Irrelevância – Condenação mantida.

“Tipifica o delito de falsa identi- dade a conduta do agente que, a fim de obter vantagem de qualquer natu- reza, em proveito próprio ou alheio, faz-se passar por outra pessoa, sendo irrelevante que seu objetivo tenha si- do a autodefesa” (Ap. Crim. n. 1998.002591-5, de São Francisco do Sul, rel. Des. Paulo Gallotti).

Ademais, salienta-se que “o in- frator, num instinto de defesa, pode empreender fuga, p. ex., mas não po- de praticar impunemente ações defini- das como crime na lei penal, como a resistência, o dano, a falsa identidade etc.” (RT 561/339).

Nesses termos, é dado provi- mento ao recurso para condenar Hu- go Eduardo Gonçalves também às pe- nas do art. 307 do Código Penal brasileiro.

Passa-se à aplicação da reprimenda.

Reprovável a conduta típica e antijurídica do acusado, cuja culpabili- dade, de razoável grau, exsurge de forma inequívoca dos presentes au- tos, pela sua vontade livre e conscien- te em atribuir-se nome falso, com a ní- tida vontade de ocultar seu passado criminoso para obter vantagens pro- cessuais e penais. Mentalmente são, logo imputável.

Possuidor de maus anteceden- tes, sua personalidade é voltada à prática de delitos. Conduta social não recomendável, já que não trabalha. O motivo do delito foi o de fugir da per- secução criminal atinente ao crime anterior. As circunstâncias e conse- quências do delito foram normais à espécie.

Analisadas, portanto, as cir- cunstâncias ditas judiciais inseridas no art. 59 do Código Penal, aplica-se ao acusado a pena-base de 4 (quatro) meses de detenção.

Incidente a atenuante da con- fissão, reduz-se a pena para 3 (três) meses de detenção. Presente a agravante da reincidência (fl. 28), acrescentam-se 2 (dois) meses de detenção.

Inexistindo qualquer causa es- pecial de aumento ou diminuição da pena, esta fica definitivamente esta- belecida em 5 (cinco) meses de de- tenção.

Diante da reincidência já men- cionada, a pena privativa de liberda- de irrogada ao acusado pelo crime de falsa identidade deverá ser cumprida em regime semi-aberto, mantida no mais a sentença, inclusive em rela- ção aos benefícios previstos nos arts.

44 e 77 do Código Penal, que lhe foram negados.

Assim, ante o exposto, dá-se provimento ao recurso para condenar o apelado à pena de 5 (cinco) meses de detenção, em regime semi-aberto, por infração ao art. 307 do Código Penal, mantida a sentença quanto ao outro crime e demais cominações dela constantes.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Sou-

za Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 3 de dezembro de 2002.

*Gaspar Rubik,*  
*Presidente, com voto;*  
*Jaime Ramos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL (RÉU PRESO) N. 2003.000555-2, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Jaime Ramos**

*Apelação criminal. Roubo triplamente circunstanciado. Autoria e materialidade amplamente comprovadas. Confissão extrajudicial amparada pelo depoimento da vítima e demais elementos probatórios. Réus encontrados na posse da res furtiva. Inversão do ônus da prova. Desistência voluntária. Participação do réu em todos os atos da execução do crime. Inacolhimento da pretensão. Coação física ou moral irresistível. Sustentação divorciada do contexto probatório. Réu que tem participação ativa em todas as fases do crime. Inocorrência de participação de somenos importância. Concurso formal. Subtração de bens de mais de uma vítima. Pretensão de afastamento da causa de aumento de pena. Impossibilidade.*

*Se os réus admitem, na fase inquisitorial, haver praticado o delito, e suas confissões, embora retratadas em juízo, harmonizam-se com os demais elementos de convicção constantes nos autos, torna-se impossível o acolhimento das pretensões absolutórias deduzidas nos apelos, quanto à autoria.*

*Não há falar em desistência voluntária de parte de um dos réus, se ele participou ativamente do roubo e também da repartição, entre os autores, dos bens subtraídos.*

*A coação física ou moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos*

*existentes no processo. Não basta a simples versão dada pelo pretenso coacto, especialmente quando tinha a opção de, sem qualquer risco de sofrer o mal prometido, não agir conforme a determinação do coator.*

*Não é de somenos importância (CP, art. 29, § 1º) a participação do agente que transporta e coloca barreiras para interceptar a vítima no local do roubo, participa deste ativamente e ainda guarda consigo parte da res furtiva que foi apreendida no terreno de sua residência.*

*Se num mesmo contexto fático há subtração patrimonial atingindo patrimônios de vítimas distintas, caracterizado está o concurso formal de roubos.*

*Receptação dolosa. Alegada inconsciência da origem ilícita do bem. Res furtiva desmontada encontrada na oficina mecânica do réu. Crime caracterizado.*

*Prática receptação dolosa o agente encontrado na posse de motocicleta que lhe foi entregue desmontada, por quem não era seu dono, oriunda de furto comprovado, ainda que se desconheça o respectivo autor, já que é evidente o conhecimento daquele sobre a origem criminosa do bem. Não importa que o recebimento se tenha dado sem proveito econômico para si, apenas para guardar a coisa em favor do co-réu.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.000555-2, da comarca de Chapecó, em que são apelantes Emerson Batistelli e Roberto Carlos Kerbes e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento aos apelos.

Custas na forma da lei.

O Ministério Público da comarca de Chapecó promoveu ação penal contra Aireslauro da Silva, Emerson Batistelli e Roberto Carlos Kerbes, imputando a todos eles a prática do delito previsto no art. 157, § 2º, I, II e III,

do Código Penal (duas vezes); a Aireslauro da Silva, também o crime do artigo 155, *caput*, do Código Penal; e a Roberto Carlos Kerbes, ainda o delito do artigo 180, *caput*, do Código Penal, pelos fatos assim narrados na exordial acusatória:

“No dia 28 de agosto de 1998, por volta das 5 horas, em uma estrada interiorana, que demanda da localidade de Nova Itaberaba, para linha Camboin, nesta comarca de Chapecó, o Sr. Vitorino Golo, ao volante de um veículo Fiat Uno, da empresa Rápido Oeste Ltda., fazia o transporte dos malotes de diversas empresas da região, quando foi surpreendido pela

existência de galhos de árvores, rodas de automóvel e uma tábua com pregos na estrada, obrigando-o a parar o automotor.

“Logo que estagnou o veículo, o referido ‘maloteiro’ foi surpreendido pela ação concatenada e previamente ajustada dos acusados Aireslauro da Silva, Roberto Carlos Kerbes e Emerson Batistelli, que estavam estrategicamente escondidos na beira da estrada (um local ermo e com forte neblina). Assim, todos armados de revólver efetuaram vários disparos contra um dos pneus do automóvel e vidros laterais, tornando impossível qualquer movimentação.

“Com a vítima (Vitorino Golo) impossibilitada de exercer qualquer reação, a fizeram deitar-se ao chão, quando a amarraram e amordaçaram com uma ‘fita crepe’ na boca e, em seguida, subtraíram para si: “[...] todos os malotes que estavam no interior do veículo, compostos de inúmeros cheques do Banco Credialfa [...]”; conforme a extensa relação de fls. 24 a 31.

“Insatisfeitos com a subtração dos documentos creditícios, os ladrões, ainda mais, investiram contra Vitorino Golo, dele subtraindo para si: “[...] uma carteira com documentos, dois anéis e a importância em dinheiro de R\$ 476,00 (quatrocentos e setenta e seis reais) [...]”.

“Ultimada a investida criminosa, os acusados deixaram o local às pressas, ocupando um automóvel Opala Diplomata, pertencente ao denunciado Roberto Carlos Kerbes, e um veículo Volks Saveiro, que pertencia ao infrator Emerson Batistelli.

“A ação criminosa narrada acima foi precedida de prévio ajuste e

preparação dos imputados, que ‘estudaram’ detidamente o trajeto que seria cumprido pelo transportador de valores, pois, inclusive, antes do assalto, procuraram obter informações sobre seu itinerário.

“Usaram os meliantes, para ter sucesso no assalto, de violência e grave ameaça (ao disparar tiros de revólver e amordaçar a vítima), praticando o fato, da mesma forma, contra pessoa que estava em serviço de transporte de valores, e todos tinham prévio conhecimento de tal circunstância.

“No dia 23 de agosto de 1998, por volta das 22 horas, em frente ao bar ‘Parada Obrigatória’, na Av. Getúlio Vargas, nesta cidade de Chapecó, o acusado Aireslauro da Silva subtraiu para si: “[...] uma motocicleta marca Honda CG, 125 Titan, placa LYU 7480 [...]”; que pertencia a Siria Mar Dalla Zen.

“Na mesma época do furto da motocicleta, o acusado Aireslauro dirigiu-se até a propriedade do também denunciado Roberto Carlos Kerbes, que também exerce a profissão de mecânico, no bairro Passo dos Fortes, nesta cidade de Chapecó, onde desmontaram a aludida moto, para posterior revenda a varejo das peças. Parte da motocicleta (já desmontada) foi apreendida pela polícia na propriedade de Roberto Carlos Kerbes, verificando-se que o mesmo recebeu, ocultou, teve em depósito e, principalmente, desmontou, em proveito próprio ou alheio, coisa que tinha ciência provinha da atividade criminosa”.

Concluída a instrução criminal, sobreveio a sentença pela qual se julgou procedente a denúncia para condenar: a) Aireslauro da Silva às penas

de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e pagamento de 21 (vinte e um) dias-multa, pela prática delituosa tipificada no artigo 157, § 2º, incisos I, II e III, c/c o artigo 70, *caput* (por duas vezes), do Código Penal, sendo absolvido da acusação atinente ao art. 155, *caput*, do Código Penal; b) Emerson Batistelli às penas de 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semi-aberto, e pagamento de 17 (dezesete) dias-multa, pela prática delituosa tipificada no artigo 157, § 2º, incisos I, II e III, c/c o artigo 70, *caput* (por duas vezes), do Código Penal; Roberto Carlos Kerbes às penas de 8 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e pagamento de 27 (vinte e sete) dias-multa, como incurso nas sanções dos artigos 157, § 2º, incisos I, II e III, c/c o artigo 70, *caput* (por duas vezes), e 180, *caput*, c/c art. 69, *caput*, todos do Código Penal.

Inconformados, os réus Roberto Carlos Kerbes e Emerson Batistelli apelaram. Aireslauro da Silva deixou passar *in albis* o prazo recursal, tendo a sentença transitado em julgado para ele.

O réu Roberto sustenta não haver provas suficientes para embasar uma sentença condenatória, mas tão-somente indícios, e estes são insuficientes para tal desígnio. Alega que a autoria não restou comprovada e que em seu interrogatório afirmou ter desistido voluntariamente dos atos que seriam praticados pelos comparas quando soube que se tratava de um assalto e não de uma cobrança de dívida.

Requer, caso não seja o entendimento pela absolvição, seja retirada

a causa de aumento do concurso formal, ressaltando que o representante do Ministério Público não a requereu em suas alegações finais.

Por fim, quanto ao crime de receptação, afirma não ter conhecimento da origem ilícita do bem, devendo, por isso, ser absolvido, até porque só fez um favor para o co-réu Aireslauro, guardando a motocicleta desmontada em sua oficina, de modo que não adquiriu nem recebeu a coisa.

Emerson Batistelli sustenta não ter agido com a intenção de praticar a conduta criminosa, porque foi coagido pelo co-réu Aireslauro, que estava armado, a participar da empreitada delituosa. Requer, portanto, a exclusão da culpabilidade pela coação irresistível infligida pelo co-réu Aireslauro, ou a absolvição pela aplicação do princípio *in dubio pro reo* em face da incerteza da intenção do acusado na participação do crime. Em último caso, requer seja avaliada sua participação, alegando que fora de somenos importância.

Com as contra-razões, ascenderam os autos, e nesta superior instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento dos recursos.

É o relatório.

Em que pesem os argumentos expendidos pelas defesas dos apelantes, nenhum dos recursos merece acolhida.

*Do crime de roubo:*

A materialidade do crime ficou cabalmente demonstrada, conforme se depreende do Boletim de Ocorrência de fl. 8, dos Termos de Apreensão de fls. 28 a 40, dos Autos de Avaliação

de fls. 41 a 43 e dos Termos de Reconhecimento e Entrega de fls. 44 a 54.

A autoria atribuída aos apelantes é inconteste ante a amplitude probatória amealhada em ambas as fases do procedimento criminal.

Em depoimento na fase policial, na presença de sua curadora, o réu Emerson Batistelli contou pormenorizadamente a empreitada criminosa (fls. 81 e 82):

“[...] que há cerca de uns dez a quinze dias conheceu o indivíduo de nome Aires, cujo sobrenome desconhece; que conheceu o tal de Aires através do Beto, na oficina deste; que foi o Aires quem teve a idéia de praticarem um assalto ao maloteiro da Cooper Alfa, e que, segundo colocou ao depoente e ao Beto, havia recebido informação de uma pessoa não identificada que o tal maloteiro transportava valores, percorrendo um determinado trajeto diariamente, passando por Nova Itaberaba ainda à noite, e que seria fácil assaltá-lo; que o depoente recebeu a idéia pronta por Beto e Aires, sendo que alegaram precisar de um veículo Saveiro e usaram a do depoente; que na camioneta do declarante foram levadas seis rodas de veículo, recolhidas na oficina de Beto, mais uma caixa vazia medindo cerca de um metro quadrado; que, ao chegar no local, o declarante já encontrou a árvore caída no meio da estrada, apenas desceu e colocou no meio da ramagem da copada da árvore escondida entre as folhagens as rodas que havia levado, a caixa foi posicionada na ponta da galhada da árvore, e encheram de pedras, tendo atravessado a camioneta logo à frente da árvore; que se esconderam no mato e esperaram o ma-

loteiro chegar naquele determinado ponto do caminho; que, o maloteiro ao chegar ali deparou-se com os empecilhos no caminho, tentou engatar ré e voltar, mas o declarante havia colocado uma tábua contendo pregos expostos, com a finalidade de furar os pneus do veículo dele caso conseguisse retroceder; [...] que, após terem dominado o maloteiro, o Aires o amarrou, e o declarante colocou uma fita nos olhos dele [...]”.

Esse depoimento se coaduna de forma substancial com o prestado pela vítima, Sr. Vitorino Golo, conforme se apanha de fl. 209:

“[...] que no dia dos fatos, por volta de 15 (quinze) para as 5 (cinco) da manhã, passava por um local deserto, onde havia sido derrubado mato, o qual foi trazido para dentro da pista, além de uma camionete atravessada na rua, bem como rodas de automóvel e uma tábua atravessada, contendo pregos; parou o veículo, ante a impossibilidade de atravessar a barreira, tendo iniciado marcha à ré; nesse instante, foi abordado por três indivíduos, os quais saíram juntos de dentro do mato encapuzados, dois deles portando revólveres calibre 38, atirando pela frente e pela lateral esquerda do veículo; que foram desferidos seis ou sete tiros; que os três indivíduos retiraram o depoente do veículo, o amarraram de braços no chão e o colocaram dentro do bagageiro do carro; que os assaltantes subtraíram todos os malotes, bem como dois anéis, um de ouro e um de prata, a carteira contendo R\$ 170,00 (cento e setenta reais)”.

O réu Roberto Carlos Kerbes, em depoimento também prestado na fase policial, na presença de duas tes-



temunhas de leitura devidamente identificadas, conforme o disposto no art. 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, acrescentou detalhes do crime (fls. 85 e 86):

“Que o depoente se encontrava em sua oficina trabalhando quando lá chegou o indivíduo seu conhecido, cujo nome é Emerson, em companhia de outro indivíduo que o declarante conhece mas não sabe seu nome; [...] que nesse dia estava com esse amigo dele e conduziam um veículo Saveiro de cor branca, cuja placa não recorda; que convidaram o declarante para acompanhá-los em umas cobranças, mas que fosse com o carro do declarante; que o declarante concordou em acompanhá-los, tendo ido com o seu carro, um Opala Diplomata de cor azul escuro; que, somente no caminho é que Emerson e seu amigo falaram ao declarante que iriam praticar um assalto a um maloteiro que diariamente passava por Nova Itaberaba e carregava valores; que quando o declarante quis dar para trás eles disseram que seria moleza e sem violência; [...] que o declarante levou no interior do seu carro as armas de fogo, sendo uma 7,65, marca Taurus, e um revólver Rossi, calibre 38, armas estas registradas e que sempre tem no interior do seu veículo; [...] que Emerson foi na frente com o amigo dele, cujo nome desconhece, e o declarante seguiu atrás com o seu carro, e, ao chegarem no local, o declarante já encontrou uma árvore caída no meio da estrada, a camioneta estava parada, e eles fora da camioneta; que o declarante posicionou o carro numa entrada, possivelmente entrada de uma propriedade rural; que era de manhã, em horário que não pode pre-

cisar, mas estava muito escuro, e havia muita neblina no local; que o declarante passou as suas armas para Emerson e seu companheiro e permaneceu no interior do seu carro até escutar os disparos; que após escutar os disparos, em torno de quatro disparos, desceu e se aproximou do local, tendo visto um Fiat de cor escura parado, com vidros quebrados, e seus companheiros carregando os malotes do Fiat para a Saveiro e saíram do local; que o declarante percebeu que o maloteiro estava com uma fita nos olhos e que os companheiros o colocavam no porta-malas do carro do próprio maloteiro; que voltaram para casa trazendo os malotes e pararam num terreno, atrás da firma do declarante, onde abriram os malotes; [...] que os cheques o amigo do Emerson escondeu no interior do torno do declarante, no interior da sua oficina [...]”.

Em Juízo, os réus apresentaram versões diferentes, sustentando Emerson Batistelli que teria sido contratado por Aireslauro para fazer um frete com seu carro e que, no decorrer da empreitada, foi informado de que se tratava de um assalto, sendo pressionado a participar deste.

Roberto Carlos Kerbes aduz ter sido convidado por Aireslauro a efetuar uma cobrança no interior de Itaberaba, e que, dando andamento ao combinado, somente depois de algum tempo foi informado pelo co-réu de que se tratava de um assalto, quando desistiu de participar do crime e retornou para casa.

Como se pode observar, os argumentos suscitados pelos réus não possuem assento na prova angariada.



Com ambos os apelantes foram encontrados produtos do roubo, conforme se extrai dos Termos de Apreensão de fls. 29 a 36, não restando dúvidas acerca da autoria do crime. Na oficina do apelante Roberto Carlos Kerbes, conhecido por “Beto”, foram encontrados diversos cheques retirados dos malotes subtraídos da empresa vítima. Encontravam-se escondidos dentro de um torno daquela oficina (Termo de Apreensão de fls. 33 a 36). Também foram encontradas em seu poder as armas do crime: uma pistola Taurus, calibre 7.65; vinte e sete cartuchos de calibre 7.65; e um revólver Rossi, calibre 38, com 7 (sete) cartuchos calibre 38 (Termo de Apreensão de fl. 37). No pátio da residência do apelante Emerson Batistelli, foram apreendidos 127 (cento e vinte e sete) talonários de cheques retirados dos malotes subtraídos da empresa vítima (Termo de Apreensão de fls. 29 a 32). O ônus probatório, nesse caso, inverte-se, cabendo aos apelantes justificar de forma convincente e segura a posse dos bens, o que na hipótese dos autos incoorreu. Não é crível que os apelantes tenham sido “obrigados” a permanecer com a *res furtiva*, conforme alegam, uma vez que a divisão dos bens entre eles se deu pacificamente, logo após a bem arquitetada e sucedida subtração.

A respeito da inversão do ônus da prova, quando a *res furtiva* é apreendida na posse do acusado, tem-se manifestado este Tribunal:

“Processual e penal – Furto – Nulidade – Prova – Posse da *res furtiva* sem justificativa plausível – Presunção da autoria – Recurso despro-

vido – Precedentes jurisprudenciais – CPP, arts. 360 e 156.

“Não se declara nulidade sem demonstração de prejuízo.

“As presunções invertem o ônus da prova, cabendo ao possuidor do objeto furtado a prova da origem da coisa.

“Tem-se como autor do furto aquele que, surpreendido na posse de veículo furtado, não apresenta justificativa plausível” (Ap. Crim. n. 2000.025320-0, de Balneário Camboriú, rel. Des. Amaral e Silva, j. em 20-3-2001).

A pretensão do réu Roberto Carlos Kerbes em ver-se eximido da acusação sob o manto da desistência voluntária não possui o menor respaldo na prova contida nos autos. O acusado teve ampla colaboração no crime e seguiu com os atos de execução até o exaurimento do crime, conforme se pôde inferir dos depoimentos dados pelos co-réus e da apreensão de parte da *res furtiva* em sua oficina mecânica (fl. 33), o que confirma sua confissão extrajudicial.

A desistência voluntária somente se caracteriza quando “o agente, embora tenha iniciado a execução, não a leva adiante, desistindo da consumação” (Mirabete, Julio Fabbrini, Código Penal Interpretado, 2ª ed., Atlas, São Paulo, 2001, p. 154).

Nesse passo, impossível o acolhimento da pretensão.

A vítima, depondo nas fases policial e judicial, deixou claro que eram três os indivíduos que praticaram o assalto, depois identificados como sendo os acusados Aireslauro, Emerson e Roberto, este, então, pre-

sente no local dos fatos. Não houve desistência de parte dele, muito menos voluntária. Após a subtração dos malotes, os três assaltantes foram dividir a *res furtiva* na oficina do próprio Roberto Carlos Kerbes, o “Beto”.

O próprio apelante Roberto Carlos admitiu na fase policial que participou ativamente do roubo, comparecendo ao local com seu Opala, que deixou estacionado na entrada de uma propriedade rural. Segundo o co-réu Emerson (fl. 81), Roberto Carlos e Aireslauro é que portavam o revólver e a pistola com que a vítima foi atemorizada, inclusive com tiros disparados.

Não fora isso tudo, os autos ainda contam com o depoimento de um Cabo da PM Valmor Gosch, responsável pela Delegacia de Polícia de Nova Itaberaba, que viu a camioneta tipo Saveiro ou Pampa do apelante Emerson seguir acompanhada do Opala do apelante Roberto Carlos, na direção do local onde aconteceu o assalto, e depois retornar, passando pela praça daquela localidade. Isso demonstra que os três réus, ocupando ambos os veículos, deslocaram-se juntos para o campo do assalto e também retornaram juntos. Não houve desistência voluntária de parte do apelante Roberto Carlos, antes do início dos fatos ou mesmo durante.

No tocante ao concurso formal, impossível o seu pretenso afastamento como requer o réu Roberto Carlos Kerbes.

Quando da investida criminosa, os réus subtraíram os malotes de propriedade da empresa Credi-Alfa, e, não se dando por satisfeitos, também efetuaram a subtração de bens

de propriedade da vítima Sr. Vitorino Golo. Assim, num mesmo contexto fático, a subtração patrimonial foi efetuada contra duas vítimas distintas. A ação empreendida pelos marginais foi única, porém, diversos foram os resultados, cometendo-se dois crimes, com ofensa a dois bens jurídicos distintos.

A respeito do concurso formal de crimes, no caso, têm orientado os Tribunais:

“Prevalece o concurso formal nos crimes de roubo praticados pelo agente contra a mesma vítima que, no mesmo contexto da violência, sofre dupla violação possessória, alcançando dinheiro e cheques do empregador e bem próprio (jóia que portava), desde que o agente assim procedeu com a consciência de que causava dupla lesão patrimonial” (*in* RT 698/348, TACrimSP, *apud* Mirabete, Júlio Fabbrini. Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 2001, p. 1.125).

O fato de o Ministério Público não haver requerido em alegações finais a condenação pela causa de aumento prevista no art. 70 do Código Penal não importa em sua desconsideração. A denúncia é clara em atribuir aos condenados a prática de dois ilícitos, quando assim narra à fl. 3:

“Insatisfeitos com a subtração dos documentos creditícios, os ladrões, ainda mais, investiram contra Vitorino Golo, dele subtraindo para si: “[...] uma carteira com documentos, dois anéis e a importância em dinheiro de R\$ 476,00 (quatrocentos e setenta e seis reais)”.

E, ao final, quando do pedido de condenação à fl. 4:

“Em assim procedendo, Aires-lauro da Silva, Emerson Batistelli e Roberto Carlos Kerbes infringiram o disposto no artigo 157, § 2º, incisos I, II e III, duas vezes (fatos cometidos contra Vitorino Golo), do Código Penal”.

O réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não dos pedidos feitos pelo Ministério Público em alegações finais. Imperativa a aplicação do princípio da correlação consubstanciado no provérbio latino *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito). O juiz, conhecedor do fato, aplica o direito em sua conformidade. Conclui-se, portanto, inafastável a causa de especial aumento de pena relativa ao concurso formal.

A pretensa coação moral irresistível sustentada pelo réu Emerson, da mesma forma, não guarda harmonia com a prova amealhada. Conforme bem salientou o Magistrado de primeiro grau, nas declarações do informante Nélio Antônio Fracasso (fl. 220) “emerge que foi o próprio réu Emerson quem tomou todas as informações preliminares acerca da atividade da vítima em determinado dia que compareceu à oficina de tal declarante, lá estando o veículo Fiat Uno desta com os adesivos indicadores de que era utilizado para transportes”. A partir dessas informações passou ao planejamento e à execução do crime, já então na companhia dos demais acusados.

Doutra parte, a coação física ou moral, para ser aceita como excluyente de culpabilidade, há de ser irresistível, inevitável e insuperável, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos

existentes no processo. Não basta a simples versão dada pelo pretense coacto, especialmente quando tinha a opção de não agir conforme a determinação do coator, sem que lhe adviesse o mal prometido. Inacolhível, destarte, a argumentação.

Como deflui de seu interrogatório extrajudicial (fls. 81 e 82), o apelante Emerson tinha pleno conhecimento de que iria participar de um roubo ao maloteiro da Cooperativa, levando para o local dos fatos seis rodas de veículos disponibilizadas pelo co-réu Roberto, além de uma caixa de madeira, que colocaram na estrada interiorana por onde iria passar a vítima. Também alinharam ramagem da copada de uma árvore e uma tábua com pregos expostos para furar os pneus do veículo da vítima. Também atravessou sua camioneta. Quando a vítima chegou, Emerson participou ativamente da subjugação dela e da subtração dos malotes, embora não trouxesse arma consigo. Depois fizeram a divisão dos bens subtraídos, na oficina do apelante Roberto, cabendo a Emerson os talonários de cheques, que guardou no pátio de sua casa, onde foram apreendidos.

O réu Emerson também busca a redução da pena ao argumento de que sua participação no evento foi de menor importância (art. 29, § 1º). Como já mencionado, o próprio réu encarregou-se de tomar todas as informações preliminares acerca da atividade da vítima. Com seus comparas, dirigiu-se ao local dos fatos na madrugada, levando na sua camioneta as rodas e a caixa grande de madeira, que colocaram no leito da estradinha, para interceptar a vítima.

Aguardaram a chegada da vítima e efetuaram de forma organizada a subtração dos valores.

Visto tratar-se de concurso de pessoas, não há distinguir a participação de menor importância quando todos objetivam o mesmo resultado ao final obtido. Havendo comunhão de vontades e atos de conduta que levem ao resultado proposto, todos respondem solidariamente pelos atos praticados.

A participação de somenos importância prevista no art. 29, § 1º, CP, conforme ensina Julio Fabbrini Mirabete, “é aquela secundária, praticamente dispensável, e que, embora dentro da causalidade, se não prestada, não impediria a realização do crime” (Código Penal Interpretado, Atlas, 2001, São Paulo, p. 260).

Colhe-se da jurisprudência:

“Participação de menor importância. Inocorrência. Inviabilidade da redução da reprimenda.

“Quando a conduta do co-réu, que participou ativa e eficazmente da perpetração do roubo e do latrocínio, é de fundamental importância para o êxito da empreitada criminosa, não se o pode beneficiar com a causa geral de diminuição da pena estampada no art. 29, § 1º, do Código Penal” (Ap. Crim. n. 2001.022357-0, da Capital, rel. Des. Sérgio Paladino, j. em 26-2-2002).

Desse modo, o réu Emerson, longe de simples coadjuvante, foi um protagonista fundamental para a prática da empreitada criminosa, empenhando-se de forma organizada com os demais comparsas, o que afasta a causa de diminuição de pena que pretende alcançar.

*Do crime de receptação dolosa:*

O delito é atribuído somente ao réu Roberto Carlos Kerbes, que teria receptado uma moto de propriedade da vítima Siria Mar Dalla Zen, furtada pelo co-réu Aireslauro em data diversa do crime de roubo.

O réu sustenta que não adquiriu nem recebeu o bem, mas que somente fez um favor para o co-réu Aireslauro, que deixou em sua oficina a moto para depois retirá-la, não tendo ciência da origem ilícita do bem.

A materialidade do crime exsurge do Boletim de Ocorrência de fl. 26 e do Termo de Apreensão de fl. 40.

A autoria também é incontestada, uma vez que foram encontradas as peças oriundas do desmonte da motocicleta na oficina do acusado. Este admite que a motocicleta desmontada se encontrava em sua oficina.

A alegação de que não possuía consciência da origem ilícita do bem não pode de forma alguma subsistir. No crime de receptação dolosa, não se exige prova direta da ciência da origem criminosa, é suficiente a posse de coisa, produto de furto, cometendo ao possuidor comprovar a origem ilícita do bem, o que no caso não se efetivou.

Colhe-se da jurisprudência:

“Crimes contra o patrimônio – Receptação qualificada – Recurso objetivando a absolvição – Impossibilidade – Índícios que demonstram ter o réu ciência da origem ilícita do objeto — Dolo caracterizado – Excesso na aplicação da pena – Inocorrência – Recurso defensivo improvido – Sentença mantida.

“Na receptação, a apreensão da coisa subtraída em poder do agen-

te gera presunção de sua responsabilidade, invertendo-se o ônus da prova, impondo-se justificativa inequívoca, assim, se esta for dúbia e inverossímil, transmuda-se a presunção em certeza, autorizando, assim, a condenação' (TACrimSP – Ap. n. 1.059.911/3)" (TJSC – Ap. Crim. n. 2002.018487-5, de Criciúma, rel. Des. Sérgio Roberto Baasch Luz, j. em 19-11-2002).

Proprietário de uma oficina de veículos, o apelante Roberto Carlos tinha plenas condições de saber que a motocicleta demonstrada que recebera, ainda mais sem o *chassis* identificador do veículo, era procedente de atividade criminosa, até porque Aireslauro a deixou no local com o objetivo de vendê-la ao próprio Roberto Carlos, cuja motocicleta tinha sido avariada em acidente, e cabia ao último certificar-se da origem lícita da coisa que estava adquirindo (declarações do próprio Roberto Carlos, na presença de seu Advogado, à fl. 87, na fase inquisitorial).

A alegação do apelante Roberto Carlos de que não adquiriu nem recebeu para comprar a motocicleta furtada não desnatura o crime de re-

ceptação dolosa, pois um dos seus verbos é "receber", independentemente do ânimo de adquirir a coisa ou não. "Receber" para guardar, ainda que de favor para terceiro, também configura o crime.

Portanto, se os réus admitem haver praticado o delito na fase inquisitorial, e as confissões, embora retratadas em Juízo, harmonizam-se com os demais elementos de convicção constantes nos autos, torna-se impossível o acolhimento das pretensões absolutórias deduzidas nos apelos. De igual forma, impossível acolher as demais pretensões que visam à redução das penas.

Diante do exposto, nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 2003.

*Gaspar Rubik,*  
*Presidente, com voto;*  
*Jaime Ramos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 2003.002299-6, DE PONTE SERRADA**

**Relator: Des. Jaime Ramos**

*Apelação criminal – Crimes dolosos contra a vida – Homicídios qualificados – Consumado e tentado – Tribunal do júri – Nulidade por contradição nas respostas dos jurados aos quesitos – Falta de alegação no momento oportuno – Preclusão – Contradição, aliás, inócurrenente – Decisão reputada manifestamente contrária à prova*

*dos autos – Inocorrência – Pena-base exacerbada e acréscimo oriundo de agravante incompatível com o privilégio reconhecido pelo júri – Redução – Mínima diminuição para os homicídios privilegiados – Decisão correta – Recurso parcialmente provido.*

*As nulidades do julgamento em plenário devem ser argüidas logo depois de ocorrerem; caso contrário, considerar-se-ão sanadas (CPP, arts. 571, VIII, e 572, I). Não fora isso, as respostas divergentes apontadas pela defesa referem-se a crimes distintos e não ao mesmo delito em votação, de modo que não se pode falar em contradição, porque, ainda que praticados em circunstâncias semelhantes, são infrações autônomas, e cada uma apresenta suas peculiaridades – tanto que os jurados poderiam ter absolvido o réu de um crime e tê-lo condenado pelo outro, nem por isso se poderia falar em contradição em suas respostas.*

*Não é manifestamente contrária à prova dos autos a decisão do Conselho de Sentença, corroborada por diversos elementos de convicção colhidos na instrução, de que o réu estava na varanda de sua casa quando desfechou tiros de espingarda contra as vítimas que permaneciam, sem armas de fogo, no pátio da casa delas, de modo que não havia qualquer risco para aquele e sua família, daí por que não poderia mesmo ter sido aceita a sua tese de legítima defesa putativa, seja para o homicídio consumado, seja para o tentado. Em face do princípio constitucional da soberania dos veredictos do conselho de sentença, a renovação do julgamento só ocorre quando a decisão dos jurados se encontra plenamente dissociada das vertentes probatórias constantes nos autos, o que não ocorreu no caso.*

*Sendo totalmente favoráveis ao réu as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, a pena-base deve ser fixada no seu mínimo legal, desprezando-se as circunstâncias tidas como desfavoráveis, mas que, na verdade, são elementos do próprio crime.*

*O art. 484, parágrafo único, III, do Código de Processo Penal, impõe ao juiz a elaboração de um quesito obrigatório quanto às atenuantes genéricas, e não quanto às agravantes também genéricas; estas só devem ser quesitadas se articuladas no libelo ou se resultarem conhecidas dos debates em plenário (incisos I e II do citado preceito), e tal não ocorreu na espécie. Não pode ser formulado, portanto, quesito quanto à existência de agravantes genéricas. Além disso, em face da resposta positiva dos jurados, que consideraram*



*presentes circunstâncias agravantes em desfavor do réu, o Juiz Presidente, na dosimetria da pena, considerou aplicável ao caso a circunstância do motivo fútil (Código Penal, art. 65, II, a), que é incompatível com a tese defensiva do homicídio privilegiado (CP, art. 121, § 1º), acolhida pelos jurados. Cabe, pois, excluir da condenação a agravação decorrente dessa circunstância.*

*A diminuição de pena ditada pelo art. 121, § 1º, do Código Penal deve ser estabelecida no mínimo possível (1/6), quando as circunstâncias do crime evidenciarem que o homicídio privilegiado reconhecido pelos jurados não tem sustentação na prova dos autos ou se encontra escorado em muito tênue vertente probatória, ressaltando grande desproporção entre a conduta ofensiva do réu e a atitude da vítima.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2003.002299-6, da comarca de Ponte Serrada, em que é apelante Sebastião Trada de Lima, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, na comarca de Ponte Serrada, promoveu ação penal contra Sebastião Trada de Lima, por infração aos arts. 121, § 2º, II e IV, 121, § 2º, II e IV c/c o art. 14, II, todos do Código Penal, e ao art. 10, *caput*, da Lei n. 9.437/97.

Extrai-se da denúncia que em 22-1-2002, no pátio da Serraria Tozzo, na localidade de Linha Bela Planície, em Passos Maia, Sebastião Trada de Lima, com evidente *animus necandi*, atirou com uma espingarda marca Rossi, calibre 28, contra a vítima José Maria Sales, o que causou a este as lesões corporais descritas no auto de

exame cadavérico de fl. 8, causa eficiente de sua morte. Momentos após, o denunciado efetuou outro disparo, também com *animus necandi*, contra a vítima Maria Eloína Rodrigues, causando as lesões do laudo de fl. 55; Maria Eloína só não morreu por circunstâncias alheias à vontade do agente. Os crimes foram cometidos de forma a tornar impossível a defesa das vítimas, pois elas não puderam esboçar qualquer reação à investida mortal que sofreram, e por motivo fútil, qual seja, uma discussão travada no local de trabalho entre a vítima Maria Eloína e o filho do denunciado, Antônio Marcos de Lima. Para possuir a arma do crime, uma espingarda, evidentemente o denunciado a havia adquirido e a tinha em depósito onde residia antes do crime, sem autorização.

Instruído o feito, pronunciado e libelado, o réu foi julgado pelo Tribunal do Júri e condenado à pena de 19 (dezenove) anos de reclusão, em regime integralmente fechado, por infração aos arts. 121, §§ 1º e 2º, IV, e



121, §§ 1º e 2º, IV, c/c o art. 14, II, do Código Penal.

Inconformado, o réu apelou. Postula a anulação do julgamento, sob a alegação de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos, e de que foi contraditório o resultado da votação dos quesitos. Requer, alternativamente, a redução da pena.

A Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

É o relatório.

O recurso é provido em parte, apenas para se reduzir a pena imposta ao apelante.

Analisa-se, inicialmente, a alegação de nulidade do julgamento. O apelante alega que o julgamento é nulo em face da ocorrência de contradições na votação das duas séries de quesitos relativos ao primeiro homicídio, o consumado, praticado contra José Maria Sales, e, ao segundo homicídio, tentado, que se praticou contra Maria Eloína Rodrigues Sales.

Estas são, em síntese, as contradições apontadas pela defesa: 1) a autoria e a materialidade do primeiro homicídio foram reconhecidas por unanimidade (quesitos ns. 1 e 2 da 1ª série), mas, no segundo, elas foram reconhecidas por seis votos a um (quesitos ns. 1 e 2 da 2ª série), o que não se pode admitir, já que tanto a acusação quanto a defesa sustentaram no transcorrer do processo que a autoria e a materialidade são inegáveis nos dois crimes; 2) a tese defensiva de legítima defesa putativa própria foi afastada por cinco votos a dois no homicídio consumado (1ª série,

quesito n. 3), ao passo que no homicídio tentado os jurados repeliram a tese por quatro votos a três (2ª série, quesito n. 3), situação que, segundo o apelante, é incoerente, porque os dois crimes foram cometidos em circunstâncias idênticas; 3) os quesitos relativos à legítima defesa putativa de terceiro (quesito n. 10 das duas séries) foram bem votados nos dois crimes, com quatro votos (sim) e três votos (não); mas foi incoerente afastar-se a iminência da agressão das vítimas (quesito n. 11 das duas séries), porque a defesa, em plenário, ressaltou que o réu acreditava estar na iminência de sofrer uma injusta agressão, tanto que, se a agressão não fosse iminente, seria caso de legítima defesa real de terceiro, e não de legítima defesa putativa de terceiro; 4) ainda quanto à votação da tese de legítima defesa putativa de terceiro, verificou-se algo que a defesa chamou de “aberração”: a atualidade da agressão foi negada, no primeiro crime, por quatro votos a três (quesito n. 12 da 1ª série), enquanto que no segundo crime os jurados decidiram positivamente, por cinco votos a dois, quanto à atualidade da agressão (quesito n. 12 da 2ª série), mas, na seqüência, os jurados entenderam, por quatro votos a três, que não era injusta a agressão da vítima Maria Eloína (quesito n. 13 da 2ª série); 5) a votação do privilégio também foi contraditória, porque, quanto ao primeiro homicídio, os jurados acolheram a tese pelo fato de o réu haver praticado o crime por motivo de relevante valor moral (quesito n. 17 da 1ª série), e no segundo homicídio a tese do privilégio foi reconhecida não com base no motivo de relevante valor moral, mas na violenta emoção logo

após injusta agressão da vítima (quesitos ns. 17 e 18 da 2ª série), fato que nem sequer foi alegado pela defesa em plenário; 6) as atenuantes específicas quanto ao primeiro homicídio foram reconhecidas por seis votos a um (quesito n. 22 da 1ª série) e afastadas por quatro votos a três no segundo homicídio (2ª série, quesito n. 22); e 7) no homicídio consumado, reconheceu-se a ocorrência de agravantes por cinco votos a dois (quesito n. 21 da 1ª série), e, no tentado, os jurados as afastaram, por cinco votos a dois (quesito n. 21 da 2ª série).

Essas contradições, segundo o apelante, demonstram que pelo menos um jurado laborou sempre em equívoco, o que representa grande prejuízo ao réu, já que a tese de legítima defesa putativa de terceiro foi repelida por apenas um voto.

Segundo a ata de julgamento de fls. 286 a 288, a defesa não se insurgiu contra o tema já na ocasião em que os quesitos foram votados; a suposta irregularidade, portanto, foi sanada, diante da preclusão, nos termos do art. 571, VIII, c/c o art. 572, ambos do Código de Processo Penal.

Tem-se decidido:

“A parte que se sentir prejudicada por nulidade em plenário porventura existente deve manifestar seu inconformismo logo após a ocorrência, sob pena de preclusão. Entendimento do artigo 571, VIII, do CPP” (STJ – RSTJ 109/247; *idem* RSTJ 89/460).

“Júri. Nulidade. Inocorrência. Alegação de irregularidades ocorridas durante o julgamento. Ausência de protesto na oportunidade adequada.

Preliminar rejeitada” (TJSP – JTJ 215/319).

“Júri [...] Nulidades ocorridas durante a sessão devem ser argüidas antes de seu encerramento. Preclusão que não se afasta sem prova cabal de prejuízo” (TJRS – RJTERGS 186/126).

De qualquer forma, não procede a alegação, porque as diferenças nas respostas dos jurados não ensejam uma contradição capaz de inquirir de nulidade a votação. Lembra-se que se está tratando de crimes de homicídios distintos, um consumado e o outro tentado; assim, é plenamente admissível que haja resultados conflitantes nas votações, ainda que os delitos tenham sido praticados em circunstâncias semelhantes. Não se pode exigir que sejam idênticos os resultados das votações de quesitos de crimes diferentes, pois do contrário nem mesmo seriam necessárias as duas séries de quesitos relativas a cada um dos homicídios.

A contradição nas respostas dos quesitos a que se refere o parágrafo único do art. 564 do CPP, para causar a nulidade do julgamento, deve referir-se, obviamente, à votação dos quesitos da série relativa ao mesmo crime, e não a crimes distintos. Tanto é assim que o conselho de sentença poderia, por exemplo, considerar o réu culpado pelo primeiro homicídio, mas absolvê-lo do segundo crime, ou vice-versa, e não seria caso, evidentemente, de contradição entre as respostas dos quesitos.

E, mesmo que se admita que um dos jurados tenha demonstrado incoerência nos seus votos, ainda assim não se pode falar em nulidade,

porque as decisões do tribunal do júri são tomadas por maioria. Sobre o tema, decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“Processo penal. Júri. Respostas. Quesitos. Contradição. Conselho de Sentença. Jurado. Art. 489 do CPP.

“1. O preceito do art. 489 do Código de Processo Penal objetiva impedir a contradição nas respostas proferidas pelo Conselho de Sentença, sob pena de nulidade, sendo irrelevante a incoerência de um dos jurados, pois as decisões do Tribunal do Júri são tomadas por maioria de votos.

“2. Recurso especial não conhecido” (STJ – 6ª Turma – REsp n. 132.809/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJU 9-11-1998, p. 180).

Por outro lado:

“O fato de ter o jurado votado, a princípio, favoravelmente à tese da defesa e, depois, pelo reconhecimento de qualificadora do homicídio não induz contradição do julgamento. Como é sabido, as deliberações do júri são tomadas por maioria e somente quando esta responde contraditoriamente é que ocorre a nulidade. Assim, não se há de invalidar o julgamento da maioria pela eventual incoerência de votos minoritários” (RT 585/300; *idem* RT 392/103).

Afasta-se, portanto, a preliminar.

Quanto ao mérito, ressalta-se, inicialmente, que o defensor, na interposição do recurso, fundamentou seu recurso na alínea *d* do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal e alegou que a sentença combatida era contrária à prova dos autos, mas nas razões de recurso não che-

gou a discorrer sobre o assunto. Mesmo assim, essa alegação de mérito será analisada, em atenção ao princípio constitucional da plenitude de defesa, que deve nortear o julgamento dos processos de competência do Tribunal de Júri (Constituição Federal, art. 5º, XXXVIII, a).

Não assiste razão ao apelante, porque a decisão dos jurados não foi proferida de forma manifestamente contrária à prova dos autos. O Conselho de Sentença, ao repelir as teses defensivas de legítima defesa putativa própria ou de terceiro, acolheu uma das conclusões possíveis diante do conjunto probatório.

A Sebastião Trada de Lima se imputa a prática de dois homicídios em concurso material, o primeiro consumado, contra José Maria Sales, e o segundo na forma tentada, contra Maria Eloína Rodrigues Sales, bem como a do crime de porte ilegal de arma, do qual os jurados o absolveram.

A materialidade está comprovada pelo auto de exame cadavérico de fl. 8 e pela certidão de óbito de fl. 11, quanto ao crime cometido contra José Maria, e pelo auto de exame de corpo de delito de fl. 55, relativamente à vítima Maria Eloína.

A autoria também foi confessada pelo réu, já desde a fase policial, em que, na presença de advogado, apresentou a seguinte versão: no dia dos fatos, chegava em casa do trabalho por volta das 12 horas e encontrou José Maria e sua esposa, Maria Eloína, indo em direção à casa dele, gritando do portão da casa deles que queriam matar o pessoal da casa; José Maria estava armado de um facão,

e Maria Eloína, de uma foice. Em razão disso, o acusado se armou de uma espingarda, para assustar as vítimas e tentar afastá-las dali, mas elas continuavam avançando; quando José Maria já havia ultrapassado o portão, quase alcançando a rua, o acusado assustou-se, pensando que o casal não pararia, e então o réu desferiu um tiro contra José Maria. Este tentou retornar para casa e caiu pelo lado de dentro do portão. Maria Eloína, armada com a foice, continuou se aproximando; o réu lhe pedia que parasse e retornasse para casa, mas, como ela não atendia, Sebastião atirou também em Maria Eloína, que então retornou para a residência dela. O acusado alegou que queria apenas assustar, mas acabou acertando os dois tiros, e acrescentou que, como sua família é numerosa, teve medo de que pudesse acontecer alguma coisa com seus filhos, fugiu do local na companhia de seu filho Antônio Marcos (fl. 23).

No interrogatório (fls. 71 e 72) e em plenário (fls. 257 a 259) Sebastião manteve a versão.

Os depoimentos de Marlene Bastos de Lima e de Antônio Marcos de Lima corroboram a versão do réu. Marlene, esposa do réu, e Antônio Marcos, filho dele, também afirmaram, em síntese, que José Maria e Maria Eloína, armados, respectivamente, com um facão e com uma foice, avançavam contra a casa da família de Sebastião; este lhes pedia que parassem, mas, como não atendiam, o réu desferiu um tiro de espingarda contra José Maria, que já se encontrava quase fora do portão de sua casa, e, ao ser atingido, encaminhou-se para dentro do terreno. Em seguida, co-

mo Maria Eloína igualmente não parava de avançar contra a casa do réu, este disparou um tiro de espingarda contra ela também (fls. 19 e 20). Luiz Carlos Bastos de Lima, outro filho do réu, confirmou no inquérito que as vítimas, armadas de foice e facão, avançavam contra a casa de seu pai; mas ele não chegou a presenciar o desfecho da situação, porque fugiu do local, e apenas ouviu os tiros de longe (fl. 21).

Foram arrolados como testemunhas de defesa Adão Liboni, Antônio Rodrigues, Ricardo Rodrigues, Maria Filomena Alves, Irma de Andrade e Ezequiel Rodrigues dos Santos. Estes três últimos nada acrescentaram quanto aos fatos imputados ao réu, porque não os presenciaram; apenas afirmaram que Sebastião é um homem trabalhador, honesto e tranqüilo (fls. 129 a 132).

No inquérito, Adão Liboni afirmou que é vizinho das famílias do réu e da vítima, e que no dia dos fatos estava-se preparando para almoçar, quando ouviu um disparo de arma de fogo, e logo em seguida gritos; ele e sua esposa foram à janela e viram José Maria caído, dentro do cercado da sua casa, próximo à escada. Pouco depois, ouviu o segundo tiro, mas na hora não soube se o disparo atingiu alguém (fl. 50). Também no inquérito, Ricardo Rodrigues, de 15 anos, vizinho do réu e das vítimas, disse ter percebido que Maria Eloína xingava Antônio Marcos, que não dava ouvidos a ela; enquanto almoçava, por volta das 12h, Ricardo ouviu um tiro, foi à janela e viu José Maria caindo; voltou para dentro, continuou almoçando e ouviu mais um disparo, e em

seguida gritos dos vizinhos (fl. 53). Ainda na delegacia, Antônio Rodrigues, pai de Ricardo e também vizinho das vítimas e do réu, disse que, enquanto almoçava, ouviu dois tiros e gritos de vizinhos, foi à janela e viu muitas pessoas reunidas na casa de José Maria. Por fim, acrescentou ter visto José Maria caído próximo à porta da casa deste.

Em Juízo, Adão Liboni manteve suas declarações: disse que apenas ouviu os tiros, e não viu se as vítimas estavam armadas na ocasião (fls. 118 e 119). Já Ricardo Rodrigues reiterou que não chegou a presenciar os fatos, apenas os ouviu de dentro de sua casa. Escutou as vítimas falarem alto e mencionarem que pretendiam matar o acusado. Apesar de Ricardo não ter presenciado os fatos, notou que as vítimas, enquanto discutiam, só não saíram de dentro do cercado da sua casa por intervenção de seu sobrinho, Luciano Quadros; percebeu também que José portava um facão e Maria Eloína estava armada de uma foice (fls. 114 e 115). Antônio Rodrigues confirmou que não presenciara os fatos narrados na denúncia, porque na ocasião estava almoçando com a família. Ouviu dois disparos, e também ouviu que José Maria dava “planchaços” de facão no cercado de sua casa; e escutou uma discussão entre José Maria e seus próprios familiares, que não queriam deixá-lo sair para a rua. Durante a discussão, as duas vítimas diziam que queriam matar o acusado (fls. 116 e 117).

Esses são os elementos probatórios que dão respaldo à versão do réu. Mas constam nos autos elementos probatórios que permitem adotar-se um posicionamento distinto da

versão do acusado, como se passa a demonstrar.

Na Delegacia, Cilmara Aparecida Rodrigues da Silva, sobrinha das vítimas, afirmou que no dia dos fatos as vítimas chegavam em casa para almoçar, por volta do meio-dia, quando a esposa e dois filhos do réu saíram até o portão da casa e começaram a destratar as vítimas, dizendo que ali tinha homem; Marcos estava armado com um pedaço de pau, Carlos com uma faca e Marlene com um martelo. Em razão disso, José Maria se armou de um facão e disse que não os deixaria entrar na sua casa, e iria se defender e foi até a porta da casa, quando Sebastião lhe deu um tiro de espingarda, e a vítima caiu em frente à casa. Quando o tiro foi desferido, a esposa e os filhos do réu já estavam afastados. Em seguida, Sebastião efetuou mais um disparo contra Maria Eloína (fl. 14).

Luciano de Quadros (fl. 15), Celso Sales (fl. 16) e Laércio Krauss (fl. 22) não chegaram a presenciar os fatos; apenas ajudaram a socorrer as vítimas.

Ana Cláudia Sales, filha das vítimas, com 14 anos à época dos fatos, disse que seus pais chegaram do serviço ao meio-dia, e sua mãe contava ao marido da discussão que tivera com Marcos de Lima no serviço. José Maria foi até a porta pedir explicações sobre o fato e deparou-se com a esposa e dois filhos do acusado, armados com um pedaço de pau, um martelo e uma faca, enquanto Sebastião permanecia na varanda de sua casa com uma espingarda nas mãos. Marcos deu uma paulada no portão da casa, então José Maria saía pela porta armado de um facão e nesse momento

recebeu um tiro de espingarda desferido pelo réu; o pai da informante caiu em frente à casa. Ana Cláudia saiu correndo para avisar os parentes e ouviu outro disparo de arma de fogo, aquele que atingiu sua mãe (fl. 17).

Josemar Sales, também filho das vítimas e com 12 anos de idade na ocasião, afirmou que Marcos de Lima, filho do réu, foi até o muro da casa das vítimas, armado com um pedaço de pau, deu uma paulada no portão e chamava o pai do informante, José Maria, para brigar. Este, então, armou-se com um facão e foi até a porta, quando recebeu um tiro de espingarda, desferido pelo réu, e caiu na frente da casa (fl. 18).

Terezinha Borges de Jesus, no inquérito, nada acrescentou sobre os fatos, porque não os presenciou, apenas ouviu os tiros enquanto almoçava.

A vítima do homicídio tentado, Maria Eloína Rodrigues Alves, na delegacia, afirmou que nunca havia brigado com seu vizinho, mas no dia dos fatos Marcos, filho de Sebastião, “mexeu” com ela no local de trabalho de ambos. Ao voltar para casa, no almoço, cientificou o marido da discussão ocorrida; José Maria, então, disse que queria conversar com Marcos sobre o motivo de ele ter “mexido” com Maria Eloína, e foi até a porta, de onde conversou com Sebastião, que estava na varanda da sua casa. Sem deixar José Maria falar, o denunciado já efetuou um disparo contra ele; a vítima caiu fora da casa, já sem vida. Quando a informante foi tentar socorrê-lo, Sebastião disparou contra ela, atingindo-a na cabeça, nas costas e na perna esquerda (fl. 52).

Em Juízo, Ana Cláudia chegou a dizer, diversamente do que afirmara na delegacia, que seu pai não havia-se armado com facão, mas em seguida se retratou: disse que seu pai, ao ver Marcos dando ripados na cerca da casa das vítimas, armou-se com um facão, mas não chegou a ir além da porta, justamente em razão da presença de Marcos no portão (fls. 101 e 102). Josemar, por sua vez, afirmou que Marcos foi ao portão da casa das vítimas com uma ripa de madeira, mas nessa ocasião disse que seu pai não estava armado com um facão (fls. 103 e 104).

Maria Eloína, em Juízo, ouvida na qualidade de informante por ser vítima, manteve a versão afirmada na delegacia: disse que Marcos de Lima estava no portão de sua casa, armado de uma ripa de madeira, e que José Maria nem chegou a conversar com Marcos sobre o ocorrido, porque antes disso já recebeu um tiro de Sebastião. Também afirmou que seu marido não portava um facão (fls. 99 e 100).

Após essa análise, conclui-se que da prova dos autos defluem duas versões distintas acerca dos fatos imputados a Sebastião Trada de Lima. Segundo a defesa, o réu disparou os tiros em José Maria e Maria Eloína apenas com o objetivo de assustá-los, porque eles avançavam contra os filhos de Sebastião, o primeiro armado de um facão e a segunda, de uma foice. As provas que respaldam essas alegações são os depoimentos do próprio réu, de sua esposa, Marlene, e do seu filho Marcos. Trata-se, bem se vê, de uma tese de legítima defesa.

José Maria e Maria Eloína, segundo a defesa, foram atingidos quan-



do estavam no portão de sua casa, já quase chegando à rua, e depois se dirigiram para dentro do terreno, ou para lá foram levados por familiares.

Dentre as testemunhas de defesa, apenas Ricardo Rodrigues confirmou ter visto Maria Eloína portando uma foice e José Maria, um facão (fl. 114). Ressalta-se, porém, que Ricardo foi muito claro ao dizer que não chegou a presenciar os fatos, só os ouviu, porque estava almoçando em sua residência. Já Antônio Rodrigues, quanto a essas armas, disse que não viu, apenas ouviu José Maria dando “planchaços” de facão na cerca de sua casa (fl. 114). Adão Liboni, por sua vez, disse expressamente que “não viu se as vítimas portavam alguma arma no momento em que foram atingidas” (fl. 118).

Segundo a outra versão que exsurge das provas colhidas, Maria Eloína contou a seu esposo da discussão que tivera com Antônio Marcos no trabalho, e este se encontrava no portão da casa das vítimas com uma ripa de madeira e dava pauladas na cerca, chamando José Maria para a briga; José Maria, então, armou-se de um facão e, já na porta de sua casa, recebeu um tiro de espingarda de Sebastião, que se encontrava na varanda de sua casa. Essa versão dos fatos se embasa, principalmente, no depoimento da vítima Maria Eloína e de seus filhos Ana Cláudia e Josemar. Também encontra respaldo nas fotografias tiradas durante a reconstituição do crime, já que a fotografia de fl. 47 demonstra que havia marcas de projéteis na porta da casa das vítimas, e que não havia marca semelhante na cerca da casa, segundo a

fotografia de fl. 45, o que permite concluir que o réu atirou nas vítimas enquanto elas permaneciam no interior do pátio cercado da casa delas, junto à porta que também foi atingida pela saraivada de chumbos oriunda dos dois disparos de espingarda.

Em conseqüência, não havia mesmo como acolher a legítima defesa putativa argüida em plenário, até porque não havia circunstância objetiva que autorizasse o réu a supor que ele ou algum familiar seria agredido por qualquer das vítimas, ainda que estas pudessem estar portando o facão e a foice, como declarado nos autos. O que havia, até então, era uma alteração decorrente da provocação que o filho do réu, Antônio Marcos, havia feito à vítima Maria Eloína no local de trabalho. Era compreensível que as vítimas se indispussem contra tal estado. Não seria compreensível que elas partissem para a agressão. Mas não o fizeram. Permaneceram em bravatas dentro do cercado de suas casas, enquanto o filho do réu dava pauladas no portão, e o réu, do alto da varanda de sua casa, que se posicionava em plano mais alto do que a casa das vítimas, desferiu os dois tiros de espingarda e matou José Maria Sales com 81 (oitenta e um) chumbos que o atingiram na região frontal, no tórax, no abdome e no membro superior esquerdo; e tentou contra a vida de Maria Eloína, que foi atingida por diversos chumbos na região posterior do tórax (auto de exame de corpo de delito de fl. 55), vale dizer, atingida nas costas.

Se do conjunto probatório dos autos exsurgem duas conclusões possíveis quanto aos fatos imputados ao



rêu, e o tribunal do júri adota uma dessas versões, então o princípio constitucional da soberania dos veredictos, consagrado pela Constituição Federal no art. 5º, XXXVIII, c, determina que a decisão dos jurados seja respeitada. Só se poderia falar em decisão manifestamente contrária à prova dos autos se a opção do conselho de sentença de afastar a tese de legítima defesa putativa fosse visivelmente arbitrária, incoerente, destoante de todo o contexto probatório, o que não ocorre na hipótese ora em exame, posto que, como se expôs, o veredicto dos jurados encontra respaldo nas provas dos autos.

Nesse sentido é a lição de Julio Fabbrini Mirabete:

“Afinal, o art. 593, III, d, prevê a apelação para a decisão do Tribunal do Júri quando a decisão dos jurados for manifestamente contrária à 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 autoriza 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 essa eventualmente a melhor decisão” (Código de Processo Penal Interpretado, 8ª ed., São Paulo, Atlas, 2001, p. 1.252).

A jurisprudência deste Tribunal não discrepa:

“Júri — Homicídio simples — Teses de negativa de autoria e homi-

cídio culposo — Roleta-russa — Decisão contrária à prova dos autos — Inocorrência — Duplicidade de versões — Veredicto com suporte no conjunto probatório — Princípio da soberania do júri popular — Condenção mantida. Encontrando o veredicto dos jurados suporte em uma das versões existentes no processo, corroborada por declarações de testemunhas, impossível reconhecê-lo como manifestamente contrário à prova dos autos” (TJSC – 2ª Câmara Criminal. – Ap. Criminal. n. 2002.009157-5, de Lages, rel. Des. Irineu João da Silva, j. 27-8-2002).

“Apelação criminal – Tribunal do júri – Homicídio consumado – Reconhecimento pelo conselho de sentença da legítima defesa putativa – Anulação do julgado – Impossibilidade – Decisão que não afronta a prova dos autos – Recurso desprovido. Somente se cogita em anulação do Júri, por ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos, quando ela refugir, às escâncaras, do contexto probatório, afrontando a prova. Existindo duas versões nos autos, pode o Conselho optar por qualquer uma delas, não se podendo intervir em sua decisão” (TJSC – 1ª Câmara Criminal. – Ap. Criminal. n. 2002.005131-4, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Solon d’Eça Neves, j. 18-6-2002).

A decisão dos jurados não se dissocia das provas dos autos; pelo contrário, nelas até encontra suporte.

Isso vale, inclusive, para o reconhecimento da qualificadora do emprego de meio que dificultou ou impossibilitou a defesa das vítimas, e também, embora fraco o elenco pro-

batório no particular, quanto à tese do homicídio privilegiado.

O apelante alega, por fim, que a pena dos dois crimes deve ser reduzida porque, ao aplicar a causa especial de diminuição de pena do homicídio privilegiado, o Juiz-Presidente deveria ter reduzido a reprimenda no grau máximo, em um terço, com base nos bons antecedentes do réu. Todavia, o Magistrado andou bem ao diminuir a sanção no mínimo legal, em apenas um sexto, porque, diversamente do que alega o apelante, os antecedentes não podem ser levados em consideração na terceira fase da dosimetria, uma vez que já avaliados na fixação da pena-base; na aplicação do § 1º do art. 121 do Código Penal, o juiz há de levar em consideração a proporção entre a provocação da vítima e a reação do autor dos fatos, justamente como fez o Magistrado, e quanto a isso não há considerar proporcional a reação de quem dispara tiros de espingarda por causa de uma simples discussão de trabalho, provocada, aliás, pelo próprio filho do réu, o que causou a indignação das vítimas.

No entanto, a pena-base foi injustamente aplicada. É que, ao analisar as circunstâncias ditas judiciais do art. 59 do Código Penal, o dedicado Juiz-Presidente do Tribunal do Júri entendeu desfavoráveis ao réu algumas delas, e, por isso, estabeleceu em 14 (quatorze) anos de reclusão a pena inicial, tanto para o homicídio consumado como para o tentado. No entanto, as circunstâncias analisadas como desfavoráveis são, na verdade, circunstâncias elementares dos próprios crimes.

Na verdade, afora as circunstâncias do próprios crimes, que são injustificáveis e até qualificados pela sur-

presa, como reconhecido pelos jurados, que também acolheram a tese do homicídio privilegiado, as circunstâncias judiciais são todas favoráveis ao réu, que não registrava antecedentes e era trabalhador, como o eram também as vítimas.

Por isso, reduz-se a pena-base para 12 (doze) anos de reclusão, tanto para o homicídio consumado como para o tentado, ambos qualificados.

Quanto ao reconhecimento da agravante do art. 61, II, a (motivo fútil), no crime de homicídio consumado, verifica-se que o quesito n. 21 da 1ª série foi assim redigido: “Existem circunstâncias agravantes em desfavor do réu?” (fl. 264). Os incisos I e II do parágrafo único do art. 484 do CPP se referem à quesitação de agravantes articuladas no libelo ou alegadas em plenário. No libelo (fls. 183 a 185) não consta nenhuma agravante, e, nos termos da ata de julgamento de fls. 286 a 288, vê-se que o Ministério Público não requereu a inclusão de quesitos sobre agravantes. Como o inciso III do preceito citado refere-se à formulação de um quesito obrigatório apenas quanto a atenuantes, e não quanto a agravantes, segue-se que o Juiz-Presidente não deveria ter formulado o quesito n. 21, que acabou causando prejuízo ao réu, porque respondido afirmativamente pelos jurados.

Tem-se decidido:

Ao juiz-presidente do Tribunal do Júri não compete incluir no questionário circunstância agravante que não tenha sido regularmente pedida pela acusação, e, se pelos jurados afirmado quesito de imprópria origem, a pena deverá ser retificada (TJSP – RT 662/275).

Além disso, a agravante que o Juiz entendeu aplicável ao caso, do motivo fútil, é incompatível com o reconhecimento, pelos jurados, de que o réu agiu impelido por motivo de relevante valor moral, no homicídio consumado, e em razão de violenta emoção logo após injusta provocação da vítima, no homicídio tentado (homicídio privilegiado – art. 121, § 1º).

Assim, afastada a agravante, a pena, tanto do homicídio consumado como do homicídio tentado, na segunda fase da dosimetria, permanece em 12 (doze) anos de reclusão, até porque, embora reconhecida pelo júri a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, letra *d*, do Código Penal), a reprimenda não pode ficar aquém do mínimo legal.

Na terceira fase da dosimetria, diminuída de um sexto (CP, art. 121, § 1º), ou seja, em 2 anos de reclusão, a sanção é definitivamente fixada em 10 (dez) anos de reclusão, para o homicídio privilegiado/qualificado/consumado contra a vítima José Maria Sales.

Para o homicídio privilegiado/qualificado/tentado contra a vítima Maria Eloína Rodrigues Sales, a pena também se reduz em 1/6 (um sexto) em razão do privilégio do art. 121, § 1º, do Código Penal, ficando, portanto, em 10 (dez) anos de reclusão.

Tratando-se de tentativa, em face da regra contida no art. 14, parágrafo único, do Código Penal, e mantida a justificação contida na sentença quanto ao *iter criminis*, reduz-se novamente a pena em 1/3 (um terço), ou seja, em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, de modo que a reprimenda se torna definitiva em (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Somadas, em face do concurso material, as penas atingem o total de 16 (dezesesseis) anos e 8 (oito) meses de reclusão.

Não obstante essa redução da pena, mantêm-se as demais cominações da sentença, que não sofreram qualquer alteração.

Pelo exposto, provê-se parcialmente o recurso, apenas para reduzir as penas na forma acima.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Carstens Köhler. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Procurador Robison Westphal.

Florianópolis, 18 de março de 2003.

*Gaspar Rubik,*  
*Presidente, com voto;*  
*Jaime Ramos,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.003613-7, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Carstens Köhler**

*Auxílio ao uso de crack – Indicação do local onde a droga poderia ser obtida com traficante – Artigo 12, § 2º, inciso I, da Lei n.*

*6.368/76 – Comportamento criminoso que não se enquadra no conceito de tráfico ilícito de substância entorpecente e drogas afins – Não equiparação da infração a crime hediondo – Possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos – Circunstâncias judiciais favoráveis – Medida acertada.*

*Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.003613-7, da comarca de Criciúma, 2ª Vara, em que é apelante o Ministério Público, por seu Promotor e apelado Ezequiel Padilha:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

O representante do Ministério Público da comarca de Criciúma ofereceu denúncia contra Ezequiel Padilha e Anselmo Sinfrônio, dando o primeiro como incurso nas sanções do artigo 12, § 2º, inciso I, da Lei n. 6.368/76, e o segundo como incurso nas sanções do artigo 16 da Lei de Tóxicos, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. 2 e 3):

“Usuário de drogas, o denunciado Anselmo Sinfrônio, em data de 13 de janeiro de 2001, durante a madrugada, acompanhado de outros dois colegas consumidores não identificados, deslocou-se da cidade de Cocal do Sul para esta de Criciúma, com o propósito de adquirir substância entorpecente para consumo próprio.

“Aqui chegando, Anselmo e seus colegas dirigiram-se até o Bairro Paraíso, Rua Silvino Rovaris, onde acabaram por encontrar o também

denunciado Ezequiel Padilha, até então desconhecido, tendo este se prontificado em levar Anselmo ao encontro de um traficante que atuava nas proximidades, mediante o pagamento da importância de R\$ 3,00 (três reais).

“Aceita a proposta, rumaram os denunciados para o local desconhecido – não revelado por Ezequiel – retornando ambos, minutos após, para a Rua Silvino Rovaris, desta feita já estando o segundo denunciado na posse de 5 (cinco) ‘pedras’ de crack, ou seja, cocaína em sua forma básica, com peso aproximado de 1,12g (um grama e doze centigramas), consoante laudo de constatação provisória de fl. 9, substância entorpecente esta capaz de causar dependência física e/ou psíquica, e adquirida por Anselmo do desconhecido traficante – com o auxílio indispensável do co-denunciado Ezequiel Padilha – pela quantia de R\$ 20,00 (vinte reais)”.

À fl. 73, o acusado Anselmo Sinfrônio aceitou a proposta formulada pelo Ministério Público de suspensão condicional do processo pelo prazo de 3 (três) anos, submetendo-se às condições previstas no § 1º do artigo 89 da Lei n. 9.099/95.

Regularmente processado o feito, a Magistrada julgou procedente em parte a denúncia, condenando Ezequiel Padilha às penas de 3 (três)

anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário previsto no § 1º do artigo 38 da Lei n. 6.368/76 atualizado pelo § 2º do referido artigo, por infração ao artigo 12, § 2º, inciso I, da Lei de Tóxicos, tendo substituído a reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, consistente na entrega de material de limpeza ao Presídio Santa Augusta, no valor de 1 (um) salário mínimo, assim como na prestação de serviços ao 9º Batalhão da Polícia Militar, pelo período de 2 (dois) anos, à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação.

Irresignado com a prestação jurisdicional entregue, apelou o Ministério Público (fls. 108 a 113), aduzindo que a infração é equiparada a crime hediondo, não cabendo a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, devendo, ainda, ser a pena cumprida em regime integralmente fechado, a par do que determina o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90.

Com as contra-razões (fls. 115 a 119), ascenderam os autos a este grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo Dr. Demétrio Constantino Serratine, às fls. 124 a 130, opinado pelo conhecimento e provimento do recurso.

## II — Voto

Examinando-se detidamente os autos constata-se que, com relação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, laborou com acerto a douta Togada *a quo*, não merecendo, nesse ponto,

qualquer reparo a sentença prolatada às fls. 89 a 97.

Segundo sustenta o Órgão Ministerial em suas razões recursais, o crime praticado pelo apelante seria equiparado a hediondo, restando inviável a substituição da reprimenda corporal por pena restritiva de direitos, devendo ser cumprida integralmente em regime fechado.

De fato, razão assiste ao recorrente quando afirma que o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins é equiparado a crime hediondo, motivo pelo qual é insuscetível de determinados benefícios, entre os quais o da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, consoante dispõe o § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, que determina que a pena do referido crime será cumprida integralmente em regime fechado.

Cabe verificar, no entanto, quais os comportamentos que estão abrangidos no conceito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, pois, como sabido, não há na legislação penal brasileira a figura criminosa conhecida por esse *nomen juris*, o que determinará o tratamento que deve ser estabelecido para a conduta do apelado que, como fartamente demonstrado nos autos, prestou auxílio, mediante o pagamento de irrisória quantia, ao co-denunciado Anselmo Sinfrônio a fim de que este pudesse fazer o uso próprio de substância entorpecente.

Com efeito, a figura equiparada ao “tráfico”, prevista no inciso I do § 2º do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, não pode, ao certo, receber o mesmo tratamento, no que toca à Lei de Crimes Hediondos, destinado àquelas condutas descritas no *caput* do artigo 12 da

citada lei, porquanto o referido inciso se reporta à facilitação ao uso de substância entorpecente, em sua forma mais variada – indução, instigação e auxílio ao uso – não havendo falar em tráfico ilícito propriamente dito, na sua forma mais ampla de comercialização, com intuito de lucro.

Em brilhante exposição acerca da emaranhada matéria, Alberto Silva Franco defende o posicionamento que se adota ao caso sob análise:

“Note-se que *nem todos os comportamentos descritos nos arts. 12 e 13 da lei penal especial encontram enquadramento no conceito representado pelo substantivo ‘tráfico’, qualificado pelo adjetivo ‘ilícito’*. A área de significado da palavra tráfico está vinculada às idéias de comércio, mercancia, trato mercantil, negócio e ainda de negócio fraudulento, indecoroso. *Use indevido ou mero uso próprio não se equivalem à idéia-chave de tráfico ilícito e, ausente tal equipolência, não há cuidar, em relação às diferentes modalidades de uso (semeiar para uso próprio, induzir, instigar ou auxiliar alguém no uso de entorpecente, utilizar local para uso indevido, contribuir para incentivar ou difundir o uso indevido etc.), da aplicação da Lei n. 8.072/90. A Lei n. 8.072/90 quis nitidamente distinguir as hipóteses de tráfico em relação aos casos de uso, embora alguns destes estejam equiparados, em nível de Lei n. 6.368/76, no que se refere ao tratamento punitivo. As restrições de caráter penal, processual penal ou de execução penal, estatuídas na Lei n. 8.072/90, são totalmente indiferentes às formas de uso (grifei) (in “Leis penais e sua interpretação jurisprudencial”, vol. 1,*

7ª ed. ver., atual. e ampl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 1.178).

Ademais, o fato de a conduta prevista no inciso I do § 2º do artigo 12 da Lei de Tóxicos não ser abrangida pelo conceito de “tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins” não afasta a gravidade dos comportamentos, cujas penas foram estabelecidas pelo legislador ordinário no mesmo patamar daquela prevista ao *caput* do artigo 12 da Lei n. 6.368/76 – reclusão, de 3 (três) a 15 (quinze) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias-multa.

O que não merece prevalecer é a determinação do cumprimento da pena em regime integralmente fechado, em face do artigo 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90, para o delito em foco, haja vista que, repita-se, consiste em modalidade de facilitação ao uso de substância entorpecente, não podendo ser compreendido no conceito de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, que realmente deve sofrer um tratamento mais severo na busca da salvaguarda da coletividade.

A jurisprudência não discrepa dessa orientação:

“O § 1º do art. 2º da Lei Federal n. 8.072/90, que determina que será cumprida integralmente em regime fechado a pena por crime de tráfico ilícito de entorpecentes, mas não pelo previsto no n. II, § 2º, art. 12 da Lei Federal n. 6.368, de 1976” (in TJSP – AC – RJTJSP 140/267 – Rel. Barreto Fonseca).

Considerando, portanto, que o comportamento do apelado consistiu na modalidade “auxiliar”, uma vez que indicou, mediante o pagamento de irrisória quantia – R\$ 3,00 (três reais) —



ao co-denunciado Anselmo Sinfrônio onde poderia adquirir a droga a fim de que este pudesse fazer o uso próprio, viável e adequada se mostra a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, como infligida pela Magistrada – doutora Janice Goulart Garcia Ubialli – não havendo razão para a modificação do *decisum*, nesse ponto.

### III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 17 de junho de 2003.

*Jorge Mussi,*  
*Presidente, com voto;*  
*Carstens Köhler,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.013000-7, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Carstens Köhler**

*Lesão corporal seguida de morte – Materialidade e autoria demonstradas – Vitima empurrada pelo réu – Lesão de crânio – Auto de exame cadavérico – Causa do óbito atestada – Prova testemunhal – Evidência do dolo no antecedente e culpa no conseqüente – Nexo de causalidade presente – Pleito absolutório – Fundamento no art. 386, III e VI, do CPP – Impossibilidade – Desclassificação para homicídio culposo – Inviabilidade – Aplicação do perdão judicial – Inadmissibilidade – Lesão dolosa – Inteligência do § 8º do art. 129 do CP – Recurso improvido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.013000-7, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Carlos Claudécio Correa e apelada a Justiça Pública, por sua Promotora:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

A representante do Ministério Público da 1ª Vara Criminal da comarca de Blumenau ofereceu denúncia contra Carlos Claudécio Correa, dando-o como incurso na prática prevista no art. 129, § 3º, do Código Penal, pelos seguintes fatos descritos na proe-mial acusatória:

“No dia primeiro de junho do ano em curso, por volta das 16h15min, na residência do denunciado, locali-



zada na Rua Independência, 194 – Garcia, nesta Cidade, por divergências familiares, o mesmo passou a discutir com sua irmã, Maria Claudete Correa Cardoso Martins da Silva, sendo que durante a discussão, interveio Pedro Claudemir Correa, irmão de ambos, tentando apaziguar os ânimos. O denunciado então ao ser admoestado para não agredir a irmã, incontinenti, desferiu um soco que atingiu o olho esquerdo de Pedro, que saiu do local para chamar a polícia. Nesse ínterim, o denunciado, não satisfeito, com visível *animus vulnerandi*, continuou a ofender Maria, tendo empurrado-a violentamente e esta caiu, batendo com a cabeça num móvel existente dentro da casa. Em decorrência da agressão, a vítima não conseguiu se levantar e, encaminhada ao hospital, veio a falecer vítima de hemorragia cerebral difusa, com traumatismo cranioencefálico, conforme auto de exame cadavérico de fl. 4” (fl. 2).

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia, condenando Carlos Cláudio Correa ao cumprimento da pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, por infração ao disposto no artigo 129, § 3º, do Código Penal.

Irresignado, o réu apelou, aduzindo em suas razões recursais que (fls. 103 a 109): a) para a caracterização do crime previsto no art. 129, § 3º, do Código Penal seria necessário que o recorrente agisse com a livre e consciente vontade de lesionar a vítima, caso contrário, evidenciaria-se a figura do homicídio culposo; b) o delito não restou demonstrado nos autos, posto que a prova testemunhal não in-

dica que o recorrente possuía a intenção de lesionar Maria Claudete, ou, ainda, que teria empregado violência, cabendo o ônus da prova à acusação e não à defesa; c) se realmente quisesse lesionar a vítima, teria desferido um soco, um pontapé, ou utilizado alguma arma; d) não ficou demonstrado na instrução se a lesão na cabeça – que foi a causa da morte da vítima – decorreu da colisão com a porta ou cômoda, ou ainda com o solo, ressaltando-se que as testemunhas afirmaram que esta, antes de cair, desequilibrou-se; e) deve ser absolvido por não constituir o fato infração penal (art. 386, III, do CPP), ou por insuficiência de provas (art. 386, VI, também do CPP); g) alternativamente, seria cabível a desclassificação para o homicídio culposo, ante sua imprudência, bem como por não ter previsto o resultado morte, porquanto não imaginou que do seu empurrão a vítima poderia esvair-se; i) ainda que fosse previsível o evento morte, estar-se-ia diante da figura do homicídio culposo, já que também não pretendia lesionar a vítima, muito menos matá-la, entretanto, o empurrão realizado pode ter sido imprudente, caracterizando a culpa inconsciente; j) ocorrendo a desclassificação, pugna pela incidência do perdão judicial, por já ter sofrido a perda da irmã.

Com as contra-razões (fls. 111 a 115) os autos ascenderam a este grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Anselmo Agostinho da Silva, opinado pelo conhecimento e desprovimento do recurso (fls. 120 a 124).

## II — Voto

O apelante foi condenado, na comarca de Blumenau, à pena de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime aberto, por infração ao disposto no art. 129, § 3º, do Código Penal Brasileiro, *verbis*:

“Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

[...]

“§ 3º. Se resulta morte e as circunstâncias evidenciam que o agente não quis o resultado, nem assumiu o risco de produzi-lo:

“Pena – reclusão, de quatro a doze anos”.

A materialidade e autoria foram demonstradas nos autos, conforme se afigura, respectivamente, do auto de exame cadavérico (fl. 7) e dos depoimentos do recorrente tanto na fase policial (fl. 14), quanto em Juízo (fls. 29 e 30), nos quais confirma ter empurrado a vítima, ato este que deu origem à lesão corporal que foi a causa de sua morte.

Por sua vez, necessário reappreciar a prova colhida para apurar-se o acerto ou desacerto da decisão combatida.

Na fase policial, foram ouvidas quatro pessoas, além do próprio acusado (fls. 9/15).

Pedro Claudemir Corrêa, irmão da vítima e do recorrente, declarou:

“Que, o declarante reside na casa da mãe, onde também reside o irmão Carlos Claudécio Corrêa com a mulher e dois filhos; que, em vista de intrigas feitas por Jaqueline de Borba Corrêa, esposa de Carlos, esta discu-

tiu com a sogra agredindo-a fisicamente, resultando num Boletim de Ocorrência e audiência na Delegacia de Proteção à Mulher; que, tendo em vista que a mãe do declarante e de Carlos, após a agressão praticada contra ela pela nora Jaqueline, não pode mais descer os degraus do banheiro destinado a ela, quando então passou a usar o banheiro usado pelo filho Carlos e família; que, tendo em vista da mãe ser muito gorda e conseqüentemente pesada, o declarante no dia de hoje improvisou um pegador na parede ao lado do vaso sanitário, para facilitar seus movimentos; que, Carlos que havia saído na parte da manhã para pescar, e depois ter retornado e conversado com a esposa Jaqueline, arrancou o referido pegador fixado na parede do banheiro, jogando-o no piso da sala onde o declarante se encontrava em atitude provocativa; que, o declarante ignorou o fato, pois sabe que Carlos quando está irritado é agressivo, e assim Carlos voltou para o interior das acomodações; que, em seguida o declarante percebeu que sua irmã Maria Claudete chegou na residência, a qual havia auxiliado o declarante na fixação do pegador na parede do banheiro, iniciando aí uma discussão entre ambos; que o declarante do local onde estava, percebeu que os irmão (*sic*) Carlos e Maria Claudete, durante a discussão, começaram (*sic*) a se empurrar mutuamente, quando então resolveu ir até o local a fim de evitar que eles se agredissem; que, ambos estavam (*sic*) no corredor que dá acesso às duas salas da residência e quando o declarante pediu a Carlos para que não agredisse a irmã, este partiu para cima do declarante dando-lhe um soco que atingiu o olho

e queixo esquerdo; que, depois de ter sido agredido o declarante saiu do local com a intenção de chamar a polícia, foi até o telefone do vizinho ao lado e de lá comunicou os fatos à Polícia Militar; que, quando retornou encontrou sua irmã Maria Claudete, caída na sala, próxima a um balcão estando a esposa do declarante Irene, tentando reanimá-la já que ela estava desfalecida; que, não percebia-se ferimento algum na vítima; que, novamente saiu de casa e telefonou solicitando ambulância para transportar a irmã ferida para o hospital; que, ao retornar à casa, Carlos estava na porta da frente da residência e impediu que o declarante entrasse na casa, dizendo que só deixaria entrar o socorro através da ambulância; que, quando os policiais e a ambulância chegou (*sic*) ao local, foi quando o declarante conseguiu entrar na residência, tendo os paramédicos tomado as providências e levado Maria Claudete para o Pronto-Socorro; que, segundo soube enquanto foi telefonar para a polícia, Carlos deu um empurrão em Maria Claudete, jogando-a sobre um balcão existente na sala, a qual desequilibrou-se chegando a erguer as pernas para cima e bater a nuca na parede atrás do balcão; que, sobe (*sic*) através de sua esposa Irene, segundo o que parece, a única testemunha ocular do fato, Maria Claudete depois de bater com a cabeça na parede girou o corpo para cair, tendo sido amparada por Irene; que, depois quando estava nesta Delegacia registrando a ocorrência, o declarante tomou conhecimento, através dos policiais que telefonaram ao Hospital Santo Antônio, que a irmã Maria Claudete havia falecido; [...]; que, soube também que Ma-

ria Claudete faleceu antes mesmo de chegar ao hospital e que os médicos atestaram sua morte como causa traumática cranioencefálica” (fls. 9 e 10).

Irene Oribka, cunhada da vítima e do apelante, disse:

“Que, no dia dos fatos 1º-6-97, o indiciado ao chegar de uma pescaria ficou nervoso por causa das fofocas da esposa Jaqueline de onde começou uma discussão com seu irmão Pedro tendo chegado neste instante a vítima M<sup>A</sup>ria (*sic*) Claudete, que também entrou na discussão por causa de ‘um puxador de gaveta’ que havia sido quebrado e também porque teria colocado um aparador na parede do banheiro para que Dona Maria pudesse melhor se acomodar no vaso sanitário, visto que a mesma sofre de osteoporose e tem muita dificuldade em se locomover e também em se abaixar e se erguer; que, o indiciado arrancou o dito aparador da parede e juntamente com os pedaços do pegador de gaveta foi até a sala onde iniciou-se a discussão (*sic*) entre os três irmãos; que, o indiciado ameaçou bater na vítima de onde o irmão Pedro foi separá-lo e acabou levando um soco no rosto, mas não quis se submeter ao AECD, em seguida o indiciado empurrou a vítima onde a mesma veio a cair e bater com a cabeça no batente da porta (quina) que estava aberta; que, chegou a levantar, pois se desequilibrou, tendo ainda sido amparada pela declarante, que a colocou no chão; que, em seguida o irmão Pedro, marido da declarante saiu para chamar a Polícia e a ambulância, pois o indiciado não deixava ninguém se aproximar da vítima que estava desacordada, inclusive uniu-se de uma faca e um pedaço

de pau para impedir que a vizinhança e os próprios parentes se aproximassem” (fl. 11).

Jaqueline Maria de Borba, cunhada da vítima e esposa do reincidente, informou:

“[...] que, a declarante estava no quarto amamentando sua filha quando ouviu uma discussão entre os irmãos e saiu para ver o que era; quando viu o indiciado dar um soco no rosto do irmão Pedro; que, em seguida chegou a vítima e o indiciado a empurrou quando a mesma então tropeçou na mesa de centro, rodou nos próprios pés e acabou batendo com a cabeça na quina do balcão, caindo em seguida ao chão, onde todos pensaram que a mesma havia desmaiado” (fl. 12).

Maria Werner, mãe da vítima não presenciou os fatos, somente observou sua filha já desmaiada e amparada pela nora Irene (fl. 13).

Em seu depoimento dado na polícia, declarou o apelante:

“[...] Que, no dia de hoje chegou de uma pescaria, por volta das 16 horas, quando sua esposa lhe mostrou um pegador de gaveta de uma estante da mãe que havia sido quebrado pelo filho do interrogando, informando de que havia ocorrido uma discussão e queriam cobrar tal dano; que, em seguida a esposa do interrogando o levou ao banheiro e mostrou-lhe um pegador colocado na parede do banheiro, dizendo-lhe que fora Pedro e Maria Claudete que o haviam ali colocado, não informando a finalidade do mesmo; que, em virtude de ter ficado irritado pelos fatos narrados pela esposa, o interrogando arancou o pegador da parede do ba-

nhheiro e jogou no piso da sala onde se encontrava Pedro os pedaços do pegador da estante que havia sido quebrado; que, Maria Claudete que agora estava na residência, vendo que o interrogando estava muito agressivo, veio até ele e procurou segurá-lo, momento que Pedro se aproximou e pediu que ambos deixassem de se empurrar, instante que o interrogando agrediu Pedro com um soco no rosto; que, Pedro saiu em seguida, enquanto que Claudete ainda procurava conter o interrogando, tendo este ao procurar se desfazer dela, dado-lhe um empurrão com força, a qual caiu de costas por cima de um balcão; que, depois de ter se livrado de Maria Claudete o interrogando saiu para a varanda da frente da casa, quando apareceram vizinhos e procuraram socorrer Maria Claudete, a qual soube que havia desmaiado com a queda; que, é verdade que o interrogando impediu seu irmão Pedro de retornar ao interior da residência, entendendo que não precisaria da presença dele no interior da casa, por já haverem outras pessoas prestando socorro à vítima; [...] Que o interrogando alega que não quis agredir a vítima, tão-somente procurou se desvencilhar da mesma, a qual procurava segurá-lo, quando deu o empurrão nela, no entanto, jamais teve a intenção, ou mesmo podia esperar que aquele empurrão a levasse à morte; que, interrogando informa não ter dado soco ou qualquer golpe que pudesse ferir a vítima” (fl. 14 e 15).

Ao ser interrogado em Juízo:

“[...] Que o depoente morava na casa de sua mãe, juntamente com seu irmão Pedro, a cunhada Irene, a esposa do interrogando, Jaqueline, além

de dois filhos. Que, no dia dos fatos, a esposa do interrogando mostrou ao mesmo um pegador de gaveta de um balcão, que havia sido quebrado por seu filho. Que logo após o interrogando foi até a sala, passando a quebrar os demais pegadores do mesmo balcão, momento em que seu irmão tentou impedi-lo. Que o interrogando, então, desferiu um soco no rosto deste, tendo este saído de casa. Que a vítima agarrou o interrogando por trás, ocasião em que, ao tentar desvencilhar-se, fez com que a vítima se desequilibrasse e batesse com a cabeça no balcão e depois na parede. Que, após a queda da vítima, o interrogando saiu para fora da residência, sendo a vítima socorrida pela sua cunhada, sua mãe e uma vizinha. Que o interrogando impediu que seu irmão Pedro retornasse ao interior da residência, aduzindo que estava, naquele momento, ‘fora de si’” (fl. 29 e 30).

As testemunhas Pedro Claudemir e Irene Oribka, e a informante Jacqueline Maria de Borba Corrêa, ao serem inquiridas na fase judicial, aduziram, respectivamente:

“Que, no dia dos fatos, o acusado e sua irmã estavam discutindo, quando o informante tentou separá-los. Entretanto, levou um soco do acusado, dirigindo-se para a casa do vizinho no intuito de chamar a polícia. Quando retornou ao local, sua irmã estava desmaiada no chão. Sua esposa, posteriormente, lhe contou que sua irmã e o acusado estavam se empurrando mutuamente, quando, então, a vítima se desequilibrou, bateu com as costas em um balcão e, em seguida, bateu com a cabeça na parede” (fl. 45).

“Que o acusado chegou na casa da sogra da informante poucos minutos antes da vítima. Quando esta chegou, logo iniciou-se a discussão, sendo que o acusado estava bastante irritado. Seu marido, irmão do acusado, tentou separar a discussão, entretanto levou um soco do acusado e saiu do local. A discussão continuou, quando o acusado empurrou a vítima, sendo que esta bateu com as costas no balcão e, desequilibrando-se, bateu com a cabeça na ‘vista da porta’. A informante ficou do lado da vítima, que estava caída no chão, sendo que o acusado foi para o lado de fora da casa e não deixou ninguém entrar no local, deixando as pessoas entrarem pouco antes da chegada da ambulância” (fl. 48).

“Que, no momento dos fatos, encontrava-se com sua filha no corredor onde vítima e acusado discutiam. Não se recorda de ter visto o acusado dando um soco em seu irmão. Não viu o acusado empurrar a vítima, sendo que esta caiu sozinha” (fl. 50).

Maria Werner nada acrescentou ao seu depoimento dado na fase informativa, tão-somente reafirmou que não presenciou os fatos e que enxergou a filha quando já estava caída ao chão (fl. 47).

Durante a instrução foram ouvidas ainda três testemunhas de defesa, sendo elas Dionísio Alves de Souza (fl. 60), Eli de Souza (fl. 61) e Maria Zuchi (fl. 62), as quais não presenciaram os fatos e se limitaram apenas a declarar que conhecem o recorrente e nada sabem que possa desaboná-lo.

Dessume-se incontestado do conjunto probatório que efetivamente o apelante não teve a intenção de ceifar

a vida da vítima, sua irmã, consoante extrai-se dos seus depoimentos, bem como das declarações dadas pelas testemunhas, especialmente as de seu irmão Pedro Claudemir (fl. 10) e de sua mãe, Maria Werner (fl. 13).

Entretanto, a tese de que não possuía a intenção de lesionar Maria Claudete não prospera.

Segundo apurou-se, no dia dos fatos, ao chegar de uma pescaria, o apelante foi informado por sua esposa que um dos filhos do casal havia quebrado um puxador de gaveta de um balcão, e que familiares haviam dito que o estrago deveria ser reparado.

Ato contínuo, Jaqueline mostrou ao recorrente um pegador colocado por seus irmãos na parede do banheiro utilizado por este e respectiva família, sem entretanto dizer-lhe qual a razão pela qual o aludido objeto estava ali.

Sem motivo para tanto, o apelante arrancou o pegador da parede e, dirigindo-se até a sala da residência, jogou-o no chão e começou a arrancar os demais puxadores do balcão.

Ao tentar ser impedido por seu irmão, Pedro Claudemir, o acusado desferiu-lhe um soco no rosto, e, posteriormente, começou a discutir com a vítima, tendo-a empurrado, do que resultou sua queda e a lesão que foi a causa de sua morte.

Como já constatado, o recorrente não nega que tenha empurrado a vítima, circunstância essa que também está devidamente demonstrada pela prova oral produzida.

A testemunha ocular Irene Oribka não discrepou ao prestar suas declarações na esfera administrativa

e ao ser ouvida em Juízo. Todavia, ao esclarecer os fatos naquela fase, e diante do recém-acontecido (dois dias após), disse que o acusado ameaçou bater na irmã Maria Claudete, fato que só não aconteceu porque seu marido e irmão desta – Pedro Claudemir – interferiu e acabou levando um soco no rosto, saindo do local.

Tal versão – acerca da agressão em Pedro Claudemir e o conseqüente empurrão contra a vítima – também foi presenciada pela informante e esposa do recorrente, Jaqueline, em seu depoimento na fase investigativa, já citado, o qual foi alterado quando ouvida pelo Togado *a quo*, na tentativa de modificar a real versão dos fatos e, por conseguinte, beneficiar seu marido.

Aliado a isso, denota-se ainda o fato de que se realmente o réu não tivesse a intenção de lesionar a vítima teria prestado socorro ao vê-la esmorecida ao solo, entretanto nada fez nesse sentido, muito pelo contrário, em atitude totalmente insensível ainda impediu que seu irmão Pedro Claudemir e vizinhos auxiliassem, permanecendo inerte na porta da residência, munido de uma faca e pedaço de pau, consoante o testemunho dado por Pedro, por Irene e pelas próprias palavras do apelante.

Assim, resta claro que o inconformado teve a intenção de lesionar a vítima, fato que se consumou quando Pedro Claudemir deixou o local fatídico ao ser agredido, na intenção de chamar a polícia, o que possibilitou o empurrão desferido pelo réu.

Portanto, frisa-se, estão amplamente demonstradas as circunstâncias e motivos, infelizmente médio-





Nessa alheta:

“Apelação criminal. Lesão corporal seguida de morte. Autoria e materialidade comprovadas. Existência de nexo de causalidade entre a ação e o evento morte. Condenação mantida [...]” (Apelação Criminal n. 27.341, Des. Rogério Lemos, j. 23-8-91).

Ademais, em que pesem as divergências sobre o exato local em que a vítima bateu a cabeça, elas não têm o condão de afastar a responsabilidade penal do apelante, até porque não se tem dúvidas de que foi pelo seu empurrão que a vítima veio a se desequilibrar e a colidir com a cabeça em algum objeto existente na sala, ao que tudo indica, segundo a própria versão do réu, no balcão e, depois, na parede.

Se a vítima bateu antes ou depois, em um ou em outro obstáculo existente na cena do crime, é fato prescindível. No entanto, certo é que a colisão efetivamente existiu e, ao contrário do que aduz e tenta desdizer o apelante, foi ela a causa da morte de Maria Claudete, por hemorragia cerebelar difusa, consoante atesta o auto de exame cadavérico de fl. 9, posto que, ao ser examinada, apresentou “equimose em couro cabeludo na região occipital esquerda, de 1,5 cm de diâmetro, com coloração vinho-sa”.

Outrossim, pelas razões demonstradas, não se pode falar em absolvição, sob o escopo de que o fato

não constitui infração penal ou, ainda, por insuficiência de provas.

Destarte, também não se pode dar guarida à tentativa do acusado de desclassificar o delito para homicídio culposo, pois, como visto, agiu com dolo no antecedente, apesar de culpa no conseqüente, configurando-se, portanto, o crime de lesão corporal seguida de morte.

Por fim, impossível a aplicação do perdão judicial ao caso presente, tendo em vista que, como bem salientou o ilustre Magistrado singular – doutor Jorge Luiz Costa Beber – o aludido instituto só se aplica para a lesão corporal culposa, não sendo, portanto, o caso dos autos.

### III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral da Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Anselmo Agostinho da Silva.

Florianópolis, 11 de março de 2003.

*Gaspar Rubik,*  
*Presidente, com voto;*  
*Carstens Köhler,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 2002.022175-4, DE SEARA****Relator: Des. Carstens Köhler**

*Lesão corporal grave – Incapacidade para as ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias.*

*Nulidade do decísum – Reconhecimento de culpa stricto sensu na atuação do agente – Inocorrência – Mera demonstração da presença da culpabilidade.*

*Materialidade evidenciada, inclusive com exame complementar – Negativa de autoria – Contexto probatório seguro a autorizar o decreto condenatório – Agravante de emboscada – Credibilidade nos depoimentos coerentes da vítima.*

*Pena-base exacerbada – Adequação – Regime semi-aberto – Consonância com o § 3º do art. 33 do Código Penal – Substituição da pena privativa de liberdade – Impossibilidade – Crime perpetrado com violência – Incidência do óbice insculpido no inciso I do art. 44 do Diploma Repressivo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 2002.022175-4, da comarca de Seara, em que é apelante Onédio Luis Fedrizzi e apeladas a Justiça Pública, por sua Promotora, e a Assistência da Acusação:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, rejeitar a preliminar e dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

**I — Relatório**

A representante do Ministério Público da comarca de Seara ofereceu denúncia contra Onédio Luis Fedrizzi, dando-o como incurso na prática prevista no art. 129, § 1º, I, c/c o art. 61, II, c, ambos do Código Penal, pelos seguintes fatos descritos na proemial acusatória (fls. 2 e 3):

“Segundo se infere do caderno informativo que a esta serve de base, do dia 28 de julho de 1999, por volta das 19 horas, na localidade de Linha Alvorada, no município de Itá—SC, a vítima Ortemio Luiz Grana caminhava, distraidamente, por uma estrada que dá acesso à sua residência, quando, em dado momento, sentiu uma pancada na cabeça e, antes de cair ao solo, pôde reconhecer o denunciado Onédio Luiz Fedrizzi que, utilizando-se de um pedaço de madeira, feriu-o dolosamente, por todo o corpo, tornando impossível a sua defesa, na medida em que o agredia prostrado ao solo.

“Ressalta-se que as lesões corporais de natureza grave sofridas pela vítima resultaram na sua incapacidade para as ocupações habituais por mais de trinta dias, conforme Auto de Exame de Corpo de Delito de fl. 12”.

Regularmente processado o feito, o Magistrado julgou procedente a denúncia, condenando Onédio Luis Fedrizzi ao cumprimento da pena de 3 (três) anos e 3 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, por infração ao disposto no artigo 129, § 1º, I, c/c os arts. 61, II, e 59, todos do Código Penal.

Irresignado, o réu apelou, aduzindo em suas razões recursais (fls. 132 a 136) que: a) a sentença é nula, pois o Magistrado considerou que o apelante agiu com culpa em vez de dolo; b) a autoria não foi demonstrada, não sendo possível o decreto condenatório com fundamento na simples palavra da vítima, inimigo declarado do recorrente e de sua família, e também porque não poderia – numa noite escura – ter reconhecido somente o recorrente, que estava em sua retaguarda, e não o outro agressor, que estava à sua frente; c) diante da dúvida quanto ao autor do fato, a absolvição do apelante se impõe; d) o Togado fixou a pena-base em três anos, levando-se em conta a reincidência fundada em dois crimes cujas penas já foram extintas há mais de 5 (cinco) anos, motivo pelo qual o recorrente deve ser considerado réu primário (art. 64, I, do CP), e, somado o aspecto de as circunstâncias judiciais serem favoráveis, a pena na primeira fase deve ser fixada no seu mínimo legal, ou seja, em 2 (dois) anos, majorando-a na segunda etapa em 3 (três) meses em razão da agravante; e) o regime semi-aberto não pode prevalecer, pois não foi levado em conta na sentença o fato de o apelante ser responsável pelo sustento de sua família e de dois filhos resultantes do seu primeiro casamento; f) não foi concedida

a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e de multa ou, ainda, duas restritivas de direitos.

Ao final pugnou pela nulidade do decisório em face da apontada preliminar; a absolvição por insuficiência de provas, aplicando-se o princípio *in dubio pro reo*; a nulidade ou adequação da reprimenda imposta, aplicando-se a pena-base em seu mínimo legal, além da substituição da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 44 do CP.

Em contra-razões, a doutora Promotora de Justiça – Maria Cristina Pereira Cavalcanti – bem como o Assistente de Acusação – Márcio Dal Piva, pugnaram pelo improvimento do apelo (fls. 137 a 140 e 142 a 144, respectivamente).

Os autos ascenderam a este grau de jurisdição, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer lavrado pelo doutor Paulo Antônio Günther, opinado pelo desprovimento do recurso (fls. 145 a 151).

## II — Voto

Sustenta o apelante que a sentença que o condenou seria nula, por ter o Magistrado considerado a existência de culpa na prática pela qual foi denunciado em vez de dolo.

Equivocadamente pretende o recorrente argüir a nulidade da decisão em razão do termo empregado pelo Togado sentenciante, que assim se pronunciou (fl. 115):

“Reprovável a conduta típica do acusado, cuja *culpabilidade* deflui dos presentes autos, sem sombra de dúvida. Maior de 18 anos, mentalmente são, logo imputável, ao assacar contra

a integridade física da vítima, de emboscada, tinha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos (potencial consciência de antijuridicidade). Demais disso, em face às circunstâncias dos fatos, podia realizar outra conduta, de acordo com a lei, respeitando a integridade física da vítima (exigibilidade de conduta diversa). Todavia, por conduzir-se de modo contrário ao direito e logo, proibido, o acusado agiu *culpavelmente*, daí a censurabilidade de sua conduta” (*des-tacou-se*).

Ora, nada mais fez o Magistrado *a quo* do que analisar a culpabilidade, item previsto no art. 59 do CP, a qual constitui pressuposto para a aplicação da pena, integrada pela imputabilidade, potencial consciência da antijuridicidade e pela exigibilidade de conduta diversa, as quais foram devidamente analisadas.

Logo, completamente infundada a assertiva de que o Magistrado teria reconhecido que o crime foi cometido culposamente, pois, após apreciar a autoria do delito doloso na fundamentação, passou a aplicar a pena, cujo pressuposto é a culpabilidade, como já visto.

A propósito, eis o conceito da culpabilidade:

“quando se diz que ‘Fulano’ foi o grande culpado pelo fracasso de sua equipe ou de sua empresa, está atribuindo-se-lhe um conceito negativo de reprovação. A culpabilidade é exatamente isso, ou seja, a possibilidade de se considerar alguém culpado pela prática de uma infração penal. Por essa razão, costuma ser definida como juízo de censurabilidade e reprovação exercido sobre alguém que

praticou um fato típico e ilícito. Não se trata de elemento do crime, *mas pressuposto para imposição de pena*, porque, sendo um juízo de valor sobre o autor de uma infração, não se concebe possa, ao mesmo tempo, estar dentro do crime, como seu elemento, e fora, como juízo externo de valor do agente.

“Para censurar quem cometeu um crime, a culpabilidade deve estar necessariamente fora dele. Há, portanto, etapas sucessivas de raciocínio, de maneira que, ao se chegar à culpabilidade, *já se constatou ter ocorrido um crime*. Verifica-se, em primeiro lugar, se o fato é típico ou não; em seguida, em caso afirmativo, a sua ilicitude; só a partir de então, constatada a prática de um delito (fato típico e ilícito), é que se passa ao exame da possibilidade de responsabilização do autor.

“*Na culpabilidade afere-se apenas se o agente deve ou não responder pelo crime cometido. Em hipótese alguma será possível a exclusão do dolo e da culpa ou da ilicitude nessa fase, uma vez que tais elementos já foram analisados nas precedentes. Por essa razão, culpabilidade nada tem que ver com o crime, não podendo ser qualificada como seu elemento*” (grifado) (*in* CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal: parte geral. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 250).

Como bem-lançado pelo doutor Procurador de Justiça em seu parecer (fl. 145) “A preliminar argüida não pode ser acolhida, vez que a palavra ‘culpavelmente’ empregada pelo magistrado na confecção da sentença não se refere ao reconhecimento de modalidade culposa, como alega a defesa, e sim à conduta reprovável,

censurável e contrária à lei. É o que se observa, com facilidade, ao se analisar o período frasal por completo [...]”.

E na seqüência acrescenta: “Ademais, evidente que o delito de lesão corporal cometido com reiterados e violentos golpes jamais poderia admitir a forma culposa”.

Como restou inconteste pela fundamentação expendida na sentença apelada, não há falar em responsabilidade criminal do recorrente na modalidade culposa, pois inexistente dúvida da sua intenção em ofender a integridade física da vítima.

Afastada a preliminar levantada, passa-se à análise do mérito.

A materialidade do crime está devidamente demonstrada, conforme depreende-se do auto de exame de corpo de delito (fl. 15), fotografias de fls. 16 a 19, laudo radiológico emitido pelo Hospital São Francisco (fl. 20), laudo pericial de fls. 37 a 49, além do auto de exame de corpo de delito complementar (fl. 99).

O exame de corpo de delito de fl. 15, as fotografias e o laudo radiológico atestam que a vítima teve ofensa à sua integridade corporal, da qual derivou traumatismo craniano, com ferimento cortocotuso suturado; ferimentos na face; equimoses em flanco direito; hematoma em região de hipocôndrio esquerdo com fraturas de arcos costais; contusão com equimoses e edema em cotovelo direito; além de fratura cominutiva da ulna do antebraço esquerdo.

O laudo pericial de fls. 37 a 49 comprova que foram encontrados no local dos fatos objetos quebrados pertencentes à vítima, pedaços de galhos

utilizados nas agressões e as árvores das quais foram retirados, manchas de sangue, além de rastos de botas no possível trajeto utilizado pelo apelante, os quais coincidentemente seguem na direção da sua residência (fotografias de fls. 39 a 48).

Por fim, o exame de corpo de delito complementar demonstra que a vítima permaneceu incapacitada de exercer suas ocupações habituais por mais de 30 (trinta) dias, pelas fraturas ocasionadas.

A autoria também restou comprovada, apesar de o recorrente negá-la tanto na fase policial (fls. 23 a 24), quanto ao ser interrogado em Juízo (fl. 68).

Como bem salientou o Julgador (fl. 113) “A autoria, em que pese negada pelo réu, resta clara no depoimento da vítima, à folha 25: [...] no meio do mato, já escuro, notou a presença de dois vultos, um a sua frente e um a sua retaguarda; tentou fugir mas foi agredido na cabeça; teve condições de reconhecer o acusado como um dos agressores; o outro não sabe quem é; sem condições de defesa foi agredido pelos dois; necessitou fazer-se de morto, insinuando suspiro final inclusive, e por tal atitude os agressores, após mais algumas pancadas com porretes, cessaram as agressões [...] não tem outros inimigos na região e em lugar nenhum, apenas o acusado e seu pai; reconheceu o acusado ao virar-se para tentar fugir; ele estava na sua retaguarda armado de um pedaço de pau e agrediu o informante de inopino”.

O mesmo depoimento do ofendido, que em momento nenhum discrepa, foi dado na fase inquisitiva (fl. 13):

“Que, no dia 28-7-99, por volta das 19h5min, quando o depoente retornava do trabalho e andava na estrada (atalho), nas propriedades de Lukotti e Ari Salla, oportunidade em que era quase noite, porem (*sic*) ainda com um pouco de claridade, a lua já aparecia, repentinamente ouviu um barulho e ao prestar atenção para ver o que era, recebeu uma pancada na cabeça, escureceu, sentiu que alguém lhe jogou para traz (*sic*) empurrando-o com as duas mãos no peito e ficou caído no chão da estrada; que, afirma o depoente, quando foi ao chão e sentiu o aperto no peito, reconheceu com precisão, pelas características físicas, ou seja, pelo cabelo e rosto liso, que era Onedio Fedrizzi”.

Em casos como o presente, quando o delito é perpetrado às espreitas, a palavra da vítima deve ter credibilidade, como bem ressaltou, também, o Magistrado monocrático – doutor Renato Maurício Basso.

Nesse sentido:

*“Lesão corporal de natureza grave – Pretendida absolvição por falta de prova – Impossibilidade – Autoria e materialidade comprovadas – Diminuição da reprimenda ao mínimo legal – Recurso provido parcialmente – Precedentes jurisprudenciais.*

*“A autoria pode ser comprovada pela palavra da vítima, principalmente quando apresenta versão coerente com o reconhecimento que procede do agressor”* (Apelação Criminal n. 1999.011798-7, Des. Amaral e Silva, j. 31-8-1999) (destacou-se).

Soma-se ainda o fato incontroverso, inclusive pelas palavras do próprio apelante e das testemunhas de acusação Domingos Grana (primo do

apelante, fl. 78) e Anastázia Grana (tia do recorrente, fl. 79), de que sua família e a do ofendido, apesar da linha de parentesco próxima, são inimigas de longa data.

Como já dito, o laudo pericial de fls. 36 a 49 contém indícios que revelam rastros de botas contidos no local do fato e que seguem à residência do recorrente.

A alegação de que seria impossível à vítima reconhecer apenas um dos agressores – o apelante – que estava na sua retaguarda, sobretudo porque já era noite, não prospera.

Primeiro porque a vítima foi enfática quando disse (fl. 77) que reconheceu o recorrente ao se virar na tentativa de empreender fuga do local, o que infelizmente não conseguiu.

E segundo porque, apesar de já ter escurecido, a noite era iluminada pela lua (fl. 13), conforme citação *retro*.

Portanto, sendo os depoimentos da vítima coerentes no que diz respeito ao reconhecimento do apelante como um dos autores das agressões que sofreu, agregados à malquerença de ambos e aos indícios mencionados no laudo pericial, descabida a tese da negativa de autoria.

Desse modo, deve ser mantida a condenação pela prática de lesão corporal de natureza grave, por ter a vítima permanecido mais de 30 (trinta) dias incapacitada das ocupações habituais, e levando-se em conta ainda a agravante da emboscada, uma vez que esta igualmente restou devidamente evidenciada.

Por fim, examina-se diante das arguições expendidas a aplicação da pena.

Primeiramente, analisa-se a insurgência afeta à pena-base aplicada.

Contrariamente ao que sustenta o apelante, o Togado *a quo* não aplicou a reincidência na primeira fase, até porque seria inadmissível tratando-se de circunstância agravante, a qual, consoante dispõe o art. 68, *caput*, deve ser analisada apenas na segunda etapa.

E, além disso, como bem asseverou o recorrente, inexistente a circunstância legal da reincidência, nos termos do art. 64, I, do Código Penal, porquanto a certidão de fl. 111 atesta que já decorreram mais de 5 (cinco) anos entre a extinção da pena dos crimes em que restou condenado e a data da infração posterior, que ora se vê processado.

Entretanto, equivocou-se o apelante quando afirma que tal circunstância teria sido utilizada para majorar a pena-base, pois na verdade vislumbra-se que o Magistrado corretamente utilizou os antecedentes criminais (fl. 111) para fundamentar a sua péssima *conduta social*, apesar de ter utilizado inadequadamente o termo *reincidente* na decisão.

Tanto é que, se realmente quisesse ver aplicada a reincidência – o que faria incorretamente, pois inexistente – assim o faria na segunda fase, quando acertadamente aplicou apenas a agravante da emboscada.

O apelante aduz, ainda, que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP lhe são favoráveis, o que também justificaria a aplicação da pena-base no mínimo legal, ou seja, dois anos.

Contudo, razão não lhe assiste, pois as circunstâncias judiciais não lhe são inteiramente favoráveis, como

se verá adiante, e, além disso, o mínimo legal é de 1 (um) ano.

Entretanto, verificando a exacerbação da pena-base aplicada, de ofício passa-se a analisar as circunstâncias judiciais dispostas na sentença, para retificação do *quantum* imposto, mantendo por sua vez a fundamentação do Togado *a quo*, com exceção da agravante da emboscada que foi utilizada na primeira fase para acentuar a culpabilidade do recorrente (fl. 115):

“Reprovável a conduta típica do acusado, cuja *culpabilidade* deflui dos presentes autos, sem sombra de dúvida. Maior de 18 anos, mentalmente são, logo imputável, ao assacar contra a integridade física da vítima, *de emboscada*, tinha a possibilidade de conhecer o caráter ilícito dos fatos (potencial consciência de antijuridicidade). Demais disso, em face às circunstâncias dos fatos, podia realizar outra conduta, de acordo com a lei, respeitando a integridade física da vítima (exigibilidade de conduta diversa)”.

De forma a evitar dupla valoração, não se pode considerar a emboscada como fator que dilate a culpabilidade do apelante, por tratar-se de circunstância agravante a ser aplicada na segunda fase.

Assim, imperativa a não majoração da pena nesse ângulo.

Porém, como bem frisou o Togado de primeiro grau, em face das circunstâncias dos fatos, o apelante poderia ter realizado outra conduta, respeitando a integridade física do semelhante; ao contrário disso, a maneira como agiu, investindo violentamente contra a vítima, desferindo reiterados chutes e golpes com um pedaço



de pau, revela a acentuada censurabilidade do seu comportamento.

Por esses motivos, a pena-base deve ser acrescida em 3 (*três*) meses.

“O acusado é reincidente em crime de lesões corporais, tendo agredido sua própria esposa (fl. 111). Agressão contra mulher, aliás, é o supra-sumo da covardia, tão repugnante quanto a emboscada preparada contra a vítima destes autos. Sua *conduta social*, portanto, é péssima, ressaltando-se que também é dado a crimes contra o patrimônio (certidão de folha 111).

Conforme se mencionou anteriormente, os antecedentes criminais refletem sobre a péssima conduta social do recorrente, razão pela qual a pena-base deve ser majorada em 3 (*três*) meses.

“Sua *personalidade*, em decorrência de seus atributos psicossociais somáticos, apresenta-se malformada e até certo ponto orientada para a prática de condutas delitivas”.

Realmente, denota-se que a personalidade do apelante é agressiva, já tendo sido inclusive condenado em outra oportunidade por lesão corporal grave. Dessa forma, acresce-se mais 3 (*três*) meses à pena-base.

“Os *motivos* informadores dos delitos foram ditados pela falta de consideração à integridade corporal do semelhante”.

A valoração mostra-se correta, sobretudo quando desconsiderou a relação de parentesco que possuía com a vítima (primos), razão para adição em mais 3 (*três*) meses à pena-base.

“As conseqüências da infração dolosa foram graves, eis ter a vítima ficado impossibilitada de exercer suas atividades habituais por 87 dias em virtude das lesões provocadas pelo acusado”.

Merece reparo a ponderação. Primeiro, diga-se que há erro material na alusão ao *quantum* dos dias em que a vítima ficou incapacitada para as suas ocupações, pois na verdade permaneceu 84 (oitenta e quatro) dias afastada de suas atividades (fl. 77).

As conseqüências da infração, ao contrário do que entendeu o Juiz singular, são comuns à espécie, pois o tipo penal não é o de lesão corporal simples, mas, sim, grave, a qual é qualificada no § 1º do art. 129 do CP, no caso em apreço pelo inciso I do citado parágrafo, pois resultou incapacidade para as ocupações habituais *por mais de trinta dias*, como de fato evidenciou-se no caso em tela.

Assim, nesse aspecto, incabível qualquer majoração, sob pena de *bis in idem*.

“O *comportamento da vítima* em nada contribuiu para a antijurídica conduta do acusado”.

De fato, assim ocorreu, não implicando qualquer abatimento nas circunstâncias acima apreciadas.

Portanto, por não serem plenamente favoráveis as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, impossível a fixação da pena-base no seu mínimo legal, devendo, no entanto, ser ela adequada para 2 (*dois*) anos de reclusão, pelas razões acima dispostas.

Segundo a jurisprudência:

[...]

“Pena-base — Estipulação acima do mínimo legal — Circunstâncias judiciais favoráveis aos recorrentes — Adequação.

*‘Se todas as operadoras do art. 59 forem favoráveis ao réu, a pena-base pode ficar no mínimo previsto. Se algumas circunstâncias forem desfavoráveis, deve afastar-se do mínimo; se, contudo, o conjunto for desfavorável, deve aproximar-se do termo médio. De regra, o cálculo da pena deve iniciar próximo do mínimo e só, excepcionalmente, quando as circunstâncias revelarem especial gravidade, se justifica a fixação da pena-base distanciada do mínimo legal’ (RT 723/497)” (Ap. Crim. n. 1999.004259-6, Des. Paulo Gallotti, j. 4-5-1999) (destacou-se).*

Na segunda fase, restou perfeitamente aplicada a circunstância agravante da emboscada (art. 62, II, c), razão pela qual aumentou-se a pena em 3 (três) meses.

Destarte, a pena privativa de liberdade totaliza 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão.

Insurgiu-se ainda o apelante quanto ao regime imposto para o cumprimento da pena, o semi-aberto, argumentando que é responsável pelo sustento de sua família, sendo inclusive obrigado a pagar pensão alimentícia para a prole do seu primeiro casamento.

O fundamento trazido não possibilita a alteração para o regime aberto.

É o que dispõe o § 3º do art. 33 do Código Penal:

[...]

“§ 3º. A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código”.

Verificado que a maioria das circunstâncias judiciais são desfavoráveis ao recorrente, e sendo o crime de lesão corporal grave apenado com reclusão, agiu bem o Magistrado ao fixar o regime de cumprimento de pena no semi-aberto.

Ora, se todo o conjunto fosse desfavorável, o regime correto seria o fechado, e, na hipótese contrária, o aberto. Como dito, a maioria das operadoras são desfavoráveis, razão pela qual o melhor e adequado regime para o cumprimento da reprimenda é o que foi aplicado.

Por fim, alegou o apelante que a pena privativa de liberdade deveria ter sido substituída por restritivas de direitos.

Incabível a substituição, porquanto o delito é de lesão corporal grave, incidindo o óbice do art. 44, III, do Cãnone Criminal, por se tratar de crime perpetrado com violência à pessoa por excelência.

A par disso, não refletem a favor do recorrente seus antecedentes, tampouco sua conduta social e personalidade, além dos motivos que ensejaram a prática criminal, conforme já esmiuçado em epígrafe.

### III — Decisão

Diante do exposto, por unanimidade, rejeita-se a preliminar e dá-se parcial provimento ao recurso, apenas para ajustar a pena privativa de liberdade para 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão em regime inicial semi-aberto.

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, 11 de março de 2003.

*Gaspar Rubik,*  
*Presidente, com voto;*  
*Carstens Köhler,*  
*Relator.*

## PROCESSO-CRIME

### PROCESSO-CRIME N. 2001.004700-4, DE ITAIÓPOLIS

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Processo-crime. Emendatio libelli. Errônea classificação jurídica do fato configurada. Narrativa da qual emerge a ocorrência do crime capitulado no art. 93 da Lei n. 8.666/93, e não o descrito no art. 89, caput, do mesmo diploma. Correção. Possibilidade, a teor do disposto no art. 383 do CPP.*

*A norma inscrita no art. 383 do Código de Processo Penal autoriza o juiz a dar ao fato definição jurídica diversa da que lhe conferiu a denúncia — emendatio libelli —, visto que o réu se defende da narrativa que nela se contém. A nova tipificação não constitui cerceamento de defesa, porquanto os elementos que a ensejaram constam na peça vestibular.*

*Ação penal. Prescrição antes do trânsito em julgado da decisão final. Possibilidade, à luz do preceituado no art. 109 do Código Penal. Lapso decorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Questão de ordem pública. Decretação de ofício.*

*Se ao crime imputado aos réus o legislador cominou pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, a prescrição, antes do trânsito em julgado do veredicto final, verifica-se em 4 (quatro) anos, à luz do preceituado no art. 109, inciso V, do Código Penal, lapso decorrido entre a data do fato e a do recebimento da denúncia.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Processo-Crime n. 2001.004700-4, da comarca de Itaiópolis, em que é autora a Justiça, por seu Promotor e réus João Valmir Schlatter, Mauro Oldoni, Joice Echelli e Maria Elisabete Radzinski:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, declarar, de ofício, a extinção da pretensão punitiva do Estado, pela ocorrência da prescrição.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itaiópolis, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra João Valmir Schlatter, Mauro Oldoni, Joice Echelli e Maria Elisabete Radzinski, imputando-lhes a prática, em co-autoria, do delito descrito no art. 89 da Lei n. 8.666/93, em razão dos fatos assim narrados, *ipsis verbis*:

“1. O Requerido João Valmir Schlatter era Prefeito do município de Santa Terezinha no ano de 1995.

“Os requeridos Mauro Oldoni, Maria Elisabete Radzinski e Joice Echelli eram, no mesmo ano, membros da Comissão de Licitação do Município. Nessa condição, eram responsáveis pela elaboração dos procedimentos licitatórios da municipalidade, pela análise dos documentos de habilitação apresentados pelos seus diversos licitantes e pelo julgamento das propostas apresentadas.

“2. Através do Ofício n. 104/99, a Prefeitura Municipal de Santa Terezinha remeteu à Promotoria de Justiça desta Comarca, dentre outros, o Relatório de Auditoria n. 09/95, relati-

vo ao exercício de 1995, que tratava de procedimento de licitação na modalidade convite, que tomou o n. 29/95, destinado à contratação de serviços e peças para reforma da caixa e alinhamento do cardã de um caminhão marca Mercedes-Benz, pertencente ao município de Santa Terezinha.

“Segundo havia sido apurado e se acha consignado naquele relatório, a ordem de serviço para realização desses reparos já havia sido expedida pela empresa posteriormente declarada vencedora do certame, bem antes da data da apresentação e abertura das propostas.

“Em razão dessas circunstâncias, foi pela Promotoria de Justiça instaurado o Inquérito Civil n. 6/2000, através da Portaria n. 7/2000. Fotocópias dos autos do Inquérito Civil acompanham a presente denúncia.

“03. Através das diligências empreendidas no aludido Inquérito, verificou-se então que em 8 de maio de 1995 a Prefeitura Municipal de Santa Terezinha expediu o Convite n. 29/95, dando assim início ao procedimento licitatório naquela modalidade, destinado à colheita de propostas de interessados na prestação de serviços e fornecimento de peças já anteriormente mencionados.

“A data-limite para entrega das propostas e respectiva abertura foi fixada para as 12 horas do dia 16 de maio de 1995, como evidencia o documento cuja fotocópia autenticada está à fl. 61.

“Foram apresentadas ‘propostas’ por três empresas, a saber: Kuss e Kuss Ltda., Walpeças – Mecânica e Peças para Veículos Ltda. ME e a re-

querida Comercial Mallon Ltda. Documentos contendo as aludidas 'propostas' estão acostados às fls. 62/70 dos autos do inquérito civil, por fotocópias autenticadas.

"A empresa Kuss e Kuss Ltda. apresentou 'proposta' no valor de R\$ 2.150,00 (dois mil cento e cinquenta reais). A empresa Walpeças – Mecânica e Peças para Veículos Ltda. ME orçou os serviços em R\$ 1.900,00 (um mil e novecentos reais). Finalmente, a requerida Comercial Mallon Ltda. apresentou 'proposta' no valor de R\$ R\$ 1.740,00 (um mil setecentos e quarenta reais).

"Conforme o Quadro Comparativo de Análise e Julgamento daquele 'procedimento licitatório', elaborado pelos requeridos Mauro Oldoni, Maria Elisabete Radzinski e Joice Echelli, na qualidade, na época, de membros da Comissão de Licitação da Prefeitura Municipal de Santa Terezinha, a 'proposta' declarada vencedora foi a da requerida Comercial Mallon Ltda., por ter orçado os serviços pelo menor preço.

"O resultado da licitação, tal qual proclamado pelos requeridos Mauro Oldoni, Maria Elisabete Radzinski e Joice Echelli, foi homologado pelo requerido João Valmir Schlatter, na qualidade de Prefeito Municipal, sendo a realização dos serviços de reparos no caminhão finalmente adjudicada à requerida Comercial Mallon Ltda.

"Ocorre, todavia, que, segundo apurado pela auditoria realizada na contabilidade da Prefeitura Municipal de Santa Terezinha e confirmado também no curso do Inquérito Civil instaurado para maior detalhamento do assunto, tratou-se, infelizmente, de um

procedimento licitatório viciado. Na realidade, mera aparência – simulacro – de procedimento licitatório, destinado em verdade a encobrir contratação anteriormente já realizada, com escolha prévia da empresa que iria prestar os serviços e que era, no caso, a requerida Comercial Mallon Ltda.

"Tal circunstância acha-se inteiramente evidenciada pelo fato de a Ordem de Serviço expedida pela requerida Comercial Mallon Ltda., da qual se acha acostada cópia autenticada à fl. 82 dos autos do Inquérito Civil, já haver sido expedida no dia 2 de maio de 1995. Naturalmente que nessa data o veículo já havia sido entregue à empresa, com solicitação da realização dos serviços. A data da entrada do veículo na empresa foi inclusive confirmada por seu ofício acostado à fl. 81 dos autos do Inquérito Civil.

"Bem de ver, portanto, que a empresa já havia sido adremente escolhida para realização dos serviços pretendidos, sendo apenas posteriormente providenciado o 'procedimento licitatório', marcado pelo evidente vício de haver sido realizado depois da efetiva contratação dos serviços, tudo para dar aparência de legalidade à escolha prévia da prestadora dos serviços, sem que houvesse primeiro sido declarada vencedora em indispensável certame licitatório. Cumpre registrar que, segundo tabela que acompanhou o ofício n. TC/GAB-11292/99, dirigido pelo egrégio Tribunal de Contas a esta Promotoria de Justiça para instruir outro Inquérito Civil, o limite máximo de dispensa de licitação para compras e serviços, no mês de maio de 1995 (quando realizado o 'procedimento licitatório' aqui impugnado),

era de R\$ 1.583,23 (um mil, quinhentos e oitenta e três reais e vinte e três centavos). A licitação não era, portanto, no caso, dispensável, eis que o valor dos serviços contratados superava esse limite. Fotocópias do ofício e da tabela referidos acompanham a presente denúncia.

“Não obstante tratar-se de procedimento licitatório simulado, a importância de R\$ 1.740,00 (um mil, setecentos e quarenta reais) foi paga pela Prefeitura Municipal de Santa Terezinha à requerida Comercial Mallon Ltda., conforme evidenciam as fotocópias da nota de empenho correspondente e da nota fiscal dos serviços e peças acostadas respectivamente às fls. 75 e 76/77 dos autos do Inquérito Civil.

“Tudo isso era do conhecimento dos requeridos João Valmir Schlatter, Mauro Oldoni, Maria Elisabete Radzinski e Joice Echelli, cuja participação foi decisiva em todo o procedimento.

#### *Omissis.*

“Com esse procedimento, concorrendo para aquisição de peças e serviços para reparo do caminhão sem prévio procedimento licitatório, quando este era exigível, o que equivale a dispensá-lo, os denunciados cometeram um crime previsto pelo art. 89 da Lei n. 8.666/93” (fls. 3 a 5).

Recebida a denúncia (fl. 110 verso), foram os réus interrogados (fls. 112, 118 e 119, 143 e 183), havendo, na seqüência, apresentado suas respectivas de-

fezas prévias (fls. 122 a 130, 132 a 140, 146 a 154 e 185 a 193).

Entrementes, em virtude de o denunciado João Valmir Schlatter ter assumido novo mandato como Prefeito Municipal de Santa Terezinha, ascenderam os autos a este egrégio Tribunal (fl. 156), delegando-se ao Juiz de Direito da comarca de Itaiópolis a realização dos atos instrutórios (fl. 161).

Inquiridas as testemunhas arroladas na denúncia (fls. 199/200) — algumas por meio de carta precatória (fls. 336 a 339) —, pois os acusados não arrolaram testemunhas, deferiu-se a realização de diligência complementar, requerida pelo eminente Procurador-Geral de Justiça (fls. 345 e 346 e 348).

Efetivado o quanto pleiteado pelo órgão de acusação (fls. 350 a 353), vieram ao processo suas derradeiras alegações (fls. 358 a 364), oportunidade em que, além de juntar documentos (fls. 365 a 374), considerou provadas as imputações constantes na denúncia, requerendo, como corolário, a condenação dos réus, conforme os termos da peça vestibular.

Procedeu-se, então, à intimação do procurador judicial dos réus, para os fins a que alude o art. 11 da Lei n. 8.038/90 (fl. 379), havendo aquele deixado transcorrer *in albis* o prazo que lhe fora assinado para a providência (fl. 380).

Em face disso, nomeou-se-lhes defensor dativo (fl.

387), o qual, no desempenho do múnus que lhe foi imposto, apresentou as alegações finais dos denunciados (fls. 395 a 404), nas quais sustentam ter realizado o procedimento licitatório noticiado nos autos com observância dos ditames da Lei n. 8.666/93, não se subsumindo o ato praticado — com a finalidade exclusiva de contratar no menor prazo possível serviço de que necessitava o Município — na figura típica descrita no art. 89 do referido diploma legal.

No tocante à ordem de serviço preenchida dias antes de encetado o certame, observam que serviu apenas para a confecção do orçamento, indispensável para avaliar a necessidade da licitação, pois o caso poderia perfeitamente amoldar-se a uma das hipóteses de dispensa previstas na Lei n. 8.666/93. Constatada a indispensabilidade do procedimento licitatório, adotaram os réus todas as providências tendentes a concretizá-lo, resultando vencedora, ao final, a empresa autora do orçamento. Assim, gizam os réus, os serviços não foram contratados ou executados antes do encerramento do certame, alegação que sustentam na prova testemunhal produzida durante a instrução do feito.

Anotam, por fim, que, se alguma irregularidade houve, não trouxe qualquer prejuízo ao erário; que a acusação assenta-se apenas em suposições, não existindo nos autos elementos, sequer indiciários, para alicerçar eventual condenação; e que, como o Ministério Público não se desincumbiu do ônus que lhe impunha a lei — comprovar as acusações deduzidas na denúncia —, a solução ade-

quada residiria na absolvição dos réus.

É o relatório.

Primeiramente, impende registrar que o fato narrado na denúncia merece classificação jurídica diversa da que lhe conferiu o Dr. Promotor de Justiça, existindo nos autos elementos suficientes para atribuir aos réus a prática da figura típica descrita no art. 93 — e não no art. 89 — da Lei de Licitações, *verbis*:

“Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório”.

Com efeito, a exordial descreve que João Valmir Schlatter, Mauro Oldoni, Joice Echelli e Maria Elisabete Radzinski — o primeiro na qualidade de Prefeito Municipal e os demais como integrantes da Comissão Permanente de Licitações da Prefeitura de Santa Terezinha — simularam a Licitação n. 029/95, realizada por meio de carta convite (fls. 41 a 60), visando a encobrir contratação direta da empresa Comercial Mallon Ltda. pelo Município. Tal traduz a conduta a que corresponde o verbo “fraudar”, tipificada como crime no art. 93, retrotranscrito, cuidando-se de “enlço, engodo ou embuste que dá ao enganado falsa aparência da realidade” (Franco, Alberto Silva; Ninno, Jefferson; Silva Júnior, José; Betanho, Luiz Carlos; Moraes, Maurício Zanoide de; Podval, Roberto; Stoco, Rui; Feltrin, Sebastião Oscar, e Ninno, Wilson, Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial, vol. 2, 7ª ed., rev., atual. e ampl., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 2.578), não perfazendo nenhuma das figuras referidas no





art. 89 da Lei n. 8.666/93, reservado exclusivamente aos casos de burla às hipóteses de dispensa ou de inexigibilidade de licitação arroladas no aludido diploma legal (arts. 24 e 25), conforme o escólio de Vicente Greco Filho, *verbis*:

“A primeira parte do dispositivo incriminador (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais) consiste no ato de declarar dispensada ou inexigível licitação em situação que não corresponda a um dos casos dos arts. 24 e 25, mas não só pela alegação de hipótese não prevista, mas também pela inexistência da situação fática que legitimaria a dispensa ou inexigibilidade. Ou seja, ocorrerá a infração, por exemplo, se o administrador afirma urgência mas ela não existe, ou se afirma a notória especialização do contratante e não tem ele essa qualidade” (Dos crimes da lei de licitações, São Paulo, Saraiva, 1994, p. 9).

Adiante, exprimindo a exegese que deve ser conferida ao art. 89 da Lei n. 8.666/93, o mesmo autor assinala:

“Na segunda parte do dispositivo comentado, a incriminação consiste em deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, formalidades essas que se encontram descritas no art. 26 e que consistem na justificação e comunicação dentro de três dias à autoridade superior para ratificação e publicação na imprensa oficial no prazo de cinco dias, devendo, ainda, o processo ser instruído, no que couber, com elementos caracterizadores da situação emergencial ou calamitosa, a razão da escolha do fornecedor ou executante e a justificativa do preço” (obra citada, p. 10).

Percebe-se, portanto, que o bem jurídico atingido pela conduta imputada aos réus consiste na “regularidade do funcionamento da Administração quanto aos procedimentos licitatórios”, e não na “estrita excepcionalidade dos casos de inexigibilidade ou dispensa de licitação” (Greco Filho, Vicente, obra citada, p. 36 e 11, respectivamente), um vez que o engodo não foi urdido com a finalidade de justificar contratação direta, mas sim para escondê-la, como se o negócio administrativo houvesse sido precedido do procedimento licitatório exigido.

Segundo narra a denúncia, os réus não aventaram nenhuma das hipóteses de dispensa ou inexigibilidade, tanto que o certame foi desenvolvido, e com toda a aparência de regularidade necessária a revestir de legalidade o contrato celebrado, sem a prévia licitação. Não fosse o olhar atento do representante do Ministério Público local — municiado de detalhada auditoria contábil (fls. 21 a 33) —, a desconformidade entre a data em que encetada a licitação — 8-5-1995 — e em que realizado o serviço — 2-5-1995 — não granjearia a relevância que motivou a proposição da presente ação penal.

Ora, constando na denúncia capitulação equivocada dos fatos que narra, mister que se proceda à devida correção, providência perfeitamente viável, teor do estatuído no art. 383 do CPP, assim interpretado por Fernando da Costa Tourinho Filho, *verbis*:

“O dispositivo em análise revela o princípio do *jura novit curia*. Se o Juiz conhece o direito, evidente que a errada classificação do crime feita na denúncia ou queixa não constitui obstáculo à prolação de sentença conde-

natória, ainda que a pena a ser imposta seja mais grave. Afinal de contas, o réu não se defende da capitulação do fato, mas do próprio fato. Na denúncia ou queixa, o acusador expõe o fato. Se estiver errada sua capitulação, nem por isso deve o Juiz anular o processo, tal como acontecia anteriormente, mesmo porque o que se exige é a correlação entre o fato contestado e a sentença [...] Diz-se até que, no caso, há uma verdadeira *emendatio libelli*, já que o Juiz, aí, se limita, simplesmente, a corrigir a classificação do crime. É por esta razão que se o Promotor ou querelante, na denúncia ou queixa, não indicar o dispositivo legal violado, nem por isso haverá nulidade, porquanto a classificação é feita pelo Juiz” (Código de processo penal comentado, vol. 1, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1997, p. 575).

Por tudo quanto foi dito, estando delineada na denúncia a prática de fraude na Carta Convite n. 029/95 — circunstância que permitiu aos acusados o exercício da ampla defesa —, é pelo crime previsto no art. 93 da Lei n. 8.666/93 que devem ser julgados.

Contudo, o exame dos autos revela haver-se consumado a prescrição da pretensão punitiva do Estado, questão de ordem pública, cuja declaração incumbe ao juiz, de ofício, em qualquer fase do processo, à luz do preceito inscrito no art. 61 do Código de Processo Penal.

Com efeito, o crime imputado aos réus ocorreu em 8 de maio de 1995 — data em que deflagrado o procedimento licitatório tachado de fraudulento (fl. 41) —, tendo a denúncia sido recebida em 23 de outubro de 2000 (fl. 110 verso), havendo decorrido lapso superior a 4 (quatro) anos entre ambas as datas. Como à infração descrita no art. 93 da Lei n. 8.666/93 o legislador cominou pena máxima de 2 (dois) anos de detenção, operou-se a prescrição, a teor do disposto no art. 109, inciso V, do Código Penal, extinguindo-se, como corolário, a punibilidade e tornando imperativa a respectiva decretação.

Pela prática do ato processual para a qual foi nomeado, arbitram-se os honorários do defensor dativo em 7,5 URH's.

Ante o exposto, decretou-se, de ofício, a extinção da punibilidade como corolário da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite e Irineu João da Silva.

Florianópolis, 18 de março de 2003.

*Sérgio Paladino,*  
*Presidente e Relator.*

# **JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1999.016471-3, DE PONTE SERRADA

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de arquivamento deduzido pelo autor. Impossibilidade. Princípio da indisponibilidade.*

*“O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada” (RTJ 135/905).*

*Mandato da Mesa da Câmara Municipal de Vargeão. Preceito da lei orgânica que dispõe diferentemente das Cartas Federal e Estadual. Norma que não é de reprodução obrigatória pelos municípios. Vício não configurado. Precedentes do STF e desta Corte. Pedido improcedente.*

*Não aparenta violação ao art. 46, § 3º, da Constituição Estadual, harmônico com o art. 57, § 4º, da Carta Magna, o preceito da Lei Orgânica Municipal que fixa em um ano o mandato dos membros da Mesa Diretora da Câmara de Vereadores.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 1999.016471-3, da comarca de Ponte Serrada, em que é requerente o Prefeito Municipal de Vargeão e requeridos a Câmara Municipal de Vargeão e o município de Vargeão:*

ACORDAM, em Órgão Especial, à unanimidade, rejeitar a prelimi-

nar e, no mérito, julgar improcedente o pedido.

Custas ex lege.

Anelsi César Danielli, no exercício do cargo de Prefeito Municipal de Vargeão, deflagrou ação direta, com pedido de liminar, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do art. 39 da Lei Orgânica daquele Município, que fixou o mandato da

Mesa da Câmara de Vereadores em 1 (um) ano.

Alega que o dispositivo indicado colide com a norma inscrita no art. 46, § 3º, da Constituição Estadual — harmônico com o art. 57, § 4º, da Carta Magna —, que confere mandato de 2 (dois) anos aos dirigentes dos poderes legislativos da União e do Estado, não podendo haver discrepância no âmbito municipal, máxime porque consubstanciaria violação ao princípio da simetria.

Após outras considerações, e sustentando a presença dos pressupostos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, requereu a concessão da medida liminar, com vistas à suspensão da eficácia da norma referida até o julgamento definitivo e, a final, a procedência do pedido.

A liminar foi indeferida pela maioria dos membros do Órgão Especial.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, ouvida previamente, opinou pelo prosseguimento do feito.

Citado, o Procurador do Município deixou decorrer *in albis* o prazo para a defesa do ato inquinado, o mesmo ocorrendo com o Presidente da Câmara de Vereadores, não obstante notificado para tal.

O autor, por meio da petição de fl. 62, requereu o arquivamento do processo.

Os autos então retornaram ao representante do Ministério Público, que se pronunciou pelo indeferimento do pedido de arquivamento do feito e pela nomeação de Curador Especial. Procedeu-se, então, à nomeação da Dra. Alessandra Vieira de Almeida Pimenta de Oliveira, a qual se desin-

cumbiu do encargo, sustentando a constitucionalidade da norma, por intermédio da peça de fls. 96/102.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça pela improcedência do pedido.

É o relatório.

O pleito deduzido pelo autor visando à extinção do feito não pode ser acolhido, no rumo da orientação da Suprema Corte, *verbis*:

“Ação direta de inconstitucionalidade. Pedido de desistência. Legitimidade ativa.

— Em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, já se firmou, nesta Corte, o entendimento de que ação dessa natureza não é suscetível de desistência [...]” (STF, ADIn n. 164/DF, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 17-12-93, p. 28.049).

No mesmo sentido, veja-se:

“Ação direta de inconstitucionalidade — Desistência — Impossibilidade — Princípio da indisponibilidade — Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, art. 169, § 1º — Aplicação extensiva — Preliminar Indeferida.

“*Omissis*.

“O princípio da indisponibilidade, que rege o processo de controle concentrado de constitucionalidade, impede a desistência da ação direta já ajuizada. *Omissis*” (RTJ 135/905).

A doutrina, por seu turno, não discrepa.

Colhe-se do escólio de Alexandre de Moraes:

“A ação direta de inconstitucionalidade, em virtude de sua natureza e finalidade especial, não é suscetível

vel de desistência” (Direito constitucional, 11ª ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 618).

Diante disso, rejeitou-se o pedido de arquivamento do feito.

No mérito, impõe-se a improcedência do pedido.

Estatui o art. 39 da lei apontada como inconstitucional que o mandato da Mesa da Câmara de Vereadores de Vargeão será de 1 (um) ano, o qual não contém a indigitada inconstitucionalidade, visto que a norma inscrita no art. 46, § 3º, da Carta Estadual — que reproduz o art. 57, § 4º, da congênere federal — não é de reprodução obrigatória pelos municípios, pois não se constitui em princípio constitucional estabelecido.

Registra-se, por relevante, que esta Corte, com supedâneo em precedente da Excelsa Corte — ADIn n. 793/RO (RTJ 163/52) —, modificou o entendimento até então adotado — ADIn n. 97.009427-2, de Papanduva, relator o saudoso Des. Eder Graf —, assentou que o enunciado contido no preceito constitucional não encerra princípio, mas sim regra a ser observada na composição das Mesas das Assembléias Legislativas dos Estados, razão pela qual a ela não estão jungidas as Câmaras Municipais.

Do corpo do acórdão da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar, proferido em caso assemelhado, extrai-se o seguinte excerto, *verbis*:

“Ocorre que, por ocasião do julgamento da ADIn n. 1999.000850-9, da comarca de Balneário Camboriú, na sessão do dia 20 de outubro de 1999, tendo como relator designado o ilustre Desembargador Francisco Oliveira Filho, este órgão julgador,

embasado em decisão do colendo Supremo Tribunal Federal — ADIn n. 793, de Rondônia (RTJ 163/52), da qual foi relator o eminente Ministro Carlos Velloso —, por maioria de votos, modificando o entendimento que vinha adotando, decidiu que o enunciado contido no art. 46, § 3º, da Constituição Estadual não encerra um princípio, tratando-se de uma regra a ser observada na composição da Mesa da Assembléia Legislativa Estadual, assim como o art. 57, § 4º, da Carta Magna dispõe em relação às Mesas do Senado e da Câmara Federal, não sendo, contudo, de observância obrigatória pelas Câmaras Municipais.

“Referidos dispositivos constitucionais fixam em dois anos o mandato para a Mesa das Casas Legislativas, vedando a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente. No entanto, conforme restou consignado pelo Excelso Pretório no acórdão acima mencionado, o art. 57, § 4º, da CF ‘não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-Membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido’.

“Desta forma, não se estando diante de um princípio constitucional de seguimento obrigatório pelas Câmaras Municipais, ausente acha-se a necessidade de ser repetido nas Leis Orgânicas Municipais, não sendo possível assim a invocação do princípio da simetria” (ADIn n. 99.021593-8, de Canoinhas).

Em hipótese análoga, proclamou ainda a Suprema Corte:

“Constitucional. Assembléia Legislativa Estadual: Mesa Diretora.



Recondução para o mesmo cargo. Constituição do Estado de Rondônia, art. 29, inc. I, alínea *b*, com a redação da Emenda Constitucional Estadual n. 3/92. CF, art. 57, § 4º. *Omissis*.

“I — A norma do § 4º do art. 57 da CF que, cuidando da eleição das Mesas das Casas Legislativas federais, veda a recondução para o mesmo cargo na eleição imediatamente subsequente, não é de reprodução obrigatória nas Constituições dos Estados-Membros, porque não se constitui num princípio constitucional estabelecido.

“II — *omissis*;

“III — *omissis*;

“IV — *omissis*” (RTJ 163/52).

Na mesma trilha: ADIn n. 1998.012859-5, de Chapecó, rel. Des. Anselmo Cerello.

Em face do valioso trabalho desenvolvido pela nobre Curadora Especial — designada pelo despacho de fl. 83 — e considerando os

precedentes desta Corte, arbitra-se em R\$ 500,00 (quinhentos reais) os honorários pelo desempenho do múnus.

Ante o exposto, inviável o arquivamento, cujo pleito foi rejeitado, no mérito, julgou-se improcedente o pedido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Alberto Costa, Genésio Noll, Jorge Mussi, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos e Souza Varella, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 19 de junho de 2002.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 2002.022592-0, DE URUSSANGA

**Relator: Des. Luiz César Medeiros**

*Constitucional – Número de vereadores nas câmaras municipais – Redução – Inconstitucionalidade do inc. IV do art. 111 da Constituição Estadual – Prejudicialidade – Emenda constitucional que alterou a redação do dispositivo – Periculum in mora inverso – Irreversibilidade do provimento judicial – Recurso desprovido.*

1. *A alteração do disposto no inc. IV do art. 111 da Constituição Estadual, ajustando-o aos ditames do preconizado no art. 29, inc. IV, da Constituição Federal, acarretou a perda de objeto do pleito referente à declaração incidental de inconstitucionalidade da-quele preceito.*

2. *Não obstante a acertada ponderação de que “a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina” (REsp n. 144.656/ES, Min. Adhemar Maciel), o grau de questionabilidade do fundamento jurídico que escora o pleito deduzido em juízo e a gravidade dos efeitos da medida a ser concedida, decorrente do periculum in mora inverso, recomendam ao juiz extrema cautela. Em situações tais impõe-se o indeferimento da antecipação da tutela ou, quando menos, a determinação de providências que impeçam ou atenuem a irreversibilidade dos efeitos derivados da medida.*

3. *Em sede de agravo de instrumento, só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao meritum causae (AI n. 1999.017438-7, rel. Des. Eder Graf), sob pena de supressão de um grau de jurisdição.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 2002.022592-0, da comarca de Urussanga, em que é agravante o representante do Ministério Público do Estado de Santa Catarina e agravados município de Cocal do Sul, Câmara Municipal de Cocal do Sul, Manoel de Medeiros Pereira e Lourival Rosso:*

ACORDAM, em Segunda Câmara de Direito Público, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

O representante do Ministério Público de Santa Catarina interpôs agravo de instrumento, com pedido de

efeito suspensivo, contra decisão proferida nos autos da ação civil pública por ele ajuizada contra o município de Cocal do Sul, Câmara Municipal de Vereadores de Cocal do Sul, Manoel de Medeiros Pereira e Lourival Rosso que indeferiu a tutela antecipada requerida para reduzir ao número de nove as cadeiras na Câmara Municipal de Vereadores de Cocal do Sul, afastando os ora agravados de seus cargos eletivos, com supressão do pagamento dos subsídios.

Sustenta o agravante que: a) o número de vereadores deve ser proporcional à população do município; b) o excesso de vereadores ocasiona, mensalmente, sérios prejuízos aos cofres públicos; c) não se poderá ad-

mitir a alegação de que a mudança nas regras valerá apenas para o próximo mandato.

Aduz, ainda, que estão presentes os requisitos para a concessão da tutela antecipada, uma vez que: a) há prova inequívoca de que a Câmara Municipal de Cocal do Sul possui dois vereadores além do permitido pela Constituição Federal; b) há evidente inconstitucionalidade da Constituição Estadual e da Lei Orgânica do município de Cocal do Sul; c) os valores pagos aos vereadores jamais voltarão aos cofres públicos; d) a irreversibilidade do provimento está afastada, eis que foi requerido o depósito dos valores referentes aos salários dos vereadores afastados em conta corrente vinculada ao juízo.

Por fim, assevera o agravante que o fato de estar em discussão no STF a ação direta de inconstitucionalidade, na qual se está pleiteando a inconstitucionalidade do art. 111, inc. IV, da Constituição do Estado de Santa Catarina, não obsta que se discuta esta questão incidentalmente em outros feitos.

Requer a concessão do efeito ativo e, ao final, o provimento do recurso.

Por intermédio do judicioso despacho de fls. 155/156, o eminente Des. Newton Janke denegou o almejado efeito suspensivo ativo, sob o entendimento de que “nos casos que já chegaram ao conhecimento desta Corte, a orientação uniforme tem sido a manutenção do atual *status quo*” (fl.155).

A Câmara de Vereadores de Cocal do Sul e o vereadores Manoel de Medeiros Pereira e Lourival Rosso

(fls. 165/179) compareceram aos autos para postular o desprovimento do recurso e a conseqüente manutenção da decisão que indeferiu a antecipação da tutela, posto não estarem presentes os requisitos autorizadores de sua concessão.

O município de Cocal do Sul deixou transcorrer *in albis* o prazo para contraminutar o presente agravo, conforme certidão de fl. 187.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Doutor Aurino Alves de Souza, pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

## II — Voto

Prefacialmente, é de ser enfrentada a matéria concernente à declaração incidental de inconstitucionalidade do art. 111, inc. IV, da Constituição Estadual, pedido que perdeu objeto com a promulgação da Emenda Constitucional que deu nova redação ao citado dispositivo da Carta Estadual.

Com efeito, dispõe o artigo único da Emenda Constitucional n. 24, de 29 de outubro de 2002:

“Artigo único. O inciso IV do art. 111 da Constituição do Estado de Santa Catarina passa a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 111. [...]”

“IV – número de Vereadores proporcional à população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal”.

Assim, com a nova redação dada ao inciso colacionado, cessou qualquer discussão acerca de eventu-

al afronta ao dispositivo da Constituição Federal.

Nos autos há notícias do ajuizamento, pelo Procurador-Geral da República, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação de Direta de Inconstitucionalidade em que se questiona a higidez do indigitado preceito, a qual recebeu o n. 2.708, tendo como relator o eminente Ministro Gilmar Mendes.

Consultando-se o *site* do Supremo Tribunal Federal, verifica-se que referida ação já foi submetida a julgamento, consignando o Relator que “a substancial alteração do ato impugnado, nos termos da remansosa jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, implica a perda de objeto da presente ação direta de inconstitucionalidade, razão por que a ela nego seguimento”.

Conclui-se, pois, que a inconstitucionalidade do inc. IV do art. 111 da Constituição Estadual restou prejudicada com a nova redação dada pela Emenda Constitucional n. 24/2002, o que enseja a perda de objeto do pedido formulado na ação civil pública que originou o presente recurso.

Passa-se à análise do acerto ou desacerto da decisão que denegou a antecipação da tutela postulada.

Pela percuciência e judiciosidade dos argumentos e por concordar inteiramente com eles, transcrevo trecho do despacho proferido pelo eminente Des. Silveira Lenzi nos autos do Agravo de Instrumento n. 2002.019350-5, que trata de caso análogo ao vertente:

“Para a concessão da tutela antecipada é imprescindível que estejam presentes os requisitos do art. 273 do

Código de Processo Civil, sem os quais impossível seu deferimento.

“Assim, necessária se faz a presença da prova inequívoca que convença o juiz da verossimilhança da alegação; fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, ou ficar caracterizado o abuso de direito de defesa ou, ainda, manifesto propósito protelatório do réu; e, finalmente, a inexistência de perigo de irreversibilidade do provimento antecipado.

“Sobre estes requisitos discorre Sérgio Bermudes, atualizando a obra Comentários ao Código de Processo Civil, de Pontes de Miranda:

‘A verossimilhança, ditada pela prova inequívoca, suscetível de produzir aparência de verdade, é indispensável à antecipação da tutela, em absolutamente todos os casos, *como indispensável é, igualmente, a inexistência de perigo de irreversibilidade da medida* (parágrafo 1º). Concomitantemente com esses requisitos inafastáveis, é preciso (a) haver fundado receio de dano irreparável, ou (b) de difícil reparação (inciso I), ou, então, que (c) ocorra abuso de direito de defesa, ou (d) manifesto propósito protelatório do réu (inciso II). Concede-se, pois, a tutela sempre diante da verossimilhança da alegação e da possibilidade de reversão, juntamente com qualquer um dos requisitos apontados em (a), (b), (c), bastando que se verifique um deles’ (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, 3ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1996, p. 537)” (grifei).

Constato nos autos que o deferimento da concessão da tutela antecipada pelo Togado *a quo* não equacionou adequadamente a questão refe-

rente à irreversibilidade da medida concedida, nos termos do disposto no § 2º do art. 273 do CPC, a qual entendendo presente, pois transcorrido o lapso temporal faltante do mandato dos agravantes, ou parte dele, exclui-se a possibilidade de os recorrentes retornarem às suas atividades legiferantes, inviabilizando a recuperação do período em que estiveram afastados por força da concessão da tutela antecipada.

Acerca da matéria, leciona J. E. Carreira Alvin:

“No fundo, irreversível não é uma qualidade do provimento – na medida em que toda decisão, num determinado sentido, comporta decisão em sentido contrário —, mas da consequência fática que dele resulta, pois esta é que poderá correr o risco de não ser reposta no *status quo ante*, ou não sê-lo em toda a sua inteireza, ou sê-lo somente a elevadíssimo custo, que a parte beneficiada não teria condições de suportar” (Tutela Antecipada na Reforma Processual, 2ª ed., Curitiba, Juruá, 1999, p. 98).

Ainda, sobre a irreversibilidade, Cândido Rangel Dinamarco assevera que “é difícil conciliar o caráter satisfativo da antecipação e a norma que a condiciona à reversibilidade dos efeitos do ato concessivo (art. 273, § 2º). Some-se ainda a necessidade de preservar os efeitos da sentença que virá a final, a qual ficará prejudicada quando não for possível restabelecer a situação primitiva” (A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., São Paulo, Malheiros, 1995, p. 146).

Nesses termos, preleciona Sérgio Bermudes:

“O § 2º dispõe que ‘não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado’. Diante de tal norma, é certíssimo que a lei proíbe a medida antecipadora, mesmo configurados os requisitos do *caput* e dos dois incisos do artigo, se houver o risco de que, concedida a providência, não se possa reverter à situação anterior o quadro fático por ela alterado. O dispositivo restringe o âmbito da antecipação, que não se admite, a menos que seja possível reconstituir a situação de fato por ela modificada. A possibilidade de reparação pecuniária não se apresenta suficiente à tutela porque a lei não cogitou em indenização, mas de reversão, que é recomposição, devolução ao estado anterior” (*op. cit.*, p. 539).

Arruda Alvim acrescenta, também, com muita propriedade que “a reversibilidade é necessária até mesmo pelo 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)” (Tutela Antecipatória (algumas noções – contrastes e coincidências em relação às medidas cautelares satisfativas, *in* Reforma do Código de Processo Civil, org. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 94).

Outro não é o entendimento de Teori Albino Zavaski:

“[...] antecipar irreversivelmente seria antecipar a própria vitória definitiva do autor, sem assegurar ao réu o exercício do seu direito funda-

mental 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” (Antecipação da Tutela e Colisão de Direitos Fundamentais, *in* Reforma do Código de Processo Civil, org. Sálvio de Figueiredo Teixeira, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 162/163).

Dessa forma, *a priori*, a irreversibilidade, no caso, mostra-se latente, pois, uma vez transcorrido o período de mandato dos agravantes, não haverá como recuperá-lo.

Outrossim, reputo adequado o equacionamento apresentado em caso análogo, na comarca de Santos – 1ª Vara da Fazenda Pública —, no qual foi determinado que os edis completassem o mandato, para só a partir da próxima legislatura reduzir o número de parlamentares” (fls. 140/142).

As lições doutrinárias colocadas, levando-se em consideração as circunstâncias fáticas delineadas nos presentes autos, permitem a conclusão de que resta configurado o *periculum in mora* inverso, ou seja, há um perigo de dano irreparável muito mais acentuado em relação aos recorridos do que para a sociedade que arca com os custos de seus mandatos. Em outras palavras, se malsucedida a ação civil pública aforada pelo Ministério Público, não se terá mais como restaurar o tempo em que os vereadores ficaram afastados do cargo ou de devolver-lhes os respectivos mandatos se encerrada a legislatura para a qual foram eleitos. De outro lado, permanecendo em seus cargos, sempre haverá a possibilidade do ressarcimento

dos valores indevidamente percebidos.

É assente na jurisprudência que “além dos requisitos legais, deve o julgador ter o cuidado, no momento da análise do pedido de tutela antecipatória, de não provocar o *periculum in mora* inverso, no sentido de que a concessão da medida seja mais danosa ao réu do que a sua não-concessão ao autor” (AI n. 2000.000239-9, rel. Des. Cercato Padilha).

E, no mesmo sentido:

“O *periculum in mora* inverso e o princípio da proporcionalidade devem ser considerados, pois ‘há liminares que trazem resultados piores que aqueles que visam a evitar’ (Egas Moniz de Aragão)” (AI n. 2001.024344-0, rel. Des. Newton Trisotto).

Sobre o tema, embora com estudo enfocando as medidas liminares em geral, é oportuna a lição de Reis Friede:

“Durante a segunda fase do exame do juízo de admissibilidade da medida cautelar, em forma de liminar ou não – ao lado do requisito da ‘relevância do fundamento do pedido’ e necessariamente após a comprovação dos requisitos do *periculum in mora* e do *fumus boni iuris* (relativas à primeira fase do exame do juízo de admissibilidade da medida) –, resta o imperativo e criterioso exame do requisito consubstanciado no denominado *periculum in mora* inverso ou, mais especificamente, na sua ‘não-produção’, consistente, exatamente, no afastamento, por seu turno, da eventual concretização de grave risco de ocorrência de dano irreparável (ou de difícil reparação), contra o réu (impetrado ou requerido), como

conseqüência direta da própria concessão da medida liminar eventualmente deferida ao autor (impetrante ou requerente).

[...]

A não-produção do denominado *periculum in mora* inverso, necessariamente implícito no próprio bom senso do julgador, portanto, desponta inegavelmente como um pressuposto inafastável para a decisão final pela concessão da medida liminar – a ser sempre e obrigatoriamente verificado, de forma compulsória –, uma vez que, em nenhuma hipótese, poderia ser entendido como um procedimento lícito a modificação de uma situação de fato perigosa para uma parte – mas tranqüila para outra – por uma nova que apenas invertesse a equação original, salvaguardando os interesses de uma das partes em detrimento da outra e ao elevado custo da imposição de gravames (até então inexistentes e por vezes até mesmo insuportáveis)” (Aspectos Fundamentais das Medidas Liminares, Forense Universitária, 1996, 3ª ed., p. 192 a 194).

E conclui o renomado mestre:

“[...] ao lado da aparência do bom direito do requerente, deve necessariamente alinhar-se, como já por diversas vezes advertimos não só a existência do *periculum in mora*, como ainda a certeza da não-produção do *periculum in mora* inverso e a própria relevância dos fundamentos do pedido do autor encaminhados ao juiz” (*op. cit.*, p. 422).

Pondera com muita propriedade o Ministro Adhemar Maciel que “a exigência da irreversibilidade inserta no § 2º do art. 273 do CPC não pode ser levada ao extremo, sob pena de o

novel instituto da tutela antecipatória não cumprir a excelsa missão a que se destina” (REsp n. 144.656/ES).

Na mesma linha de raciocínio, comenta Miguel Kfoury Neto:

“Entretanto, o perigo de irreversibilidade dos efeitos fáticos do provimento não pode constituir impedimento ao deferimento da tutela urgente. Tratando-se de tutela antecipatória urgente, deve ser possível o sacrifício, ainda que de forma irreversível, de um direito que pareça improvável em benefício de outro que pareça provável. Do contrário, o direito que tem maior probabilidade de ser definitivamente reconhecido poderá ser irreversivelmente prejudicado. Em resumo, se não há outro modo para evitar um prejuízo irreparável a um direito que se apresenta como provável, deve-se admitir que o juiz possa provocar um prejuízo irreparável ao direito que lhe parece improvável. Nestes casos deve ocorrer a ponderação dos bens jurídicos em jogo, aplicando-se o princípio da proporcionalidade, pois quanto maior for o valor jurídico do bem a ser sacrificado, tanto maior deverá ser a probabilidade da existência do direito que justificará o seu sacrifício” (Código de processo civil – Alteração – Leis ns. 8.950, 8.951, 8.952 e 8.953/94, RJ 210/49).

Exatamente por isso, a questão sobre a reversibilidade ou não da medida pretendida a título de tutela antecipada deve ser rigorosamente sopesada, exigindo-se do julgador uma análise mais acurada acerca da plausibilidade jurídica do pedido ajuizado, ou, mais precisamente, a verossimilhança das alegações deduzidas, que são informadoras da consistência do *fumus boni iuris*, em cotejo com a pos-



sibilidade e a gravidade do dano que poderá decorrer dos efeitos da providência pleiteada.

Discorrendo sobre o *fumus boni juris* em sede de antecipação de tutela, anota Cândido Rangel Dinamarco:

“O art. 273 condiciona a antecipação da tutela à existência de prova inequívoca suficiente para que o juiz ‘se convença da verossimilhança da alegação’. A dar peso ao sentido literal do texto, seria difícil interpretá-lo satisfatoriamente porque prova inequívoca é prova tão robusta que não permite equívocos ou dúvidas, infundindo no espírito do juiz o sentimento de certeza e não mera verossimilhança. Convencer-se da verossimilhança, ao contrário, não poderia significar mais do que imbuir-se do sentimento de que a realidade fática pode ser como a descreve o autor.

“Aproximadas as duas locuções formalmente contraditórias contidas no art. 273 do Código de Processo Civil (prova inequívoca e convencer-se da verossimilhança), chega-se ao conceito de probabilidade, portador de maior segurança do que a mera verossimilhança. Probabilidade é a situação decorrente da preponderância dos motivos convergentes à aceitação de determinada proposição, sobre os motivos divergentes. As afirmativas pesando mais sobre o espírito da pessoa, o fato é provável; pesando mais as negativas, ele é improvável (Malatesta). A probabilidade, assim conceituada, é menos que a certeza, porque lá os motivos divergentes não ficam afastados mas somente suplantados; e é mais que a credibilidade, ou verossimilhança, pe-

la qual na mente do observador os motivos convergentes e os divergentes comparecem em situação de equivalência e, se o espírito não se anima a afirmar, também não ousa negar.

“O grau dessa probabilidade será apreciado pelo juiz, prudentemente e atento à gravidade da medida a conceder. A exigência da prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a tutela cautelar” (*op. cit.*, p. 143).

As demais questões postas em discussão na ação civil pública confundem-se com o mérito da causa e devem, portanto, ser analisadas em momento processual oportuno, visto que o agravo de instrumento “*está limitado ao exame do acerto ou desacerto da decisão recorrida*” (AI n. 96.002953-2, rel. Des. Pedro Manoel Abreu), sob pena de suprimir uma instância, conforme entendimento do saudoso Des. Eder Graf expresso no Agravo de Instrumento n. 1999.017438-7:

“Agravo de instrumento — Discussão de questões relativas ao *meritum causae* — Inadmissibilidade.

“Em sede de agravo de instrumento, só se discute o acerto ou desacerto do ato judicial hostilizado, não sendo viável o exame aprofundado de temas relativos ao *meritum causae*” (AI n. 1999.017438-7, rel. Des. Eder Graf).

Ante o exposto, nos termos do r. despacho que denegou o efeito suspensivo, nega-se provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por maioria de votos, negaram provimento ao recurso. Vencido o Des. Francisco Oliveira Filho, que dava provimento, não pela inconstitucionalidade, mas diante da ineficácia da norma da Constituição Estadual em face da Federal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto. Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Aurino Alves de Souza.

Florianópolis, 24 de fevereiro de 2003.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente, com voto vencido;*  
*Luiz César Medeiros,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Ementa aditiva

Agravo de instrumento - Ação civil pública - Composição da Câmara Municipal - Parametricidade quebrada - Ofensa frontal à Magna Carta - Persistência impossível do atual número de Edis - Alteração na Carta Política Catarinense - Convalidação inviável - Controle difuso - Oportunidade in casu - Interesse de agir - Inadequação na espécie da tutela antecipatória, ex vi do art. 12 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP).

Estando o art. 111, inciso IV, letra g, da Constituição Estadual, em desacordo com o art. 29, inciso IV, da Lex Mater, este é o parâmetro para definir o número de integrantes da Câ-

mara Municipal, na hipótese exorbitante.

Alterando a Emenda Constitucional n. 24, de 29 de outubro de 2002, a redação do inciso IV do art. 111 da Carta Política Catarinense dispõe que o número de vereadores é proporcional à população do Município, "obedecidos os limites da Constituição Federal", o excesso de edis não foi afastado na atualidade, mas confirmado. Ipso facto, há interesse de agir, que "é a necessidade do uso da via judicial ou a utilidade que disto advém" (Celso Agrícola Barbi, Comentários ao CPC, Forense, vol. I, t. I, n. 24, p. 50).

"O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal" (Reclamação-MC 1.733-8/SP, Min. Celso de Mello, DJU 1º-12-00, p. 103).

O objeto da ação civil pública "não é a pronúncia de inconstitucionalidade, e sim a solução do conflito de interesses. A questão da constitucionalidade não faz coisa julgada porque, como se disse, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma é 'questão prejudicial', cuja apreciação, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do art. 469, III, do Cód-

go de Processo Civil. Logo, não há como atribuir-lhe efeitos erga omnes, que se limitam à parte dispositiva da sentença" (O direito constitucional e a efetividade de suas normas, Renovar, 6ª ed., p. 245 e 246).

Incogitável na espécie é considerar a início litis tutela antecipatória (art. 273 do CPC), porque a medida liminar é prevista no art. 12 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), comportando como ato interlocutório agravo de instrumento, passível de efeito suspensivo ou tutela recursal antecipada (art. 527, inciso III, do CPC).

A controvérsia cinge-se à interpretação do art. 111 ("O Município rege-se por lei orgânica, votada em dois turnos, com o interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos na Constituição Federal e nesta Constituição, e os seguintes preceitos"), inciso IV ("número de Vereadores proporcional a população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal e os seguintes"), letra g ("de cem mil e um milhão de habitantes, até vinte e um Vereadores"), da Carta Política Catarinense em face da Magna Carta, cujo art. 29 ("O Município reger-se-á por lei orgânica, votada em dois turnos, com interstício mínimo de dez dias, e aprovada por dois terços dos membros da Câmara Municipal, que a promulgará, atendidos os princípios estabelecidos nesta Constituição, na Constituição do respectivo Estado e os seguintes Preceitos"), inciso IV ("número de Vereadores proporcional à população do Município, observados os seguintes limites"), letra a ("mínimo de nove e

máximo de vinte e um nos Municípios de até um milhão de habitantes").

Ora, irrita é a norma jurídica estadual, pois, como acentuou o ilustre Procurador de Justiça Dr. Aurino Alves de Souza, em certo trecho do parecer no Agravo de Instrumento n. 2002.022592-0, "traçou, de forma equivocada, proporcionalidade diversa daquela prevista pela Constituição Federal, pois como em nosso Estado o Município de maior população não chega a ultrapassar a cifra de um milhão de habitantes, entendendo-se, desde já, como impossível a fixação do número de edis em até 21 quando a população for no mínimo de cem mil habitantes, conforme preceitua a alínea g do inciso IV do art. 111. Com o intuito de melhor esclarecer o desrespeito da Carta Estadual em relação à proporcionalidade exigida pela Carta Federal, compreende-se que se o limite fixado pela Constituição Federal está entre 9 e 21 Vereadores para os Municípios de até um milhão de habitantes certamente teríamos treze situações diferentes, pois poderíamos apresentar Câmaras contendo 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20 e 21 Vereadores, sendo que, levando-se esses números à proporção da Constituição Federal, ou seja, dividindo-se essas treze situações pelo limite de população de até um milhão de habitantes, chegaríamos à cifra de 76.923 habitantes por parlamentares, ou seja, um milhão dividido por treze. Assim, subindo-se a escala de 9 até 21, atingiríamos os seguintes resultados: de 1 a 76.923 habitantes, necessários 9 Vereadores, de 76.924 a 153.846 habitantes, 10 Vereadores, e assim por diante, ou seja, acrescentando-se 76.923 a cada habitante e adicionan-

do-se à cifra um vereador, atingindo-se, ao final, 21 vereadores, na proporção de 923.077 a 1.000.000 habitantes".

Inequívoca, em consequência, a inconstitucionalidade, que "é a incorreção da norma com o parâmetro superior positivo, quer sob o aspecto da incorreção formal (ou seja, do processo legislativo, órgão emissor competente), quer sob o aspecto da incorreção material (conteúdo substancialmente incompatível com a Constituição)" (Oswaldo Luiz Palu, Controle de Constitucionalidade, RT, 2ª ed., ns. 4.2, 4.2.1, p. 69). Persiste, destarte, a eiva na composição da Câmara Municipal, mesmo diante da Emenda Constitucional n. 24, de 29 de outubro de 2002, à Carta Política Estadual, cujo inciso IV passou a vigorar com a seguinte redação: "Número de Vereadores proporcional à população do Município, obedecidos os limites da Constituição Federal".

Aquela matéria, por meio do controle difuso, pode ser acolhida em ação civil pública: "O Supremo Tribunal Federal tem reconhecido a legitimidade da utilização da ação civil pública como instrumento idôneo de fiscalização incidental de constitucionalidade, pela via difusa, de quaisquer leis ou atos do Poder Público, mesmo quando contestados em face da Constituição da República, desde que, nesse processo coletivo, a controvérsia constitucional, longe de identificar-se como objeto único da demanda, qualifique-se como simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal" (Reclamação-MC 1.733-8/SP, Min. Celso de Mello, DJU 1º-12-00, p. 103). O Superior Tribunal de Justiça, a propósito,

assim se manifestou: "É viável, em processo de ação civil pública, a declaração incidente de inconstitucionalidade" (REsp n. 109.013/MG, Min. Humberto Gomes de Barros).

Por outro lado, lembra Luís Roberto Barroso: "O objeto da ação não é a pronúncia de inconstitucionalidade, e sim a solução do conflito de interesses. A questão da constitucionalidade não faz coisa julgada porque, como se disse, a manifestação do órgão jurisdicional sobre a constitucionalidade da norma é 'questão prejudicial', cuja apreciação, decidida incidentalmente no processo, não faz coisa julgada, a teor do art. 469, III, do Código de Processo Civil. Logo, não há como atribuir-lhe efeitos erga omnes, que se limitam à parte dispositiva da sentença" (O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas, Renovar, 6ª ed., p. 245 e 246).

E mais: há sim na espécie interesse de agir, que "é a necessidade do uso da via judicial ou a utilidade que disto advém" (Celso Agrícola Barbi, Comentários ao CPC, Forense, vol. I, t. I, n. 24, p. 50), apesar da Emenda Constitucional n. 24, de 29 de outubro de 2002, pois a alteração normativa ocorrida não afasta a exorbitância de edis, na verdade confirmando-a.

Finalmente, não há, data venia, cogitar na hipótese de tutela antecipatória (art. 273 do CPC), porque a medida liminar é prevista no art. 12 da Lei n. 7.347, de 24 de julho de 1985 (LACP), comportando como ato interlocutório agravo de instrumento, passível de efeito suspensivo ou tutela recursal antecipada (art. 527, inciso III, do CPC).

Esses, em síntese, os motivos  
porque dissenti da doutra maioria.

*Francisco Oliveira Filho.*

## MANDADO DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 1997.004051-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Mandado de segurança. Processo administrativo disciplinar. Pretendida nulidade do procedimento, ante o excesso de prazo para conclusão. Ausência de prejuízo. Nulidade inócurrenre. Decisão da autoridade administrativa divergente do parecer da comissão processante. Possibilidade. Revisão judicial da decisão administrativa. Limites. Apuração da infração que atendeu às formalidades procedimentais essenciais. Ausência de direito líquido e certo. Denegação da ordem.*

*A demora na solução do processo administrativo disciplinar, quando não acarreta prejuízo ao interessado, que teve assegurado o direito à ampla defesa, não constitui causa suficiente à decretação de sua nulidade.*

*“Exige-se a harmonia entre o ato final de punição e o teor do inquérito, isto quanto aos fatos apurados. A autoridade administrativa a quem cumpre punir o infrator não está compelida a observar o enquadramento jurídico conferido pela comissão que atuou na fase de inquérito” (RTJ 138/488).*

*Se a decisão da autoridade administrativa conformou-se com os fatos apurados e encontra amparo legal, não pode o Judiciário decidir sobre o mérito administrativo, consubstanciado na conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 1997.004051-2, da comarca da Capital, em que é impetrante Evoni Coelho Pereira e impetrado o Governador do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial, por votação unânime, denegar a segurança.

Custas *ex lege*.

Evoni Coelho Pereira impetrou mandado de segurança, com pedido de liminar, contra ato do Governador do Estado de Santa Catarina, que a demitiu do cargo que ocupava, por infração ao art. 137, I, n. 3, da Lei n. 6.745/85, após a instauração de processo administrativo disciplinar.

Alega a impetrante, servidora pública estadual, com lotação no Hospital Governador Celso Ramos, que, em razão da tentativa de furto de gêneros alimentícios ocorrida no mencionado Hospital no dia 15 de janeiro de 1995, foi instaurado processo administrativo disciplinar para apurar as irregularidades atribuídas à autora e também a outra servidora, restando ambas demitidas do cargo efetivo de que eram detentoras.

Sustenta que o processo disciplinar está eivado de nulidades insanáveis, já que excedido o prazo para a sua conclusão, tendo sido ultrapassada, inclusive, a prorrogação de 60

(sessenta) dias, irregularmente concedida — segundo a autora —, uma vez que o art. 158, parágrafo único, da Lei n. 6.745/85 é expresso ao estabelecer que, uma vez prorrogado, não pode o prazo ser renovado. Aponta ainda a divergência entre as decisões adotadas pelos membros da comissão processante e pela autoridade impetrada, porquanto aquela, não conseguindo vislumbrar a prática de infração disciplinar ou ato de improbidade, sugeriu a desclassificação da infração do art. 137 para insubordinação, com aplicação de pena de suspensão por 30 (trinta) dias.

Enfatiza a inexistência de prova de que subtraiu ou tentou subtrair os produtos mencionados, havendo apenas o depoimento da Chefe do Serviço de Nutrição sobre a existência de gêneros alimentícios encontrados dentro de sacolas plásticas, motivo pelo qual não pode prevalecer o ato hostilizado. Por último, ressalta que o fato que deu origem à aplicação da pena de demissão qualificada não constitui ato de manifesta improbidade no exercício da função pública, pleiteando a suspensão dos efeitos do Ato n. 0268, de 7-2-97, publicado no DOE n. 15.618, de 19-2-97, assegurando-se-lhe a permanência e exercício no cargo efetivo, com o restabelecimento de todos os direitos eventualmente violados em razão do ato de demissão.

O exame do pedido de liminar foi postergado para após a prestação das informações pela autoridade coatora que, notificada, apresentou-as, asseverando que nenhum prejuízo sofreu a impetrante em razão de haver sido excedido o prazo para a conclusão do processo disciplinar, não se podendo falar, portanto, em nulidade. Disse ter aplicado a penalidade cabível dentre as legalmente previstas, e que restou demonstrada a prática da conduta descrita como da infração disciplinar, inexistindo direito líquido e certo a ser amparado por mandado de segurança.

A liminar foi indeferida pelas razões deduzidas no despacho de fls. 189/190.

Instada a manifestar-se, fê-lo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do Dr. Áttila Antônio Rothsahl, pela denegação da ordem.

É o relatório.

A eventual demora na conclusão do processo disciplinar, por não ter causado prejuízos à autora, não importou em nulidade.

O Superior Tribunal de Justiça, em precedente da lavra do Min. Adhemar Maciel, assentou:

“Administrativo. Processo administrativo disciplinar. Ultrapassagem do prazo fixado para o término do processo. Nulidade. Não-ocorrência. Precedentes. Recurso improvido.

“I – A ultrapassagem do prazo fixado para o encerramento de processo administrativo disciplinar não conduz à nulidade, mas tão-somente à cessação da medida cautelar do afastamento preventivo do cargo do servidor público acusado.

“II — Inteligência dos arts. 256 e 265 da Lei Baiana n. 2.323/66.

“III – *omissis*;

“IV – [...]”

“V — Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido, mas improvido” (ROMS n. 455/BA, DJU de 23-6-97, p. 29.072).

Da doutrina, colhe-se a lição de Diógenes Gasparini:

“Em tese, a demora na solução do processo, por si só, não é razão bastante para fundamentar a decretação da sua nulidade, principalmente quando essa circunstância não acarreta prejuízo ao interessado” (Direito Administrativo, 5ª ed., rev., atual. e aum., São Paulo, Saraiva, 2000, p. 772).

Sob outro ângulo, é inquestionável que ao parecer da comissão processante não fica vinculada a decisão da autoridade competente.

A propósito:

“Funcionário público – Demissão.

“Pode a autoridade administrativa, sem ofensa à Constituição Federal, discordar do parecer da Comissão de Inquérito, aplicando penalidade mais se-



vera, desde que o faça motivadamente [...]” (RE n. 91.488-9/MG, rel. Min. Cunha Peixoto, DJU n. 86, de 9-5-80, p. 3.231).

Em hipótese análoga, proclama ainda o Excelso Pretório:

“*Omissis*.

“3. Ato disciplinar – Inquérito e demissão – Descompasso – Natureza - Importância. Exige-se a harmonia entre o ato final de punição e o teor do inquérito, isto quanto aos fatos apurados. A autoridade administrativa a quem cumpre punir o infrator não está compelida a observar o enquadramento jurídico conferido pela comissão que atuou na fase de inquérito.

“4. *Omissis*” (RTJ 138/488).

Consignou em seu voto o relator, Ministro Marco Aurélio:

“A autoridade administrativa não está jungida ao enquadramento jurídico conferido aos fatos pela comissão que atuou na primeira fase do processo disciplinar. No caso, cumpre, tão-somente, saber da harmonia, ou não, do que apurado com o preceito que se reputou como a dar respaldo à punição, ou seja, o inciso XLVIII do artigo 364 do Decreto n. 59.310/66”.

No que concerne à asseverada ausência de prova do ilícito que lhe teria sido irrogado, a apuração dos fatos demonstra exatamente o contrário, consoante revelam excertos dos depoimentos a seguir transcritos, *verbis*:

“[...] que, ao chegar à cozinha do Serviço de Nutrição e Dietética, encontrou a funcionária Cleide Ricardo da Silva, contratada pelo Hemosc, transferindo óleo de cozinha da embalagem original para uma garrafa descartável; que em seguida observou

outros mantimentos acondicionados em sacolas e guardados sob balcões; que, em seguida ligou para o Gerente Administrativo, Sr. Paulo Roberto dos Santos, do qual recebeu a orientação para comunicar o fato na segunda-feira; que, em seguida, através de novo contato do Gerente Administrativo, este definiu sua vinda ao local, que procedeu à exposição dos produtos sobre um balcão e solicitou que os presentes declarassem responsabilidade sobre o ocorrido; que a primeira a se responsabilizar foi a Sra. Cleide Ricardo da Silva, quanto ao óleo que já estava na garrafa e outros produtos, a seguir a Sra. Leoni Faustino Cândido (contratada da Back) e a Sra. Maria Elizabeth (contratada da Back), se responsabilize por parte dos produtos, *em seguida a Servidora Evoni Coelho Pereira, que retornava do vestiário, perguntada sobre se tinha responsabilidade sobre alguns dos produtos, assumiu a guarda de parte dos produtos expostos; que diante de uma cuba cheia de produtos, e perguntando sobre a quem pertenciam, as servidoras Evoni e Maria Elizabeth denunciaram que eram da Servidora Solene Vieira Flores, que até aquele momento estava envolvida com a lavagem de louças e se mantinha fora da discussão, e assumiu a responsabilidade [...]”* (o grifo não é do original — depoimento de Raquel Schaefer Lehmkuhl – fl. 47).

E também:

“[...] que a Chefe do Serviço perguntou de quem eram os produtos, insistindo para que os responsáveis assumissem, *que a primeira a se responsabilizar foi a servidora Evoni; que, em seguida, a servidora Elizabete também confirmou. Perguntada se alguma das indicadas foi indicada por*

outra, informou que, diante da insistência da Chefe do Serviço para que todos os produtos fossem identificados, a servidora Evoni disse que 'todo mundo sabia de quem eram os produtos' [...]” (o grifo não é do original – depoimento de Neusa Niemkoeter de Abreu – fl. 77).

Em seu depoimento, esclareceu Arosni Pires:

[...] Perguntado se presenciou a Chefia identificando produtos em armários e fornos, respondeu que a Chefia só recolheu produtos sobre os balcões e o queijo na geladeira; que não viu retirar nada do forno; que a Chefe pressionou para que os responsáveis se identificassem; que, se isso acontecesse, não levaria ninguém para a polícia, mas que depois fez o contrário, chamou o Gerente Administrativo, e este chamou a polícia; que as duas indiciadas se acusaram por que todos foram pressionados [...]” (fls.113/114).

Concluindo, a própria impetrante, ao prestar declarações, afirmou “que assumiu o roubo porque a Chefe do Serviço disse que, se não se manifestasse, chamaria a polícia [...]” (fl. 53).

Denota-se que o ato impugnado fundou-se em prova coligida em regular processo administrativo, com a oportunidade de amplo direito de defesa da acusada. Ademais, a impetrante em momento algum questionou a regularidade da tramitação do procedimento ou alegou a existência de vício formal.

Ora, o que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o mérito da decisão administrativa.

Consoante o escólio de Hely Lopes Meirelles, “permitido é ao Poder Judiciário examinar o processo administrativo disciplinar para verificar se a sanção imposta é legítima e se a apuração da infração atendeu ao devido procedimento legal. Essa verificação importa conhecer os motivos da punição e saber se foram atendidas as formalidades procedimentais essenciais, notadamente a oportunidade de defesa ao acusado e a contenção da comissão processante e da autoridade julgadora nos limites de sua competência funcional, isto sem tolher o discricionarismo da Administração quanto à escolha da pena aplicável dentre as consignadas na lei ou regulamento do serviço, à graduação quantitativa da sanção e à conveniência ou oportunidade de sua imposição. O que se nega ao Judiciário é o poder de substituir ou modificar penalidade disciplinar a pretexto de fazer justiça, pois, ou a punição é legal, e deve ser confirmada, ou é ilegal, e há que ser anulada; inadmissível é a substituição da discricionariedade legítima do administrador por arbítrio ilegítimo do juiz.

“*Omissis.*”

“O que não se permite ao Judiciário é pronunciar-se sobre o *mérito administrativo*, ou seja, sobre a conveniência, oportunidade, eficiência ou justiça do ato, porque, se assim agisse, estaria emitindo pronunciamento de administração, e não de jurisdição judicial. O mérito administrativo, relacionando-se com conveniências do Governo ou com elementos técnicos, refoge do âmbito do Poder Judiciário, cuja missão é a de aferir a conformação do ato com a lei escrita, ou, na sua falta, com os princípios gerais do Direi-

to" (Direito Administrativo Brasileiro, 24ª ed., atual., Malheiros Editores, 1999, p. 625 e 635).

Registra-se que este Órgão Especial, em precedente da lavra do saudoso Des. Eder Graf, apreciando hipótese idêntica, denegou a segurança à outra servidora que também respondeu ao processo administrativo disciplinar em epígrafe (MS n. 97.005214-6, da Capital).

Ante o exposto, denegou-se a ordem.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa e dele participaram, com votos vencedores, os

Exmos. Srs. Des. Maurílio Moreira Leite, Luiz César Medeiros, José Volpato, João Martins, Francisco Oliveira Filho, Gaspar Rubik, Pedro Manoel Abreu, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos e Silveira Lenzi, emitindo parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 21 de agosto de 2002.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente, para o acórdão;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*



# JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL



## AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO

### AGRAVO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 367.262-5/BA

**Relator:** Min. Sydney Sanches

**Agravante:** Estado da Bahia

**Advogada:** PGE/BA — Manuela da Silva Nonô

**Advogado :** PGE/BA — Antônio José de Oliveira Telles de Vasconcellos

**Agravado:** Augusto Manoel Teixeira de Souza Braga

**Advogados:** Juliana Guilliod e outro

#### **Ementa**

*Direito constitucional, processual civil e trabalhista.*

*Recurso extraordinário trabalhista. Pressupostos de admissibilidade. Agravo.*

*1. Não conseguiu o agravante demonstrar o desacerto da decisão que, na instância de origem, indeferiu o processamento do recurso extraordinário, nem o da que negou seguimento ao agravo de instrumento.*

*2. Na verdade, o agravo de instrumento em recurso de revista foi improvido, por fundamentos legais, infraconstitucionais.*

*3. E, como salientado na decisão agravada, é pacífica a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em RE, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação, e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais.*

*4. E, nesses limites, houve prestação jurisdicional.*

*5. Agravo improvido.*



## Acórdão

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo no agravo de instrumento. Ausentes, ocasionalmente, o Ministro Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie.*

Brasília, 18 de junho de 2002.

*Moreira Alves,  
Presidente;  
Sydney Sanches,  
Relator.*

## Relatório

O Senhor Ministro Sydney Sanches:

1. Trata-se de agravo interposto contra decisão que, negando seguimento a agravo de instrumento, manteve o indeferimento do recurso extraordinário, na instância de origem.

2. Insiste o agravante, em síntese, na subida deste, pelas razões expostas às fls. 108 a 112.

É o relatório

## Voto

O Senhor Ministro Sydney Sanches (Relator):

1. O acórdão extraordinariamente recorrido, do Tribunal Superior do Trabalho, negou provimento a agravo de instrumento em recurso de revista, ficando assim ementado (fl. 79):

“Agravo de instrumento. Processo de execução. Violação direta e frontal de dispositivo constitucional não demonstrada. Agravo a que se nega provimento”.

2. E o processamento do recurso extraordinário (fls. 84/90) foi indeferido pelo Presidente do Tribunal Superior do Trabalho, nestes termos (fl. 93):

“A colenda Primeira Turma negou provimento ao agravo de instrumento do reclamado, com fundamento no Enunciado n. 266 desta Corte.

“O Estado da Bahia interpõe recurso extraordinário, apontando ofensa aos artigos 5º, incisos II, XXXVI, LIV e LV, e 93, inciso IX, da Constituição Federal.

“Ausentes contra-razões.

“Inviabiliza o pretendido pelo recorrente a natureza meramente processual da decisão recorrida, não ensejando, assim, a interposição de recurso extraordinário, pois eventual ofensa à Constituição da República só se daria de forma indireta. Precedente: Ag. AI n. 260.787/PR, 2ª Turma, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU de 4-8-2000, p. 18.

“Não admito o recurso”.

3. Com o agravo de instrumento, a recorrente pretendeu a subida do recurso extraordinário (fls. 2/13).

4. Como Relator, neguei-lhe seguimento à fl. 106:

“1. Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal Superior do Trabalho que manteve o não seguimento de recurso de revista.

“2. Alega o recorrente que houve violação aos artigos 5º, incisos II,

XXXVI, LIV e LV, e 93, IX, da atual Constituição Federal.

“3. É pacífica, porém, a jurisprudência do STF, ao não admitir, em RE, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal por má interpretação ou aplicação, e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais.

“4. E houve prestação jurisdicional.

“5. Diante do exposto, nego seguimento ao presente agravo de instrumento (arts. 21, § 1º, do RISTF, 38 da Lei n. 8.038/90 e 557 do CPC)”.

5. E, no presente agravo, não conseguiu o agravante demonstrar o desacerto da decisão que, na instância de origem, indeferiu o processamento do recurso extraordinário, nem o da que negou seguimento ao agravo de instrumento.

6. Na verdade, o agravo de instrumento em recurso de revista foi improvido, por fundamentos legais, infraconstitucionais.

7. E, como salientado na decisão agravada, é pacífica a jurisprudência

do Supremo Tribunal Federal, no sentido de não admitir, em RE, alegação de ofensa indireta à Constituição Federal, por má interpretação ou aplicação, e mesmo inobservância de normas infraconstitucionais.

8. E, nesses limites, houve prestação jurisdicional.

9. Isso posto, nego provimento ao presente agravo.

### **Decisão**

A Turma negou provimento ao agravo regimental no agravo de instrumento. Unânime. Ausentes, ocasionalmente, o Ministro Sepúlveda Pertence e a Ministra Ellen Gracie. 1ª Turma, 18-6-2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Ministros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence, Ilmar Galvão e a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

*Ricardo Dias Duarte,*  
*Coordenador.*

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

RECURSO EXTRAORDINÁRIO N. 238.453-6 — SANTA CATARINA

**Relator:** Min. Moreira Alves

**Recorrente:** Município de Concórdia

**Advogados:** Renato Melillo Filho e outros

**Recorrida:** Shirlei Tecchio Chiamenti

**Advogados:** Carlos Alberto Dellagiustina e outros

### Ementa

*Responsabilidade civil de município. Responsabilidade objetiva.*

*Inexistência de ofensa ao artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, uma vez que o acórdão recorrido, embora aludindo à responsabilidade objetiva do Estado nos moldes da teoria do risco integral, em verdade se orientou pela teoria do risco administrativo, sustentando a inexistência de culpa exclusiva da vítima, e sendo certo que, no caso, não havia caso fortuito ou de força maior. E até foi além, afirmando, em face da prova, a culpabilidade concorrente do Município.*

*Recurso extraordinário não conhecido.*

Brasília, 12 de novembro de 2002.

### Acórdão

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em não conhecer do recurso extraordinário.*

*Moreira Alves,  
Presidente e Relator.*

### Relatório

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator):

É este o teor do acórdão que julgou a apelação na parte que interessa ao presente recurso extraordinário:

“2.4. — Destarte, são rejeitados os três agravos retidos, passando-se à apreciação dos recursos de apelação.

“3.— Relativamente ao apelo do Município, a irrisignação merece provimento apenas parcial.

“3.1. — Emerge dos autos, ao contrário do que afirma o réu, ser efetivamente o Município o mantenedor e o administrador do Parque Turístico do Estreito do Rio Uruguai, local onde se desenrolou o trágico acidente que ceifou a vida do marido e dos dois únicos filhos da autora, arrebatando-lhe o fatídico evento a própria família, deixando-a só, prisioneira da dor e do sofrimento que só o tempo poderá apagar.

“Com efeito, resai dos autos que o município de Concórdia, conforme ressaltado na exordial, desapropriou a área adjacente ao Estreito do Rio Uruguai para a implantação do Parque Turístico, firmando, posteriormente, convênios com a Embratur e Citur, objetivando a cooperação técnico-financeira para a implantação do projeto. Efetuou a doação da área à Citur, revogando posteriormente a referida doação, através da Lei n. 2.297, de 8-3-89, criando, com recursos próprios, a infra-estrutura necessária, compreendendo água, luz, churrasqueiras, restaurante, e, embora tenha negado inconsistentemente tal fato, colocando botes a serviço dos turistas para passeio pela lagoa.

“Neste sentido, é de fundamental importância o depoimento de

Herberto Schimanko (fl. 126), administrador do parque e funcionário da Prefeitura Municipal, conforme relata. Diz que os barcos eram da Prefeitura e que no ancoradouro não havia qualquer pessoa fazendo vigilância. Tais embarcações ficavam à disposição de quem as quisesse utilizar, bastando, para tanto, desamarrá-las e remar. Eventualmente ensinava, a quem pedisse, as técnicas de remo. Tais barcos foram feitos no próprio parque, com madeira enviada pela Prefeitura.

“Já a mulher de Herberto alega que o marido quando tinha problemas a resolver dirigia-se à Prefeitura, de quem era empregado. No ancoradouro não havia ninguém fazendo vigilância. Nos barcos não havia coletes ou bóias salva-vidas, nem ao menos placas de advertência de perigo. Disse que seu marido chegou a pedir à Prefeitura a confecção de placas, mas não foi atendido.

“As demais testemunhas revelam que normalmente as pessoas ignoravam que a navegação no local era perigosa, pois a lagoa tinha rotineiramente águas calmas e tranquilas, formada pelo remanso do rio. Além disso, os botes tinham a inscrição PMC — Prefeitura Municipal de Concórdia (dep. fl. 133), conforme, aliás, o demonstra a fotografia de fl. 37, da reportagem.

“Afora isso, o próprio *folder* de divulgação turística da região do Alto Uruguai (fl. 32), ao tratar do município de Concórdia, registra o Estreito como atração turística:

‘*O parque turístico do estreito do Rio Uruguai é um local urbanizado há mais dez anos pela Prefeitura*

de Concórdia e atrai milhares de visitantes. De seus 400 metros de largura, o Rio Uruguai afunila-se em pouco mais de 50 centímetros, percorrendo um canal de 7 quilômetros, multiplicando-se em corredeiras. Este fenômeno permite que qualquer pessoa fique com um pé em Santa Catarina e outro no Rio Grande do Sul. No local há um restaurante, além de estrutura para *camping* com estrada de fácil acesso’.

“Ressalta indiscutível, portanto, que o aludido parque efetivamente é administrado e explorado pela Municipalidade, sendo tal fato público e notório.

“Diga-se, ademais, que a tragédia em apreço teve grande repercussão na comunidade, sendo objeto de ampla discussão pública, estimulada principalmente pela imprensa, que deu amplo destaque ao fato, em várias matérias jornalísticas, conforme ressalta dos autos às fls. 33 a 38, evidenciando a falta de segurança do parque. Nesse debate foram envolvidos o Corpo de Bombeiros, autoridades municipais e convidados. Depois do trágico acontecimento, foram tomadas medidas de segurança, conforme se extrai da nota de fl. 38, onde é trazida notícia sobre a prainha do parque:

‘Em Concórdia, há o Estreito Augusto César, no Rio Uruguai, em alguns locais com menos de um metro de largura, há a lagoa formada junto a área de *camping*, calma para tomar banho, porém funda, aconselhada somente para quem nada bem. *Para visitar o canal, há dois barcos disponíveis. Mas os turistas têm que usar coletes salva-vidas e, além disso, um guia os acompanha, para evitar tragé-*

*dias, como já aconteceu em anos anteriores’.*

“A responsabilidade civil objetiva do Estado, ou teoria do risco integral, é princípio consagrado pelo nosso ordenamento jurídico, encontrando fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

“Yussef Sahid Cahali, em sua consagrada obra Responsabilidade Civil do Estado, Malheiros, 1995, p. 412 a 415, trata especificamente da aplicação da regra constitucional em apreço relativamente a ‘Estabelecimentos de ensino, recolhimento, lazer e esporte’, enfatizando:

‘Finalmente, mantendo o Estado, no desempenho de sua função social, áreas de lazer, praças de esportes e piscinas com acesso permitido ao grande público, sua responsabilidade por acidentes ocorridos nesses locais poderá ser identificada nos casos de omissão de guarda, fiscalização e vigilância de suas dependências’ (p. 414).

“E anota com inteiro proveito ao caso *sub studio*:

‘Quanto às piscinas públicas e logradouros destinados à prática de natação, a jurisprudência é enfática no sentido de determinar a responsabilidade civil pelo risco administrativo como determinante da obrigação de indenizar os danos resultantes de acidentes ali ocorridos’.

“E conclui:

‘Desse modo, afirma-se que ‘o dono, ou detentor, ou administrador da coisa, entidade instituída pelo Poder Público, ressarcirá o dano causado, se não provar que houve imprudência exclusiva do ofendido, ou que

o evento resultou de caso fortuito ou força maior; no caso, uma pessoa menor impúbere que foi vítima de afogamento em piscina de repartição pública, desprovida de qualquer vigilância adequada — Procedência da ação.’

“Acrescenta que também ‘é devida indenização pela Fazenda Pública em razão da morte de filho menor em represa municipal não cercada e desprovida de guardas: Menor de quase sete anos de idade morreu afogado na represa municipal. A represa não era cercada e era desprovida de guardas. Caracterizada a negligência da ré, a responsabilidade civil é de ser reconhecida...’

“Nesta esteira, aliás, já se manifestou o Tribunal de Justiça de São Paulo, em precedente análogo trazido à liça judiciária:

‘Responsabilidade civil do Estado — Morte por afogamento — Município que abre balneário para o lazer público, sem sinalizar os perigos existentes nem prestar qualquer fiscalização — Caráter objetivo da responsabilidade pelo mal serviço prestado — Procedência.

‘Oferecendo ao lazer público, balneário em represa cujas águas perigosamente recobrem diversos poços, sem prestar qualquer sinalização nem fiscalização, o município deve assumir a responsabilidade pelo afogamento ocorrido nestas condições’ (JB 170/219 e220).

“De todo o elenco probatório ressalta, a toda evidência, a culpabilidade do réu, que acolhendo até 400 turistas em época de temporada, não mantinha as menores condições de segurança no local, sabidamente periculoso. As condições aparentemente

tranqüilas da lagoa, supostamente propícias para os passeios de barco, traíam a diligência das infelizes vítimas, que se aventuraram levando consigo duas crianças, num comportamento teoricamente imprudente. Todavia, foi a falta escandalosa de condições mínimas de segurança que ensejou o sinistro, conforme prodigaliza a prova, mitigando a própria ousadia das desgraçadas vítimas.

“O Estreito do Rio Uruguai, cercado de beleza, perigo e mistérios, já em 1888, foi descrito por Augusto César, que lhe empresta o nome — conforme se extrai do libelo —, como sendo:

‘Um lugar guarnecido de rochas de ambos os lados, em que as águas se precipitam com horrível velocidade, que tivemos que largar a canoa para salvarmos nossas vidas.

‘O Rio Uruguai, largo de meio quilômetro, chega remansoso, águas férteis de dourados e piavas e de repente se despeja, violento e se precipita na garganta estreita, saltando das pedras escuras e abruptas e segue apertado, em redemoinhos pelo estreito canal de até um metro de largura. E fundo, profundo e misterioso.

‘O sulco cravado fundo na rocha, engole em seu *canyon* todo um rio de 400 metros, numa estação de sete quilômetros. E as águas agitadas, contidas pelo paredão formado de rochas negras, puras de areia e granitos, correm envoltas em neblina. Ao redor, morros, matas, o esplendor da natureza virgem, pura e quieta. Só se escuta o ronco de *canyon*, qual dragão enfurecido, largando fumaça nas ventas das rochas’ (cf. Relatório arquivado na Câmara de Vereadores de

Passo Fundo/RS e Prefeitura de Concórdia).

“Inarredável, portanto, o nexo causal entre a ação ou a omissão atribuída à Municipalidade, por seus agentes e o dano causado a terceiros, necessário a embasar a responsabilidade civil” (fls. 251 a 255).

Interpostos recursos especial e extraordinário, somente este não foi admitido pelo seguinte despacho:

“Trata-se de recurso extraordinário fundamentado no artigo 102, inciso III, alínea a, da Constituição da República, em que se alega contrariedade ao disposto no artigo 37, parágrafo 6º, da Carta Magna.

“Foram apresentadas contra-razões.

“O Ministério Público opinou pela não admissão do recurso.

“A matéria foi debatida, encontrando-se, assim, preenchido o pressuposto do prequestionamento. Todavia, o recorrente não conseguiu demonstrar que a decisão recorrida contrariou o dispositivo constitucional. Com efeito, o órgão julgador, apreciando a prova dos autos, entendeu aplicável a teoria do risco integral que, muito embora não seja a mais adotada pela doutrina e jurisprudência pátrias, não implica na violação daquele artigo da Constituição que dispunha da responsabilidade objetiva.

“Oportuno lembrar que a afronta ou ofensa à Carta Magna, em tema de recurso extraordinário, há de ser sempre direta e frontal, pois a via oblíqua, indireta ou reflexa, não dá agasalho nem cabimento ao apelo extremo (STF, RE n. 98.052/MG, 1ª Turma; RTJ 105/1.279, Ag. Rg. n.

90.595/RJ, 1ª Turma; RTJ 107/200 e RE n. 92.264-SP, 2ª Turma; RTJ 94/462).

“Ante o exposto, nego seguimento ao recurso extraordinário.

“Publique-se” (fl. 516).

Ao recurso especial foi negado seguimento, porque o acórdão recorrido não se limitou a ficar no domínio do risco integral, mas se baseou na afirmação de que o recorrente agiu com culpa *in vigilando*, tendo levado, ainda, em consideração a culpa concorrente para reduzir a verba relativa aos danos morais.

O recurso extraordinário subiu a esta Corte em virtude do provimento de agravo.

À fls. 552 a 560, assim se manifesta a Procuradoria-Geral da República:

“ 1. Recurso extraordinário (fls. 376 a 392) interposto com base no art. 102, III, a, da Constituição Federal, contra o v. Acórdão proferido pela eg. Quarta Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina (fls. 241 a 262) que, à unanimidade, deu provimento parcial a ambos os recursos e à remessa oficial, assim ementado:

‘Ação ordinária de indenização. Morte por afogamento de pai e dois filhos em rio integrante de parque turístico mantido pela municipalidade. Evento verificado em rio incluído no domínio da União.

‘Agravos retidos. Denúnciação da lide da União e Estado. Alegação de incompetência absoluta. Juntada de documentos novos. Desprovimento.



‘Consoante remansosa jurisprudência, inclusive desta Corte de Justiça, em sede de responsabilidade civil regida pela teoria do risco administrativo é inadmissível a litisdenuñiação, posto que o direito indenizatório invocado não é derivado como o de regresso, e sim originário.

‘É descabida a alegação de incompetência absoluta do juízo, pelo fato do acidente ter-se verificado em rio incluído no domínio da União ou do Estado. Na definição da responsabilidade civil tal circunstância não tem relevância jurídica, uma vez que a pretensão é fundada em razão da teoria objetiva, e ao fundamento de que era o Município e não a União Federal ou o Estado quem mantinha, administrava e explorava o parque turístico, onde se deu o evento danoso.

‘Não se conhece do agravo retido se a decisão impugnada, que se limitou a evidenciar a irregularidade, em face do princípio da lealdade processual, da juntada de documento novo na fase das alegações finais, não determinou o desentranhamento. Ausência de interesse recursal.

‘Indenização por morte. Teoria do risco integral. Danos materiais. Limites. Critérios.

‘Pela teoria do risco integral adotada pelo nosso sistema jurídico-constitucional, a pessoa jurídica de direito público responde sempre, uma vez que se estabeleça o nexo de causalidade entre o ato da Administração e o prejuízo sofrido, não se cogitando se houve ou não culpa, para concluir pelo dever de reparação. Inteligência do art. 37, § 6º, da Constituição Federal.

‘Oferecendo o município ao lazer público, parque turístico, com significativo afluxo de turistas, incluindo balneário em remanso de rio, cujas águas perigosas e profundas recobrem correntezas, sem prestar qualquer sinalização nem fiscalização, deve assumir a responsabilidade pelo afogamento ocorrido nestas condições.

‘Consolidou-se o entendimento no sentido de considerar a presumida sobrevida da vítima como sendo o termo final do pagamento da pensão, somando-se por base a data do evento até a idade provável de 65 anos, em se tratando de pessoa maior, exercendo atividade remunerada.

‘Em caso de morte de menores de dois e seis anos de idade, é razoável o entendimento de que a indenização compreenda desde a data do evento até a presumida idade núbil, não se levando em consideração a época em que legalmente poderiam exercer trabalho remunerado. Inteligência da Súmula 491 do STF. Nesse caso, fixa-se a indenização, sob a forma de pensão mensal, em 1/3 do salário-mínimo.

‘O 13º salário, em tema de indenização alimentar, integra a remuneração, sendo, portanto devido.

‘Dano moral. Cumulatividade com o dano material. Critério indenizatório.

‘São cumuláveis as indenizações por dano material e moral oriundas do mesmo fato (STJ, Súmula 37).

‘Como não é possível encontrar-se um critério objetivo e uniforme para a avaliação dos interesses morais afetados, a medida do ressarcimento deve ser fixada ao arbítrio do juiz, le-

vando em conta as circunstâncias do caso, a situação econômica das partes e a gravidade da ofensa' (Ap. Cív. n. 34.906, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira. Na ausência de outro critério objetivo, não repugna ao nosso sistema jurídico a aplicação analógica do art. 84 do Código Brasileiro de Telecomunicações (Lei n. 4.117/62), que prevê a reparação do dano moral de 5 a 100 salários mínimos, por injúria, difamação e calúnia, considerando-se ainda o art. 52 da Lei de Imprensa (Lei n. 5.250/67), que permite o arbitramento do dano moral até 200 salários mínimos, para a fixação do *quantum* indenizatório. Inteligência dos arts. 4º e 5º da Lei de Introdução ao Código Civil'.

“1.1 – Trata-se de ação de indenização movida pela recorrida em face do município de Concórdia, visando à obtenção de provimento jurisdicional que lhe ressarcisse os danos materiais e morais decorrentes da morte de seu marido e de seus dois filhos menores impúberes, ocorridas no Parque Turístico do Estreito do Rio Uruguai. Para tanto, narra que no dia 30-11-91 foi, juntamente com sua família, passar o final de semana no referido parque — que conta com infra-estrutura de água, luz, *camping* com churrasqueiras, restaurante e ampla área verde, além de uma lagoa formada por um remanso do Rio Uruguai. O parque é mantido, administrado e explorado pela Municipalidade. Ocorre que, por volta das 17 horas do domingo, seu marido e um amigo resolveram dar um passeio de bote pela aludida lagoa, levando os filhos menores. Os quatro, sem qualquer prática de remo, sem coletes salva-vidas, saíram para passear, sem o menor co-

nhecimento do risco que estavam correndo. Não havia no local nenhuma sinalização indicadora da área permitida para passeio ou mesmo de perigo, não obstante o elevado grau de periculosidade da área, em face da grande profundidade da lagoa, a qual desemboca diretamente na garganta estreita do rio. Assim, o bote adentrou na correnteza que passa pelo largo da lagoa e flui para o canal estreito, e foi arrastado, conduzindo-os às profundezas do precipício rochoso. As vítimas foram tragadas pelas águas que passam comprimidas pelo canal (de aproximadamente um metro de largura e sete quilômetros de extensão), ocasionando a morte dos quatro por afogamento. O corpo de bombeiros conseguiu resgatar os corpos do marido e dos filhos da recorrida, de três a dez dias após o evento, sendo que o corpo do amigo não foi encontrado.

“1.2 — Afirma que o Município desapropriou o local e posteriormente firmou convênio com a Citur — Companhia de Turismo e Empreendimentos de Santa Catarina —, com o escopo de implantar o Terminal de Turismo Social e Lazer no Município, ora recorrente. Como a Companhia não cumpriu com o acordo firmado, o Município, através de lei específica, criou, com recursos próprios, o aludido terminal. Além da infra-estrutura supra-mencionada, o Município colocou a disposição dos turistas botes para passeios pela lagoa, designando um funcionário apenas para prestar atendimento ao público. Todavia, não proporcionou o mínimo de segurança aos freqüentadores do parque, nem tampouco qualquer fiscalização.

“1.3 — Aduz, por fim, que seu marido sustentava a família, com o fruto de seu trabalho, e que, privada do auxílio do esposo, não teria como se manter.

“1.4 — O juízo singular acolheu a pretensão, através de criteriosa sentença, acostada aos autos às fls. 166 a 183.

“1.5 — A postulante interpôs recurso de apelação, pretendendo obter a reforma do julgado quanto ao valor fixado a título de indenização por dano moral (cinquenta salários mínimos por cada ente perdido). O Município apresentou recurso voluntário, pugnando pelo reconhecimento da ausência de qualquer responsabilidade por parte da entidade municipal.

“1.6 — O dd. Colegiado local deu provimento parcial a ambos os recursos, nos termos da ementa transcrita no item 1, *supra*.

“1.7 — Irresignado, o especial e extraordinário o Município interpôs recursos especial e extraordinário.

“1.8 — O Ilmo. Min. Relator do recurso especial negou seguimento ao recurso, na forma prevista no art. 34, XVIII, do RISTJ, consoante se extrai da ementa abaixo (fls. 537 a 539):

‘Processual — Acórdão que condena o estado por *culpa in vigilando* — Acórdãos que repelem o risco integral — Divergência não demonstrada — Recurso manifestamente incabível. Seguimento denegado.

‘I — Não se configura divergência, quando o acórdão recorrido afirma a *culpa in vigilando* do Estado, enquanto os paradigmas trazidos a confronto limitam-se em repelir o risco integral.

‘II — Cumpre ao relator negar seguimento a recurso manifestamente incabível (RISTJ — art. 34, XVIII)’.

“1.9 — No apelo extremo, o recorrente sustenta violação ao art. 37, § 6º, da Constituição Federal salientando que o acórdão hostilizado aplicou a teoria do risco integral e não a do risco administrativo.

“2. A irresignação do recorrente não encontra qualquer suporte jurídico. Em verdade, toda a argumentação apresentada pelo Município, com o escopo de eximir-se da responsabilidade pelo evento danoso, parte da premissa de que o acórdão, ao condenar a Municipalidade, aplicou a teoria do risco integral. Tal premissa, contudo, não corresponde à verdade.

“Com efeito, a decisão ora atacada se limitou a reconhecer a responsabilidade municipal pela *culpa in vigilando*, por acolher no parque cerca de 400 turistas, em época de temporada, sem oferecer qualquer segurança. O acórdão concluiu, com base no elenco probatório, que a falta escandalosa de condições mínimas de segurança ensejou o sinistro.

“2.1 — Em verdade, as informações consubstanciadas nos autos e a farta carga probatória nele contida evidenciam a total omissão do Poder Público Municipal que, objetivando explorar a beleza apresentada pela área, procedeu à competente desapropriação, criando, posteriormente, o parque turístico em questão, sem preocupar-se, contudo, em oferecer as mínimas condições de segurança. A exploração econômica do parque — objetivada pelo Município —, deveria ter vindo acompanhada da preocupação em proporcionar



a segurança aos frequentadores do local. Porém, ao contrário do que seria uma atitude responsável e coerente com os princípios condutores da atividade administrativa exercitada pelo Poder Público, o Município sequer ofereceu sinalização básica, a qual, por si só — embora insuficiente em relação a extensão do perigo contido na área —, já teria sido suficiente para poupar a vida das vítimas.

“2.2 — Ora, se o Município criou o parque justamente para que fosse frequentado por turistas, revela-se totalmente desprovida de qualquer amparo legal a alegação de que não teria responsabilidade pelos danos decorrentes de sua omissão quanto à segurança e fiscalização do local.

“O art. 37, § 6º, da Constituição Federal estabelece expressamente a responsabilidade das pessoas jurídicas de Direito Público e as de Direito Privado, prestadoras de serviços públicos, pelos danos que seus agentes causarem a terceiros, assegurando o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo e culpa. Inferre-se, portanto, do teor do referido dispositivo, que o legislador constituinte estabeleceu a responsabilidade dos entes estatais pelos danos causados a terceiros, independentemente da prova de culpa quanto à ação ou omissão lesiva. O ordenamento jurídico pátrio adotou, desse modo, a responsabilidade objetiva da Administração, ou seja, a responsabilidade sem culpa.

“Ora, a partir do momento em que o Poder Público se propõe a exercer determinada atividade administrativa, assume o risco de sua execução e, por conseguinte, responde pelos

danos eventualmente causados a terceiros. Quanto ao tema, vale transcrever a lição de Hely Lopes Meilhes em sua obra ‘Direito Administrativo Brasileiro’, 24ª ed., p. 589.

‘Desde que a Administração defere ou possibilita ao seu servidor e a realização de certa atividade administrativa, a guarda de um bem ou a condução de uma viatura, assume o risco de sua execução e responde civilmente pelos danos que esse agente venha a causar injustamente a terceiros. Nessa substituição da responsabilidade individual do servidor pela responsabilidade genérica do Poder Público, cobrindo o risco da sua ação ou omissão, e que se assenta a teoria da responsabilidade objetiva da Administração, vale dizer, *da responsabilidade sem culpa, pela só ocorrência da falta anônima do serviço, porque esta falta está, precisamente, na área dos riscos assumidos pela Administração para a consecução de seus fins.*

‘Por isso, incide a responsabilidade civil objetiva quando a Administração Pública assume o compromisso de velar pela integridade física da pessoa e esta vem a sofrer um dano decorrente da omissão do agente público naquela vigilância’ (grifos não originais)

“2.3 — Portanto, não há como afastar a responsabilidade do Município pelo evento lesivo, já que não somente instalou o parque turístico na área verde, como também colocou à disposição dos turistas botes para passeio, sem qualquer manifestação ou orientação quanto ao perigo da lagoa. Assim, se de um lado proporcionou lazer à comunidade local e aos turistas, auferindo os ganhos decorrentes da

atividade turística, de outro não se preocupou em oferecer, na mesma proporção, a segurança que o local exigia. É importante ressaltar que o Município se limitou a colocar à disposição dos interessados os botes para passeios pelo lago, sem contudo, contratar profissionais especializados em remo conhecidos do perigo do lugar, os quais poderiam guiar as embarcações, resguardando, com isso, a vida de pessoas. Aliás, o ente municipal, como já aludido, sequer colocou placas indicativas de perigo.

“Ora, se o Município oferece botes para passeio, em uma lagoa, aparentemente tranqüila, localizada em parque por ele administrado, sem qualquer pessoa para guiar as embarcações ou mesmo placas restritivas da passagem do bote por determinadas áreas da lagoa, presume-se que o passeio, mesmo conduzido pelos mais despreparados, não oferece qualquer perigo à vida ou à integridade física das pessoas. A simples sinalização da área, como já mencionado, já teria sido suficiente para poupar a vida das vítimas, pois um pai não conduziria a canoa, com seus dois pequenos filhos a bordo, por local sabidamente perigoso.

“2.4 — A omissão do Poder Público na hipótese e evidente, o que impõe a reparação do dano ocasionado à recorrida, dano que, embora irreparável — já que indenização de qualquer caráter, material ou moral, não seria capaz de devolver a vida de seu marido e de seus dois filhos —, é devido em razão da responsabilidade civil objetiva do Estado, estabelecida na própria Lei Maior.

“2.5 — Outrossim, cumpre consignar que a perquirição de eventual ofensa ao art. 37, § 6º, nos moldes invocados pelo recorrente — notadamente inexistente —, não seria possível sem o revolvimento do acervo probatório sobre o qual se fundou, à saciedade, o acórdão guerreado. Em verdade, em matéria probatória prevalece o juízo outorgado pela instância ordinária, em face da impossibilidade de seu reexame na via excepcional, consoante se extrai do enunciado da Súmula 279 desse Pretório Excelso.

“3. — Portanto, considerando que toda a argumentação apresentada pelo recorrente, no apelo extremo, se funda exclusivamente em matéria fática-probatória, cujo reexame é inviável na via eleita, e tendo em vista a inabalável responsabilidade do Município por sua omissão lesiva, o parecer é pelo não-conhecimento do recurso” (fls. 552 a 560).

É o relatório.

### Voto

O Senhor Ministro Moreira Alves — (Relator):

Do exame do acórdão recorrido, verifica-se que ele, para afirmar a responsabilidade do recorrente, embora salientando que “a responsabilidade civil objetiva do Estado, ou teoria do risco integral, é princípio consagrado pelo nosso ordenamento jurídico, encontrando fundamento no art. 37, § 6º, da Constituição Federal” (fl. 253), aplicou, na verdade, a responsabilidade objetiva nos moldes da teoria do risco administrativo, que exclui essa responsabilidade quando há culpa exclusiva da vítima ou caso fortuito ou de força maior além de não deixar de

lado a posição daqueles que seguem o entendimento que já foi acolhido por esta Corte que, no julgamento do RE n. 179.147 (Segunda Turma, relator o Min. Carlos Velloso), salientou que “tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuído ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses”.

Com efeito, afirma o acórdão recorrido a culpa concorrente do réu, o que afasta a culpa exclusiva das vítimas, ao dizer às fls. 254 e 255:

“De todo o elenco probatório ressalta, a toda evidência, a culpabilidade do réu, que acolhendo até 400 turistas em época de temporada, não mantinha as menores condições de segurança no local, sabidamente periculoso.

“As condições aparentemente tranqüilas da lagoa, supostamente propícias para o passeio de barco, traíam a diligência das infelizes vítimas, que se aventuraram levando consigo duas crianças, num comportamento teoricamente imprudente. Todavia, foi a falta escandalosa de condições mínimas de segurança que ensejou o sinistro, conforme prodigaliza a prova, mitigando a própria ousadia das desgraçadas vítimas”.

Para chegar a essa conclusão, destacara o mesmo acórdão anteriormente os depoimentos do administrador do parque e de sua esposa, que salientaram que os barcos eram da Prefeitura; que no ancoradouro não

havia qualquer pessoa fazendo vigiância; que as embarcações ficavam à disposição de quem as quisesse utilizar bastando desamarrá-las e remar; e que nos barcos não havia coletes ou bóias salva-vidas, nem ao menos placas de advertência de perigo. E invocara também que “as demais testemunhas revelam que normalmente as pessoas ignoravam que a navegação no local era perigosa, pois a lagoa tinha rotineiramente águas calmas e tranqüilas, formada pelo remanso do rio” (fl. 252), não sem deixar de observar que “depois do trágico acontecimento, foram tomadas medidas de segurança” (fl. 253).

Por tudo isso, o aresto recorrido teve como “inarredável, portanto, o nexos causal entre a ação ou a omissão atribuída à Municipalidade”.

Em face dessa fundamentação, não há pretender que, por haver o acórdão recorrido se referido a teoria do risco integral, tenha ofendido o disposto no artigo 37, § 6º, da Constituição que, pela doutrina dominante, acolheu a teoria do risco administrativo, que afasta a responsabilidade objetiva do Estado quando não há nexos de causalidade entre a ação ou a omissão deste e o dano, em virtude da culpa exclusiva da vítima ou da ocorrência de caso fortuito ou de força maior.

Pelo exposto, não conheço do presente recurso.

### **Decisão**

A Turma não conheceu do recurso extraordinário. Unânime. 1ª Turma, 12-11-2002.

Presidência do Ministro Moreira Alves. Presentes à Sessão os Mi-



nistros Sydney Sanches, Sepúlveda Pertence e Ilmar Galvão. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Natal Batista.

*Ricardo Dias Duarte,*  
*p/Coordenador.*

# **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## AGRAVO DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 371.884/SC (2001/0019924-0)

**Relator: Ministro Humberto Gomes de Barros**

**Agravante: Estado de Santa Catarina**

**Procuradores: Ângela Cristina Pelicioli e outros**

**Agravada: SOS Córdio Pronto-Socorro Cardiológico SC Ltda.**

**Advogada: Roseli Cachoeira Sestrem**

### Decisão

Agravo de instrumento desafia decisão que negou seguimento a recurso especial, tendo em vista não reunir condições necessárias ao prosseguimento, e porque esta Corte vem decidindo não ofender o princípio do duplo grau de jurisdição a aplicação do art. 557 aos casos de recurso *ex officio* (fl. 61).

O Estado agravante afirma violação ao art. 475, II, do CPC.

Decido:

O recurso não merece trânsito. O acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência dominante nesta Corte. Esse o entendimento pacificado no STJ acerca da compatibilidade entre o *caput* do art. 557 e o art. 475 do CPC:

“1. O ‘novo’ art. 557 do CPC tem como escopo desobstruir as pautas dos tribunais, a fim de que as ações e os recursos que realmente precisam ser julgados por órgão cole-

giado possam ser apreciados o quanto antes possível. Por essa razão, os recursos intempestivos, incabíveis, desertos e contrários à jurisprudência consolidada no tribunal de segundo grau ou nos tribunais superiores deverão ser julgados imediatamente pelo próprio relator, por meio de decisão singular, acarretando o tão desejado esvaziamento das pautas. Prestigiou-se, portanto, o princípio da economia processual e o princípio da celeridade processual, que norteiam direito processual moderno.

‘2. O ‘novo’ art. 557 do CPC alcança os recursos arrolados no art. 496 do CPC, bem como a remessa necessária prevista no art. 475 do CPC. Por isso, se a sentença estiver em consonância com a jurisprudência do tribunal de segundo grau ou dos tribunais superiores, pode o próprio relator efetuar o reexame obrigatório por meio de decisão monocrática’ (REsp n. 156311/Adhemar)” (REsp n. 205342/Humberto).

Com o mesmo entendimento, os REsp ns. 396429/Scartezzini, 319291/Garcia e 198642/Milton; e AGREsp n. 226985/Gallotti, dentre outros.

Nego provimento ao agravo.

Publique-se.

Brasília (DF), 16 de dezembro de 2002.

*Ministro Humberto Gomes de Barros,*  
*Relator.*

## RECURSOS ESPECIAIS

### RECURSO ESPECIAL N. 245.300/SC (2000/0003573-4)

**Relator: Ministro Fernando Gonçalves**

**Recorrente: Neri dos Santos**

**Advogados: André Mello Filho e outros**

**Recorrente: Miguel Rodrigues Orofino**

**Advogados: Leoberto Baggio Caon e outros**

**Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

#### Ementa

*Processual penal. Denúncia. Inépcia. Perícia. Hígidez formal. Peritos. Participação efetiva na fase inquisitorial. Suspeição. Inexistência. Litispendência. Conexão e condenação. Reexame de provas. Súmula 7, STJ.*

*1 — Suficientemente descritos os fatos, com observância do art. 41 do CPP, plenamente satisfeito está o direito de defesa, não havendo falar em inépcia da denúncia, mesmo porque, sobrevindo condenação, superado encontra-se o assunto.*

*2 — Formalmente hígida a perícia. O fato de os peritos terem efetivamente participado da fase inquisitorial não tem o condão de maculá-la (art. 429 do CPP).*

*3 — Conexão e litispendência são matérias de apelo fático que, por isso mesmo, não se submetem ao crivo do especial, ut Súmula 7, STJ.*

4 — *Aferir se a hipótese é mesmo de condenação demanda exercício de subsunção típica, não condizente com o STJ, ante a incidência do verbete sumular n. 7, STJ.*

5 — *O dissídio jurisprudencial não se perfaz quando o deslinde da controvérsia demanda aferição de cada caso concreto, com análise de aspectos específica e particularmente considerados. Os julgados colacionados a título de paradigma a esse mister não se prestam.*

6 — *Recursos especiais não conhecidos.*

### Acórdão

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer dos recursos. Os Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Vicente Leal votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Fontes de Alencar.*

Brasília, 10 de setembro de 2002.

*Min. Hamilton Carvalhido,*  
*Presidente;*

*Min. Fernando Gonçalves,*  
*Relator.*

### Relatório

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves:

Trata a espécie de dois recursos especiais interpostos por Neri dos Santos e Miguel Rodrigues Orofino, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, integrado pelo proferido nos embargos declaratórios, assim ementado:

“Processo-crime — Preliminares — Rejeição.

“a) A gravação de conversa informal feita por um dos interlocutores e depois confirmada pelo outro não é prova ilícita. O que a Constituição Federal veda como meio de prova é aquela obtida por meio ilícito, como interceptação de conversa telefônica.

“Ademais, *in casu*, tal prova não intervém na condenação porque embasada nos demais elementos de prova.

“b) Não ocorre a conexão (art. 76 do CPP) se os crimes dos dois processos que se pretende reunir são diferentes e tratam de fatos *diversos*. Não há falar em litispendência se um desses já foi julgado, mas diversa é a narração dos fatos criminosos e as partes. Inteligência do art. 110 do CPP. Além do mais, o art. 80 do CPP prevê a separação dos processos quando os delitos tiverem sido cometidos em circunstâncias de tempo ou lugar diferentes, quando houver excessivo número de acusados ou ainda quando o juiz, por outros motivos, entender conveniente.

“c) Tendo a denúncia preenchido os requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo

os fatos em todas as suas circunstâncias, qualificando os acusados, classificando o delito e descrevendo a participação de cada um, possibilitando a ampla defesa, não pode ser considerada inepta. Sabidamente nos crimes de autoria coletiva é desnecessária a análise pormenorizada da conduta de cada acusado.

“d) Nulidade da perícia inexistente. Perícia formalmente perfeita que atendeu ao disposto no art. 159 do CPP, realizada por dois peritos capacitados e despida de nulidades. Validade como prova. O fato dos peritos terem ouvido testemunhas e diligenciado para bem cumprirem seu *munus*, não pode invalidar a perícia segundo o que dispõe o art. 429 do CPC, aplicável à hipótese (art. 3º do CPP). Ainda que dispensável a realização de perícia em crime de peculato, classificado dentre aqueles que não deixam vestígios, se esta é realizada somente na fase inquisitorial não há falar em nulidade por cerceamento de defesa pela não determinação de sua realização em juízo, o que somente será feito se for julgado conveniente pela autoridade judiciária (art. 181 do CPP).

“e) Quebra do sigilo bancário de um dos co-réus. Prova desnecessária e protelatória. Trata-se de co-réu que não está sendo julgado nestes autos e sim em processo separado, além de os fatos que se pretende provar através de quebra do sigilo não dizerem respeito a este crime.

“f) A rejeição da solicitação de vários documentos requeridos pela defesa não pode ser reconhecida como cerceamento de defesa, ainda mais quando os documentos solicitados

podem ser solicitados pelos próprios requerentes nos órgãos competentes. Art. 5º, inciso XXXIV, da Constituição Federal. Além do mais, trata-se *in casu* de documentos desnecessários.

“g) ‘Comprovado que o defensor do réu foi devidamente intimado da expedição, não há causa para a nulidade do depoimento da testemunha, desde que presente defensor *ad hoc* nomeado pelo juiz depreciado. É pacífico o entendimento da jurisprudência, no sentido de que, nesses casos, compete ao intimado cuidar da defesa de seu constituinte, acompanhando a designação da audiência. Entendimento contrário afogaria a atividade forense. Ademais, vale no caso a afirmação de que não se acolhe anulação criada pela parte’ (RSTJ 32/110).

“Crime de peculato. Réu que com a edição de um ato aditivo ao contrato original de construção da ponte que liga o continente à ilha de Santa Catarina, altera preços de materiais, reduz o prazo para pagamento de faturas impondo correção monetária *pro rata die* e modifica os índices de reajuste de preços de obras, superfaturando dolosa e fraudulentamente o valor global da obra e causando elevado prejuízo ao erário estadual. Delito comprovado pelas provas pericial, documental e testemunhal.

“Nas mesmas penas incorre o superior hierárquico que, tendo conhecimento de todas as transações ilícitas, não intervém para impedi-las, quando tinha a obrigação legal de assim o fazer.

“Reconhece-se a autoria na forma comissiva omissiva (art. 13, § 2º, do CP) do agente que tinha a obrigação de impedir o delito, mas dolosa-

mente permite ou procede de forma que ele se realize.

"Denúncia julgada parcialmente procedente para condenar os dois réus por infração ao art. 312 do Código Penal e absolver os três restantes, na forma do art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal. E declarar extinta a punibilidade de um dos co-réus pela morte, art. 107, do Código Penal" (fls. 6.965 a 6.967).

O primeiro recurso, com fundamento no art. 105, inciso III, letras a e c da Constituição Federal, traz as seguintes insurgências:

1) inépcia da denúncia, porque não teria ela realizado descrição fática suficiente, apta a evidenciar ser o recorrente autor do crime ao qual foi condenado (art. 312 do CP), em flagrante afronta ao art. 41 do CPP e também em dissídio jurisprudencial;

2) vulneração ao art. 279 do CPP e dissenso pretoriano, porque a perícia realizada no processo teria sido feita por peritos suspeitos, em virtude de terem emitido opiniões ainda na fase inquisitorial;

3) impossibilidade de condenação do recorrente (art. 312 c/c o art. 13, § 2º, ambos do Código Penal).

O segundo recurso, com âncoras na letra a do permissivo constitucional, suscita as seguintes máculas:

1) violação aos arts. 76, 79 e 110, todos do CPP, porque não reconheceu o acórdão atacado a existência de conexão e litispendência;

2) infringência aos arts. 159 e 182, ambos do CPP, porque não teriam os peritos habilitação técnica necessária nem conhecimentos especí-

ficos para desempenhar a perícia, além do que seriam suspeitos.

Com contra-razões (fls. 7.189 a 7.192 e 7.195 a 7.196), os recursos tiveram admitidos os seus processamentos (fls. 7.200-7.203 e 7.208-7.210), ascendendo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo não conhecimento dos recursos, em parecer, assim ementado:

"1. Recurso especial do recorrente Miguel Orofino. Penal. Processual penal.

"2. Alegação de contrariedade ao disposto nos artigos 76, 79 e 110 do CPP. A verificação de conexão entre delitos de peculato e de corrupção passiva impõe, obrigatoriamente, análise de matéria fática, envolvendo conjunto probatório, vedada no âmbito do apelo especial. Incidência da Súmula 7 do STJ.

"3. Perícia elaborada em 1992, antes, pois, da edição da Lei n. 8.862/94. Validade da perícia, assim, onde, apenas, um perito é oficial. Inexistente contrariedade ao artigo 159 do CPP, e ao artigo 279, do mesmo *Codex*.

"4. Não há violação do artigo 182 do CPP se os julgadores se baseiam na perícia e em outros elementos de prova.

"5. A análise da ocorrência do elemento subjetivo do delito, na realização do tipo penal, é matéria de indagação probatória, inviável em sede da especial irresignação. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

"6. Não conhecimento do recurso.



“7. Recurso especial do recorrente Neri dos Santos. Processual penal.

“8. Denúncia que descreve, adequadamente, os fatos atende às exigências do artigo 41 do CPP. Matéria superada pelo advento de sentença condenatória.

“9. Alegação de contrariedade pelo acórdão vergastado ao disposto nos artigos 13, § 2º, e 312 do Código Penal. Ausência de dolo. Matéria imprópria no âmbito do especial. Aplicação da Súmula 7 do STJ.

“10. Não se configura impedimento, previsto no artigo 279, II, do CPP, se os peritos não prestaram depoimento no processo, nem opinaram sobre o objeto da perícia. Além do mais, a prova pericial não se constituiu no único lastro da condenação.

“11. Dissídio pretoriano não demonstrado. Ausência de analítica apreciação dos arrestos. Descumprimento ao comando do artigo 255 do RISTJ.

“12. Não conhecimento do recurso” (fls. 7.247/7.248).

É o relatório.

### Voto

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator):

Não há falar na suscitada inépcia, pois a denúncia apresenta-se bem articulada, descrevendo os fatos de maneira satisfatória, em atenção aos ditames do art. 41 do CPP. Há, pois, plena possibilidade de defesa.

Nesse sentido, já decidi:

“*Habeas corpus*. Denúncia. Inépcia. Exercício do direito de defe-

sa. Prisão preventiva. Forma de impedir a prática de novos crimes.

“1. Não se apresenta como inepta denúncia que, dadas as circunstâncias da prática criminosa, não particulariza detalhadamente a efetiva e concreta atuação de cada um dos participantes sem, contudo, impedir o livre e amplo exercício do direito de defesa, respeitados, por outro lado, os ditames do art. 41 do Código de Processo Penal.

“2. Subsiste decreto de prisão preventiva lançado como garantia do impedimento da prática de novos delitos, haja vista responderem os pacientes a outros processos criminais.

“3. Ordem denegada” (HC n. 15.196/AL, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 6-5-2002).

“Processual penal. Denúncia. Inépcia. Inexistência. Corpo de delito. Ausência. Sentença. Nulidade. Não ocorrência. Pena. Dosimetria. Requisitos legais. Atendimento.

“1 — Suficientemente descritos os fatos delituosos, de modo a proporcionar ao réu amplo direito de defesa, não há falar em inépcia da denúncia.

“2 — A falta de exame de corpo de delito não nulifica a sentença quando a condenação está embasada em outros elementos bastantes de prova.

“3 — Obedecido o sistema trifásico de fixação da pena e devidamente esmiuçadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, inexistente nulidade.

“4 — Ordem denegada” (HC n. 19.070/SE, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 15-4-2002).

Como se não bastasse, o caso já foi julgado, restando, em última *ra-*

tio, superada, ainda que existente eventual mácula na denúncia.

Assim:

“Processual penal. Denúncia. Inépcia. Superveniência de sentença condenatória. Assunto superado. Continuidade delitiva. Ocorrência. Aferição. *Habeas corpus*. Via imprópria.

“1 — Com a superveniência de sentença condenatória, eventual mácula suscitada a respeito da denúncia resta superada. Precedentes.

“2 — Aferir se há provas suficientes da ocorrência de continuidade delitiva demanda inegável incursão na seara fática, não condizente com a via do *writ*, angusta por excelência.

“3 — Ordem denegada” (HC n. 16.757/SP, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 18-2-2002).

O dissídio jurisprudencial não se perfaz, porquanto o deslinde da controvérsia demanda aferição de cada caso concreto, no qual se analisará a higidez da peça acusatória pelos fatos específica e particularmente considerados. Em sendo assim, os julgados colacionados a título de paradigma não se prestam a esse mister.

A correção da perícia, no aspecto formal, além de expressamente consignada no acórdão recorrido, está muito bem caracterizada, consoante o bem-lançado parecer do Ministério Público Federal:

“8. Quanto à contrariedade do artigo 159 do CPP, por haver funcionado, apenas, um perito oficial, ao lado de outro perito nomeado, é de se convir que a perícia é datada de 1992, antes da exigência da Lei n. 8.862/94, que deu nova redação ao mencionado

dispositivo do diploma processual” (fls. 7.249/7.250).

Quanto aos peritos, além de o delito de peculato independe da realização de perícia, tanto que outras provas embasam a condenação, a clareza do art. 429 do CPP é percuciente e adequada a espancar quaisquer nulidades levantadas em virtude da participação efetiva dos peritos na fase inquisitorial.

Nesse sentido, o acórdão recorrido não merece reforma, quando assevera:

“As defesas entendem ainda que a atuação dos peritos, ouvindo e inquirindo testemunhas, inquinou a perícia de nulidade, no que novamente discordamos. Em primeiro lugar a inquirição foi realizada depois da devida nomeação dos peritos. Segundo, a matéria a ser periciada é de extrema complexidade e autoriza a intervenção dos peritos na colhida de provas. Terceiro, segundo o disposto no art. 3º do Código de Processo Penal, perfeitamente aplicável as hipóteses do art. 244 do Código de Processo Civil”.

“Art. 244. Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”.

“Art. 429. Para o desempenho de sua função, podem o perito e os assistentes técnicos utilizar-se de todos os meios necessários, ouvindo testemunhas, obtendo informações, solicitando documentos que estejam em poder de parte ou em repartições públicas, bem como instruir o laudo com plantas, desenhos, fotografias e outras quaisquer peças”.

“Não obstante tais argumentos, é previsto legalmente (art. 182 do CPP) que o Juiz não ficará adstrito ao laudo pericial, existindo outras provas que possam formar a sua convicção” (fls. 6.992 e 6.993).

O art. 182 do CPP trata da consideração da perícia em confronto com as demais provas produzidas, não se submetendo, por isso mesmo, ao crivo do STJ, *ut* Súmula 7, STJ.

No concernente à litispendência e à conexão, são matérias de indiscutível apelo fático, decididas com expressa convicção aurida da seara probatória, soberanamente delineada pela instância ordinária, não merecendo conhecimento, ante a incidência do verbete sumular n. 7, STJ.

Vale conferir o seguinte excerto do julgado combatido:

“Pretende a defesa do réu Miguel Rodrigues que seja reconhecida a conexão deste processo com os demais que correm na 3ª Vara Criminal da comarca da Capital.

“Com a devida vênia, entendemos ser inviável o reconhecimento da conexão, por não estarem comprovadas as hipóteses do artigo 76 do Código de Processo Penal.

“Nos presentes autos, em que pese tratar-se da mesma obra daqueles processos, a discussão gira somente em torno do Aditivo A8 ao contrato original. Lá discute-se a responsabilidade por ações diversas, como fraudes em licitações, construção de guaritas etc. Os fatos são diferentes e não se referem aos mesmos acusados.

“Assim, afasta-se tal preliminar.

“Foi suscitada então pelo eminente Des. João José Ramos Schae-

fer a preliminar de litispendência, a qual, com a devida vênia, entendemos não deva ser acolhida.

“Aduziu o eminente Desembargador que ocorreu a litispendência porque, na 3ª Vara Criminal da comarca da Capital, o acusado Miguel Rodrigues Orofino já teria sido condenado pelo depósito de cinco milhões efetuado na sua conta. No entanto, conforme anteriormente dito, no presente processo não se está julgando tal depósito, mas, sim, a edição do aditivo ao contrato original (A/8) e, em consequência, o superfaturamento da obra. O fato de tal depósito estar citado na denúncia é apenas mais um indício das irregularidades ocorridas com a assinatura do Aditivo A/8.

“Conforme o disposto no artigo 110 do Código de Processo Penal, não ocorre a litispendência quando diversa a narração dos fatos criminosos e as partes. Esta a hipótese destes autos.

“Rejeita-se também esta preliminar” (fls. 6.988-6.989).

A esse respeito há decisão:

“Processo civil. Litispendência. Exame de prova. Súmula 7, STJ.

“1 – A apreciação da matéria referente à ocorrência de litispendência importa em incursão na seara fático-probatória, razão pela qual não pode ser conhecida em sede de recurso especial que não se presta ao exame de fato controvertido, *ut* Súmula 7 deste Tribunal.

“2 – Recurso não conhecido” (REsp n. 208.286/CE, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 13-12-99).

Por fim, quanto à caracterização do peculato, da mesma forma incide a

súmula referida, pois objetiva o recorrente que esta Corte, substituindo a instância ordinária, emita pronunciamento acerca da correta subsunção do fato tido como delituoso ao respectivo tipo penal, intento que não pertence à função precípua do Superior Tribunal de Justiça (instância extraordinária), a quem a Constituição conferiu a missão de unificar o direito federal.

Eis os seguintes precedentes:

“Criminal. Recurso especial. Redução à condição análoga a de escravo. Desclassificação para o crime de atentado contra a liberdade do trabalho. Alegação de equívoco na adequação típica. Pretensão de reexame de matéria fática. Incidência da Súmula 7, STJ. Dissídio jurisprudencial não demonstrado. Negativa de vigência do art. 619 do CPP.

“Inocorrência. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.

“Não se conhece de alegação de eventual equívoco na adequação típica da conduta dos recorrentes – redução à condição análoga a de escravo – se a decisão impugnada mostra-se suficientemente fundamentada e baseada nas provas e depoimentos dos autos.

“O reexame da condenação implicaria em verdadeira reapreciação do material cognitivo e incursão na seara fático-probatória, encontrando óbice na Súmula 7 desta Corte.

“A mera transcrição ou juntada de ementas não é suficiente para a demonstração da alegada divergência jurisprudencial, sendo necessária a explicitação dos pontos que assemelham ou diferenciam os acórdãos confrontados.

“Imprópria a alegação de negativa de vigência do art. 619 do CPP se o

acórdão rejeita os embargos declaratórios, apontando, fundamentadamente, as razões da inexistência de omissão a ser sanada.

“Recurso parcialmente conhecido e desprovido” (REsp n. 263.238/RO, rel. Min. Gilson Dipp, DJ de 8-4-2002).

“Processual penal. Recurso especial. Subsunção típica. Aferição. Reexame de provas. Súmula 7, STJ.

“1 — Se a questão federal submetida ao crivo desta Corte pressupõe aferição de enquadramento típico, o seu deslinde demanda revolvimento do conjunto fático-probatório, esbarrando, pois, no óbice da Súmula 7, STJ.

“2 — Recurso não conhecido” (REsp n. 278.639/DF, rel. Min. Fernando Gonçalves, DJ de 1º-7-2002).

Ante o exposto, não conheço de ambos os recursos.

## CERTIDÃO

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

“A Turma, por unanimidade, não conheceu dos recursos, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator”.

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Paulo Gallotti e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Fontes de Alencar.

O referido é verdade.

Dou fé.

Brasília, 10 de setembro de 2002.

*Eliseu Augusto Nunes de Santana,*  
*Secretário.*

**RECURSO ESPECIAL N. 346.157/SC (2001/0099931-7)****Relator: Ministro Fernando Gonçalves****Recorrente: Ministério Público do Estado de Santa Catarina****Recorrida: Fundação Celesc de Seguridade Social - Celos****Advogados: Karlo Koiti Kawamura e outros****Ementa**

*Previdência privada. Criança e adolescente sob guarda. Art. 33, § 3º, do ECA. Exclusão. Impossibilidade.*

*1 - As crianças e adolescentes sob guarda, nos expressos termos do art. 33, § 3º, do ECA, são dependentes, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários.*

*2 - Não se admite a derrogação deste dispositivo pela Lei n. 9.528/97 porquanto trata-se de diploma legal alterador da Lei n. 8.213/91, ou seja, do Regime Geral da Previdência Social cujo espectro de incidência não alcança situações particulares definidas em lei especial (lex generalis non derogat lex specialis). Mesmo porque o direito em questão tem fundamento constitucional (art. 227, § 3º, II e VI).*

*3 - Afirmação pura e simples de contenção de despesas ou de fraude no procedimento de guarda não tem o condão de elidir o direito expresso no art. 33, § 3º, do ECA.*

*4 - Recurso conhecido e provido.*

**ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento. Os Ministros Hamilton Carvalhido. Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Ministro Paulo Gallotti.*

Brasília, 2 de abril de 2002.

*Min. Fernando Gonçalves,  
Presidente e Relator.*

**Relatório**

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves:

Trata-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, com fundamento no art. 105, inciso III, letras a e c, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça daquela Unidade Federativa, assim ementado:

“Estatuto da Criança e do Adolescente. Ação civil pública. Menor sob guarda. Entidade fechada de previdência privada. Inscrição como dependente de associado. Exclusão.

“O § 3º do art. 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente foi derogado pela Lei n. 9.528/97, que deu nova redação ao § 2º do art. 16 da Lei n. 8.213/91. Desde então, os menores sob guarda perderam a condição de ‘dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários’. Conseqüentemente, as entidades de previdência social fechadas não estão obrigadas a incluir os menores confiados à guarda de seus associados como beneficiários dos serviços que prestam a estes” (fl. 167).

Alega o recorrente, além de dissídio pretoriano, violação ao art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90 (ECA), pugnando pela prevalência da letra expressa desse dispositivo, em que há garantia de que o menor sob guarda ostenta a qualidade de dependente, inclusive para efeitos previdenciários, como e a hipótese presente.

Aduz estar o direito em debate amparado, em última *ratio*, pelo art. 227, § 3º, II, da Constituição, razão pela qual não prospera o argumento de derrogação do benefício pela Lei n. 9.528/97.

Com contra-razões (fls. 243/248), o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 255/256), ascendendo os autos a esta Corte.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do recurso (fls. 264/271).

E o relatório.

## Voto

Exmo. Sr. Ministro Fernando Gonçalves (Relator):

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina ajuizou ação civil pública contra a Fundação Celesc de Seguridade Social — Celos, visando a obrigar a ré a abster-se de indeferir, bem como restabelecer a inscrição, como dependentes, de crianças e adolescentes sob guarda judicial de empregados das Centrais Elétricas do Estado de Santa Catarina, a quem a Celos, entidade de previdência privada, é ligada.

Em primeiro grau de jurisdição, o pedido foi julgado procedente (fls. 85/90), mas reformado em apelação (fls. 163/178), salientando o Tribunal de origem o fato de serem as inscrições de menores sob guarda fruto de fraudes, além do que a Lei n. 9.528/97, ao alterar o art. 16, § 2º, da Lei n. 8.213/91, revogou o art. 33, § 3º, do ECA.

O recurso especial vem fundamentado na violação deste último dispositivo e em dissídio com julgados desta Corte e de outros tribunais.

A irresignação merece acolhida.

Com efeito, o art. 33, § 3º, do ECA e claro ao estabelecer que a guarda confere à criança ou ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários, razão pela qual não se admite a derrogação deste dispositivo pela Lei n. 9.528/97, porquanto trata-se de diploma legal alterador da Lei n. 8.213/91, ou seja, do Regime Geral da Previdência Social cujo espectro de incidência não alcan-



ça situações particulares definidas em lei especial (*lex generalis non derogat lex specialis*).

Como se não bastasse, se fraude existe na constituição da guarda, situação geradora da dependência e, portanto, da inscrição no regime da previdência privada, há de ser ela provada em cada caso concreto, não se podendo admitir que sob esse pretexto sejam mais de trezentas crianças e adolescentes excluídos do plano, indistinta e generalizadamente.

Mesmo porque a ré, ora recorrida, arrola também como fundamento para justificar a exclusão dos dependentes, sob guarda, simplesmente a contenção de despesas, nestes termos:

“Informamos que o Conselho de Curadores, em reunião ordinária dia 2 de junho de 1998, decidiu que, a partir do dia 1º de setembro de 1998, não terão mais assistência do Plano Amhor, os beneficiários na condição de ‘menor sob guarda’, mantendo, porém, todas as outras condições constantes do referido regulamento, inclusive os ‘Tutelados’ e os ‘Curatelados’.

“Hoje, o Plano Amhor tem seu cadastro de beneficiários mais de 300 (trezentos) dependentes na condição de ‘menor sob guarda’, o que torna os custos desse segmento incontroláveis. Essa situação vem onerando sensivelmente a administração financeira, o que infelizmente está nos levando a tomar medidas saneadoras, a fim de se evitar problemas num futuro próximo” (fl. 14).

A propósito, esta Corte já se manifestou sobre o assunto, quando do julgamento do Recurso em Mandado de Segurança n. 8.731/BA, da rela-

toria do Ministro Barros Monteiro, na assentada de 3-2-1998, da Quarta Turma, *verbis*:

“Não se verifica afronta alguma ao princípio da intangibilidade do ato jurídico perfeito. A norma interna expedida em 1976 pela impetrante, que disciplinou a admissão de dependentes do beneficiário ao sistema por ela implantado (Assistência Médica Supletiva), à evidência não pode prevalecer ante o que restou estabelecido de modo imperativo pela Lei Federal, art. 33 e parágrafo 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente. Tal como assinalara a MMA. Juíza em suas informações, tarda a impetrante em adequar o seu sistema à legislação federal vigente desde 1990. E, ainda como teve oportunidade de acentuar o ilustre Subprocurador da República, Dr. Roberto Casali, em seu douto parecer de fls. 75/79, a Lei n. 8.069/90 é imperativa, possui o caráter de estatuto legal, de aplicação imediata e, sobreposta à norma interna da empresa, tem aptidão de interferir e até de elidir o conteúdo do ato jurídico da recorrente, que se torna ineficaz diante da supremacia da lei”.

Por tudo isso, o bem-lançado parecer da Subprocuradoria-Geral da República quando consigna, dentre outras afirmações, deitar o direito em testilha raízes no texto constitucional:

“17. O pedido na ação civil pública movida pelo MPSC é no sentido das pessoas que obtiveram guarda judicial de criança ou adolescente, usuários do Plano Amhor da Fundação Celesc de Seguridade — Celos, pessoa jurídica de direito privado, poderem inscrevê-las como seus dependentes.



“O art. 197 da Constituição Federal dispõe:

‘Art. 197. São de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao poder público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado’.

“Por sua vez, a assistência à saúde é livre a iniciativa privada, conforme o art. 199 da Carta Magna.

“A Constituição Federal quando trata da Família, da Criança, do Adolescente e do Idoso, prevê no art. 227, que a criança e o adolescente têm direito à saúde, afastando qualquer discriminação quanto a esse tratamento, *verbis*:

‘Art. 227. E dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão’.

“O capítulo em que a CF trata do assunto é próprio, pois nele tratou das garantias básicas que o Estado oferece para a existência da cédula familiar, que dá lugar a uma Nação. O Estado, que legisla, não pode deixar as crianças sob guarda, instituto criado para proteger as crianças, na sua grande maioria, desamparadas. A família que o Estado incentiva ter a ‘guarda’ de outras crianças, e que tem

a grande responsabilidade de prestar assistência material, moral e educacional não pode ser penalizada a pagar plano extra de saúde para quem a justiça deferiu a guarda. As conseqüências advindas da legislação ora impugnada não são razoáveis de serem suportadas. Por isso a legislação está impregnada de inconstitucionalidade.

“Não é a Lei de Previdência Social que deve dizer quem é beneficiário, embora possa regulamentar o assunto de forma genérica. O Estatuto próprio da Criança e do Adolescente, na previsão do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90, discriminando os direitos, também pode conferir o direito à dependência, inclusive previdenciária, não podendo outra lei derogar tal direito ante o princípio da especialidade, no caso, do ECA.

“O Estatuto da Criança e do Adolescente é explícito ao conferir à criança e ao adolescente, sob guarda, a condição de dependente de seu guardião para todos os fins, inexistindo qualquer ressalva discriminadora ou distintiva nesse aspecto. Portanto, não é possível estabelecer discriminação quando a lei não admite. Dispõe o parágrafo terceiro do art. 33 da Lei n. 8.069/90 (ECA).

‘§ 3º — A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários’.

“O pretexto de eventual fraude à Previdência não pode levar a retirada do direito da criança e ao adolescente à assistência previdenciária, até porque o ECA assegura expressamente tal direito regulamentando matéria constitucional.

“Ademais, o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente prevê em seu art. 34 que ‘Poder Público estimulará, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, o acolhimento sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado’, ou seja, o legislador nesse artigo reafirmou o princípio da proteção integral à criança e ao adolescente, visualizando no instituto da guarda uma forma de colocação do menor em família substituta e, por conseguinte, uma maneira de propiciar ao menor um ambiente familiar favorável ao seu desenvolvimento, bem como capaz de lhe fornecer assistência material, moral e educacional.

“Impende dizer que, quanto às alegadas fraudes aos sistemas de previdência com a utilização do instituto da guarda, a presente ação civil pública não tem por objeto o questionamento da regularidade das concessões de guardas, pois o pedido é para que sejam assegurados os direitos dos menores que estão sob guarda de forma regular. Devendo para aqueles casos de guarda eivados do vício da fraude lançar de meio próprio capaz de desconstituí-los.

“Por outro lado, a assistência à saúde, no caso dos autos, seria prestada por entidade privada, prestadora de serviço complementar ao Estado. Esse serviço, contudo, é prestado mediante contribuição para a sua manutenção. Assim, o que não pode ocorrer é que as crianças e os adolescentes, sob guarda judicial, fiquem fora do plano de saúde de seus pais ‘adotivos’ dificultando sobremaneira qualquer ‘guarda’ de criança desamparada.

“É certo que o STJ examinou caso de absolutamente incapaz que ajuizou mandado de segurança contra Tribunal de Contas de Mato Grosso, que indeferiu o pedido de sua inclusão como dependente previdenciário de sua avó, contudo não foi ali examinada a questão de derrogação do parágrafo terceiro do art. 33 do ECA, conforme é possível conferir pelo inteiro teor do acórdão, nos autos:

‘Recurso em mandado de segurança. Menor. Guarda. Avó. Art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90.

‘A existência de guarda deferida à avó por decisão judicial confere, nos termos do art. 33, § 3º, da Lei n. 8.069/90, direitos ao menor, inclusive previdenciários.

‘Recurso provido’.

“Entende esse órgão que o acórdão do TRF/4 enfrentou a questão aqui deduzida no que diz respeito à derrogação ou não do dispositivo do ECA, contudo parte passiva na ação era o Instituto Nacional de Seguro Social, merecendo ser prestigiado por essa egrégia Sexta Turma pois deu o delineamento jurídico ao caso, de acordo com a Constituição, como pode ser conferido do voto condutor do acórdão trazido como paradigma, fl. 230:

‘Em relação ao direito dos menores e adolescentes, que estejam ou que venham a ser colocados sob guarda judicial, à inscrição como dependentes do segurado guardião, preenchidas as condições legais, merece ser mantida a sentença do MM. Juiz Sérgio Fernando Moro, quando decidiu pela procedência da presente ação’.

“Preceituava a Lei n. 8.213/91, no artigo 16, parágrafo 2º:

‘Art. 16. São beneficiários do Regime Geral da Previdência Social, na condição de dependente do segurado:

‘I — O cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição, menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido;

‘§ 2º Equipara-se a filho, nas condições do inciso 1, mediante declaração do segurado: o enteado, o menor que, por determinação judicial, esteja sob a sua guarda, e o menor que esteja sob sua tutela e não possua condições suficientes para o próprio sustento e educação’.

“A Lei n. 9.528/97 alterou o parágrafo 2º do artigo 16, que passou a ter a seguinte redação:

‘§ 2º O enteado e o menor tutelado equiparam-se a filho mediante declaração do segurado e desde que comprovada a dependência econômica da forma estabelecida no Regulamento’.

“Ocorre que, numa interpretação integrativa e conforme a Constituição, tenho que o parágrafo 2º do artigo 16 da Lei n. 9.528/97 deve ser lido conjuntamente com as disposições constitucionais expressas no art. 227, parágrafo 3º, incisos II e VI, que foram regulamentadas pelo microsistema contido no Estatuto da Criança e do Adolescente especialmente no parágrafo 3º do seu artigo 33.

“E, sobre a interpretação conforme a Constituição, observa Jorge Miranda:

‘A interpretação conforme a Constituição implica naturalmente

uma posição muito ativa e quase criadora do controle constitucional e de verdadeira autonomia das entidades que a promovem em face dos órgãos legislativos. Não pode, no entanto, deixar de estar sujeita a um requisito de razoabilidade: ela terá de se deter aí onde o preceito legal, interpretado conforme a Constituição, fique privado de função útil ou onde, segundo o entendimento comum, seja incontestável que o legislador ordinário acolheu critérios e soluções opostas aos critérios e soluções do legislador constituinte’ (in Manual de direito constitucional, tomo II, 2ª ed., n. 57, p. 233/234).

“Com efeito, o artigo 227, parágrafo 3º, incisos II e VI, da Constituição Federal, contém as seguintes determinações:

‘Art. 227: É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança e ao adolescente, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

[...]

‘§ 3º. O direito à proteção especial abrangerá os seguintes aspectos:

[...]

‘II — garantia de direitos previdenciários e trabalhistas;

[...]

‘VI — estímulo do Poder Público, através de assistência jurídica, incentivos fiscais e subsídios, nos termos da lei, ao acolhimento, sob a

forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado’.

“Regulamentados estes dispositivos, o Estatuto da Criança e do Adolescente, em suas estipulações acerca da guarda judicial, contidas no artigo 33, § 3º, dispõe da seguinte forma:

‘Art. 33 A guarda obriga à prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de por-se a terceiros, inclusive aos pais.

[...]

‘§ 3º A guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direitos, inclusive previdenciários’.

“Logo, só aparentemente foi suprimido o direito das crianças e adolescentes, sob guarda judicial, à inscrição como dependentes de segurado no Regime Geral da Previdência Social, porque a regra constitucional que incumbe à família, à sociedade e ao Estado o dever de assegurar com absoluta prioridade os direitos elementares das crianças e adolescentes, garantindo-lhes direitos previdenciários, encontra plena regulamentação e embasamento legal no parágrafo 3º do artigo 33 do Estatuto da Criança e do Adolescente que afirma decorrer da guarda a condição de dependente inclusive para fins previdenciários. Nessa linha de raciocínio, já havia decidido a colenda 5ª Turma deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em acórdão em que fui relatora, transcrito a seguir”.

‘Agravado de instrumento. Concessão de pensão aos menores sob guarda de segurado da previdência social.

‘1. Tendo a guarda sido consolidada antes da Lei n. 9.527/97, não se faz necessária a prova de dependência econômica dos menores para o preenchimento do *fumus boni iuris*.

‘2. Estabelecida pela Carta Constitucional a absoluta prioridade aos direitos da criança e do adolescente (art. 227), é de ser deferida a antecipação de tutela’ (Agravado de Instrumento n. 1999.04.01.031999-9/RS, julgado em 16-12-1999).

“Portanto, considerando-se o fato de que os menores e adolescentes, mantidos sob guarda judicial, não se distinguem dos filhos menores, dos tutelados, dos enteados e tendo em vista as determinações o Estatuto da Criança e do Adolescente e o fato de que não é possível dar tratamento desigual a situações que são, em todos os sentidos — fática e juridicamente — equiparadas, sob pena de ferir-se o princípio da isonomia previsto em sede constitucional no artigo 5º e pelos fundamentos jurídicos apresentados anteriormente, deve o Instituto Nacional do Seguro Social atender os pedidos de inscrição das crianças e adolescentes, sob guarda judicial, junto à Previdência Social como dependentes de segurado guardião, garantindo, desse modo, os direitos previdenciários provenientes desta condição, de acordo com a previsão aposta no parágrafo 3º do artigo 33 da Lei n. 8.069/90.

“Nessa linha de raciocínio, transcrevo as seguintes conclusões do Juiz Daniel Machado da Rocha:

‘Verifica-se que o menor sob guarda foi retirado da lista dos equiparados a filho, bem como assentou-se a necessidade de comprova-

ção de dependência financeira para esta categoria. Entretanto, a nova redação do § 2º, acreditamos, não afastou a dependência para fins previdenciários do menor sob guarda. Ocorre que a Medida Provisória em comento não revogou, e nem seria adequado que o fizesse, o § 3º do art. 33 da Lei n. 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente. Este dispositivo garante à criança e ao adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários. Muito embora uma lei possa ser revogada por incompatibilidade, no presente caso, esta iria de encontro aos preceitos aos quais o constituinte atribui prioridade, em especial, ao *caput* do art. 227 e ao inciso II do § 3 do mesmo artigo, ambos da Lei Maior' (Regime geral de previdência e prestações previdenciárias, *in* Direito Previdenciário: aspectos materiais, processuais e penais. Coordenador Vladimir Prissy de Freitas. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999, 2ª ed., p. 63)" (fls. 267/271)".

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento.

### **Certidão de julgamento**

Certifico que a egrégia Sexta Turma, ao apreciar o processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso e lhe deu provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator".

Os Srs. Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Sr. Ministro-Relator.

Ausente, por motivo de licença, o Sr. Ministro Paulo Gallotti.

O referido é verdade.

Dou fé.

Brasília, 2 de abril de 2002.

*Eliseu Augusto Nunes de Santana,*  
*Secretário.*

## RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 14.351/SC  
(2002/0006973-9)**

**Relator: Ministro Francisco Falcão**

**Recorrente: Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social — Elos**

**Advogados: Ivo Sell e outro**

**Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**

**Impetrado: Juízo de Direito da Vara da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho de Florianópolis — SC**

**Recorrido: Estado de Santa Catarina**

**Procuradores: Walter Zigelli e outros**

**Recorridos: Leodegar da Cunha Tiscoski e outro**

**Advogado: Alceu Hermínio Frassetto**

**Recorridos: Ivan César Ranzolin e outros**

### **Ementa**

*Administrativo. Processual. Ação popular. Emissão fraudulenta de títulos. Letras financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina. Adquirente dos títulos. Terceiro de boa-fé. Citação. Inexigibilidade. Art. 6º da Lei n. 4.717/65.*

*Mandado de segurança. Direito líquido e certo. Ausência.*

*Supremacia do interesse público. Substitutivo de ação de cobrança. Vedação.*

*— A questão em exame gravita em torno de sentença prolatada em ação popular ajuizada contra o Estado de Santa Catarina e outros responsáveis pela emissão irregular de títulos públicos do*

*Estado de Santa Catarina, para pagamento de precatórios, ocorrida em outubro de 1996.*

— *A pessoa adquirente de boa-fé, por não ser beneficiária direta da emissão fraudulenta, não integra a relação processual, não sendo obrigatória a sua citação, permanecendo válida a sentença que declarou a nulidade do processo administrativo de criação, emissão e circulação dos títulos públicos (art. 6º da Lei n. 4.717/65).*

— *Os títulos pelos quais o requerente tenciona receber o pagamento originalmente ajustado foram emitidos, reconhecidamente, com a interferência de várias irregularidades, inclusive em relação ao deságio ofertado na operação, mitigando o direito do impetrante de assegurar a cobrança das cédulas e, nessa ótica, inexistente o direito líquido e certo necessário à concessão da segurança.*

— *A Administração deve arcar com os prejuízos impostos aos adquirentes de boa-fé, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado em face do particular. Não obstante, também é igualmente certo que a Administração não pode convalidar atos reconhecidamente irregulares, devendo atenção ao primado da prevalência do interesse público (Lei n. 9.784/99).*

— *O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança (Súmula 269 do STF).*

*Recurso improvido.*

## **Acórdão**

*Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, decide a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Humberto Gomes de*

*Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.*

*Custas, como de lei.*

*Brasília(DF), 12 de novembro de 2002.*

*Ministro Francisco Falcão,  
Presidente e Relator.*

## **Relatório**

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão:

Trata-se de recurso interposto pela Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social — Elos, con-



tra o acórdão que denegou parcialmente o mandado de segurança impetrado pela recorrente, na condição de terceira prejudicada, contra decisão judicial prolatada em ação popular que declarou nulo o procedimento administrativo que criara, emitira e fizera circular Letras Financeiras do Tesouro de Santa Catarina (LFTC), com a conseqüente devolução das cédulas ao Tesouro do Estado.

O acórdão recorrido concedeu parcialmente a segurança somente para garantir-lhe a posse até o trânsito em julgado da ação popular, não obstante, em relação à nulidade alegada por não ter sido citada a recorrente, entendeu pela irrelevância do argumento, porquanto “Inadmissível é supor que a compra daqueles títulos por terceiros que se dizem de boa-fé convalidaria o vício *ab initio*; ou, então, que a anulação seria parcial. O alcance da ilegalidade e lesão ao patrimônio público é irrestrito”.

A recorrente explicita que adquiriu um lote de 1.855 (um mil, oitocentas e cinquenta e cinco) Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina (LFTSC's), com vencimento para o dia 1º de agosto de 1998, pelo Banco Factor S.A., por R\$ 1.999.800,33 (um milhão, novecentos e noventa e nove mil e oitocentos reais e trinta e três centavos), pagando à vista e registrando os títulos no sistema CETIP.

Inicialmente, a recorrente afirma que deveria ter sido citada para integrar a lide como litisconsorte passiva necessária na ação popular mencionada e que sequer foi citada para a demanda, o que teria invalidado a sentença.

Alega, ainda, que o Estado tem a obrigação de pagar os títulos públicos em face do contrato firmado entre as partes, independentemente do cumprimento do desiderato que originou a emissão das cédulas. O não-pagamento do avençado causaria um enriquecimento ilícito em favor do Estado.

Assevera ter direito ao resgate dos títulos de sua propriedade, devendo ser preservado o ato administrativo que emitiu os títulos.

Ao final, pugna pelo provimento do recurso nos termos da exordial do mandado de segurança, ou seja, o reconhecimento do direito de posse dos títulos em relevo; pela cassação da sentença proferida na ação popular, na parte em que declarou a nulidade das letras de sua propriedade, e pelo exercício de sua cobrança.

Em contestação (fl. 1.340), os autores da ação popular referida sustentaram que a emissão das cédulas, anulada em primeira instância, atualmente encontra-se em fase de apelação com efeito suspensivo. Assim, a execução da medida objeto da irresignação da recorrente estaria suspensa, não havendo falar em ameaça ou lesão ao direito alegado.

Asseveram que todos os detentores dos títulos oriundos do processo fraudulento foram beneficiados com a sua comercialização, porquanto, o Estado teria-lhes concedido deságios que atingiram a soma de 86.831.024,24 (oitenta e seis milhões, oitocentos e trinta e um mil, vinte e quatro reais e vinte e quatro centavos).

Afirma existir perigo de irreparabilidade de dano ao erário público.

Parecer do Ministério Público Federal pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

### Voto

O Exmo. Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator):

A questão em exame gravita em torno da emissão irregular de títulos públicos do Estado de Santa Catarina, para pagamento de precatórios, ocorrida em outubro de 1996.

Em ação popular movida contra o Estado de Santa Catarina e outros, foi proferida sentença que declarou a nulidade do processo de emissão dos títulos em comento, por considerar que existiram irregularidades no processo administrativo, dentre as quais a emissão de mais títulos do que o necessário para pagar os precatórios aludidos, além da apuração de prejuízos da ordem de mais de cem milhões de reais, incluindo-se nesse montante um deságio que atingiu a soma de R\$ 86.831.024,24 (oitenta e seis milhões, oitocentos e trinta e um mil, vinte e quatro reais e vinte e quatro centavos).

A recorrente comprou um lote de 1.855 (um mil, oitocentas e cinqüenta e cinco) Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, adquiridas no mercado secundário pelo Banco Vetor S.A.

Assevera que não conhecia as irregularidades apresentadas, tendo adquirido os títulos de boa-fé.

Afirma que deveria ter sido citada como litisconsorte passiva necessária. *Ipsa facto*, a sentença em comento estaria viciada de nulidade em face da obrigatoriedade de seu cha-

mamento para integrar a relação processual.

Com efeito, o art. 6º da Lei n. 4.717/65 que regula a ação popular assim dispõe, *verbis*:

“Art 6º — A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º, contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omisões, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

“§ 1º — Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se fôr ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo.

“§ 2º — No caso de que trata o inciso II, item *b*, do art. 4º, quando o valor real do bem for inferior ao da avaliação, citar-se-ão como réus, além das pessoas públicas ou privadas e entidades referidas no art. 1º, apenas os responsáveis pela avaliação inexata e os beneficiários da mesma.

“§ 3º — A pessoa jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente.

“§ 4º — O Ministério Público acompanhará a ação, cabendo-lhe apressar a produção da prova e promover a responsabilidade, civil ou criminal, dos que nela incidirem, sendo-lhe vedado, em qualquer hipótese,

assumir a defesa do ato impugnado ou dos seus autores.

“§ 5º — É facultado a qualquer cidadão habilitar-se como litisconsorte ou assistente do autor da ação popular”.

Do regramento acima transcrito, verifica-se a indicação dos sujeitos passivos, inculpidos que estão no *caput* do referido artigo.

Dessa feita, observa-se que a ação popular foi intentada contra as pessoas físicas e jurídicas responsáveis pelo ato lesivo ao patrimônio público, sendo, então, beneficiárias diretas do evento.

A própria recorrente se declara como terceiro de boa-fé, porquanto não se beneficiou da emissão fraudulenta, nem tampouco do deságio praticado pelas corretoras; nesse contexto, sua citação para integrar a lide não é de rigor, devendo, entretanto, para salvaguardar seus direitos de terceiro interessado, ajuizar demanda para restituição do valor pago pelas cédulas, permanecendo vigente, contudo, a sentença que declarou a nulidade do processo de emissão.

No ponto, destaco excertos do ensinamento do mestre Hely Lopes Meirelles, citado no parecer do *Parquet* Estadual (fl. 1.351), *verbis*:

“[...] Deverão ser citadas para ação, obrigatoriamente, as pessoas jurídicas, públicas ou privadas, em nome das quais foi praticado o ato a ser anulado e mais as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado pessoalmente o ato ou firmado o contrato impugnado, ou que, por omissos, tiverem dado oportu-

tidade à lesão, como também os beneficiários diretos do mesmo ato ou contrato (art. 6º).

“Note-se que a lei fala em beneficiários diretos, o que significa dizer que o favorecido, remota ou indiretamente não deve ser incluído no pólo passivo, ressalvado apenas ao próprio direito de ingressar no feito como assistente do(s) réu(s), se quiser e demonstrar efetivo interesse jurídico na causa” (Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, *Habeas Data*, 20ª ed., Ed. Malheiros, p. 128).

Assim, tratando-se a recorrente de parte prejudicada, e não de beneficiária da fraude, não há falar em nulidade ante a falta de citação, não sendo, *ipso facto*, de rigor, o seu ingresso no pólo passivo da demanda.

Em relação ao mérito, também não merece melhor sorte a recorrente.

O acórdão recorrido, ao tempo em que manteve a sentença proferida na ação popular e, em consequência, a nulidade do processo de emissão das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, resguardou aos recorrentes a posse das cédulas adquiridas até o trânsito em julgado do acórdão proferido na apelação civil de que trata a ação popular em exame.

Com essa decisão, tenho que se encontra acobertado o direito da recorrente, em face dos limites iminentes ao mandado de segurança.

Como sabemos, o mandado de segurança, remédio indispensável à cidadania, a ser empregado contra atos ilegais ou abuso de poder das autoridades públicas, somente pode ser

utilizado em caso de reflexo no direito líquido e certo do impetrante.

Bem entendido como direito líquido e certo aquele indene de controvérsia, pelo qual remanesce a autoridade das alegações do impetrante em face do direito alegado.

Na hipótese em apreço, a recorrente alega que os efeitos decorrentes da emissão das letras impugnadas pela ação popular devem ser mantidos, na forma como estabelecidos, com o ulterior pagamento do preço correspondente.

Os títulos pelos quais a requerente tenciona receber o pagamento originalmente ajustado foram emitidos, reconhecidamente, com a interferência de várias irregularidades, inclusive em relação ao deságio ofertado na operação, que segundo apurado na sentença (fl. 1.268) chegou a um total de R\$ 86.831.024,24 (oitenta e seis milhões, oitocentos e trinta e um mil, vinte e quatro reais e vinte e quatro centavos).

Nesse panorama, em face mesmo das irregularidades ocorridas, mitigado estaria o direito da impetrante de assegurar a cobrança das cartulas e, nessa ótica, inexistente o direito líquido e certo necessário à concessão da segurança.

É certo que a administração deve arcar com os prejuízos impostos aos adquirentes de boa-fé, mesmo os presumidos, sob pena de enriquecimento ilícito do Estado em face do particular. Não obstante, também é igualmente certo que a Administração não pode convalidar atos reconhecidamente irregulares, devendo aten-

ção ao primado da prevalência do interesse público (Lei n. 9.784/99).

A abstração do título emitido, como bem observou o Tribunal *a quo*, não pode embaçar a realidade acerca das irregularidades havidas no perfezimento do ato administrativo que gerou a emissão, inclusive no tocante à natureza do adquirente, se de boa-fé ou não.

Sobre a questão destaque excerto do aresto hostilizado, *verbis*:

“Em época em que se admite a existência de novos conflitos de interesses (ocupação de rodovias, prédios públicos, fábricas, vicissitudes oriundas de mensalidades escolares e planos de saúde), transformados, em seguida, em litígios, soa estranho, *data venia*, deixar *a latere* o exame de vício de origem na criação e emissão de Letras Financeiras. O mercado desses papéis não pode ficar excluído do controle jurisdicional.

“Anulada (arts. 15, V, e 37, § 4º, da CR, e do ADCT daquela *Lex Mater*, e art. 2º, letras *a* e *c*, da Lei n. 4.717/65) aquela Ordem de Serviço, imprescindível é ‘verificar se o beneficiário do ato estava ou não de boa-fé. Se estava de boa-fé tem direito a uma indenização, caso contrário não tem tal direito. A indenização também tem cabida em relação a terceiros de boa-fé.

“Estes, quando alcançados pelos efeitos da invalidação, têm esse direito’ (Diogenes Gasparini, *Direito Administrativo*, Saraiva, 5ª ed., p. 104 e 105). Resultado exegético: as adquirentes das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina, inclusive no mercado secundário, co-

mo decorrência da invalidação das cédulas, em ação autônoma, poderão cogitar de reaverem os valores do negócio anulado. Inadmissível é supor que a compra daqueles títulos por terceiros que se dizem de boa-fé convalidaria o vício *ab initio*; ou, então, que a anulação seria parcial. O alcance da ilegalidade e lesão ao patrimônio público é irrestrito" (fl. 1.275).

Ademais, diante dos fatos e argumentos antes expendidos, exsurge a inviabilidade do desiderato perseguido pela impetrante, por meio da presente garantia constitucional, verificando-se que a hipótese se enquadra perfeitamente à vedação contida no Verbete Sumular 69 do STF que desautoriza o mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança.

Tais as razões expendidas, nego provimento ao recurso.

É o voto.

### **Voto-vista**

O Exmo. Sr. Ministro Luiz Fux:

Trata-se, originariamente, de mandado de segurança impetrado perante o eg. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina pela Fundação Eletrosul de Previdência e Assistência Social — Elos, na condição de terceira prejudicada, insurgindo-se contra decisão judicial proferida em Ação Popular de n. 2397243870-7 que declarou a nulidade de todo o procedimento administrativo destinado à criação, emissão e circulação das LFTSC — Letras Financeiras do Tesouro de Santa Catarina por ela (Elos) adquiridas em 1988, obstaculizando o seu resgate previsto para 1º-8-98, a sua circulação e venda, e determinan-

do a devolução dos Títulos para o Estado de Santa Catarina.

A impetrante fundamentou a sua legitimidade ativa para a impetração do *writ* na Súmula 202 do STJ, porquanto figura como terceiro prejudicado na ação popular retromencionada. Segue-se o teor do enunciado, *verbis*: "A impetração de segurança por terceiro, contra ato judicial, não se condiciona à interposição de recurso".

Sustentou, ainda, nas razões do *mandamus*, a ilegalidade da sentença, uma vez que, na qualidade de portadora dos Títulos da Dívida Pública, deveria ter sido citada para integrar a lide como litisconsorte passiva necessária, revelando-se ato atentatório ao seu direito líquido e certo a determinação para proceder-se à devolução dos Títulos ao erário catarinense, porquanto agiu como adquirente de boa-fé de Cédulas legalmente colocadas no mercado financeiro. Por derradeiro, requereu a nulidade da sentença prolatada na ação popular, para que lhe fosse reconhecida a posse e a propriedade dos referidos Títulos Públicos, bem como autorizado o resgate, na forma da lei.

A tutela liminar foi deferida (fl. 189), suspendendo-se os efeitos da sentença em relação à impetrante.

O Estado de Santa Catarina interpôs agravo regimental objetivando a cassação da liminar. O Tribunal *a quo* julgou prejudicado o recurso, culminando por denegar parcialmente a segurança para tão-somente assegurar a posse das Cédulas adquiridas pela Fundação Elos até o trânsito em julgado da ação popular. Eis os termos da ementa:



“Mandado de segurança — Letras financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina — Cabimento na espécie da *actio* deflagrada — Terceiro que se classifica como prejudicado — Agravo regimental prejudicado — Ordem de serviço Sef/gasec n. 005/88 írrita — Inarredável vício de origem — Ato administrativo nulo — Ordem parcialmente deferida.

“Em face da Súmula 202 do Superior Tribunal de Justiça, adequado é o exercício *writ* quando o terceiro que se classifica como prejudicado não participou da relação jurídica processual principal.

“Acolhido o pleito objeto de agravo regimental em suspensão de segurança, desapareceu o interesse de agir, o qual é lastreado na necessidade e utilidade da medida processual desencadeada.

‘Nula é a ordem de serviço (fórmula com que o hierarquicamente superior transmite aos subordinados ato a serem praticados) que não foi publicada no Diário Oficial, sendo apresentada sem autenticação do notário, eis que a expedição é anterior à dispensa de tal requisito no art. 2º da Medida Provisória n. 1.973-56, de 10-12-99. Revelando o Tribunal de Contas do Estado (fl. 131) que os precatórios (títulos executivos judiciais — art. 584, I, do CPC) ‘ainda não pagos’ (fls. 58 a 87) em 5-10-88 foram quitados no decorrer dos exercícios de 1988 e 1989, os pressupostos do art. 33 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Magna Carta não se encontram caracterizados. Demonstrada boa-fé na aquisição daquelas, inclusive no mercado imobiliário secundário, em ação autônoma há possibilidade

de indenização” (TJSC, Ap. Cív. n. 1999.019464-7).

“Pertinente é garantir a posse das Letras Financeiras do Tesouro do Estado de Santa Catarina até o trânsito em julgado da Apelação Cível n. 1999.019464-7”.

Daí o presente recurso ordinário em mandado de segurança interposto pela Elos, com fulcro no art. 105, inciso II, alínea *b*, da Constituição Federal, e art. 539, inciso II, letra *a*, do CPC, em cujas razões aduz nulidade da sentença monocrática, porquanto não se configurou relação processual válida na ação popular, posto não ter sido citada para integrar a lide como litisconsorte passiva necessária. Sustenta, ainda, que adquiriu os títulos públicos de boa-fé, assistindo-lhe o direito líquido e certo de usufruir dos direitos que decorrem da posse (*jus possidendi*) e da propriedade que lhe foi transmitida com a compra, revelando enriquecimento ilícito por parte do Estado de Santa Catarina acaso os títulos venham a ser devolvidos.

Contra-razões ofertadas às fls. 1.339 a 1.344 por Leodegar da Cunha Tiscoski e Eni José Voltolini (autores da ação popular) e às fls. 1.347 a 1.357 pelo Estado de Santa Catarina, ambos pugnando pelo improvimento do recurso.

Parecer do Ministério Público opinando no sentido do improvimento do recurso.

Consoante assentou o Relator:

“Com efeito, não merece prosperar a pretensão da recorrente de ver declarada, pela via do *mandamus*, a nulidade da sentença proferida em



ação popular, ao simples argumento de não ter sido citada para integrar a lide na qualidade de litisconsorte passiva necessária.

“A utilização do remédio constitucional com vistas à anulação de sentença de primeiro grau se mostra descabida à luz do art. 5º, II, da Lei n. 1.533/51, que veda expressamente a concessão da ordem quando se tratar de ‘despacho ou decisão judicial, quando haja recurso previsto nas leis processuais ou possa ser modificado via correção’”.

Pela análise da orientação jurisprudencial do STJ, deduz-se que o uso do *mandamus* no lugar de recurso previsto em lei processual só se justifica nas hipóteses em que houver decisão teratológica ou com flagrante ilegalidade, ou, ainda, na ausência de perspectiva de reparação de dano, o que não se amolda ao caso vertente, uma vez que consta dos autos que a recorrente já ingressou em juízo para pleitear a indenização pela compra dos títulos fraudados.

Confira, abaixo, os arestos colacionados:

“Processo civil — Recurso ordinário em mandado de segurança — Decisão proferida por magistrado de segundo grau em agravo de instrumento — Impetração de mandado de segurança — Indeferimento *in limine* — Agravo regimental — Decisão mantida — Pretendida reforma — Recurso ordinário não provido.

“— Como regra, contra decisão judicial recorrível, não se dá mandado de segurança (cf. art. 5º, inciso II, da Lei n. 1.533, de 31-12-51), matéria objeto da Súmula 267 do STF, aplicável

ao caso: ‘Não cabe mandado de segurança contra ato judicial passível de recurso ou correção’. A jurisprudência tem amenizado o rigor desse dispositivo nas hipóteses das chamadas decisões teratológicas.

— Contra decisão singular de Des. Relator cabe ajuizar agravo interno ou regimental para órgão colegiado do próprio Tribunal local e não mandado de segurança. Aplicação, por analogia, do art. 39 da Lei n. 8.038/90, também às Cortes Estaduais e Federais. Precedentes jurisprudenciais e entendimento doutrinário.

— Segundo se infere dos termos das referidas decisões proferidas no agravo de instrumento (fls. 41 e 49), nada há que justifique rotulá-la de aberrante tão-só pela circunstância de que o douto magistrado, num primeiro momento, tenha entendido que não era a hipótese de concessão de efeito suspensivo ao recurso e, ao depois, em exame de pedido de reconsideração e em análise mais aprofundada tenha concluído pelo acolhimento do pedido liminar dos ora recorridos.

“Recurso ordinário não provido” (ROMS n. 11.647, rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 24-6-2002).

“Recurso ordinário em mandado de segurança. Decisão concessiva de liminar em cautelar. CEF. Fornecimento de certificado de regularidade do FGTS. Lei n. 8.036/1990. Agravo de instrumento. Mandado de segurança para emprestar-lhe efeito suspensivo. Recurso improvido.

“I — Admite-se a impetração de mandado de segurança para dar efeito suspensivo a recurso que não possui, somente nos casos de decisões teratológicas, de flagrante ilegalidade,

das quais possa resultar dano irreparável do direito (RMS n. 6.371/RS, rel. Min. Peçanha Martins, DJ de 27-5-1996; RMS n. 6.792/PE, rel. Min. Hélio Mosimann, DJ de 2-9-1996).

“II — *A priori*, apresenta-se incólume decisão que defere liminar para compelir a CEF a fornecer certificado de regularidade para empresa quite com a contribuição do FGTS, conforme disciplina a Lei n. 8.036/1990 e do Decreto-Lei n. 368/1968.

“III — Recurso ordinário improvido” (ROMS n. 7.252, rel. Min. Ademar Maciel, DJ de 2-3-1998).

É cediço que o mandado de segurança tem como escopo a tutela de direito líquido e certo violado ou ameaçado de violação por agente público no desempenho de suas funções. *In casu*, não se vislumbra a presença de direito líquido e certo, uma vez que a própria recorrente se intitula como terceira prejudicada e adquirente de boa-fé por não haver se beneficiado da emissão fraudulenta dos títulos, nem do deságio praticado pelas corretoras.

Destarte, à luz do art. 6º da Lei n. 4.717/65, que prescreve os sujeitos passivos da ação popular, a recorrente não poderia mesmo integrar a lide, porquanto a norma legal não prevê as figuras do “terceiro prejudicado e o de boa-fé” para legitimar passivamente a ação.

Aliás, é bem verdade que terceiros não conhecidos quando da proposição da ação não podem ser citados, posto que desconhecidos, consoante estabelece o § 1º do referido dispositivo, senão vejamos, *in verbis*:

“Art. 6º — A ação será proposta contra as pessoas públicas ou privadas e as entidades referidas no art. 1º,

contra as autoridades, funcionários ou administradores que houverem autorizado, aprovado, ratificado ou praticado o ato impugnado, ou que, por omisões, tiverem dado oportunidade à lesão, e contra os beneficiários diretos do mesmo.

“§ 1º — *Se não houver beneficiário direto do ato lesivo, ou se for ele indeterminado ou desconhecido, a ação será proposta somente contra as outras pessoas indicadas neste artigo*” (grifo nosso).

Todavia, destaca-se que a recorrente não participou do feito por absoluta contumácia, porquanto tinha conhecimento dos processos em andamento, tanto que interpôs agravo contra decisão liminar em ação civil pública proposta com o mesmo objeto e causa de pedir da ação popular sob comento, além do fato de que o escândalo da fraude da emissão dos títulos foi amplamente divulgado pela imprensa nacional.

Nesse segmento, forçoso concluir que, em qualquer momento processual, a recorrente poderia ter integrado a lide como assistente litisconsorcial, em consonância com o art. 54 do CPC, ou, ainda, ter interposto recurso de apelação na qualidade de terceiro prejudicado, nos moldes do art. 499 do mesmo diploma, usufruindo dos mesmos prazos processuais das partes litigantes.

Isso, não obstante, não exime a recorrente de salvaguardar seu patrimônio pelas vias judiciais cabíveis. Segundo notícia o recorrido/Estado de Santa Catarina, a recorrente já ingressou com ação indenizatória perante a Vara da Fazenda Pública, visando ao ressarcimento da compra

dos títulos anulados na ação popular, curvando-se aos efeitos da sentença atacada.

Dessa forma, conclui-se inconcebível terceiro prejudicado pleitear, via mandado de segurança, anulação de sentença que julgou procedente ação popular, posteriormente ratificada pelo Tribunal do Estado, cuja dilação probatória ampla e irrestrita inerente ao rito ordinário foi devidamente exaurida na instância local.

*Ex positis*, acompanho o voto do Relator para negar provimento ao recurso ordinário.

### **Certidão de Julgamento**

Certifico que a egrégia Primeira Turma, ao apreciar o processo em

epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

Prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Luiz Fux, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Luiz Fux (voto-vista), Humberto Gomes de Barros e José Delgado votaram com o Sr. Ministro Relator.

O referido é verdade. Dou fé.

Brasília, 12 de novembro de 2002.

*Maria do Socorro Melo,  
Secretária.*

# **1ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR

### PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.020416-4, DE ITAJAÍ

**Requerente:** Estado de Santa Catarina

**Procurador:** Dr. Leandro Zanini

**Requerido:** Unimed de Joinville — Cooperativa de Trabalho Médico

**Advogados:** Drs. Leandro Carlo de Lima e outros

**Autos de origem:** Mandado de Segurança n. 033.03.014426-7 (Vara da Fazenda Pública)

O Estado de Santa Catarina, com fulcro no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo Juízo da Vara dos Feitos da Fazenda Pública da comarca de Itajaí, nos autos do Mandado de Segurança n. 033.03.014426-7, impetrado pela Unimed de Joinville — Cooperativa de Trabalho Médico contra ato da autoridade responsável pela Superintendência do Porto de Itajaí/SC — Fiel Depositário e do Gerente Regional da Fazenda Estadual de Itajaí, que determinou a notificação das autoridades impetradas para que “[...] cada uma no âmbito de suas competências, suspendam qualquer ato de cobrança de ICMS no momento do desembarço aduaneiro sobre o bem descrito à fl. 33, e liberem tal mercadoria, se este for o único motivo da restrição”.

O requerente afirma que a liminar não pode ser mantida, porque possui sérios vícios que a maculam,

dentre os quais sobressai o de ser o fundamento da decisão diverso do pedido insito na petição de impetração, ou seja, nesta o impetrante alega não ser o tributo devido, ante a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 33, e aquele estar calcado no entendimento de que o ICMS não pode ser exigido no ato do desembarço aduaneiro, sendo, portanto, nula a liminar concedida, pois *extra petita*, ocorrendo, *in casu*, vulneração aos artigos 128, 239 e 460, todos do Código de Processo Civil, além de contrariar jurisprudência pacífica e dominante dos Tribunais Pátrios.

Por outro lado, assegura que a matéria objeto da presente ação só poderia ser discutida em ação ordinária, com pedido declaratório, e não pela via da ação mandamental, ante a visível inadequação do pleito, inexistência de qualquer ato coator, e ausência dos pressupostos necessários para a impetração.

De outro modo, no mérito, argumenta que o ato fiscal está plenamente embasado na legislação em vigor, consoante determinam os artigos 155, § 2º, inciso IX, alínea a, da Constituição Federal; artigo 2º, § 1º, inciso I, da Lei Complementar n. 87/96 (redação dada pela Lei Complementar n. 114); e artigo 2º, parágrafo único, inciso I, da Lei Estadual n. 10.297/96, os quais, de uma simples leitura, deixam “claro que o pretendido tratamento diferenciado às cooperativas não pode ser aplicado, pois a incidência do imposto a todos abrange, sem exceção”.

Por outro vértice, assevera ocorrer grave lesão à ordem pública, em virtude da liminar, nos moldes como foi concedida, “se constitui em verdadeiro privilégio odioso, na medida em que enseja um prazo dilatado para o recolhimento do tributo por parte da impetrante”, além de ter criado “enorme desordem no sistema de arrecadação e fiscalização do Estado não só pelo exemplo maléfico com a possibilidade de outras por todo o Estado, como também criou enormes dificuldades para que este exerça seu poder de fiscalização”.

O requerente argumenta, também, ocorrer grave lesão à ordem econômica. A uma, porque a liminar concedida abriu precedente para os demais contribuintes, que, a exemplo da impetrante ingressarão em juízo, a fim de obter o mesmo equivocado benefício, ocorrendo o denominado efeito multiplicador, cuja perda na arrecadação atingirá com maior impacto as finanças da Fazenda Estadual; e, a duas, porque, somente no caso em comento, o valor do imposto não recolhido aos cofres públicos foi de R\$

94.917,42 (noventa e quatro mil, novecentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos), além de estar diminuindo a arrecadação do ICMS, principal imposto estadual, o qual, conforme levantamento descrito nos gráficos de fl. 13, no mês de junho/03 o valor do tributo arrecadado foi de R\$ 380.845.540,00 (trezentos e oitenta milhões, oitocentos e quarenta e cinco mil e quinhentos e quarenta reais) e, no mês subsequente (julho/03), não ultrapassou o valor de R\$ 354.848.126,00 (trezentos e cinquenta e quatro milhões, oitocentos e quarenta e oito mil e cento e vinte e seis reais). E, comparando o mês de janeiro a julho deste ano com o mesmo período do ano de 2002, constata-se haver uma diminuição de arrecadação na ordem de 5% (cinco por cento).

Por derradeiro, sustenta que o não-ingresso de tais valores, recolhidos mensalmente aos cofres públicos, ou, ainda, o retardamento no seu recolhimento, comprometerá ainda mais a estabilidade social e o cumprimento dos deveres do Estado.

É o relatório.

O exame do pedido de suspensão da eficácia de decisões proferidas contra o Poder Público está limitado aos pressupostos previstos, no caso de mandado de segurança, no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, só podendo ser deferido quando a decisão puder causar lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, sendo vedada a análise aprofundada do mérito e de questões processuais, os quais encontram guarida em recurso próprio.

E, segundo o ensinamento de Marcelo Abelha Rodrigues: “As razões que justificam o pedido de sus-

ensão 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” (*in* Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 136 e 137).

E, da jurisprudência, colhe-se: “Em processo de suspensão de segurança, para deferi-la ou indeferi-la, o presidente do tribunal — a quem compete o exame de eventual recurso contra a decisão concessiva — não examina as questões processuais ou de mérito da causa em que foi proferida. Limita-se a verificar a ocorrência dos pressupostos dos arts. 4º da Lei n. 4.348/64, 297 do RISTF e 25 da Lei n. 8.038/90” (RTJ 147/512).

Destarte, afastada a análise do mérito e das questões processuais ventiladas pelo requerente, passa-se ao exame da presença dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar concedida no mandado de segurança.

*In casu*, o requerente alega estar ocorrendo lesão à ordem e à economia públicas. No entanto, referidos pressupostos não se fazem presentes.

Com efeito, quanto à alegada lesão à ordem pública, não vislumbro a sua ocorrência, porquanto a decisão impugnada não impede a Fazenda Pública de fiscalizar e exigir o seu crédito referente ao ICMS devido pela empresa, tendo, inclusive, o próprio requerente afirmado na petição inicial que a medida impugnada “[...] enseja um prazo dilatado para o recolhimento do tributo por parte da impetrante”, mas, apenas, suspende a sua cobrança até a decisão final do *mandamus* impetrado, não havendo, desse modo, falar-se em “enorme desordem no sistema de arrecadação e fiscalização do Estado” e, tampouco, a de ter criado “enormes dificuldades para que este exerça seu poder de fiscalização”.

E “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova de que a lesão está por se verificar” (Ação Civil Pública — considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. Coord. Édis Milaré. RT, 1995, p. 344).

Por outro vértice, o requerente não comprovou a ameaça de prejuízo à economia pública, pois o imposto não recolhido pela empresa aos cofres públicos, no valor de R\$ 94.917,42 (noventa e quatro mil, novecentos e dezessete reais e quarenta e dois centavos), não é suficiente para abalar e trazer prejuízo de grande monta às contas públicas, comprometendo, co-



mo alegado, a estabilidade social e o cumprimento dos deveres do Estado.

Ademais, o requerente limitou-se, apenas, em alegar que a arrecadação do ICMS, principal imposto estadual, está diminuindo, trazendo aos autos planilhas (fl. 13) que indicam o *quantum* total arrecadado pelo Estado de ICMS nos meses de junho/03 (R\$ 380.845.540,00) e de julho/03 (R\$ 354.848.126,00). Ora, 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 conforme lição de Gilberto Etchaluz Villela: “*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*. Porto Alegre: Síntese, 1998, p. 86) (grifei).

Por derradeiro, não se vislumbra a possibilidade da ocorrência do

aventado efeito multiplicador de liminares em igual sentido, pois, além de o requerente não demonstrar a existência de outras ações semelhantes, o número de empresas que se encontram na mesma situação da impetrante e, tampouco, o valor que deixariam de arrecadar aos cofres públicos, caso lhes fosse deferida a liminar nos mesmos moldes da combatida, parece, à primeira vista, tratar-se de caso isolado, o qual não justifica a suspensão da segurança para proteger o interesse público, já que ausentes os pressupostos elencados na Lei n. 4.348/64.

Pelo exposto, porque ausentes os pressupostos, indefiro o pedido.

Cientifique-se o Juízo *a quo*.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 9 de setembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,  
1º Vice-Presidente.*

## PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.022338-0, DE ITAJAÍ

**Requerente: Município de Itajaí**

**Advogados: Drs. Cláudio Roberto Nunes Golgo e outros**

**Requerida: Volkswagen Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil**

**Advogados: Drs. Paulo Roberto Müller da Silva e outros**

O município de Itajaí, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, inconformado com a decisão do Des. Ronaldo Moritz Martins da Silva, na Câmara Civil Especial deste Tribunal, que concedeu efeito

suspensivo ativo a agravo de instrumento interposto pela Volkswagen Leasing S.A. — Arrendamento Mercantil nos autos dos Embargos à Execução Fiscal n. 033.03.010134-7 e, por conseguinte, deferiu a tutela re-

cursal antecipada para o fim específico de determinar a devolução do valor depositado em garantia de dívida.

O requerente alega que o recurso de agravo de instrumento não poderia ter seguimento, por contrário à jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, no tocante “à definitividade da execução de título extrajudicial após o julgamento de improcedência dos embargos”; porque a decisão é contrária à determinação prevista no artigo 520 do Código de Processo Civil; e o deferimento da tutela recursal foi contra a Fazenda Pública, a qual somente pode ser concedida em casos de manifesto interesse público ou flagrante ilegitimidade e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, conforme preconizado na Lei n. 8.437/92.

Afirma, também, ter o colendo Superior Tribunal de Justiça e este egrégio Tribunal Estadual pacificado o entendimento de que a execução de título executivo extrajudicial é definitiva, mesmo na pendência de recurso de apelação interposto da decisão de improcedência dos embargos, motivo pelo qual deveria ser negado seguimento ao recurso de agravo interposto.

Por derradeiro, acrescenta ocorrer grave lesão ao município de Itajaí, pois ficou impedido, com a decisão recorrida, de arrecadar o tributo ISS, o qual tem previsão legal, tratando-se de matéria sumulada pelo STJ (Súmula 138), e objeto recente da Lei Complementar n. 116/03, que reiterou

sua incidência sobre as operações de arrendamento mercantil.

Este, em síntese, o relatório.

O presente pedido de suspensão de liminar não pode ser conhecido, em virtude de esta 1ª Vice-Presidência não possuir competência para apreciá-lo.

O requerente pretende suspender decisão proferida por integrante deste Tribunal que concedeu efeito suspensivo ativo em agravo de instrumento.

Dispõe o artigo 4º da Lei n. 8.437/92, *in verbis*:

“Compete ao presidente do tribunal, *ao qual couber o conhecimento do respectivo recurso*, suspender, em despacho fundamentado, a execução da liminar nas ações movidas contra o Poder Público ou seus agentes, a requerimento do Ministério Público ou da pessoa jurídica de direito público interessada, em caso de manifesto interesse público ou de flagrante ilegitimidade, e para evitar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas” (grifei).

Ora, do dispositivo legal citado conclui-se que competente é o Presidente do Tribunal ao qual couber o conhecimento do recurso. *In casu*, a competência é do Tribunal competente para apreciar os recursos desta Corte de Justiça, o colendo Superior Tribunal de Justiça.

Sobre a matéria, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região decidiu:

“Agravo. Suspensão dos efeitos de despacho de relator em agravo de instrumento. Descabimento.

“1. Falece competência ao Presidente do Tribunal para suspender decisão emanada de juiz da própria Corte.

“2. [...]

“3. [...]

“4. Agravo improvido” (AGVSEL n. 408.384/RS, rela. Juíza Ellen Gracie Northfleet, DJU de 15-7-98, p. 165).

E o Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello, nos autos da Petição n. 13.476/RS, assentou:

[...]

“É que — consoante registra a jurisprudência do STF — ‘a faculdade de suspensão de execução, conferida ao Presidente do Supremo Tribunal pelo art. 4º da Lei n. 8.437/92, dirige-se às liminares concedidas no âmbito dos Tribunais estaduais ou federais; não às decisões destes, que se hajam recusado a suspender liminares deferidas no primeiro grau de ju-

risdição’ (Pet. n. 810 (AgRg), rel. Min. Octávio Gallotti).

“O caso presente ajusta-se a essa diretriz jurisprudencial, eis que, embora indeferida pelo magistrado de primeira instância (fls. 65 e 66), a tutela jurisdicional antecipada veio a ser concedida, em sede recursal, por ilustre Desembargador do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fls. 15 e 395). Passo, em conseqüência, a apreciar o pedido formulado pelo Estado do Rio Grande do Sul”.

Pelo exposto, não conheço do presente pedido e determino a remessa dos autos ao colendo Superior Tribunal de Justiça (art. 113, § 2º, do CPC), haja vista a decisão, cuja suspensão é pleiteada, estar fundada em norma infraconstitucional.

Intime-se.

Florianópolis, 26 de setembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,  
1º Vice-Presidente.*

## **PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.024797-1, DA CAPITAL**

**Requerente: Estado de Santa Catarina**

**Procurador: Dr. Sérgio Luiz Mar Pinto**

**Requeridos: Joares Carlos Ponticelli e outros**

**Advogados: Drs. Gley Fernando Sagaz e outro**

**Ação originária: Ação Popular n. 023.03.656288-5 (2ª Vara da Fazenda Pública da Capital)**

O Estado de Santa Catarina, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 8.437/92, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida em ação popular pelo Juiz da 2ª Vara da Fa-

zenda Pública da comarca da Capital, que proibiu “a utilização do *site* do Governo do Estado e/ou da Assessoria de Comunicação do Governador do Estado de Santa Catarina para publi-

car matérias que tratem de assuntos político-partidários e que configurem, além disso, promoção pessoal mediante a exposição da imagem do Governador e de seus Auxiliares”.

O requerente alega que a ação popular intentada deveria ter sido extinta, sem julgamento do mérito, ante a manifesta ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo, além da evidente impossibilidade jurídica, pois foi interposta contra fatos e não atos administrativos, conforme preconizado nos artigos 2º, 4º e 6º, todos da Lei n. 4.717/65.

Por outro lado, e após tecer considerações sobre a questão da moralidade administrativa, afirma que o Magistrado *a quo* ao deferir a liminar requerida “deixou-se contaminar por uma atitude mental política, estampando, por isso mesmo, na liminar deferida, o caráter essencialmente político da decisão”. E que a decisão não pode “fundamentar-se em motivos de natureza filosófica, moral ou política, pois, se assim for, despe-se o juiz da toga e decide não com base e fundamento na lei, mas sim com base e fundamento em convicções pessoais”.

Por derradeiro, alega ocorrer grave lesão à ordem pública, nesta compreendida a ordem jurídica e administrativa, em face da violação do artigo 5º, inciso LXXIII, da Constituição Federal, e artigos 1º, 5º, § 4º, e 11, todos da Lei n. 4.717/65.

Para tanto, sustenta que em sede de ação popular, nos termos do artigo 5º, § 4º, da Lei n. 4.717/65, a liminar deferida “somente pode ter a finalidade de suspender o ato lesivo im-

pugnado, não sendo admitido pelo ordenamento jurídico o deferimento de medida liminar, em ação popular, para proibir o administrador público de fazer alguma coisa”.

Argumenta, também, após fazer distinção entre publicidade e propaganda, que a hipótese versada não se enquadra nos ditames do § 1º do artigo 37 da Constituição Federal, pois este tem por finalidade regular, apenas, a publicidade dos atos, programas, obras, serviços e campanhas dos órgãos, e não a propaganda, na qual está embasada a ação popular.

Portanto, a liminar acarreta vulneração ao ordenamento jurídico e ao princípio constitucional da separação dos Poderes (artigo 2º da Constituição Federal), em virtude da indevida interferência na atuação da administração pública estadual, por proibir o Chefe do Poder Executivo do Estado e aos agentes políticos a este subordinados, conduta não prevista em lei constitucional ou infraconstitucional.

É o relatório.

O exame do pedido de suspensão da eficácia de decisões proferidas contra o Poder Público está limitado aos pressupostos previstos, no caso de ação popular, no artigo 4º, § 1º, da Lei n. 8.437/92, só podendo ser deferido quando a decisão puder causar lesão à ordem, à economia, à saúde e à segurança públicas, sendo vedada a análise aprofundada do mérito e de questões processuais, os quais encontram guarida em recurso próprio.

E, segundo o ensinamento 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 consequências 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” (*in* Suspensão de segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 136 e 137).

Destarte, afastada a análise do mérito e das questões processuais ventiladas pelo requerente, passa-se ao exame da presença dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar concedida na ação popular.

*In casu*, o requerente alega estar ocorrendo lesão à ordem pública, nesta compreendidas a ordem jurídica e administrativa. No entanto, referido pressuposto não se faz presente.

Com efeito, quanto à alegada lesão à ordem pública, e especificamente no que tange à ordem jurídica, não vislumbro a sua ocorrência, pois esta só se configura quando a decisão é flagrantemente ilegal, o que, evidentemente, não ocorre na presente hipótese, devendo ser salientado que, na verdade, o requerente procura ver reformada decisão que lhe é desfavorável, por suposta violação à ordem jurí-

dica, pretensão esta que não pode ser deslindada nos estreitos limites da suspensão de liminar, devendo ser apreciada na via recursal própria. Aliás, como deedição conhecimento, o presente pedido não tem cabimento para corrigir eventuais *error in procedendo* ou *error in iudicando*.

Por outro vértice, ainda e quanto à alegada ocorrência de lesão à ordem pública, e referentemente à ordem administrativa, também não se faz ela presente, pois, conforme se infere da decisão combatida, o Dr. Juiz *a quo* proibiu, apenas, a utilização do *site* do Governo do Estado “para publicar matérias que tratem de assuntos político-partidários e que configurem, além disso, promoção pessoal mediante a exposição da imagem do Governador e de seus Auxiliares”, ou seja, não impediu o uso do *site* para outros fins de interesse público, com exceção daqueles.

Ademais, o fato de o Poder Judiciário proferir decisão com amparo em lei, em obediência ao princípio da legalidade, e controlando atos administrativos que se apresentem violadores dos princípios básicos da administração pública previstos na Constituição Federal, não viola o princípio constitucional da separação dos Poderes, ainda mais quando referida decisão não causa embaraço à normal execução dos serviços públicos e ao regular exercício das funções da Administração pelas autoridades constituídas.

E, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“A essência do postulado da divisão funcional do poder, além de derivar da necessidade de conter os excessos dos órgãos que compõem o

aparelho de Estado, representa o princípio conservador das liberdades do cidadão e constitui o meio mais adequado para tornar efetivos e reais os direitos e garantias proclamadas pela Constituição. Esse princípio, que tem assento no art. 2º da Carta Política, não pode constituir e nem qualificar-se como um inaceitável manto protetor de comportamentos abusivos e arbitrários, por parte de qualquer agente do Poder Público ou de qualquer instituição estatal. O Poder Judiciário, quando intervém para assegurar as franquias constitucionais e para garantir a integridade e a supremacia da Constituição, desempenha, de maneira plenamente legítima, as atribuições que lhe conferiu a própria Carta da República. O regular exercício da função jurisdicional, por isso mesmo,

desde que pautado pelo respeito à Constituição, não transgredir o princípio da separação de Poderes” (MS n. 23.452/RJ, rel. Min. Celso de Mello — DJU de 12-5-2000, p. 20).

Pelo exposto, por não vislumbrar a ocorrência da alegada lesão à ordem pública, nela incluídas a ordem jurídica e a ordem administrativa, indefiro o presente pedido de suspensão da liminar concedida na ação popular.

Cientifique-se o Magistrado na origem.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 7 de novembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,  
1º Vice-Presidente.*

## **PEDIDO DE SUSPENSÃO DE LIMINAR N. 2003.025321-1, DE INDAIAL**

**Requerente: Município de Indaial**

**Advogado: Dr. Nilton Hening**

**Requerido: Erico Daniel Parno**

**Advogado: Dr. Ruben Parno**

**Ação originária: Mandado de Segurança n. 031.03.003119-3 (1ª Vara da comarca de Indaial)**

O município de Indaial, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da liminar deferida pelo Juízo da 1ª Vara da comarca do mesmo nome que, nos autos do Mandado de Segurança n. 031.03.003119-3, impetrado por Erico Daniel Parno, suspendeu a cobrança das taxas de serviços administrativos — TSA — e de coleta de lixo e o pagamento do IPTU (valores de 2003).

O requerente alega que a taxa de coleta de resíduos sólidos é cobrada em função do serviço, específico e divisível, de limpeza domiciliar, relacionando-se o munícipe pessoal e diretamente com o fato gerador da taxa, cuja base de cálculo não coincide com a do IPTU.

Por outro lado, afirma que a cobrança da taxa de serviços administrativos (taxa de expediente) está prevista no artigo 260 da Lei

Complementar Municipal n. 15/97, a qual também não se identifica com a base de cálculo do IPTU.

De outro modo, e no que pertine à suspensão do pagamento do IPTU, assevera não restarem vulnerados os artigos 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e 198 do Código Tributário Municipal (LCM n. 17/97), em virtude de terem sido observadas, para o lançamento do tributo, as edificações/alterações efetuadas até o exercício de 2002, as quais permaneceram no ano de 2003, e, não havendo a constatação real da situação do imóvel, deverão ser aplicados os termos já constantes nos registros cadastrais.

Assegura, também, não ter a majoração do tributo sido efetuada por intermédio do Decreto n. 1.384/03, tendo este, apenas, prorrogado o prazo para o seu pagamento e, tampouco, ocorreu qualquer alteração de valor, seja nas alíquotas atribuídas, na planta genérica de valores ou nos coeficientes de valorização ou desvalorização.

Por derradeiro, sustenta que a medida liminar causa grave lesão à ordem e à economia públicas, porque ante a inegável ocorrência do efeito multiplicador, o valor das taxas somarem R\$ 862.300,32 (oitocentos e sessenta e dois mil trezentos reais e trinta e dois centavos) e do IPTU alcançar a cifra de R\$ 2.002.036,49 (dois milhões, dois mil e trinta e seis reais e quarenta e nove centavos), lançados para o exercício de 2003 e que não serão arrecadados, produzirá prejuízos irreversíveis e sério abalo financeiro, desestruturando o planejamento e a aplicação desses recursos em prol da sociedade.

É o relatório.

O exame do pedido de suspensão da eficácia de decisões proferidas contra o poder público está limitado aos pressupostos previstos, no caso de mandado de segurança, no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, só podendo ser deferido quando a decisão puder causar grave lesão à ordem, à saúde, à segurança e à economia públicas, sendo vedada a análise aprofundada do mérito e de questões processuais, as quais encontram guarida em recurso próprio.

Segundo o ensinamento 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 consequências 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” (*in* Suspensão de Segurança: sustação da eficácia de decisão judicial proferida contra o poder público. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 136 e 137).

E da jurisprudência colhe-se:

“Em processo de suspensão de segurança, para deferi-la ou indeferi-la, o presidente do tribunal – a



que compete o exame de eventual recurso contra a decisão concessiva – não examina as questões processuais ou de mérito da causa em que foi proferida. Limita-se a verificar a ocorrência dos pressupostos dos arts. 4º da Lei n. 4.348/64, 297 do RISTF e 25 da Lei n. 8.038/90” (RTJ 147/512).

Destarte, afastada a análise do mérito, passa-se ao exame da presença dos pressupostos necessários ao deferimento do pedido de sustação dos efeitos da liminar concedida no mandado de segurança.

*In casu*, o requerente afirma estar ocorrendo lesão à ordem e à economia públicas. No entanto, referidos pressupostos não se fazem presentes.

A decisão impugnada de fls. 87 a 92 teve por ilegal e arbitrária a cobrança das taxas de coleta de lixo — CL — e de serviços administrativos — TSA, também denominada taxa de expediente.

Com relação à primeira, o Supremo Tribunal Federal já decidiu pela sua inconstitucionalidade, por infringência ao artigo 145, inciso II, da Carta Magna, porque não tem “por objeto serviço público indivisível e referido a determinados contribuintes, não havendo possibilidade, por isso, de serem custeados senão pelo produto dos

impostos gerais” (RE n. 188.391/SP, julg. em 15-6-2000, publ. no DJU de 1º-6-2001, p. 89) (RE n. 206.777/SP e RE n. 253.460/SP).

De outra parte, embora as decisões do Supremo Tribunal Federal a respeito da inconstitucionalidade das referidas taxas sejam destituídas de eficácia *erga omnes* — o que não poderia mesmo ser alcançada naquela Corte por meio de ação direta de inconstitucionalidade, visto tratar-se de Lei Municipal —, o Supremo Tribunal Federal é o intérprete máximo da Constituição Federal, cabendo a ele a última palavra a respeito da constitucionalidade das leis, tanto no controle concentrado quanto no controle difuso, motivo suficiente para convencer o magistrado da inconstitucionalidade da exação.

E com referência à taxa de serviços administrativos — TSA, também denominada taxa de expediente, esta Corte de Justiça já decidiu ser inexigível do contribuinte, pois a confecção de carnê e/ou as despesas inerentes à cobrança do tributo pela rede bancária são intrínsecas aos serviços administrativos prestados pelo órgão arrecadador.

Nesse sentido:

“Taxa de expediente — Manifesta ilegalidade de sua exigência.

“A Taxa de Expediente — TE, por não representar nenhuma contra-prestação de serviço público, não é exigível pelo município de Florianópolis, posto que a confecção de carnê para a cobrança de tributos é despesa ínsita aos seus misteres habituais de órgão arrecadador, não gerando ensejo, por isso mesmo, ao lançamento de mais esta taxa” (Ap. Cív. n. 50.457, da Capital, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

Já no que diz respeito à decisão de fls. 125 e 126, concessiva da liminar para sustar o pagamento do IPTU relativo aos valores de 2003, a Magistrada *a quo* entendeu por vulnerados os artigos 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, e 198 do Código Tributário Municipal (LCM n. 15/97), em virtude de o lançamento do IPTU ter ocorrido com base em recadastramento imobiliário efetuado no exercício de 2003, contrariando as disposições legais citadas. Aliás, sobre o assunto, o requerente apenas teceu considerações acerca do mérito do mandado de segurança, visando a modificar decisão que lhe foi desfavorável, sendo inviável, como alhures referido, a análise no campo da suspensão de liminar, pois não é sucedâneo de recurso a ser interposto para tal desiderato.

Por outro vértice, o requerente limitou-se a alegar que o Município deixará de arrecadar os valores de R\$ 862.300,32 (oitocentos e sessenta e dois mil trezentos reais e trinta e dois centavos) referentes às taxas, e de R\$ 2.002.036,49 (dois milhões, dois mil e trinta e seis reais e quarenta e nove centavos) relativos ao IPTU.

No entanto, consoante se infere da planilha de fl. 129, referidos valores dizem respeito ao total que será arrecadado pela cobrança das taxas e do IPTU dos contribuintes, relativo ao exercício de 2003, e não apenas do impetrante.

Ora, o requerente não demonstrou, com provas, a ameaça de grave prejuízo às finanças públicas, o que era indispensável para o enquadramento da situação fática à norma em questão e a conseqüente sustação dos efeitos da liminar, pois “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Figueiredo, Lúcia Valle. Ação Civil Pública — Considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concessão de efeito suspensivo aos recursos e na tutela antecipatória. Coord. Édís Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Suspensão de segurança. Potencialidade danosa do ato decisório. Necessidade de comprovação inequívoca de sua ocorrência. Excepcionalidade da medida de contracautela (Lei n. 4.348/64, art. 4º). Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que



requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Pedido indeferido” (SS 1.185/PA, rel. Ministro Marco Aurélio – DJU de 4-8-98, p. 7).

Ademais, não se desconhece que a abstenção da cobrança das taxas e do valor a mais do IPTU do impetrante e de outros munícipes que porventura ingressarem em juízo e obtiverem liminar causará queda de arrecadação para o Município.

Todavia, a simples queda de arrecadação, por si só, não é suficiente para a concessão da medida excepcional de suspensão da decisão proferida contra o poder público, porque não caracteriza, de pronto, a

grave lesão à economia pública, comprometedora dos interesses da coletividade, a que alude o artigo 4º da Lei n. 4.348/64.

Destarte, muito embora os serviços prestados pelo município de Indaial tenham por objetivo propiciar o bem geral da coletividade, a população não pode ser compelida a pagar tributos taxados de inconstitucionais e inexigíveis, não subsistindo, diante disso, eventual lesão à ordem pública ou econômica, dispondo o Município, por outro lado, de mecanismos céleres para a cobrança das taxas e do valor a mais do IPTU se denegada a segurança a final.

Pelo exposto, indefiro o pedido de suspensão da liminar.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 10 de novembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,  
1º Vice-Presidente.*

## **SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA**

**SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA N. 2003.026711-5, DE BLUMENAU****Requerente: Município de Blumenau****Advogado: Carlos Alberto Peixer Vinci****Requerida: Selma Stingher****Advogado: Nilson Inácio Kuffel****Ação originária: Mandado de Segurança n. 008.03.005283-9 (Vara da Fazenda Pública)**

O município de Blumenau, com fundamento no artigo 4º da Lei n. 4.348/64, requer a suspensão dos efeitos da sentença proferida pela Dra. Juíza de Direito da Vara da Fazenda Pública da comarca do mesmo nome que, nos autos do Mandado de Segurança n. 008.03.005283-9 impetrado por Selma Stingher, concedeu a segurança para determinar à autoridade coatora “forneça à impetrante, no prazo de 48 horas, o alvará de funcionamento, em caráter precário, de funerária”.

O requerente esclarece que, muito embora o serviço funerário esteja sendo explorado por duas empresas, mediante expedição de alvarás e a título precário, sem a abertura de licitação para outorga do referido serviço, a negativa de alvará à impetrante para o funcionamento de funerária teve por fundamento a Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, a qual fixa em seu artigo 5º o número de concessionárias com base na população do município, na proporção de uma empresa para cada 100.000 habitantes. E, possuindo esta população inferior a 300.000, a licitação prevista no artigo 1º da referida Lei só será deflagrada após atingida esta densidade populacional.

Ademais, alega permanecerem vigentes as permissões outorgadas, a

título precário, até ser “firmado contrato de concessão de outorga da permissão com o licitante vencedor da futura licitação”, consoante dispõe o artigo 22 da Lei Ordinária Municipal n. 5.829/02, que deu nova redação à Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, e artigo 42 da Lei Federal n. 8.987/95.

Por outro lado, sustenta ser equivocada a concessão da sentença com base no princípio da isonomia, pois a situação da impetrante difere das duas funerárias estabelecidas na cidade, as quais “vêm prestando seu serviço de forma satisfatória, inclusive realizando investimentos na construção e manutenção de uma central funerária, sala para serviço de verificação de óbitos, necrotério, câmara de refrigeração de cadáveres, duas capelas mortuárias e demais serviços correlatos. Não é justo nem certo que a impetrante, mesmo sem ter investido um único centavo, explore o serviço alegando estar na mesma situação jurídica”.

Por outro vértice, afirma que, ante a ampla divulgação do *decisum* na comunidade, existe indicativo seguro de que pedidos idênticos serão formulados por centenas de munícipes ou empresas para se habilitarem na exploração do serviço funerário na cidade, sem que o município possa rejeitar tais pretensões, ocasionando conseqüências

gravíssimas para a ordem pública e o regular funcionamento deste serviço público, ou seja, a decisão combatida impede que o “Poder Público Municipal exerça a sua função de organizar o serviço funerário nos limites constitucionais de sua competência”.

Por derradeiro, acrescenta: “A ordem pública está realmente ameaçada com a situação criada. Não só a ordem administrativa, mas a própria ordem material, que pode facilmente descambar da insegurança, da intranquilidade, para a lesão à própria segurança pública, *com a proliferação de alvarás e, enfim, o caos na prestação desse serviço (funerário) à comunidade*” (grifado).

É o relatório.

O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça pacificaram o entendimento no sentido de que, nos pedidos de suspensões de liminares contra o Poder Público, não se examinam questões processuais nem se decide sobre o mérito, havendo via adequada para o seu exame. Nesse sentido: STF — Pleno, AGRSS 471/DF, j. 13-4-92, e STJ — SS878, rel. Min. Costa Leite, DJU de 15-2-01, e AGP 1055/MA, Corte Especial, DJU de 14-8-00, p. 30.

As atuais empresas que exercem o serviço público funerário, consoante se infere das peças integrantes dos presentes autos, não participaram de licitação, tendo obtido permissão do município de Blumenau para explorarem referidos serviços, em caráter precário.

E o § 2º do artigo 42 da Lei Federal n. 8.987/95 previu que “As concessões em caráter precário, as que

estiverem com prazo vencido e as que estiverem em vigor por prazo indeterminado, inclusive por força de legislação anterior, permanecerão válidas pelo prazo necessário à realização dos levantamentos e avaliações indispensáveis à organização das licitações que precederão a outorga das concessões que as substituirão, prazo esse que não será inferior a 24 (vinte e quatro) meses”.

*In casu*, o dispositivo acima é aplicável às permissões de serviço público, por serem estas concessões (autorizações) de caráter precário. Porém, a prorrogação transitória nele prevista não impede que outras empresas interessadas venham a explorar o mesmo serviço até a ultimação da licitação. Desse modo, a legislação municipal, no tocante ao número de permissionários que possam prestar o serviço funerário, limitado ao número de habitantes, contraria a Lei Federal.

De outra parte, não é crível que, decorridos mais de 8 (oito) anos da edição da aludida lei federal, e mais de 4 (quatro) anos da Lei Ordinária Municipal n. 5.413/99, não foi possível à administração municipal realizar os levantamentos e avaliações indispensáveis à licitação para a concessão dos serviços funerários no município de Blumenau, prorrogando, indefinidamente, as autorizações concedidas a título precário às duas empresas.

Tal omissão acaba por infringir o disposto no artigo 175 da Constituição Federal, o qual exige prévia licitação para a prestação de serviços públicos, razão por que a impetrante encontra-se em igualdade de condições com as demais empresas do ra-

mo, devendo receber o mesmo tratamento, podendo, por conseguinte, explorar os serviços funerários até a conclusão do processo licitatório.

Sobre a matéria, o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu:

“Reexame necessário — Mandado de segurança — Autorização precária de funcionamento no ramo de serviços funerários — Necessidade para obtenção de alvará — Empresa que preenche os requisitos da Lei Municipal n. 11.692/98 — Indeferimento — Ofensa a direito líquido e certo — Segurança concedida para que seja autorizada a atuar no ramo, em igualdade de condições com as outras concorrentes, até que se ultime o processo licitatório — Sentença confirmada em grau de reexame necessário” (Reexame Necessário n. 109.216-6/PR, Rel. Desa. Regina Afonso Portes, j. em 2-10-01).

No mesmo sentido, decidiu a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça:

“Vencido o prazo da concessão, só possível de ser novamente edificada com as linhas do processo licitatório público, seja a requisição ou autorização, uma e outra sob as adargas da provisoriedade, não se prestam para reanimar superada situação pretérita. Inexistência de imaginado direito líquido e certo. Recurso sem provimento” (ROMS n. 10.795/PR, Rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU de 15-4-02, p. 169).

De outro *visu*, a expedição de alvará de licença para funcionamento da impetrante no ramo funerário, determinada pelo *decisum* combatido, por si só, não causa lesão à ordem e à saúde públicas. Aliás, não basta a

simples alegação, devendo ser comprovada a potencialidade lesiva da decisão aos valores protegidos pelo artigo 4º da Lei n. 4.348/64, o que não aconteceu, não restando provada, inclusive, a formulação de pedidos idênticos por parte de outros munícipes ou empresas para a exploração do referido serviço. E “A mera alegação não basta. É necessária a indicação exuberante com elementos factuais de prova que a lesão está por se verificar” (Figueiredo, Lúcia Valle. Ação Civil Pública — considerações sobre a discricionariedade na outorga e no pedido de suspensão de liminar, na concessão de efeito suspensivo aos cursos e na tutela antecipatória. Coord. Édís Milaré, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 344).

É da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

“Suspensão de segurança. Potencialidade danosa do ato decisório. Necessidade de comprovação inequívoca de sua ocorrência. Excepcionalidade da medida de contracautela (Lei n. 4.348/64, art. 4º). Em tema de suspensão de segurança, não se presume a potencialidade danosa da decisão concessiva do *writ* mandamental ou daquela que defere liminar em sede de mandado de segurança. A existência da situação de grave risco ao interesse público, alegada para justificar a concessão da drástica medida de contracautela, há de resultar cumpridamente demonstrada pela entidade estatal que requer a providência excepcional autorizada pelo art. 4º da Lei n. 4.348/64. Não basta, para esse efeito, a mera e unilateral declaração de que, da execução da decisão concessiva do mandado de



segurança ou daquela que deferiu a liminar mandamental, resultarão comprometidos os valores sociais protegidos pela medida de contracautela (ordem, saúde, segurança e economia públicas). Pedido indeferido” (SS n. 1.185/PA, Rel. Min. Marco Aurélio, DJU de 4-8-98, p. 7).

De outro lado, a decisão combatida não impede que a administração pública venha a exercer seu poder de polícia, fiscalizando o bom andamento dos serviços públicos a serem prestados pela impetrante, e

tomando as providências administrativas previstas em lei contra eventuais irregularidades, não havendo, por tal motivo, violação à ordem administrativa.

Ante o exposto, indefiro o pedido.

Comunique-se ao Juízo *a quo*.

Publique-se e intime-se.

Florianópolis, 1º de dezembro de 2003.

*Des. Alberto Costa,*

*1º Vice-Presidente.*



# **2ª VICE-PRESIDÊNCIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

## RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL

### RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL N. 2001.023821-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Recorrente:** Nilse Terezinha Nardelli

**Advogados:** Dr. Francisco May Filho e outros

**Recorrido:** El Molino Restaurante e Pizzaria Ltda.

**Advogado:** Dr. Durval Kuehne

**Recorrido:** Marco Antônio Schroeder

**Advogados:** Dr. Francisco Guido Ramos Coelho da Silva e outro

1 – Nilse Terezinha Nardelli, forte no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, ingressa com recurso especial do acórdão da colenda Terceira Câmara Civil que, por maioria de votos, manteve a sentença que julgou improcedentes os embargos à arrematação por si opostos, sob o argumento de que a impenhorabilidade do bem já havia sido discutida em agravo de instrumento manejado em exceção de pré-executividade, ocasião em que se registrou a existência de dúvida quanto à caracterização do imóvel como bem de família, tema que somente poderia ser argüido até a arrematação ou adjudicação, e não depois de estar exaurida a execução.

Sustenta afronta aos arts. 1º, 3º e 5º da Lei n. 8.009/90, bem como dissídio jurisprudencial.

Intimados, os recorridos apresentaram contra-razões.

2 – A insurgente não conseguiu, em tese, demonstrar a ofensa aos dispositivos legais mencionados, porquanto o julgado atacado não negou a “impenhorabilidade do imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar” (art. 1º), nem que “é oponível em qualquer processo de execução” (art. 3º), tampouco que “considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente” (art. 5º), contudo, motivou a prestação jurisdicional negativa com espeque no entendimento de que “não se insurgindo a apelante a respeito do tema no tempo devido, vem, tardiamente, em recurso de apelação em sede de embargos à arrematação, pleitear o reconhecimento da impenhorabilidade do bem” (fl. 256), tendo em vista a orientação de que essa prerrogativa é possível tão-somente até a arrematação, quando ainda não efetuada a alienação.

Bem por isso a recorrente não alogou êxito em evidenciar ter havido violação a artigos da Lei n. 8.009/90, já que referida legislação não especifica até qual momento pode ser argüida a impenhorabilidade de bem de família.

3 – Por sua vez, em atinência à dissonância pretoriana, há remeter o inconformismo ao Sodalício Superior, porquanto a recorrente indicou repositório autorizado de jurisprudência em que foram publicados os arestos trazidos como paradigmas, procedendo ao suficiente cotejo analítico de modo a revelar as circunstâncias que assemelham os casos confrontados e a adoção de teses jurídicas distintas entre eles, consoante exige o art. 255 do RISTJ.

Tal fato se verifica, posto que enquanto a decisão paragonada enfatiza que “a alegação de impenhorabilidade, prevista na Lei n. 8.009/90, tendente ao socorro da moradia familiar, pode ser pleiteada durante todo o processo executório, todavia, não oposta até a arrematação ou adjudicação do bem, não pode ser mais realizada” (fl.

256), os arestos ditos discrepantes ressaltam que “o executado pode alegar a impenhorabilidade de bem construído em embargos à arrematação e mesmo que não tenha ele suscitado o tema em outra oportunidade, inclusive em sede de embargos do devedor, pois tal omissão não significa renúncia a qualquer direito” (RT 787/215) e que “a argüição de impenhorabilidade de bem de família não está sujeita à preclusão, pois trata-se de matéria de ordem pública, podendo ser alegada por meio de simples petição” (RT 770/247).

4 – Ante o exposto, dá-se seguimento ao recurso pela alínea c do permissivo constitucional.

5 – Subam os autos ao Superior Tribunal de Justiça.

6 – Publique-se e intímese.

Florianópolis, 24 de março de 2003.

*Des. Jorge Mussi,  
2º Vice-Presidente.*

## RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS

### RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2001.005149-4, DE CHAPECÓ

**Recorrente: Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. – Embratel**

**Advogados: Dr. Nestor José da Silveira e outros**

**Recorrida: Coordenadoria Municipal de Defesa do Consumidor – Procon**

**Advogados: Dr. Mauro Antônio Prezotto e outros**

1 – Empresa Brasileira de Telecomunicações S.A. — Embratel, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da Sexta Câmara Civil que, apreciando agravo de instrumento por si intentado em ação civil pública, afastou as preliminares e, no mérito, deu-lhe provimento parcial tão-somente para adequar a multa aplicada, mantendo, de resto, a decisão monocrática, que deferiu a liminar, para determinar que a empresa concessionária cumpra o disposto no art. 61 da Resolução n. 85/98 da Anatel, ante a ausência de motivos plausíveis para o seu descumprimento.

Alegou violação ao art. 84, § 3º, do Código de Defesa do Consumidor, por considerar ausentes a fumaça do bom direito e o perigo da demora, bem como aos arts. 128 e 460 do Estatuto Processual Civil, por entender que o aresto guerreado julgou a questão além aos limites do pedido.

Por não se enquadrar a hipótese no disposto no art. 542, § 3º, do CPC, determinou-se o processamento do feito (Despacho de fl. 328).

Contra-arrazoado o apelo raro, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, instada, opinou pela sua inadmissão, em face da ausência de comprovação da contrariedade aventada.

2 – A insurgência não merece ascender à Superior Instância, pois não logrou a recorrente demonstrar a suposta afronta ao art. 84, § 3º, do Código consumerista, pois este dispõe que: “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”.

A recorrente argumenta que estaria ausente, no caso, a fumaça do bom direito, tanto pela rejeição dos pedidos preliminares, quanto pela decisão vergastada ter, na sua opinião, estabelecido verdadeiro prazo prescri-

cional dos seus créditos por meio de resolução, e não de lei, em afronta ao princípio da legalidade.

Ocorre, porém, que os pleitos prefaciais foram todos rebatidos pelo aresto guerreado, de forma fundamentada, e contra tal fato não se insurgiu a recorrente.

Quanto ao argumento de que a decisão impugnada, ao estabelecer que a concessionária negociasse com seus clientes os valores debitados em suas contas telefônicas após o prazo estabelecido pelo art. 61 da Resolução n. 85/98 da Anatel, estaria, na verdade, determinando a extinção do seu direito de cobrança, e até mesmo do crédito, com efeito, não merece prosperar, porquanto, como bem esclareceu a Câmara ao julgar os embargos declaratórios opostos pela recorrente, “não há no acórdão afirmação no sentido de que a decisão impede o lançamento em faturas de ligações realizadas há mais de noventa dias, bem como de que o art. 61 da Resolução 85, de 30 de dezembro de 1998, está estabelecendo prazo prescricional. Pelo que se infere dos termos da Resolução n. 85/98 (fls. 107 a 110), da decisão agravada (fls. 142/144) e do acórdão embargado (fls. 240 a 250), à agravante/embarcante apenas é vedado incluir na fatura do mês corrente ligações que teriam sido realizadas há mais de noventa dias. Em relação a estas, deverão ser cobradas ‘mediante negociação’. Pessoalmente, penso que nada impede seja extraída fatura própria” (fl. 283).

Argüiu, também, a ausência do perigo da demora a sustentar a liminar, diante da possibilidade de obtenção do resultado pretendido pela ação

civil pública por meio de processo administrativo.

Porém, como bem ressaltou a decisão censurada, o art. 5º, XXXV, da CF, não impede o acesso ao Poder Judiciário, nem o art. 66 da referida Resolução da Anatel, que dispõe que “a contestação de débitos junto à Prestadora não impede que o Assinante promova, por outras formas, o questionamento da cobrança, de acordo com o que prevê o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, e a Lei n. 9.472, de 1997” (fl. 245).

Assentou, ainda, que “configurado o desrespeito às normas reguladoras do serviço de telefonia fixa, não se pode afastar a licitude da movimentação da jurisdição. [...] sendo, assim, claro que não há a necessidade de esgotamento das vias administrativas para a discussão do assunto em tela” (fl. 245).

De mais a mais, a análise da presença dos requisitos autorizadores do deferimento liminar do pedido, conforme já decidiu o STJ, inclusive em caso em que se alegava a violação ao art. 84, § 3º, do CDC, como na hipótese dos autos, que “para se ter como inferida a violação dos dispositivos acima transcritos, se observa, *prima facie*, a necessidade de reexaminar o conjunto probatório coligido, indagando da convicção do julgador para proceder de forma impugnada. Efetivamente, como é de sabença geral, esta Corte veda o reexame do conjunto probatório via recurso especial, erigindo, sobre a questão, o verbete sumular n. 7” (MC n. 5437/MG, rel. Min. Francisco Falcão, DJU de 23-9-2002).

O aresto vergastado constatou ter a recorrente descumprido as nor-



mas estabelecidas para a prestação dos serviços telefônicos concedidos e afirmou que “Fugindo o fornecedor de serviços ou produtos destes moldes, não só é correta, como é exigível a ação do Judiciário a fim de coibir abusos e fazer aplicar o que foi tão bem teorizado pela legislação, conforme art. 84 do Código de Defesa do Consumidor” (fl. 249).

Desconstituir tal afirmação, além de outras mencionadas no acórdão, que denotam a presença dos requisitos para a concessão da liminar, representados pelo *fumus boni juris* e pelo *periculum in mora*, é impossível na via angusta do recurso especial, ante o óbice da Súmula do STJ.

3 – Quanto à suscitada violação aos arts. 128 e 460 do CPC, que a recorrente sustenta ter ocorrido, porque o acórdão censurado teria mantido a decisão monocrática no ponto em que estenderia a liminar às liga-

ções telefônicas DDI, enquanto que o pedido se limitava às DDD, igualmente é impossível dar passagem ao apelo raro, pois extrai-se do julgado recorrido a afirmação: “Também não é pertinente a alegação de a decisão objurgada ser *ultra petita* por ter estendido seus efeitos também à cobrança das ligações DDI, uma vez que estas nem sequer são mencionadas na referida decisão” (fls. 142 a 144).

Assim, novamente diante do obstáculo representado pelo Enunciado n. 7 da Súmula da Corte Superior, é inviável a desconstituição de tal conclusão na via angusta do especial.

4 – Ante o exposto, nega-se seguimento ao recurso.

5 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 30 de janeiro de 2003.

*Des. Jorge Mussi,*  
*2º Vice-Presidente.*

## RECURSO ESPECIAL CÍVEL N. 2001.015480-3, DE CONCÓRDIA

**Recorrente: Tractebel Energia S.A.**

**Advogados: Dr. Alexandre dos Santos Pereira Vecchio e outros**

**Recorrido: Artêmio Inácio Finger**

**Advogados: Dr. Paulo César Saatkamp e outro**

1 – Tractebel Energia S.A., com fundamento no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, interpôs recurso especial da decisão unânime da Primeira Câmara Civil que, apreciando o agravo de instrumento por si manejado, negou-lhe provimento, mantendo a decisão de Primeiro Grau, que rejeitou a exceção de incompetência que aforara, ante o entendimento de que não seria competente o foro do domicílio

da sede da empresa-ré, conforme o art. 100, IV, *a*, do CPC, mas sim o do lugar do ato ou fato ilícito, diante do disposto no art. 100, V, *a*, do mesmo diploma legal, bem como pelo que prevê o art. 100, IV, *d*, também do CPC, pelo qual é competente o foro do lugar onde a obrigação deve ser satisfeita, para a ação que lhe exigir o cumprimento.

Alegou que o aresto recorrido negou vigência aos arts. 100, IV, *d*, do Estatuto Processual Civil, e 950 do antigo Código Civil, bem como divergiu de julgado do TJRS.

Intimado para as contra-razões, silenciou o recorrido.

Por tratar-se de recurso de decisão sobre a competência do juízo e diante de precedente do STJ, determinou-se o processamento do recurso (despacho de fl. 224).

2 – O apelo raro merece ascender ao Superior Tribunal de Justiça para melhor análise, visto ter logrado o recorrente demonstrar, em tese, a sustentada negativa de vigor ao art. 100, IV, *d*, do CPC, e ao art. 950 do antigo CC.

Ocorre que a decisão guerreada aplicou a alínea *d* do inciso IV do art. 100 do CPC, por ser especial em relação à regra geral da alínea *a* do mesmo inciso, o que fez com razão.

Porém, ao interpretar o dispositivo, entendeu que “a obrigação contratual é a entrega pela ré ao autor do pedido, da carta de crédito para a aquisição de imóvel, devendo, pois, ser cumprida no domicílio do autor” (fl. 175).

Entretanto, por não haver disposição contratual acerca do local do cumprimento da obrigação, serve a regra do art. 950 do CC anterior, que estatui que, em caso de inexistência de convenção entre as partes, o local do pagamento, isto é, do adimplemento da obrigação, é o domicílio do devedor.

Desse modo, estabelecendo o art. 100, IV, *d*, do CPC que, para a ação que exigir o cumprimento de

obrigação é competente o foro do local onde esta deve ser satisfeita, e sendo este lugar o domicílio do devedor, diante de ausência de previsão contratual ou legal em sentido diverso, seria competente, no caso dos autos, a comarca da Capital, onde a recorrente tem sede.

Nesse sentido, já decidiu a Corte Superior: “Ação de indenização em virtude de inadimplemento de cláusula contratual deve ser ajuizada no foro competente para o lugar de cumprimento da obrigação” (AGA n. 303418/BA, rel. Min. Waldemar Sveiter, DJU de 2-4-2001, p. 292).

No mesmo norte, ainda, lia-se: “não estabelecendo o contrato o local onde a obrigação deve ser cumprida, deve a ação ser processada e julgada na Seção Judiciária do Distrito Federal, onde a pessoa jurídica tem sua sede, a teor do art. 100, inc. IV, alíneas *a* e *d*, do Código de Processo Civil, esta última combinada com o art. 950, *caput*, do Código Civil” (STJ, CC n. 21671/DF, rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 29-11-99).

3 – O pleito recursal merece seguimento também pela suscitada discrepância pretoriana, pois o recorrente conseguiu evidenciar, por meio da juntada de cópia autenticada de julgado do TJRS e do cotejo analítico entre a decisão paradigma e a objurgada, que, enquanto a primeira entendeu que o lugar do cumprimento da obrigação, que consistia na *emissão* da carta de crédito, era o do domicílio do devedor, sendo este, portanto, o foro competente para julgar a causa, diante do que dispõem os arts. 100, IV, *d*, do CPC e 950 do velho CC, a segunda, pela interpretação dos mesmos dispositivos, enten-

deu que o local do cumprimento da obrigação seria o da *entrega* da carta de crédito, que, no seu entender, deveria ser feita no domicílio do credor, ora recorrido, quando então entendia adimplida a prestação.

Revelou-se clara, portanto, a divergência.

4 – Ante o exposto, dá-se seguimento ao recurso.

5 – Subam os autos ao egrégio Superior Tribunal de Justiça.

6 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 2003.

*Des. Jorge Mussi,  
2º Vice-Presidente.*

## RECURSOS ESPECIAIS CRIMINAIS

### RECURSO ESPECIAL CRIME N. 1998.010885-3, DE PORTO UNIÃO

**Recorrente:** Ministério Público do Estado de Santa Catarina

**Procurador:** Dr. Paulo Roberto Speck

**Recorrido:** Getúlio Pereira

**Advogados:** Dr. André Mello Filho e outro

**Interessado:** Natanael Pires

**Advogado:** Dr. Altino Lemos

**Interessado:** Gilson Osmar Eggers

1 – O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seu Procurador de Justiça, fundado no art. 105, III, alínea *a*, da Constituição Federal, interpõe recurso especial do acórdão da colenda Segunda Câmara Criminal no ponto em que, por votação unânime, deu provimento em parte ao apelo aforado por Getúlio Pereira e desclassificou o delito pelo qual este foi condenado para o do art. 316, *caput*, do CP, adequando a pena imposta para 2 anos e 8 meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, e ao pagamento de 40

dias-multa, cada qual no valor de  $\frac{1}{4}$  do salário mínimo vigente ao tempo do crime, e, via de consequência, declarou extinta a punibilidade do agente, pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Alega que a decisão colegiada negou vigência ao art. 316, § 1º, do Código Penal, ao desclassificar a conduta denunciada para a do art. 316, *caput*, do Código Penal, pois, segundo a doutrina, o vocábulo “tributo indevido”, inserto naquele tipo penal, não abrange “apenas aquele

que tenha previsão legal”, como considerado pelo órgão colegiado, “mas, sim, também, aquele decorrente de uma exigência que se faça indevida, sem previsão legal, em retribuição a um serviço público que venha a ser prestado, como ocorreu *in casu*” (fl. 608).

Houve contra-razões pelo recorrido, que pugnou pela não-admissão do reclamo raro.

2 – O recurso merece ser alçada à Corte Superior.

Da leitura do aresto impugnado percebe-se que o órgão colegiado julgou que o tributo exigido inadvertidamente do contribuinte precisa ter base legal, ao afirmar que “o tipo penal incriminador exige, em sua estrutura fundamental, a cobrança de tributo legalmente instituído, o que não ocorreu no presente caso”, pois, “conforme apontado, a referida ‘taxa’ restou instituída não em decorrência de lei, mas sim por reunião convocada pelo então Delegado de Polícia, ocasião em que instituiu referido valor, bem como passou a cobrá-lo. Não havendo falar em tributo legalmente instituído, não há falar em crime de excesso de exação, mas sim do crime de concussão, descrito no

art. 316, *caput*, do Código Penal” (fl. 582).

O recorrente logrou demonstrar, em tese, a aludida negativa de vigência ao art. 316, § 1º, do CP, posto que, segundo doutrinadores como Damásio E. de Jesus, Julio Fabbrini Mirabete, E. Magalhães Noronha, dentre outros que citou em suas razões, para a tipificação da primeira modalidade de excesso de exação, prevista na primeira parte do aludido tipo penal – exigência indevida –, o que se reclama é que se trate de cobrança de tributo indevido, ou seja, não instituído por lei, não devido pelo contribuinte ou exigido em excesso.

Assim, melhor que o colendo Superior Tribunal de Justiça, guardião da correta aplicação das normas infraconstitucionais – fator garantidor da segurança jurídica e igualdade dos cidadãos diante da lei –, pronuncie-se sobre o tema aqui levantado.

3 – Pelo exposto, dá-se seguimento ao especial.

4 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 27 de janeiro de 2003.

*Des. Jorge Mussi*  
2º Vice-Presidente.

## RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2001.018475-3, DE LAGES

**Recorrente:** Ilson José da Silva

**Advogados:** Dr. Odir Marin Filho e outro

**Recorrido:** Ministério Público do Estado de Santa Catarina

**Procurador:** Dr. Paulo Roberto Speck

1 – Ilson José da Silva, fundado no art. 105, III, *a e c*, da Constituição Federal, interpõe recurso especial

do acórdão da colenda Primeira Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao seu

apelo, mantendo incólume a sentença que o condenou ao cumprimento de 1 ano de reclusão, em regime integralmente fechado, concedida-lhe a suspensão condicional da pena por 2 anos, e ao pagamento de 15 dias-multa, por infração ao art. 233 da Lei n. 8.069/90.

Alega que a decisão recorrida contrariou o art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal e negou vigência ao art. 4º da Lei n. 9.455, de 7-4-1997, que declarou revogado o art. 233 do Estatuto da Criança e do Adolescente, divergindo ainda de julgado do STJ no sentido de que não pode subsistir sentença condenatória proferida quando o art. 233 do ECA já se encontrava expressamente revogado pelo art. 4º da Lei n. 9.455/97, como ocorrido no caso em exame, pelo que atípica seria a sua conduta na data da prolação da decisão.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça contra-arrazoou pela não-admissão do reclamo, dada a inocorrência da ofensa suscitada e a falta de comprovação da divergência arguida.

2 – Não há dar seguimento ao inconformismo, relativamente à contrariedade ao art. 5º, inciso XXXIX, da CF/88, ante a alegada violação ao princípio da legalidade, uma vez que se trata de matéria eminentemente constitucional e, por isso, refoge à competência da Corte Superior.

Eventual ofensa à norma de ordem constitucional, como é cediço, é matéria a ser discutida em sede de recurso extraordinário e não no especial, como reiteradamente tem decidido o STJ. Nesse norte, *vide* REsp n. 192.094/PR – Rel. Min. Mil-

ton Luiz Pereira – T1 – DJU de 25-2-2002, p. 210.

3 – No que pertine ao ferimento ao art. 4º da Lei n. 9.455/97, o recurso igualmente não reúne condições de ascender ao Superior Tribunal.

A matéria referente à revogação do art. 233 da Lei n. 8.069/90 não foi objeto de debate no aresto impugnado, nem foram opostos os necessários embargos de declaração para suprir a omissão, restando evidente, assim, a falta de prequestionamento sobre o tema agora trazido aos autos, pelo que inafastável a incidência das Súmulas 211 do STJ e 282 e 356 do STF.

Ademais, mantendo a sentença que condenou o recorrente no delito do art. 233 do ECA, mesmo após já revogado este dispositivo federal pelo art. 4º da Lei n. 9.455/97, o acórdão recorrido foi ao encontro de recente julgado do STJ, que orienta no sentido de que “em matéria penal, a nova lei que redefine a conduta criminal, editada no curso do processo, não provoca o fenômeno da *abolitio criminis*, ensejando, todavia, a ultratividade da lei penal antiga mais benigna. Embora o art. 233 da Lei n. 8.069/90 (ECA), que tipificava o crime de tortura contra menores, tenha sido revogado pelo art. 4º da Lei n. 9.455/97, esta conduta recebeu definição criminal neste novo diploma legal, de forma mais gravosa, impondo-se, portanto, a aplicação da lei anterior, mais benéfica” (RHC n. 10049/CE, rel. Min. Vicente Leal, DJU de 18-2-2002, p. 494).

4 – Relativamente à sustentada dissonância interpretativa, também não há dar trânsito ao apelo raro, uma vez que o acórdão do STJ, apontado

como discrepante, não se presta a sua comprovação.

Embora o recorrente tenha procedido, apesar de sucintamente, ao co-tejo analítico entre o julgado citado – HC n. 9.661 – e o paragonado, vê-se que não juntou cópia devidamente autenticada daquele, nem indicou repositório oficial, autorizado ou credenciado em que houvesse sido divulgado, fazendo referência apenas à data de sua publicação no Diário da Justiça da União, o que a Corte Superior já assentou não constituir fonte para a comprovação do dissenso, visto que nele não é publicado o acórdão em seu inteiro teor (EREsp n. 171.627/GO, rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJU de 28-3-2001, p.

273; Ag n. 244060/RS, rel. Min. Barros Monteiro, DJU de 27-8-99, p. 527 e Ag n. 423062/PR, Min. José Delgado, DJU de 26-2-2002).

Assim, não logrou patentear, nos termos do art. 255, § 1º, *a e b*, do RISTJ, a sustentada discrepância jurisprudencial sobre a questão levantada nas razões do especial.

4 – Pelo exposto, nega-se seguimento ao especial.

5 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 19 de março de 2003.

*Des. Jorge Mussi,  
2º Vice-Presidente.*

## RECURSO ESPECIAL CRIME N. 2002.013257-3, DA CAPITAL

**Recorrente: Ivano Antônio Gonçalves**

**Advogados: Dra. Isabela Ramos Scussel e outro**

**Recorrido: Ministério Público do Estado de Santa Catarina**

**Procurador: Dr. Paulo Roberto Speck**

1 – Ivano Antônio Gonçalves, fundado no art. 105, III, *c*, da Constituição Federal, ingressa com recurso especial do acórdão da egrégia Segunda Câmara Criminal que, por votação unânime, negou provimento ao apelo que ajuizou, mantendo sua condenação à pena de 8 anos e 9 meses de reclusão, em regime fechado, por violação aos arts. 214 *c/c* 224, *a*, 226, II, e 71, todos do Código Penal.

Alega, inicialmente, que o inconformismo é tempestivo, visto que beneficiário da assistência judiciária gratuita, devendo os prazos, por isso, ser contados em dobro, e, no mérito,

que a decisão atacada divergiu de julgados de outros Tribunais, ao manter a condenação com base unicamente na palavra da vítima, menor impúbere, que deveria ter sido vista com reservas.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça contra-arrazoou no sentido de não se admitir o reclamo, porquanto não comprovada a aludida divergência interpretativa. Pugnou, por fim, pela expedição de mandado de prisão contra o recorrente, especialmente em caso de ascensão do apelo excepcional. Sobreveio pedido de todos os membros da família do réu e da víti-

ma, com base no art. 107, IX, do Código Penal, pretendendo a extinção da punibilidade do réu, com a consequente extinção do processo criminal, visto que o réu já se encontrando novamente integrado na família e que a vítima teme o sofrimento de seu irmão por parte de mãe, “que tem grandes laços afetivos com seu pai”, chorando “por saber que seu padrasto vai passar longos anos longe da família e isto tem causado grande sofrimento para todos que, de fato, já perdoaram o réu” (fl. 153).

Intimado para se manifestar sobre o pedido de perdão judicial, o recorrido pugnou pelo seu indeferimento, visto que juridicamente impossível atendê-lo (fls. 169/171).

2 – Inicialmente, não há deferir o perdão judicial pretendido, já que, como bem observou o recorrido, tal é juridicamente impossível na hipótese dos autos.

Comentando sobre o disposto no art. 107, IX, do CP, Julio Fabbrini Mirabete esclarece que:

“O perdão judicial foi também arrolado pela reforma penal entre as causas da extinção da punibilidade, como o instituto por meio do qual o juiz, embora reconhecendo a prática do crime, deixa de aplicar a pena, desde que se apresentem determinadas circunstâncias excepcionais previstas em lei e que tornam inconveniente ou desnecessária a imposição de sanção penal. Trata-se de uma faculdade do magistrado, que pode concedê-lo ou não, segundo seu critério, e não direito subjetivo do réu. Pode ser concedido nos crimes previstos nos arts. 121, § 5º, 129, § 8º, 140, § 1º, incs. I e II, 176, parágrafo único, 180,

§ 3º, 240, § 4º, 242, parágrafo único, todos do CP, 186, parágrafo único, da Lei de Falências (Lei n. 7.661/45) e 22, parágrafo único, *a e b*, da Lei de Imprensa (Lei n. 5. 250/67). É praticamente pacífico que a aplicação do perdão se destina, exclusivamente, às hipóteses elencadas na lei, sendo impossível estender sua abrangência a outros ilícitos. É na sentença (ou acórdão) que se concede o perdão judicial, após a conclusão sobre a culpabilidade do réu, não podendo ser recusado por este” (Código Penal Interpretado, São Paulo: Atlas, 1999, p. 570-571).

Assim, e considerando que o delito em que foi condenado o recorrente – atentado violento ao pudor, com violência presumida, em função de ser a vítima menor de 14 anos à data do ilícito – não está listado entre aqueles delitos em que é legalmente possível o perdão judicial, e observado ainda que, nos termos do art. 225, § 1º, II, do CP, cuida-se de crime perseguido por meio de ação penal pública incondicionada, visto que foi cometido com abuso da qualidade de padrasto, inviável deferir-se o almejado perdão judicial, pouco importando o fato de terem a vítima e seus pais perdoado o acusado do hediondo delito.

3 – Nesses termos, indefere-se o pedido de perdão judicial formulado.

4 – No mérito, não há dar seguimento ao inconformismo, embora tempestivamente ajuizado, haja vista o disposto no art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, que prevê prazo em dobro para os beneficiários da assistência judiciária gratuita.

E isso porque não obstante tenha o recorrente indicado o repositório autorizado em que se encontrava



publicado o aresto trazido como paradigma – RT 573/352-356 – e efetuado o necessário cotejo analítico entre este e o acórdão recorrido, não conseguiu demonstrar a semelhança fática entre as situações debatidas nos dois julgados.

Com efeito, enquanto no *decisum* paradigma concluiu-se pela reforma da sentença condenatória e pela absolvição, com fundamento no art. 386, VI, do CPP, do réu acusado da prática do delito previsto nos arts. 214 c/c 224, a, e 226, III, do CP, porquanto a prova da condenação estava amparada tão-somente nas declarações de menor impúbere, que se entenderam fantasiosas, na decisão combatida julgou-se pela manutenção da condenação por este delito porquanto esta estava alicerçada não apenas nas palavras coesas e consonantes da pequena vítima, mas também nos depoimentos da mãe da menor e na confissão extrajudicial do réu, nos quais encontravam ressonância.

E, consoante reiteradamente tem decidido o colendo STJ, “não se conhece do recurso pela alínea c do permissivo constitucional se as decisões confrontadas não guardam entre si similitude fática” (REsp n. 465.680/AL, rel. Min. Felix Fischer, DJU de 24-2-2003, p. 297).

5 – Diante do exposto, nega-se seguimento ao recurso.

6 – Por fim, é de se indeferir a pretendida expedição de mandado

de prisão contra o recorrente, para dar-se início à execução provisória do julgado, não obstante o que prescreve o art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/90.

Isso porquanto no caso dos autos percebe-se que o acusado, ora recorrente, respondeu em liberdade a todo o procedimento criminal, e tanto na sentença quanto no acórdão não se determinou a sua imediata segregação, ao contrário, na primeira vinculou-se a expedição de mandado de prisão ao seu trânsito em julgado.

Assim, e levando-se em conta que o Superior Tribunal de Justiça está revendo nesta semana, em discussão que ainda não se encerrou, o enunciado na Súmula 267, haja vista o caráter processual da prisão quando ainda não transitada em julgado a condenação que lhe deu origem, em obediência ao princípio da razoabilidade, melhor que se aguarde o trânsito em julgado desta decisão para, só então, dar-se início à execução da pena, que nesse caso será definitiva e não provisória.

7 – Publique-se e intimem-se.

Florianópolis, 24 de março de 2003.

*Des. Jorge Mussi,  
2º Vice-Presidente.*

# ÍNDICE NUMÉRICO



## **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

1999.016471-3 — Ponte Serrada.....	573
------------------------------------	-----

## **AÇÕES RESCISÓRIAS**

1999.013835-6 — Blumenau.....	444
-------------------------------	-----

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

371.884 — Santa Catarina (STJ).....	611
2001.003810-2 — Blumenau.....	419
2001.013380-6 — Joinville.....	411
2001.019206-3 — Barra Velha.....	389
2001.025550-2 — Camboriú.....	399
2002.002958-0 — Joaçaba.....	382
2002.015821-1 — Blumenau.....	387
2002.022585-7 — Blumenau.....	380
2002.022592-0 — Urussanga.....	576
2002.026028-8 — Capital.....	403
2003.000146-8 — Capital.....	416
2003.007211-0 — São José.....	407

## **AGRAVOS EM AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

367.262-5 — Bahia (STF).....	595
2002.018240-6 — Orleans.....	423
2002.023699-9 — Criciúma.....	432
2002.027607-9 — Criciúma.....	435
2003.001492-6 — Lages.....	440

## **APELAÇÕES CÍVEIS**

1998.002074-3 — Capital.....	306
1999.015587-0 — Orleans.....	235
1999.017509-0 — Itajaí.....	335
1999.020298-4 — São José.....	238
1999.021172-0 — Criciúma.....	162
1999.022243-8 — Brusque.....	247
2000.000056-6 — Balneário Camboriú.....	201
2000.000303-4 — Brusque.....	341
2000.003074-0 — Capital.....	172
2000.006337-1 — Blumenau.....	255
2000.008468-9 — Lages.....	347

2000.017723-7	— Criciúma.....	142
2000.019775-0	— Lages.....	148
2000.020329-7	— Tijucas.....	204
2000.022178-3	— Balneário Camboriú.....	170
2000.023108-8	— Itajaí.....	351
2001.011969-2	— Blumenau.....	312
2001.022688-0	— Capital.....	267
2002.006255-9	— Concórdia.....	207
2002.007985-0	— Canoinhas.....	320
2002.008802-7	— Ponte Serrada.....	227
2002.009498-1	— Balneário Camboriú.....	362
2002.010111-2	— Capital.....	286
2002.011522-9	— Chapecó.....	276
2002.013147-0	— Otacílio costa.....	184
2002.020518-0	— São José.....	331
2002.021188-0	— Criciúma.....	158
2002.021332-8	— Itajaí.....	195
2002.023113-0	— São José do Cedro.....	368
2002.023341-8	— Sombrio.....	152
2003.002020-9	— Capital.....	282
2003.002977-0	— Canoinhas.....	377
2003.012133-1	— Pomerode.....	295

## **APELAÇÕES CÍVEIS EM MANDADOS DE SEGURANÇA**

1998.015110-4	— São Francisco do Sul.....	126
2002.011175-4	— Joinville.....	132

## **APELAÇÕES CRIMINAIS**

1998.016717-5	— Cunha Porã.....	503
1999.002441-5	— Capital.....	508
2002.003613-7	— Criciúma.....	543
2002.013000-7	— Blumenau.....	546
2002.022175-4	— Seara.....	555
2002.023846-0	— Balneário Camboriú.....	517
2002.024561-0	— Ibirama.....	484
2002.026806-8	— Capital.....	500
2002.026892-0	— Palhoça.....	466
2003.000163-8	— Ibirama.....	469
2003.000555-2	— Chapecó.....	520
2003.001382-2	— Tubarão.....	491
2003.001590-6	— Indaial.....	477
2003.002299-6	— Ponte Serrada.....	531
2003.002551-0	— Lages.....	496

## **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

2002.026124-1	— Blumenau.....	450
---------------	-----------------	-----

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CÍVEL**

2000.022775-7 — Joaçaba ..... 453

**HABEAS CORPUS**

2002.022779-5 — Blumenau..... 459

2002.026162-4 — Tubarão..... 462

**MANDADOS DE SEGURANÇA**

1997.004051-2 — Capital..... 587

1998.004465-0 — Timbó..... 119

2003.001903-0 — Capital..... 123

**PEDIDOS DE SUSPENSÃO DE LIMINAR**

2003.020416-4 — Itajaí ..... 641

2003.022338-0 — Itajaí ..... 644

2003.024797-1 — Capital..... 646

2003.025321-1 — Indaial ..... 649

**PROCESSO CRIME**

2001.004700-4 — Itaiópolis..... 563

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

238.453-6 — Santa Catarina (STF)..... 598

**RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO SEGURANÇA**

14.351 — Santa Catarina (STJ) ..... 628

**RECURSOS ESPECIAIS**

245.300 — Santa Catarina (STJ) ..... 612

346.157 — Santa Catarina (STJ) ..... 620

**RECURSOS ESPECIAIS CÍVEIS**

2001.005149-4 — Chapecó ..... 661

2001.015480-3 — Concórdia ..... 663

2001.023821-7 — Balneário Camboriú ..... 659

**RECURSOS ESPECIAIS CRIMES**

1998.010885-3 — Porto União ..... 665

2001.018475-3 — Lages ..... 666

2002.013257-3 — Capital..... 668

**SUSPENSÃO DE EXECUÇÃO DE SENTENÇA**

2003.026711-5 — Blumenau..... 653





# **ÍNDICE POR ASSUNTO**



## A

### **AÇÃO**

- Extinção — Decisão reformada. Demanda que se reveste de certeza e determinação..... 255

### **AÇÃO DE ALIMENTOS**

- *Vide* Alimentos.

### **AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO**

- *Vide* Desapropriação.

### **AÇÃO DE DESOCUPAÇÃO**

- Espaço público — Permissão de uso por particular. Revogação unilateral pela Administração. Possibilidade. Pleito procedente... 306

### **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- *Vide* Indenização.

### **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- *Vide* Investigação de paternidade.

### **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Lei Orgânica Municipal — Violação a preceitos das Cartas Federal e Estadual. Vício não configurado. Pleito improcedente. .... 573

### **AÇÃO MONITÓRIA**

- Ilegitimidade ativa — Reconhecimento. Extinção do feito sem julgamento do mérito. Preliminar acolhida..... 201
- Nota promissória prescrita — Devedor falecido. Sucessão. Imóvel herdado. Bem que responde pela dívida do *de cuius*. Pleito procedente. .... 347

### **AÇÃO POPULAR**

- Indeferimento — Ausência dos pressupostos de ilegalidade e lesividade. Extinção, *ex officio*, do feito..... 416

- Publicidade governamental — Promoção pessoal. Comprovação. Violação ao art. 37, § 1º, da CF. Pleito procedente. .... 172

## **AÇÃO RESCISÓRIA**

- Erro de fato — Ocorrência. Princípio geral de direito. Não observância. Pleito procedente. .... 444

## **ACIDENTE DO TRABALHO**

- Auxílio-acidente — Cálculos do INSS. Impugnação. Aplicação dos índices legais e recálculo da renda mensal inicial. Acolhimento. Decisão mantida. .... 142

## **AGRAVO INOMINADO**

- *Vide* Recurso.

## **ALIMENTOS**

- Concubinato adulterino — União estável. Não caracterização. Verba indevida em favor da mulher. Cabimento em relação à prole. Apelo ministerial provido. .... 362
- Exoneração — Mulher jovem e apta ao trabalho. Pedido procedente. .... 276
- Prorrogação — Filho universitário. Limite obrigacional até 24 anos de idade extrapolado. Possibilidade. .... 403

## **ANTECIPAÇÃO DA TUTELA**

- Indeferimento — Possibilidade de irreversibilidade da medida pretendida. .... 576

## **ARREMATÇÃO**

- *Vide* Venda judicial.

## **ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

- Concessão na fase recursal — Possibilidade. .... 152

## **ATO ADMINISTRATIVO**

- Controle jurisdicional — Legalidade e legitimidade. .... 377

## **ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS FEDERAL**

- Art. 10, II, *b*. .... 170

## C

**CÓDIGO CIVIL**

— Art. 20.....	335
— Art. 134, II.....	341
— Art. 960.....	347
— Art. 1.092.....	444
— Art. 1.458.....	368
— Art. 1.521, III.....	227
— Art. 1.537.....	320
— Art. 1.538.....	158
— Art. 1.539.....	158
— Art. 1.544.....	227
— Art. 1.553.....	267
— Art. 1.587.....	347
— Art. 1.638, II, III e IV.....	295
— Art. 1.723, <i>in fine</i> .....	347
— Art. 1.796.....	347

**CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)**

— Art. 3º, <i>caput</i> .....	444
— Art. 3º, § 2º.....	247, 282 e 368
— Art. 51, § 1º, III.....	255
— Art. 51, IV.....	247
— Art. 53.....	444
— Art. 101, II.....	227

**CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

— Art. 13, I.....	335
— Art. 17.....	347
— Art. 20, § 3º, <i>a, b e c</i> .....	351
— Art. 20, § 4º.....	148, 201, 235, 255, 312 e 351
— Art. 20, § 5º.....	207
— Art. 21, <i>caput</i> .....	247
— Art. 21.....	195
— Art. 37.....	335
— Art. 47.....	172
— Art. 80.....	227
— Art. 82, I.....	362
— Art. 103.....	207
— Art. 105.....	207
— Art. 109.....	450

— Art. 239, parágrafo único, III.....	152
— Art. 267, VI.....	132, 201, 204 e 411
— Art. 273, § 2º .....	576
— Art. 295, III.....	411
— Art. 321.....	172
— Art. 330, I.....	444, 306 e 347
— Art. 333, II .....	286 e 320
— Art. 334, I.....	172
— Art. 475.....	142
— Art. 485, incisos e parágrafos .....	444
— Art. 491.....	444
— Art. 515, § 3º .....	335
— Art. 530.....	453
— Art. 535.....	453
— Art. 557, <i>caput</i> .....	423
— Art. 557, § 1º.....	423, 432, 435 e 440
— Art. 602, <i>caput</i> .....	227
— Art. 604.....	341
— Art. 655, § 2º .....	389
— Art. 677.....	423
— Art. 678.....	423
— Art. 690.....	341
— Art. 738, I.....	152
— Art. 739, I.....	152
— Art. 741.....	235
— Art. 1.102a.....	201 e 282

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 41.....	612
— Art. 67, III.....	184
— Art. 155.....	477 e 491
— Art. 313, I.....	462
— Art. 383.....	563
— Art. 386, III .....	184 e 517
— Art. 386, III e VI .....	546
— Art. 429.....	612
— Art. 484, parágrafo único, I, II e III.....	531
— Art. 571, VIII .....	531
— Art. 572, I.....	531
— Art. 593, III, <i>d</i> .....	496

## CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO (Lei n. 9.503/1997)

— Art. 12.....	416
— Art. 16.....	416

— Art. 18.....	416
— Art. 331.....	416

## CÓDIGO PENAL

— Art. 14, II.....	469, 503, 517 e 531
— Art. 17.....	466
— Art. 29, § 1º.....	520
— Art. 33, § 3º.....	469 e 555
— Art. 44.....	491, 503 e 517
— Art. 44, I.....	555
— Art. 44, III.....	469 e 555
— Art. 59.....	469, 531 e 555
— Art. 61, I.....	517
— Art. 61, II, c.....	555
— Art. 65, II, a.....	531
— Art. 69, <i>caput</i> .....	520
— Art. 69.....	459, 462 e 503
— Art. 70, <i>caput</i> .....	520
— Art. 71, <i>caput</i> .....	462
— Art. 71.....	484 e 508
— Art. 77.....	508 e 517
— Art. 107, IV.....	508
— Art. 109, V.....	508 e 563
— Art. 110, § 1º.....	503 e 508
— Art. 119.....	508
— Art. 121, § 1º.....	531
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	496 e 531
— Art. 129, § 1º, I.....	555
— Art. 129, §§ 3º e 8º.....	546
— Art. 138.....	459
— Art. 139.....	459
— Art. 140.....	459
— Art. 141, II e III.....	459
— Art. 148.....	477
— Art. 155, <i>caput</i> .....	517 e 520
— Art. 155, § 2º.....	491
— Art. 155, § 4º, I, II e IV.....	469
— Art. 157, § 2º, I, II e III.....	520
— Art. 158.....	477
— Art. 159, §§ 1º e 4º.....	477
— Art. 180, <i>caput</i> .....	520
— Art. 180, §§ 1º e 2º.....	462
— Art. 213.....	484
— Art. 214.....	484



— Art. 224, a.....	484
— Art. 226, III.....	484
— Art. 266.....	469
— Art. 288, <i>caput</i> .....	462
— Art. 304.....	503
— Art. 307.....	469
— Art. 311, <i>caput</i> .....	462
— Art. 333, parágrafo único.....	462
— Art. 337.....	503

### **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)**

— Art. 121.....	508
— Art. 123.....	508
— Art. 142.....	162
— Art. 173.....	162

### **COMPETÊNCIA**

— Conflito negativo — Ação de indenização. Massa falida que assume a posição de autora e reconvinada. Competência do juízo falimentar para o julgamento do feito. ....	450
--	-----

### **CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

- *Vide* Competência.

### **CONSTITUIÇÃO ESTADUAL (1989)**

— Art. 16, § 6º.....	172
— Art. 46, § 3º.....	573
— Art. 111, IV.....	576

### **CONSTITUIÇÃO FEDERAL (1988)**

— Art. 5º.....	331
— Art. 5º, I.....	276
— Art. 5º, V.....	500
— Art. 5º, X.....	267
— Art. 5º, XIV.....	267
— Art. 5º, XXIV.....	399
— Art. 5º, XXXII.....	247
— Art. 5º, XXXV.....	377
— Art. 5, XXXVIII, c.....	496
— Art. 5º, XLIII.....	484
— Art. 5º, XLV.....	347
— Art. 5º, LV.....	162
— Art. 5º, LXVII.....	419
— Art. 5º, LXXIII.....	172
— Art. 7º, IV.....	320

— Art. 22, XI .....	416
— Art. 29, IV .....	576
— Art. 37, <i>caput</i> .....	184 e 411
— Art. 37, XXI .....	132
— Art. 37, § 1º .....	172
— Art. 37, § 6º .....	598
— Art. 57, § 4º .....	573
— Art. 93, IX .....	184
— Art. 107, parágrafo único.....	195
— Art. 170, V .....	247
— Art. 170, parágrafo único.....	380
— Art. 175.....	132
— Art. 182, § 3º .....	407
— Art. 205.....	380
— Art. 226, § 3º .....	362
— Art. 226, § 5º .....	276
— Art. 227, § 3º, II e VI.....	620

## CONTRATO

- Câmbio — Cláusula irregular. Multa imposta pelo Banco Central. Responsabilidade dos contratantes. Divisão igualitária da pena infligida. Apelo parcialmente provido. .... 247

## CRACK

- *Vide* Crime contra a saúde pública.

## CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA

- Sonegação fiscal — Delito caracterizado. Supressão ou redução de ICMS. Comprovação. Condenação mantida..... 508

## CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA

- *Crack* — Auxílio ao uso. Condenação. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Possibilidade. Infração não equiparada a crime hediondo..... 543

## CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Estupro — Palavras da vítima coerentes e coincidentes com os demais elementos probatórios. Condenação mantida. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido..... 484

## CRIME DE IMPRENSA

- Jornal — Declaração falsa e ofensiva. Matéria paga, publicada por terceiro. Direito de resposta. Gratuidade da publicação. Resarcimento. Exegese do art. 30, § 5º, da Lei n. 5.250/67. .... 500

**CRIME IMPOSSÍVEL**

- Caracterização — Estupro. Delito não tipificado por ineficácia absoluta do meio. Isenção da pena. .... 466

**CRIME PRATICADO POR PARTICULAR CONTRA A ADMINISTRAÇÃO EM GERAL**

- Subtração de documento — Delito caracterizado. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido. .... 503

**D****DANO MORAL**

- Banco — Cartão magnético recebido pela esposa do titular com o nome de outra mulher. Abalo na relação conjugal. Indenização devida. .... 312
- Indenização — Banco. Gerente. Tratamento vexatório ao cliente. Verba devida. *Quantum*. Majoração. Apelo parcialmente provido. .... 331
- Indenização — Publicação de fatos incertos e violadores da honra da autora. Verba devida. .... 267

**DENÚNCIA**

- Capitulação equivocada — Correção. Possibilidade. .... 563
- Inépcia — Inocorrência. Peça que atende os requisitos do art. 41 do CPP. .... 612

**DEPÓSITO**

- Mercadorias penhoradas — Troca indevida do material por outro de qualidade inferior. Não comprovação. Prisão civil do depositário. Inviabilidade. .... 387

**DESAPROPRIAÇÃO**

- Finalidade — Indicação. Necessidade. .... 377
- Imóvel — Imissão provisória na posse. Deferimento. Depósito prévio parcial. Admissibilidade. Supremacia do interesse público. Agravo provido. .... 407

**DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Ação popular — Publicidade governamental. Assuntos político-partidários e promoção pessoal. Proibição. Liminar mantida. .. 646

— ICMS — Desembaraço aduaneiro. Cobrança. Suspensão. Decisão que causa lesão à ordem e à economia públicas. Não demonstração. Liminar mantida. ....	641
— Município — Serviço funerário. Fornecimento de alvará para funcionamento em caráter precário. Deferimento. Empresa que preenche os requisitos legais. Decisão mantida. ....	653
— Município — Taxas de expediente e de coleta de lixo. Cobrança. Ilegalidade. Suspensão. Decisão mantida. ....	649
— Pedido de suspensão de liminar — Interposição contra decisão proferida por integrante deste Tribunal. Não conhecimento. Competência do STJ. ....	644
— Recurso especial — Atentado violento ao pudor. Perdão judicial. Indeferimento. Divergência jurisprudencial. Não demonstração. Negado seguimento ao apelo. ....	668
— Recurso especial — Contrariedade ao art. 5º, XXXIX, da CF, e negativa de vigência ao art. 4º da Lei n. 9.455/97, além de divergência jurisprudencial. Arguições improcedentes. Negado seguimento ao apelo. ....	666
— Recurso especial — Negativa de vigência ao art. 100, IV, letra d, do CPC, e ao art. 950 do CC, além de divergência jurisprudencial. Demonstração. Seguimento ao apelo. ....	663
— Recurso especial — Negativa de vigência ao art. 316, § 1º, do CP. Demonstração. Seguimento ao apelo. ....	665
— Recurso especial — Ofensa aos arts. 1º, 3º e 5º da Lei n. 8.009/90. Não demonstração. Dissídio jurisprudencial. Configuração. Seguimento ao apelo. ....	659
— Recurso especial — Violação ao art. 84, § 3º, do CDC, bem como aos arts. 128 e 460 do CPC. Não demonstração. Negado seguimento ao apelo. ....	661

## DOCTRINA

— Aspectos éticos e jurídicos da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová — Dr. Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito. ....	27
— Competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis ante os ditames da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 — Marcus Túlio Sartorato, Desembargador. ....	3
— Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação Brasileira — Dr. Ruy Samuel Espíndola, Advogado e Professor. ....	45

## E

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

- *Vide* Recurso.

**ESTABELECIMENTO DE ENSINO**

- Superior — Aluno inadimplente. Negativa de matrícula. Legitimidade. Liminar cassada. .... 380

**ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)**

- Art. 23..... 247
- Art. 30,I..... 389

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 33, § 3º ..... 620
- Art. 166..... 295

**ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DO ESTADO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)**

- Art. 137, I, n. 3..... 587
- Art. 158, parágrafo único..... 587

**ESTUPRO**

- *Vide* Crime contra os costumes.

**EXECUÇÃO**

- Embargos — Cálculos da contadoria judicial. Impugnação genérica e sem os requisitos do art. 741 do CPC. Inacolhimento. .... 235
- Embargos — Interposição. Intempestividade. Rejeição. .... 152
- Hipotecária — Penhora. Preferência do credor a quem o bem foi dado em garantia. Exegese do art. 655, § 2º, do CPC. .... 389

**EXECUÇÃO FISCAL**

- Débito tributário — Lançamento. Notificação. Ausência. Nulidade da executiva. Extinção do feito..... 162

**EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO**

- Condenação — Desclassificação para os delitos dos arts. 148 ou 158, ambos do CP. Inviabilidade. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido..... 477

**F****FALÊNCIA**

- Demanda utilizada com finalidade de cobrança — Inadmissibilidade. Carência da ação. .... 204

**FALSA IDENTIDADE**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Apelo ministerial provido. .... 517

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Temporário — Dispensa. Servidora grávida. Licença-maternidade. Direito à percepção. Inexistência. Pleito improcedente. .... 170

**FURTO**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 491

**FURTO QUALIFICADO**

- Tentativa — Condenação. Pena privativa de liberdade. Substituição por restritiva de direitos. Inviabilidade. Reprimenda reduzida. Apelo parcialmente provido. .... 469

**H****HABEAS CORPUS**

- Exame aprofundado da prova — Via inadequada. Ordem denegada. .... 459

**I****INDENIZAÇÃO**

- Acidente de trânsito — Culpa concorrente. Inocorrência. Pensão. Adequação. Danos morais e materiais. Verbas devidas. Apelos parcialmente providos. .... 207

- Ato ilícito — Atropelamento. Morte. Culpa do motorista. Demonstração. Pensão mensal e dano moral. Verbas devidas..... 227
- Ato ilícito — Evento promocional. Morte de menor. Culpa dos promotores. Pensão. Cabimento. Limite temporal. Dano moral. Fixação adequada. Apelo desprovido..... 320

## INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE

- Exame de DNA — Recusa. Irrelevância. Prova suficiente acerca da paternidade. Ação procedente. .... 286

## J

### JORGE LUIS COSTA BEBER (Dr.)

- Aspectos éticos e jurídicos da transfusão de sangue em Testemunhas de Jeová. .... 27

### JÚRI

- Decisão manifestamente contrária à prova dos autos — Ocorrência. Julgamento anulado. .... 496
- Quesitos — Contradição. Inconfiguração. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos. Inocorrência. Pena. Redução. Apelo parcialmente provido. .... 531

### JUROS

- Capitalização — Inviabilidade. Ausência de previsão legal. .... 255
- Remuneratórios — Taxa abusiva. Limitação. .... 255

## L

## LEGISLAÇÃO ESTADUAL

### LEIS

- N. 6.745/1985 — *Vide* Estatuto dos Funcionários Públicos Civis do Estado de Santa Catarina.
- N. 7.543/1988 — Art. 8º, V, e..... 122
- N. 7.547/1989 — Art. 25 ..... 508



## LEGISLAÇÃO FEDERAL

### DECRETOS

—	N. 3.708/1919	—	Art. 10 .....	382
			— Art. 11 .....	382
—	N. 22.626/1933	—	<i>Vide Lei de Usura.</i>	
—	N. 24.150/1934	—	<i>Vide Lei de Luvas.</i>	

### DECRETOS-LEIS

—	N. 1.075/1970	—	Art. 3º .....	407
—	N. 3.365/1941	—	<i>Vide Lei das Desapropriações.</i>	
—	N. 3.688/1941	—	<i>Vide Lei das Contravenções Penais.</i>	
—	N. 7.661/1945	—	<i>Vide Lei de Falências.</i>	

### LEIS

—	N. 1.060/1950	—	Vide Lei da Assistência Judiciária.	
—	N. 4.717/1965	—	Art. 2º .....	172
			— Art. 6º .....	628
			— Art. 11 .....	172
—	N. 5.172/1966	—	<i>Vide Código Tributário Nacional.</i>	
—	N. 5.250/1967	—	<i>Vide Lei de Imprensa.</i>	
—	N. 6.368/1976	—	<i>Vide Lei Antitóxicos.</i>	
—	N. 6.830/1980	—	Art. 11 .....	423 e 435
—	N. 7.347/1985	—	Art. 18 .....	411
—	N. 7.357/1985	—	<i>Vide Lei do Cheque.</i>	
—	N. 8.069/1990	—	<i>Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.</i>	
—	N. 8.072/1990	—	<i>Vide Lei dos Crimes Hediondos.</i>	
—	N. 8.078/1990	—	<i>Vide Código de Defesa do Consumidor.</i>	
—	N. 8.137/1990	—	Art. 1º, I e II .....	508
—	N. 8.213/1991	—	.....	620
—	N. 8.245/1991	—	<i>Vide Lei do Inquilinato.</i>	
—	N. 8.429/1992	—	Art. 4º .....	184
			— Art. 9º, IV .....	184
			— Art. 10 .....	184
			— Art. 11, I .....	411
			— Art. 12, I e II .....	184
—	N. 8.666/1993	—	<i>Vide Lei de Licitações.</i>	
—	N. 8.880/1994	—	Art. 6º .....	247
—	N. 8.898/1994	—	.....	341
—	N. 8.906/1994	—	<i>Vide Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.</i>	
—	N. 8.987/1995	—	Art. 2º, II .....	132

	— Art. 9º .....	132
	— Art. 11 .....	132
— N. 8.935/1995	— Art. 37, <i>caput</i> .....	119
— N. 8.971/1994	— Art. 1º, <i>caput</i> .....	362
— N. 9.099/1995 .....		3
— N. 9.139/1995 .....		440
— N. 9.249/1995	— Art. 34 .....	508
— N. 9.278/1996 .....		362
— N. 9.437/1997	— Art. 10, <i>caput</i> .....	531
— N. 9.503/1997	— <i>Vide</i> Código de Trânsito Brasileiro.	
— N. 9.613/1998	— Art. 1º, VII .....	462
— N. 9.870/1999	— Art. 5º .....	380
— N. 10.352/2001 .....		440

### LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)

— Art. 12, § 2º, I .....	543
— Art. 16 .....	543
— Art. 38 .....	543

### LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)

— Art. 2º, parágrafo único .....	276
— Art. 12 .....	170

### LEIDAS CONTRAVENÇÕES PENAIS (Decreto-Lei n. 3.688/1941)

— Art. 61 .....	484
-----------------	-----

### LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-Lei n. 3.365/1941)

— Art. 15 .....	399
— Art. 34 .....	407

### LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-Lei n. 7.661/1945)

— Art. 1º .....	204
— Art. 7º, §§ 2º e 3º .....	450

### LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)

— Art. 12 .....	267
— Art. 29, <i>caput</i> .....	500
— Art. 30, §§ 3º, I, 4º e 5º .....	500
— Art. 49, § 2º .....	267

### LEI DE LICITAÇÕES (Lei n. 8.666/1993)

— Art. 3º .....	126 e 132
— Art. 30, § 1º .....	132
— Art. 41, § 1º .....	132
— Art. 41, §§ 2º e 4º .....	126

- Art. 89, *caput*..... 563
- Art. 93 ..... 503 e 563

**LEI DE LUVAS (Decreto n. 24.150/1934)**

- Art. 2º ..... 351
- Art. 3º ..... 351
- Art. 8º ..... 351
- Art. 30 ..... 351

**LEI DE USURA (Lei n. 22.626/1933)**

- Art. 4º ..... 255

**LEI DO CHEQUE (Lei n. 7.357/1985)**

- Art. 17 ..... 201
- Art. 25 ..... 201

**LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)**

- Art. 45 ..... 351
- Art. 52 ..... 351

**LEI DOS CRIMES HEDIONDOS (Lei n. 8.072/1990)**

- Art. 1º, V ..... 484
- Art. 2º ..... 484
- Art. 2º, § 1º ..... 543

**LEIS COMPLEMENTARES**

- N. 156/1997 — (Estadual) Art. 33, parágrafo único ..... 142
- N. 161/1997 — (Estadual)..... 142

**LESÃO CORPORAL GRAVE**

- Delito caracterizado — Contexto probatório que autoriza a condenação. Pena. Adequação. Apelo parcialmente provido. .... 555

**LESÃO CORPORAL SEGUIDA DE MORTE**

- Delito caracterizado — Autoria e materialidade comprovadas. Condenação mantida. .... 546

**LICITAÇÃO**

- Edital — Qualificação técnica da concorrente. Ausência. Inabilitação. Inexistência de abuso ou ilegalidade. Decisão mantida..... 126

**LITISPENDÊNCIA**

- Análise na via estreita do *writ* — Impossibilidade. .... 462

**LOCAÇÃO**

- Renovatória — Negativa. Contestação. Retomada para uso próprio na mesma atividade exercida pelo locatário. Possibilidade. Aplicação extensiva da Sumula 481 do STF. .... 351

**M****MANDADO DE SEGURANÇA**

- Coletivo — Município. Concessão de serviços. Remuneração da concessionária. Adoção de um sistema misto. Possibilidade. Recursos e remessa providos. .... 132
- IPVA — Isenção. Veículo para o uso exclusivo de deficiente físico. Ordem concedida. .... 122
- Letras do Tesouro do Estado — Emissão fraudulenta. Terceiro adquirente de boa-fé. Cobrança das cártulas. Impossibilidade. Aplicação da Súmula 269 do STF. .... 628

**MARCUS TÚLIO SARTORATO (Des.)**

- Competência dos Juizados Especiais de Causas Cíveis ante os ditames da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. .... 3

**MEDIDA CAUTELAR**

- Inominada — Liminar concedida. Verossimilhança do direito alegado e perigo de dano irreparável. Decisão mantida. .... 382

**MENOR**

- Abandono — Caracterização. Destituição do pátrio poder. Decretação. .... 295

**MUNICÍPIO**

- *Vide* Pessoa jurídica de direito público.

**P****PENHORA**

- Nomeação — Títulos da dívida pública. Recusa. Legitimidade. Papéis de difícil aceitação no mercado..... 435
- Porcentual do faturamento da empresa — Possibilidade..... 423

**PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**

- Município — Lombada. Falta de sinalização. Acidente com motociclista. Danos morais e materiais. Verbas devidas. Decisão mantida..... 158

**PREFEITO MUNICIPAL**

- Ato de improbidade administrativa — Comprovação. Ação civil pública procedente..... 184
- Improbidade administrativa — Não demonstração. Extinção, *ex officio*, do feito..... 411

**PRESCRIÇÃO**

- Ação de prestação de contas — Instituição financeira. Quantia abandonada em conta bancária. Direito de reaver. Prazo prescricional trintenário..... 148

**PRESCRIÇÃO CRIMINAL**

- Ocorrência — Extinção da punibilidade. Decretação de ofício..... 563

**PREVIDÊNCIA SOCIAL**

- Privada — Menor sob guarda. Inscrição como dependente de segurado. Admissibilidade. Exegese do art. 33, § 3º, do ECA..... 620

**PRISÃO CIVIL**

- Decretação — Depositário infiel. Compensação com custódia proveniente de ilícito penal. Impossibilidade..... 419

**PRISÃO PREVENTIVA**

- Decretação — Fundamentação. Adoção das razões ministeriais. Possibilidade..... 462

**PROCESSO ADMINISTRATIVO**

- Disciplinar — Sanção imposta. Revisão judicial. Limites..... 587
- Instauração — Irregularidade. Inocorrência. Feito que obedeceu ao devido processo legal..... 119

## R

**RECURSO**

- Agravo inominado — Falta de preparo. Deserção. Não conhecimento. .... 440
- Agravo inominado — Seguimento negado. Apelo em confronto com a jurisprudência dominante desta Corte e do STJ. Decisão mantida. .... 432
- Embargos de declaração — Falta do voto vencido. Omissão. Pleito procedente. .... 453
- Remessa obrigatória — Reexame pelo próprio relator em decisão singular. Possibilidade. Aplicação dos princípios da celeridade e da economia processual. .... 611

**RECURSO ESPECIAL**

- Peculato — Condenação. Reexame de provas. Impossibilidade. Exegese da Súmula 7 do STJ. .... 612

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

- Responsabilidade civil do município — Morte por afogamento. Parque turístico. Ausência de sinalização ou fiscalização. Indenização devida. .... 598
- Trabalhista — Alegação de ofensa indireta à Constituição Federal. Inadmissibilidade. Agravo desprovido. .... 595

**REGIMENTO DE CUSTAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

- Art. 33, parágrafo único. .... 235

**REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

- Art. 151, § 2º. .... 453
- Art. 195. .... 440

**RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO**

- Indenização — Estabelecimento penitenciário. Morte de preso. Culpa exclusiva da vítima. Verba indevida. .... 195

**ROUBO**

- Delito caracterizado — Confissão extrajudicial corroborada pelo depoimento da vítima e pelas demais provas. Condenação mantida. 520

**RUY SAMUEL ESPÍNDOLA (Dr.)**

- Jurisdição Constitucional Estadual: notas para compreender sua problemática no âmbito da Federação Brasileira..... 45

**S****SEGURO**

- Seguro de vida — Negativa de cobertura. Moléstia preexistente. Não comprovação. Indenização devida. .... 282
- Veículo — Pagamento do prêmio antes da data-limite. Aceitação implícita do seguro. Obrigação de indenizar..... 368

**SERVIDÃO ADMINISTRATIVA**

- Imóvel — Imissão provisória na posse. Deferimento. Depósito prévio. Avaliação unilateral. Excepcionalidade. Atendimento ao interesse coletivo. .... 399

**SOCIEDADE**

- Comercial — Sócio. Descumprimento de obrigações. Prejuízo à empresa. Protesto judicial deferido. Comunicação à Junta Comercial..... 335
- Cotas de responsabilidade limitada — Falência. Bens particulares do sócio. Indisponibilidade. Prática de atos fraudulentos. Não comprovação. Patrimônio intangível. .... 238

**SONEGAÇÃO FISCAL**

- *Vide* Crime contra a ordem tributária.

**SÚMULAS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

- N. 7..... 612
- N. 74..... 491
- N. 111 ..... 142 e 235

**SÚMULAS DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

- N. 121..... 255
- N. 269..... 628
- N. 341..... 227
- N. 481..... 351
- N. 491..... 227



**V****VENDA JUDICIAL**

- Arrematação — Bens. Cálculos. Impugnação. Preclusão. Excesso de execução. Apreciação. Descabimento. Arremate por advogado do exeqüente. Possibilidade. Embargos improcedentes. .... 341

Composição, revisão e paginação executadas  
pela Seção de Revisão  
da Divisão de Documentação  
da Diretoria de Documentação e Informações  
do Tribunal de Justiça.

### **Chefe de Divisão**

Léa dos Santos Sousa

### **Chefe da Seção de Revisão**

José Tadeu de Miranda

### **Revisores**

Cleusa Maria de Souza  
Christiane Monique Callado Silva  
Eliane Cardoso de Melo  
Idalete Souza  
Inge Ignez Ruschel Horn  
João Paulo da Silva  
Litz Eli de Lima Cunha Silva  
Maria Fernandes Bez  
Norberto Nazareno Barreiros Fortes  
Sandra Mello Bottaro Vieira  
Valmecir José de Souza  
Wânia Mara Valentim da Silva

### **Índice Numérico e Legislativo**

Jorge Silveira

### **Índice por Assunto**

Juvenaldo Zangelini

Editoração eletrônica, montagem, impressão e acabamento  
realizados pela Divisão de Artes Gráficas,  
da Diretoria de Infra-Estrutura  
do Tribunal de Justiça.