

# **JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE**



# JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação autorizada para a indicação de julgados conforme registros ns.  
008/85 do Supremo Tribunal Federal e 18/91 do Superior Tribunal de Justiça.

*ANO XXIV — 1º e 2º Trimestres 1998 — N. 81/82*  
*Florianópolis — SC*  
*1999*

## JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE

Publicação trimestral  
do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina,  
a cargo da Seção de Jurisprudência  
da Diretoria de Infra-Estrutura, com circulação nacional.

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

Diretor: Des. João Martins

Comissão de Jurisprudência:

Des. Wilson Guarany Vieira — *Presidente*

Des. Anselmo Cerello

Des. Pedro Manoel Abreu

Des. José Trindade dos Santos

Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi

(de acordo com a Portaria n. 171/96)

Diretor de Infra-Estrutura:

Antônio Henrique Faraco

Expediente: Palácio da Justiça Ministro Luiz Gallotti — 7º andar

Praça da Bandeira, n. 208

Caixa Postal n. 427

88 020-901 — Florianópolis — SC

Telefone (048) 221 1213

Fax (048) 221 1200

Telex 481108/482610

E-mail: sj@tj.sc.gov.br

Tiragem: 3.000 exemplares

JURISPRUDÊNCIA CATARINENSE. Tribunal de Justiça.

Florianópolis, SC, 1973 —

Trim.

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

periodicidade irregular de 1891 a 1972

CDU — 340.142 (816.4) (05)

CDD — 34005

## SUMÁRIO

<b>COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA .....</b>	<b>v</b>
--	----------

### **DOCTRINA**

Novos procedimentos nos tribunais — Carlos Alberto Silveira Lenzi, Desembargador .....	3
Deontologia jurídica e meio ambiente — Volnei Ivo Carlin, Juiz de Direito .....	23
Da ação acidentária — Eládio Torret Rocha, Juiz de Direito .....	31
Crimes ambientais: <i>sursis</i> processual, penas alternativas e dosimetria — Jorge Henrique Schaefer Martins, Juiz de Direito .	51
Proposta substitutiva da alteração parcial do Projeto de Lei n. 4.348/98 — Joel Dias Figueira Júnior, Juiz de Direito .....	63
Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica — Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito .....	73

### **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**

Mandados de Segurança .....	81
Apelações Cíveis.....	96
Agravos de Instrumento .....	429
Agravos nos Agravos de Instrumento .....	478
Agravo Regimental na Medida Cautelar.....	484
Agravo Regimental no Mandado de Segurança.....	493
Agravo nos Embargos Infringentes.....	496
Ação Direta de Inconstitucionalidade .....	498
Ações Rescisórias .....	510
Embargos Infringentes .....	523

## **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**

Habeas Corpus .....	537
Recursos Criminais .....	548
Apelações Criminais .....	559
Mandados de Segurança .....	667
Perdas de Graduação.....	684
Recurso de Agravo.....	695
Revisão Criminal .....	697

## **JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	703
Mandado de Segurança.....	709
Representação no Mandado de Segurança.....	718

## **JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL**

Ação Direta de Inconstitucionalidade.....	727
Habeas Corpus .....	729

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

Recurso em Mandado de Segurança .....	735
Recurso Especial.....	739

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

Pedido formulado no Recurso Especial .....	745
Petição no Mandado de Segurança .....	747

## **NOTICIÁRIO**

Posse do Desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi .....	751
--	-----

<b>ÍNDICE NUMÉRICO.....</b>	<b>769</b>
-----------------------------	------------

<b>ÍNDICE POR ASSUNTO.....</b>	<b>777</b>
--------------------------------	------------

**COMPOSIÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
(fevereiro de 1999)**

**TRIBUNAL PLENO**

**Presidente**

Des. JOÃO MARTINS

**Vice-Presidente**

Des. WILSON GUARANY Vieira

**Corregedor-Geral da Justiça**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI

Des. José GASPAS RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## ÓRGÃO ESPECIAL

Sessões: 1ª e 3ª quartas-feiras do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. JOÃO MARTINS — **Presidente**

Des. WILSON GUARANY Vieira — **Vice-Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO — **Corregedor-Geral da Justiça**

Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. JOSÉ ROBERGE

Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA

Des. ÁLVARO WANDELLI Filho

Des. ANSELMO CERELLO

Des. GENÉSIO NOLLI

Des. JORGE MUSSI

## CONSELHO DA MAGISTRATURA

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Local: 9º andar

Des. JOÃO MARTINS

Des. WILSON GUARANY Vieira

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

## SEÇÃO CIVIL

Sessões: 1ª segunda-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. WILSON GUARANY Vieira — **Presidente**

Des. FRANCISCO José Rodrigues de OLIVEIRA FILHO

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. ANSELMO CERELLO

Des. FRANCISCO BORGES

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAR RUBIK

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO



## **PRIMEIRO GRUPO DE CÂMARAS**

Sessões: 2ª quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**

Des. ANSELMO CERELLO

Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

## **SEGUNDO GRUPO DE CÂMARAS**

Sessões: 2ª segunda-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar

Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE — **Presidente**

Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER

Des. Wilson EDER GRAF

Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR

Des. FRANCISCO BORGES

Des. PEDRO MANOEL ABREU

Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI

Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

## **PRIMEIRA CÂMARA CIVIL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: 3º andar

Des. ORLI de Ataíde RODRIGUES — **Presidente**

Des. José TRINDADE DOS SANTOS

Des. NEWTON TRISOTTO

Des. VANDERLEI ROMER\*

## **SEGUNDA CÂMARA CIVIL**

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

Des. Francisco XAVIER Medeiros VIEIRA — **Presidente**

Des. ANSELMO CERELLO

Des. José GASPAS RUBIK

Des. SÉRGIO Torres PALADINO

### **TERCEIRA CÂMARA CIVIL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 14h — Local: 1º andar  
Des. NAPOLEÃO Xavier do AMARANTE — **Presidente**  
Des. Wilson EDER GRAF  
Des. Carlos Alberto SILVEIRA LENZI  
Des. CLÁUDIO BARRETO DUTRA

### **QUARTA CÂMARA CIVIL**

Sessões: quintas-feiras — Horário: 9h às 12h, com reinício às 14h — Local: 4º andar  
Des. JOÃO JOSÉ Ramos SCHAEFER — **Presidente**  
Des. ALCIDES dos Santos AGUIAR  
Des. FRANCISCO BORGES  
Des. PEDRO MANOEL ABREU

### **CÂMARAS CRIMINAIS REUNIDAS**

Sessões: última quarta-feira do mês — Horário: 14h — Local: 10º andar  
Des. JOSÉ ROBERGE — **Presidente**  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA  
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA  
Des. GENÉSIO NOLLI  
Des. JORGE MUSSI  
Des. PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI  
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA  
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

### **PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL**

Sessões: terças-feiras — Horário: das 9h às 12h, com reinício às 14h — Local: 2º andar  
Des. Antônio Fernando do AMARAL E SILVA — **Presidente**  
Des. GENÉSIO NOLLI  
Des. PAULO Benjamin Fragoso GALLOTTI  
Des. João Eduardo de SOUZA VARELLA

### **SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL**

Sessões: terças-feiras — Horário: 9h às 12h, com reinício às 14h — Local: 4º andar  
Des. JOSÉ ROBERGE — **Presidente**  
Des. ALBERTO Luiz da COSTA  
Des. JORGE MUSSI  
Des. NILTON João de MACEDO MACHADO\*  
Des. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU\*

## **CÂMARA CÍVEL ESPECIAL**

Sessões: quartas-feiras — Horário: 14h — Local: 3º andar

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS — **Presidente**

Dr. SOLON D'EÇA NEVES

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

## **JUÍZES DE DIREITO SUBSTITUTOS DE SEGUNDO GRAU**

Dr. VANDERLEI ROMER

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO

Dr. SOLON D'EÇA NEVES

Dr. ELÁDIO TORRET ROCHA

Dr. NELSON Juliano SCHAEFER MARTINS

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU

## **JUÍZES CORREGEDORES**

Dr. NICANOR Calírio da SILVEIRA

Dr. RICARDO Orofino da Luz FONTES

Dr. HENRY Goy PETRY Júnior

## **SECRETÁRIO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Dr. CLEVERSON OLIVEIRA

## **\* JUIZ CONVOCADO CONFORME ARTIGO 118 DA LOMAN**

Dr. VANDERLEI ROMER — Des. CARLOS PRUDÊNCIO

Dr. CESAR Augusto Mimoso Ruiz ABREU — Mesma vaga do Des. ALBERTO Luiz da COSTA

Dr. NILTON João de MACEDO MACHADO — Des. ÁLVARO WANDELLI Filho



**DOCTRINA**



## NOVOS PROCEDIMENTOS NOS TRIBUNAIS

C. A. Silveira Lenzi  
Desembargador no TJSC

1. No conflito de competência. 2. Na declaração de inconstitucionalidade. 3. Insuficiente preparo do recurso. 4. Recurso retido em decisão interlocutória. 5. Agravo convertido em recurso especial. 6. Agravo de agravo. 7. Negativa de seguimento a recurso.

Dentre as recentes propostas formuladas para alterar dispositivos do Código de Processo Civil (capitaneadas pelo Instituto Brasileiro de Direito Processual, Escola Nacional da Magistratura, Associação dos Magistrados Brasileiros e Ordem dos Advogados do Brasil), mais uma transformou-se em realidade, com a aprovação pelo Congresso Nacional, sanção presidencial e publicação — a Lei n. 9.756, de 17/12/98 (DJU de 18/12/98 e republicada em 5/1/99).

Dispõe a nova Lei sobre o processamento de recursos no âmbito dos Tribunais. Como se sabe, hoje em dia, as Cortes Superiores, com a enxurrada de recursos que lhes são submetidos, diante da falta de estrutura material e humana, e, também, em razão da dificultante sistemática recursal, para definir os conflitos de interesses, principalmente na área cível, vêm recebendo críticas pela morosidade, que abala a credibilidade do Poder Judiciário.

Outras matérias de reforma processual tramitam no Congresso Nacional, inclusive a que adota a súmula vinculante, necessária para o deslinde da grande maioria dos recursos, nas áreas previdenciária, tributária

e administrativa, onde o governo federal, pela insistência recursal, assume, muitas vezes, a posição de litigante de má-fé.

As novas mudanças da Lei n. 9.756/98 buscam a agilização dos processos nos Tribunais, concedendo poderes aos relatores para negar seguimento a recursos que estejam em confronto com as súmulas e com a jurisprudência dominante (aproximando-se do princípio do efeito vinculante), não os submetendo aos órgãos coletivos dos Pretórios, condenando o recorrente na litigância de má-fé, combatendo o expediente procrastinatório de recorrer somente por recorrer.

Neste trabalho, fruto de primeiras ilações colhidas do texto em vigor, trataremos somente das alterações relativas ao processo civil. Bem sabemos, entretanto, que outros ensinamentos e colocações, que advirão, haverão de melhorar e aperfeiçoar o entendimento das bem recebidas alterações.

## 1 — NO CONFLITO DE COMPETÊNCIA

1.1 — A primeira modificação apareceu no art. 120/CPC, que trata do processamento do conflito de competência, suscitado ao Tribunal de Justiça por dois ou mais juízes do primeiro grau de jurisdição.

O conflito de jurisdição ou competência ocorre quando um ou mais juízes declaram-se competentes para o conhecimento da mesma matéria, quando se declaram incompetentes, ou quando entre eles surge conflito com respeito à conexão ou separação de processos.

A argüição do conflito poderá ser requerida pelas partes, pelo juiz ou pelo Ministério Público.

Provocado o conflito, na letra do mencionado art. 120, poderá o relator, de ofício ou a requerimento de qualquer das partes, determinar, quando for positivo (ambos os magistrados se dão por competentes), seja sobrestado o processo. Neste caso, bem como no de conflito negativo (quando os magistrados recusarem-se acerca da competência), designará um dos juízes para resolver, em caráter provisório, as medidas urgentes.

Ocorrido no primeiro grau, o conflito será suscitado ao Presidente do Tribunal. O juiz o fará por ofício, e as partes e o Ministério Público, por petição (art. 118/CPC).

Distribuído, o desembargador relator poderá mandar ouvir os juízes em conflito, se o incidente foi suscitado pelas partes ou pelo representante do *Parquet*. Se a iniciativa foi de um dos juízes, o suscitado prestará



informações, sendo ouvido, posteriormente, o Ministério Público. O relator, após a tramitação (geralmente demorada e burocratizada), apresentará o conflito em sua Câmara para julgamento, decidindo-se coletivamente sobre a matéria.

Ocorrendo o conflito, os autos principais ficarão paralisados no juízo *a quo*, tardinando o procedimento.

1.2 — Ao dispositivo do Código foi acrescentado o parágrafo único: “*Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente*”.

A boa nova legislativa é que o desembargador relator, entendendo que a matéria enquadra-se em jurisprudência dominante do Tribunal, poderá decidir monocraticamente, de plano, o conflito suscitado. Nota-se que a modificação não impõe a decisão monocrática; ela cria uma faculdade, uma escolha.

Essa inovação é interessante, pois agiliza a tramitação do incidente, evitando uma maior paralisação dos processos no primeiro grau, o que é prejudicial à prestação jurisdicional. Por outro lado, diminui a quantidade de processos levados aos colegiados, normalmente já sobrecarregados com pautas extensas.

Oportuno lembrar o volume de processos tratando de conflito de competência surgidos com a edição da Lei n. 9.099/95, que criou os Juizados Especiais Cíveis. Nesses conflitos, muitas vezes envolvendo matérias idênticas, semanalmente as Câmaras Cíveis do Tribunal de Justiça Catarinense acabavam apenas reiterando decisões anteriores ou reafirmando o que foi assinalado nas conclusões interpretativas da mencionada Lei, realizadas pelos integrantes da Seção Civil.

Ressalte-se que a Lei não estabelece que a matéria deva estar sumulada; tão e somente que haja jurisprudência dominante. Resolve-se, assim, o conflito de plano, agilizando-se o procedimento, sem a necessidade de submetê-lo à apreciação da Câmara ou outro órgão do Tribunal. A parte vencida não satisfeita com a decisão solitária do relator poderá agravar no prazo de cinco dias, contados da publicação da intimação da decisão no órgão oficial.

Diz o novo texto: “*Havendo jurisprudência dominante do tribunal*”, que é o rescaldo do entendimento predominante, sob certa matéria, entre as Câmaras, Grupos de Câmaras, Turmas, Seção ou Pleno dos Tri-

**bunais. Como já salientei, não é necessário que a decisão do relator esteja baseada em súmula<sup>1</sup>.**

Para ilustrar, considera-se jurisprudência dominante o entendimento majoritário relativo aos conflitos de competência ocorridos, ou à questão suscitada, como por exemplo ocorrente no TJ catarinense, por suas Câmaras Cíveis, entre o juízo comum e o especial de causas cíveis, em se tratando de competência deste último, havendo-se que realizar prova pericial, a qual demande alta indagação e complexidade, o conhecimento da matéria deverá ficar sob a competência do juízo comum.

1.3 — Com efeito, recentemente decidimos o Conflito n. 97.007230-9, de Tubarão, no qual analisamos a questão, abordando ainda o direito intertemporal, *in verbis*:

“Trata-se de conflito de competência promovido pelo Juízo da 3ª Vara Cível da comarca de Tubarão, tendo como suscitado o Juízo da 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, alegando, em síntese, que diante de pretensões conexas, há prevenção do Juízo suscitado, onde a citação válida concretizou-se em primeiro lugar.

“Dispensado o pedido de informações, os autos foram remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pela improcedência do conflito.

“É o relatório.

“Com o acréscimo do parágrafo único ao artigo 120 do Código de Processo Civil, pela Lei n. 9.756/98, ficou assim o parágrafo único:

‘Havendo jurisprudência dominante do tribunal sobre a questão suscitada, o relator poderá decidir de plano o conflito de competência, cabendo agravo, no prazo de cinco dias, contado da intimação da decisão às partes, para o órgão recursal competente’.

“Sabe-se que a lei de direito processual tem aplicação imediata e geral, ou seja, tem incidência nos processos em desenvolvimento, passando a regular o seu procedimento, respeitada a eficácia dos atos já praticados.

---

1 As súmulas são tiradas do procedimento incidental, constante nos arts. 476 a 479/CPC, tendo-se de solicitar o pronunciamento prévio do Tribunal (no caso catarinense, da Seção Cível) acerca da interpretação de determinada matéria, sendo que o julgamento, por maioria absoluta ou unânime dos integrantes do órgão, será objeto de súmula, constituindo-se em precedente na uniformização de sua jurisprudência. A súmula não tem força de lei, funcionando, entretanto, como instrumento de orientação e dinamização dos julgamentos. A divergência que determina o pedido de uniformização será sempre sobre “teses jurídicas” ou “interpretação de direito” de cuja solução dependa a matéria em julgamento.

“Alexandre de Paula anota:

“O direito brasileiro, quanto à eficácia da lei processual no tempo, adotou o sistema do isolamento dos atos processuais, no qual a lei nova não atinge os atos processuais já praticados, nem seus efeitos, mas se aplica aos atos processuais a praticar. Cuidando-se de norma de natureza processual, aplica-se aos feitos em andamento, posto que, a partir da vigência da nova lei, outra disposição não se pode aplicar, pois a lei anterior já não mais tem vigência e tal conduta não evidencia ofensa ao direito adquirido ou ao ato jurídico perfeito (Ac. un. da 4ª Câ. do 2º TACivSP de 1º/6/93, nos EDcls. 376.827/4-01, rel. Juiz Antônio Vilenilson; JTACivSP 145/435)’ (in Código de Processo Civil Anotado, 7ª ed., RT, 1998, pág. 4.258).

“Assim, suscitado o presente conflito de competência anteriormente à alteração legislativa, esta não poderia ser aplicada aos atos processuais já praticados, que serão mantidos, não havendo eficácia retroativa.

“Contudo, deve-se observá-la, no seu respectivo processamento e julgamento, pois que a nova lei aplica-se aos atos futuros, ou seja, nos recursos pendentes, atingindo os atos processuais posteriores do procedimento, ainda não praticados.

“Como a alteração efetuada pela norma inovadora refere-se, no caso em apreço, ao ato processual pendente — julgamento do recurso, agora permitindo-se o julgamento monocrático pelo relator, quando houver jurisprudência dominante sobre a questão suscitada — não vislumbro óbice a sua aplicação imediata ao conflito de competência, já tramitante nesta Corte.

“Dito isto, tenho que é entendimento dominante neste egrégio Tribunal de Justiça que, se cuidando de causas conexas, aforadas em comarcas diversas, competente para processá-las é o Juízo da causa em que a citação efetivou-se em primeiro lugar, na forma do art. 219 do CPC.

“Destaco neste sentido: AI n. 98.000132-3, de Jaraguá do Sul, Des. Sérgio Paladino; AI n. 97.005495-5, de Porto União, Des. Francisco Oliveira Filho; e AI n. 96.002089-6, de Palhoça, Des. Trindade dos Santos.

“No caso em apreço, a citação efetivou-se em primeiro lugar na ação que tramitava no Juízo suscitado, em 16/10/96, razão pela qual o mesmo é o competente, pela prevenção, para o julgamento das ações conexas.

“Diante do exposto, dou provimento ao conflito de competência”.

## 2 — NA DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE

2.1 — Ao art. 481/CPC — dispositivo inserido no capítulo da legislação processual que trata da declaração de inconstitucionalidade, também prevista na Carta Federal<sup>2</sup>, a nova Lei acrescentou um parágrafo único.

Pelo sistema constitucional brasileiro, a declaração de inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo do poder público, em tese, por via principal, cabe unicamente ao Supremo Tribunal Federal, mediante ação direta proposta por algum dos legitimados na Carta Magna (nota 2 de rodapé).

Entretanto, qualquer órgão singular ou coletivo do Poder Judiciário pode apreciar, via incidental, argüição de constitucionalidade no processo, relativa ao caso concreto em discussão, a título de questão prejudicial.

O art. 97 da CF orienta que somente pelo voto da maioria absoluta de seus membros ou dos membros do respectivo órgão especial poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público.

“Daí resulta, a nosso ver (cf. J. C. Barbosa Moreira), que nenhum outro órgão fracionário de qualquer tribunal tem competência para a declaração de inconstitucionalidade. Mesmo que o número total de juízes, no órgão fracionário (v.g. Seção Civil), seja tal que possa permitir o atingimento do quórum constitucional, parece-nos — prossegue — à luz da *ratio legis*, e ressalvada a hipótese de existir o ‘órgão especial’, que a legitimidade da declaração pressupõe necessariamente a votação em sessão plenária, a fim de que se abra a cada um dos membros do tribunal a possibilidade de manifestar-se, e assim influir no resultado da votação — embora não seja indispensável que todos efetivamente se manifestem.”<sup>3</sup>

2.2 — A alteração processual ocorrida no Capítulo II do Código de Processo Civil afeta somente aquela que por via indireta, ou seja, incidental, se questione perante Câmara ou Turma do Tribunal.

---

2 Arts. 103 (ação de inconstitucionalidade) e 129, IV (legitimidade do Ministério Público); art. 52, X (competência privativa do Senado Federal para suspender a execução de lei declarada inconstitucional); art. 97 (quórum); art. 102, I, *a* (competência originária do Supremo Tribunal Federal para a ação direta de inconstitucionalidade); art. 125, § 2º (inconstitucionalidade de leis ou atos normativos estaduais ou municipais, representação, competência dos Estados); art. 102, III (recurso extraordinário).

3 *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Forense, 10ª ed., pág. 241.

Estabelece o art. 480/CPC que, “argüida a inconstitucionalidade de lei ou de ato normativo de poder público, o relator, ouvido o Ministério Público, submeterá a questão à turma ou câmara, a que tocar o conhecimento do processo”.

O art. 481/CPC disciplina: “Se a alegação foi rejeitada, prosseguirá o julgamento; se for acolhida, será lavrado acórdão, a fim de ser submetida a questão ao tribunal pleno”.

O novo parágrafo único: “*Os órgãos fracionários dos tribunais não submeterão, ao plenário ou ao órgão especial, a argüição de inconstitucionalidade, quando já houver pronunciamento destes ou do plenário do Supremo Tribunal Federal sobre a questão*”.

Com o acréscimo legal de parágrafo único ao art. 481, as Câmaras Cíveis, Grupos de Câmaras e Seção Civil não mais submeterão ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça qualquer alegação de inconstitucionalidade sobre a qual este ou o Supremo Tribunal Federal já se tenham pronunciado.

A modificação suprime etapa no andamento processual dos feitos nos Tribunais. No STF, já existe jurisprudência admitindo este procedimento. A alteração objetivou acentuar que a orientação do plenário da Corte Suprema, a ser tomada com referência à incidência da hipótese, deve provir de julgamento de mérito sobre a questão específica, e não apenas de provimento provisório concedido como liminar, ou de argumento incidentalmente inserido em acórdão sobre tema diverso.

De um lado, em razão da enorme carga de trabalho a que está submetido o STF, sabendo-se do espaço de tempo que decorre entre a expedição da decisão liminar e a conclusão do julgamento, a nova providência é processualmente salutar. De outro lado, entendendo-se que somente em apreciação específica sobre a matéria cogitada poder-se-á ter certeza da formação de jurisprudência segura do Supremo, justifica-se a mudança, principalmente, em se tratando de assunto de ordem constitucional.

Destacamos que a orientação das Câmaras Cíveis da Corte Catarinense, quando já existente pronunciamento do Órgão Especial sobre alguma questão de inconstitucionalidade, já era a de dispensar a argüi-

ção, a teor do que dispõe o parágrafo único do artigo 160 do Regimento Interno.<sup>4</sup>

### 3 — INSUFICIENTE PREPARO DO RECURSO

O art. 511/CPC foi modificado pela nova Lei. Ao texto do *caput* foi acrescentada a expressão “remessa”, o parágrafo único foi reenumerado para § 1º, sendo inserido ainda um § 2º: “*A insuficiência do valor de pagamento do preparo implicará em deserção*”, ressaltando o legislador que o recorrente deverá ser intimado a fazê-lo no prazo de cinco dias. O silêncio e a inoperância implicarão na deserção.

Como se colhe do texto introduzido no CPC, no *caput*, a alteração refere-se unicamente à inclusão do recolhimento do porte de remessa do processo, entre os requisitos que deverão ser comprovados para admissibilidade do recurso, dentre os pressupostos genéricos. Na redação anterior o Código referia-se apenas à comprovação do pagamento do porte de retorno, quando a jurisprudência exige a adimplência de ambos.

A omissão do porte de remessa, na redação anterior, vinha ocasionando o não-conhecimento de inúmeros recursos, tidos como desertos, pela não-comprovação do seu pagamento pelo recorrente.

A celeuma no STJ, em face da omissão, em razão inclusive de entendimento diferente de outros Tribunais (Regionais Federais e de Justiça Estaduais), exigindo alguns, e outros não, o recolhimento do porte de remessa e de retorno dos autos, levou a Corte infraconstitucional a delegar ao seu presidente competência para orientar, provisoriamente, os Tribunais inferiores, a fim de que houvesse uniformidade de tratamento.

Para uma corrente, pelo regime anterior, se o recorrente efetuasse o depósito erroneamente, seu recurso restaria deserto, sem que lhe fosse oportunizada a correção. Já para a Primeira Turma do STJ “o pressuposto da deserção é a falta de preparo e não a sua insuficiência. Demais, seja pelo serventário ou da parte, o erro da elaboração dos cálculos não tranca a possibilidade de complementação, passível de ser exigida, até mesmo após o julgamento do recurso, com a devolução dos autos à instância de origem”<sup>5</sup>.

4 Apelação Cível n. 96.001232-0, da Capital, Des. Pedro Manoel Abreu, julgada em 30/6/1998.

5 AgRg no Ag. 98.082, RJ, rel. Min. Milton Pereira; DJ 26/6/1996.

Com a alteração, pacifica-se a questão, permitindo-se ao recorrente suprir (completar) ou corrigir o preparo, no prazo de cinco dias.

*Contrario sensu*, sequer efetuando o preparo, não terá oportunidade posterior para tanto, sendo considerado deserto o recurso.

#### 4 — RECURSO RETIDO EM DECISÃO INTERLOCUTÓRIA

4.1 — Aos parágrafos do art. 542/CPC foi acrescentado um § 3º, referindo a interposição do recurso especial para o STJ e do recurso extraordinário para o STF.

O art. 542 trata do recebimento das petições dos mencionados recursos pela secretaria do Tribunal (Regionais Federais e Tribunais Estaduais), sendo que após o protocolo ocorrerá a intimação do recorrido, a fim de que apresente contra-razões.

Findo o prazo estipulado no § 1º, os autos serão conclusos para que os recursos sejam ou não admitidos pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal.

Admitidos os recursos, serão recebidos somente no efeito devolutivo, vinca o § 2º.

É de se recordar que pelo art. 102, III, da Constituição da República, não é mais exigido que o manuseio de recurso extraordinário seja em razão de decisão de Tribunal. Presente a questão constitucional, o remédio pode ser adotado contra decisão de primeiro grau de jurisdição, bem como nas proferidas em embargos de alçada, de única ou de última instância, e igualmente nos embargos infringentes das Leis 6.825 e 6.830, de 1980. Cabe, igualmente, de decisões proferidas nos Juizados Especiais contendo matéria constitucional recorrível.

O mesmo não ocorre com o recurso especial, oponível somente contra decisão de Tribunais (Tribunais Regionais Federais, Tribunais de Justiça dos Estados, Tribunais de Alçada). Em razão do art. 105, III, da CF, não cabe recurso especial de decisão proferida por juiz singular, bem como de Juizados Especiais e suas Turmas de Recursos. Cabe, entretanto, contra acórdão proferido no julgamento de agravo de instrumento, por Câmara Civil do Tribunal de Justiça.

Conforme já decidiu o STJ, “*é inadmissível o recurso especial interposto de acórdão não unânime proferido em sede de apelação, embo-*

*ra confirmado em grau de embargos infringentes, se o recorrente não reiterar os termos do recurso que manifestara”<sup>6</sup>.*

No corpo do acórdão afirma o relator: “o recurso cabível àquela altura era o de embargos infringentes e somente ele. Aviando desde logo o recurso especial contra acórdão não unânime, o recorrente atentou contra o princípio da unicidade ou da unirrecorribilidade dos recursos. Contrariou, outrossim, o enunciado da Súmula 281 do STF”<sup>7</sup>.

4.2 — A inovação constante do acrescido § 3º ao art. 542 fixou: “O recurso extraordinário, ou o recurso especial, quando interposto contra decisão interlocutória em processo de conhecimento, cautelar, ou embargos à execução, ficará retido nos autos e somente será processado se o reiterar a parte, no prazo para interposição contra decisão final, ou para as contra-razões”.

Como está bem assinalado na justificativa do projeto que se tornou a Lei sob comento:

“Ao processo de execução é realmente inaplicável a proposição ora examinada, na medida em que nele inexistente uma sentença final que não seja a puramente extintiva. Assim, sua exclusão do âmbito de alcance da medida proposta é tecnicamente correta. O mesmo não ocorre, contudo, nos embargos à execução, que se encerram normalmente mediante sentença de mérito, caso em que se pode, em tese, chegar ao recurso especial ou extraordinário. Entende-se, assim, que o dispositivo projetado deve ser aplicado também a essa ação incidental, extremamente freqüente nos pretórios, colaborando para reduzir o volume de recursos que assomam às Cortes Superiores”.

Adotou o legislador o regime do agravo retido, quando da interposição dos recursos extraordinário e especial que visem o ataque às decisões interlocutórias prolatadas em processo de conhecimento, cautelar e em embargos à execução.

Interpostos os recursos dessas decisões, concomitante ou independentemente, conforme a exposição no item 4.1, ficarão retidos nos autos, sendo que somente serão processados se o interessado os reiterar, no prazo, após a decisão final de mérito do processo, ou no prazo para contra-razões, tratando-se, respectivamente, de vencedor ou vencido.

6 REsp. 2.359-SP, DJU 18/6/90, Ministro Barros Monteiro.

7 In Mancuso, Rodolfo. *Recurso Extraordinário e Recurso Especial*, 3ª ed., pág. 88.



Não interpostos os recursos, a matéria interlocutória decidida ficará preclusa, não podendo mais ser reiterada na interposição do recurso extraordinário ou do especial. Vencedor o recorrente da decisão interlocutória, seu recurso adesivo ficará sem objeto.

Destaque-se que, da decisão final, caberá recurso de apelação, sendo que o vencido poderá manejar ou recurso especial, sobre a matéria infraconstitucional em debate, ou extraordinário, se houver abordamento de matéria constitucional.

## 5 — AGRAVO CONVERTIDO EM RECURSO ESPECIAL

5.1 — O § 2º do art. 544/CPC, pela modificação legislativa, ganhou nova redação.

Trata o dispositivo principal (*caput*) da interposição do agravo de instrumento, quando da não-admissão de recurso extraordinário ou de recurso especial pelo Tribunal *a quo*.

O § 1º orienta sobre a instrução do agravo e as peças que devem ser apresentadas.

O § 2º, sobre a distribuição do recurso, na forma dos Regimentos Internos dos Tribunais (TRF e Tribunais Estaduais), ou a admissão do extraordinário no primeiro grau de jurisdição ou Turmas de Recursos.

No nosso “O Novo Agravo” escrevemos:

“A Lei nº 8.950/94 revigora a Seção II, Capítulo VI, Título X, do Código de Processo Civil, no que se refere aos recursos extraordinário e especial. Reintroduziu, por isso mesmo, o art. 544 e parágrafos, que tratam do agravo de instrumento interposto diante da inadmissibilidade dos mencionados recursos dirigidos ao STJ e ao STF.

“A partir da chamada lei dos recursos, os relatores, naquelas altas Cortes de Justiça, ao prover o agravo contra a decisão denegatória (art. 544, §§ 3º e 4º), determinam a sua conversão em recurso especial ou extraordinário, observando-se o procedimento disciplinado no § 1º do mencionado art. 544, devendo, evidentemente, o agravo conter ‘os elementos necessários ao julgamento do mérito do recurso especial ou extraordinário’.

“Na instrução do agravo, o recorrente deve fazer constar, obrigatoriamente, sob pena de não-conhecimento (§ 1º do art. 544), cópia do acórdão recorrido, da petição de interposição do recurso denegado, das con-

tra-razões, da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado.

“A Lei n. 8.950/94, além dos requisitos legais anteriores (Lei n. 8.038/90), incluiu as procurações.

“Em junho de 1995, por ‘Comunicação’ publicada no Diário da Justiça do dia 27, o Ministro-Presidente do STF informou que as duas turmas daquela Corte firmaram jurisprudência no sentido de que no traslado do agravo de instrumento, interposto do indeferimento de recurso extraordinário, é obrigatória a inclusão, sob pena de desprovimento, da prova da tempestividade recursal, não apenas do próprio agravo, mas também do recurso extraordinário denegado.

“Essa exigência vem merecendo críticas de doutrinadores e de advogados, pois que vem sendo aplicada em recursos de agravo, interpostos anteriormente à divulgação da ‘Comunicação’, em recursos extraordinários que já tiveram a sua tempestividade conferida. Exige também a mais Alta Corte de Justiça do País, nestes casos, que o agravante junte ao instrumento os documentos produzidos pela parte contrária, devendo, igualmente, obedecer à Súmula 288 do Pretório Excelso.

“Insurgem-se os advogados e o seu próprio órgão de classe, pois os requisitos da interposição do agravo de instrumento, contidos no já mencionado § 1º do art. 544 do CPC, foram erigidos por lei federal, não podendo ser suplantados por decisões normativas dos Tribunais”<sup>8</sup>.

5.2 — Ficou assim o novo § 3º: *“Poderá o relator, se o acórdão recorrido estiver em confronto com a súmula ou jurisprudência dominante do Superior Tribunal de Justiça, conhecer do agravo para dar provimento ao próprio recurso especial; poderá ainda, se o instrumento contiver os elementos necessários ao julgamento do mérito, determinar sua conversão, observando-se, daí em diante, o procedimento relativo ao recurso especial”*.

A nova redação veio facultar ao relator do agravo de instrumento no STJ, estando o acórdão recorrido em confronto com a súmula do seu Tribunal, conhecer do recurso, dando provimento ao recurso especial (neste ponto a mudança) que havia sido inadmitido pela autoridade do Tribunal de Justiça Estadual, podendo ainda (como já estava na redação revogada), se o agravo contiver elementos necessários para o julgamento do mérito, convertê-lo em recurso especial, conhecendo-o e dando-lhe provimento.

## 6 — AGRAVO DE AGRAVO

### 6.1 — A redação do art. 545/CPC foi modificada.

O anterior dispositivo estava assim redigido: “Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, ou negar-lhe provimento, caberá agravo para o órgão julgador, no prazo de 5 (cinco) dias”.

A nova: “Da decisão do relator que não admitir o agravo de instrumento, negar-lhe provimento ou reformar o acórdão recorrido, caberá agravo no prazo de cinco dias ao órgão competente para o julgamento do recurso, observando o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 557” (agora também alterado).

Comentando o art. 545, Theotonio Negrão assinala que: “não é razoável que o legislador tenha, no art. 544, estabelecido um prazo de dez dias para o agravo contra decisão que denega o recurso extraordinário ou o especial (agravo que tem de ser interposto em Capital do Estado, onde o recorrente quase sempre já tem procurador constituído) e, pelo art. 545, tenha concedido apenas cinco dias para a manifestação de agravo contra a decisão do Ministro relator que não admite aquele agravo de instrumento ou lhe nega provimento (agora, dizemos, podendo reformar o acórdão recorrido), agravo esse que deve ser interposto em Brasília, onde o mais das vezes o recorrente não tem advogado constituído”<sup>9</sup>.

6.2 — Como vimos, do indeferimento do recurso extraordinário ou do especial, pelo presidente ou vice-presidente do Tribunal inferior, cabe agravo de instrumento, no prazo de dez dias. Este agravo é dirigido ao STF, tratando-se de recurso extraordinário, e ao STJ se for manejado o especial.

Distribuído o recurso na forma regimental, será dirigido a um Ministro relator, que poderá não admiti-lo, negar-lhe provimento ou mesmo reformar o acórdão recorrido.

Desta decisão monocrática, cabe recurso de agravo (inominado), em cinco dias, para o “órgão julgador” (dizia o texto revogado), ou seja, para a Turma (R.I. do STF, art. 8º, I, e 9º, III, e do STJ, arts. 13, IV, e 15, I). A alteração do texto pela nova Lei n. 9.756/98 muda a redação de “órgão julgador” para “órgão competente para o julgamento do recurso”, o que dá na mesma: ou seja, as Turmas (do STF e do STJ) são os órgãos competentes para o julgamento dos mencionados recursos.

---

9 *In CPC e Legislação Processual em Vigor*, 29ª ed., pág. 460.

A novidade procedimental no dispositivo do novo art. 545, que no rigor da técnica deveria integrar-se ao art. 544, como mero parágrafo, é a que determina a observação dos §§ 1º e 2º do art. 557.

Aqui abrimos um parêntese para uma pequena digressão acerca da manifesta erronia da retificação (publicada no DOU n. 2 de 5/1/99) na redação primitiva do art. 545, que previa inicialmente §§ 2º e 3º, determinando a observância dos §§ 1º e 2º do art. 557.

Assim não pode ser, por razões lógicas.

Entendemos que deve ser mantida a redação original do art. 545, que manda observar os §§ 2º e 3º do art. 557, este sim merecedor de retificação — pois erroneamente possui dois parágrafos primeiros, não havendo parágrafo terceiro —, mantida então a possibilidade de retratação e a condenação em multa de um a dez por cento do valor corrigido da causa, quando manifestamente inadmissível ou infundado o recurso previsto no art. 545.

Pelo § 1º, se a decisão objeto do agravo estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior, o relator, monocraticamente, poderá dar provimento ao recurso, sem colocá-lo em pauta e submetê-lo à deliberação do órgão colegiado a que pertença (Turma, Grupo ou Câmaras Cíveis).

O dispositivo amplia a competência do relator do recurso no Tribunal Supremo e em Tribunal Superior, possibilitando-lhe dar provimento ao recurso interposto, caso a decisão recorrida (tanto do primeiro grau de jurisdição — prazo comum — como do segundo grau — Tribunais Regionais Federais e Tribunais Estaduais, para os relatores do STF e do STJ), esteja manifestamente dissociada de súmula ou de jurisprudência predominante do Supremo e dos já mencionados Tribunais Superiores.

Pelo § 2º possibilita a interposição de novo agravo (inominado) contra a decisão do relator que deu provimento ao agravo de instrumento, no prazo de cinco dias, dirigido ao órgão competente (Turma, Grupo ou Câmaras Cíveis). Possibilita, por outro lado, a aplicação do juízo de retratação do relator anterior que deu provimento ao recurso, oportunizando-lhe, inclusive, pelas alegações contidas na petição, modificar a sua decisão, ou mantê-la. Mantida a decisão, o novo relator apresenta o processo em mesa (sem necessidade de publicação em pauta), proferindo voto. Conhecido e provido o recurso (agravo nominado), o recurso (agravo de instrumento) terá seguimento para votação pelo órgão competente. Se também conhecido e provido o recurso interposto no Tribunal *a quo*, que não admitiu o remédio extraordinário ou o especial, será deter-

minada a subida de um dos recursos, ou de ambos, se tiverem sido interpostos simultaneamente, para o julgamento no STF ou STJ.

Não havendo conhecimento ou provimento do agravo de instrumento ou inexistindo o recurso (p. ex. embargos declaratórios) a decisão *a quo* transita em julgado, após a publicação.

## 7 — NEGATIVA DE SEGUIMENTO A RECURSO

7.1 — O novo art. 557, oriundo da Lei nº 9.756/98, reedita o texto do dispositivo anterior, com o objetivo de diminuir a carga de trabalho dos órgãos colegiados dos Tribunais, minorando as pautas de julgamentos.

Está assim a nova redação: “*O relator negará seguimento 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 texto como o revogado possibilita que o relator do recurso, de qualquer recurso que lhe seja distribuído, negue-lhe seguimento, quando manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto (a redação anterior falava em contrário) com súmula ou com *jurisprudência dominante* (inovação) do respectivo Tribunal, do Tribunal Supremo ou de Cortes Superiores.

O resultado do julgamento, em exame pelo relator, segundo o *caput*, somente poderá ser desfavorável ao recorrente.

O advérbio *manifestamente*, na lição de Barbosa Moreira<sup>10</sup>, funciona “como recomendação aos relatores, para que exercitem com certo comedimento a atribuição que se lhes defere, abstendo-se de negar desde logo seguimento ao recurso sempre que, a despeito da opinião pessoal, por hipótese já formada, a questão se apresente passível de dúvida ou controvérsia, de fato ou de direito”.

O dispositivo diz respeito somente a recursos, não há qualquer tipo de ação que seja oponível no segundo grau, *v.g.* da ação rescisória, podendo nesta ser indeferida a exordial, com base no art. 490/CPC.

Exige o texto que o recurso seja *inadmissível*, isto é, que contrarie pressupostos recursais, tais como os objetivos de recorribilidade, tempestividade, singularidade, adequação e preparo. Exige que o recurso tenha procedibilidade, em razão do mérito, com fundamentação suficiente para

---

10 *In Comentários ao Cód. Proc. Civil*, vol.V, Forense, RJ, 7ª ed., pág. 639.

a impugnação da decisão recorrida. Recurso inadmissível é recurso infundado, não merecendo o acolhimento pelo colegiado julgador. *Prejudicado* é o recurso sem objeto, antes do seu julgamento, como p. ex. no caso do agravo de instrumento já em mãos do relator no Tribunal, tendo sido reformada a decisão agravada pelo juiz *a quo*. No caso, igualmente, de provimento em agravo retido, ficando prejudicado o julgamento do mérito.

Recurso em confronto *com súmula ou com jurisprudência dominante* do respectivo Tribunal, do Supremo Tribunal ou de Tribunal Superior, é aquele cuja tese jurídica sustentada pelo recorrente dissente de matéria já sumulada, idêntica à que está em debate na questão. O recurso dirigido ao Tribunal competente não deve conter argumentação jurídica e jurisprudencial que confronte súmulas do mesmo Tribunal, do Supremo Tribunal Federal ou de Tribunais Superiores, entendidas as súmulas na definição que juntamos neste trabalho, em passagem em nota de rodapé.

Não pode, também, a tese jurídica contida no recurso confrontar-se com a jurisprudência dominante ou predominante do Tribunal ao qual está submetida a exame.

A jurisprudência dominante em confronto somente pode ser a do mesmo Tribunal Estadual, e não de outro da federação, podendo ser do STF ou do STJ. Dos Tribunais Regionais Federais, somente se a matéria tiver sido decidida em conflito de competência, ou outra em razão da própria matéria, não podendo ser, com evidência, de Tribunal trabalhista ou eleitoral.

A decisão do relator, negatória de seguimento do recurso, deve ser motivada, diante da imposição constitucional do art. 93, X. Essa decisão pode ser manifestada em forma de despacho.

7.2 — O § 1º, ao contrário do *caput*, permite ao relator dar provimento ao recurso, por despacho, monocraticamente, independentemente de inclusão na pauta de julgamento no órgão colegiado, quando a decisão recorrida, proferida pelo Togado *a quo*, estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do STF ou de Tribunal Superior (esta a grande novidade).

Tribunal Superior, entendendo-se ser aquele que tenha competência para conhecer de matéria cognitiva e conseqüente do recurso, na mesma linha de princípio do órgão julgador *a quo*.

Nota-se, por outro lado, que nessa hipótese, ao contrário da prevista no *caput* do art. 557, o relator não poderá dar provimento a recurso quando a decisão atacada estiver em desacordo com a orientação do res-

pectivo Tribunal, pois o § 1º prevê somente decisão contrária a jurisprudência do STF ou Tribunal Superior.

7.3 — Das decisões proferidas nas hipóteses do *caput* e § 1º do art. 557/CPC, pode o vencido manejar recurso de agravo (inominado), no prazo de cinco dias, conforme o comando do também novo § 2º.

O pronunciamento do relator que nega seguimento ao recurso (art. 557), ou lhe dá provimento, não pode revelar-se como decisão definitiva sobre a matéria. O prejudicado ou vencido, desejando que a sua pretensão não fique ao alvedrio de um pronunciamento singular, monocrático, poderá vê-la confirmada ou reformada por um órgão colegiado, que é a razão da instituição dos Tribunais de segundo grau de jurisdição.

Para que não ocorra a preclusão pela decisão do relator, deverá a parte vencida manejar o agravo previsto, dirigido ao mesmo relator, mas que terá a apreciação do seu órgão colegiado (Turma ou Câmara), confirmando ou reformando a decisão agravada.

O prazo para a interposição do agravo, de cinco dias, é contado da data da intimação da decisão do relator (art. 242/CPC), bem como das prorrogações e suspensões, se ocorrerem.

Expostas as razões pelas quais o vencido impugna a decisão do relator, não pode este indeferir o recurso ou negar-lhe seguimento.

Inseriu o legislador no texto do § 2º o princípio processual da retratação, pelo qual o relator no segundo grau de jurisdição tem a possibilidade de manter ou reformar a decisão.

O denominado juízo de retratação, agora permitido no Tribunal, segue o princípio da economia e da celeridade processual, pelo qual, havendo alteração na decisão do magistrado, ganha-se uma etapa procedimental, e tem-se menos custo processual. Não há confundir o princípio da retratação com o pedido de reconsideração, este uma criação da praxe forense e não encontradiço em regulamentação codificada.

Com o recurso do dispositivo sob comento, deverá o agravante, na petição, expor as suas razões de inconformidade com a decisão agravada, fundamentando sua tese, demonstrando que o recurso (ao qual foi negado seguimento ou o que foi provido) não é manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado, ou colidente com súmula ou jurisprudência dominante.

Ocorrendo retratação, o agravo (inominado) perde o seu objeto. Mantida a decisão, vai ao colegiado (para ser julgado em mesa, independentemente de pauta), podendo ele inviabilizar a decisão, para que o relator profira outra, se eivada de vício, ou por falta de fundamentação.

Não conhecendo o colegiado do agravo, a decisão do relator permanecerá hígida. Conhecendo, o acórdão substituirá o pronunciamento agravado. Na hipótese de desprovimento do agravo, a decisão, sendo irrecorrível, transitará em julgado, encerrando-se o procedimento recursal (do agravo inominado). Provido, tramitará a demanda, ou seja, o recurso ao qual foi negado seguimento ou dado provimento, submetida a matéria, previamente divulgada em pauta, ao órgão colegiado competente.

7.4 — O § 3º do art. 557 vem reforçar a aplicação de sanções à litigância de má-fé, inserida, recentemente, pela Lei n. 9.668 de 23/6/98, que acrescentou inciso ao art. 17/CPC e deu nova redação ao art. 18. Estabelece o texto: “*O juiz ou tribunal, de ofício ou a requerimento, condenará o litigante de má-fé a pagar multa não excedente a um por cento sobre o valor da causa e a indenizar a parte contrária dos prejuízos que esta sofreu, mais os honorários advocatícios e todas as despesas que efetuou*”.

A multa aplicada à parte que promove recurso manifestamente protelatório não é novidade no sistema do CPC. O parágrafo único do art. 586 comina multa ao embargante, a ser paga ao embargado, quando aquele promove os embargos declaratórios com manifesta protelação, elevando-a se o recurso, com o mesmo escopo, for reiterado.

Agir protelatoriamente é tentar adiar, procrastinar a decisão do juiz ou Tribunal, retardando a prestação jurisdicional, diante de uma obrigação. Litiga de má-fé aquele que interpõe recurso por mero espírito de emulação, para litigar simplesmente, desfundadamente, ou opondo resistência injustificável ao trâmite da lide; que se aproveita, maliciosamente, de deficiências processuais, para opor resistência injustificada ao andamento do processo.

Ressalve-se que o julgador deve atentar para a intenção do pretendente nos embargos declaratórios quando visa o prequestionamento da questão, como requisito indispensável à interposição do recurso extraordinário, como está protegido na Súmula 98 do STJ.

O novo parágrafo, acolhendo o entendimento já consolidado na doutrina e na jurisprudência, fixou que, “*quando manifestamente inadmissível ou infundado o agravo, o tribunal condenará o agravante a pagar ao agravado multa entre um e dez por cento do valor corrigido da causa, ficando a interposição de qualquer outro recurso condicionada ao depósito do respectivo valor*”.

Como se constata, a disposição legislativa é aplicável ao agravo (inominado), detonado com manifesta inadmissibilidade (que não pode



ser aceito porque não está conforme os ditames legais) ou infundadamente (sem fundamento lógico na pretensão recursal, que não tem razão de ser).

O que é inovador no texto é o aspecto punitivo ao agravante, que, condenado a pagar multa de um a dez por cento, corrigida sobre o valor da causa, em razão do seu recurso inadmissível ou infundado, se não o fizer, fica obstruído, impedido de propor qualquer outro, em seqüência da lide, se não depositar o valor sancionado.

Concluindo, entendemos que todas as inovações e alterações efetuadas buscam acelerar, desatramancar, agilizar a prestação jurisdicional prestada pelo segundo grau de jurisdição e Cortes Superiores.

As inovações, ao atribuírem maiores poderes aos relatores — desembargadores e ministros —, transformam significativamente a sistemática processual dos Tribunais, tornando-se desnecessário o pronunciamento dos colegiados quando, em questões idênticas, já houver orientação consolidada.

Possuem, por outro lado, os relatores, mecanismos para coibir os recursos protelatórios e pôr fim, de uma vez por todas, à mentalidade do recorrer por recorrer, dos que na maioria das vezes utilizam-se do Poder Judiciário e da excessiva previsão legal de recursos para frustrar ou retardar a realização da Justiça.

É claro que o sucesso dessas alterações, as quais acolhemos com muito otimismo, dependerá muito dos aplicadores da lei e do direito, na maioria das vezes um pouco reticentes com mudanças.

Por derradeiro, é oportuno destacar as palavras de José Eduardo Carreira Alvim, ao concluir artigo sobre o agravo na reforma processual, observando que na exegese sobre a reforma do Código de Processo Civil, “sempre que se apresentarem dois enfoques, um que agiliza e outro que emperra o processo, dêem preferência à interpretação mais consentânea com a finalidade do moderno processo: a rapidez.

“Vamos tornar a justiça mais ágil, para a satisfação do direito daqueles que têm efetivamente razão”<sup>11</sup>.





# DEONTOLOGIA JURÍDICA E MEIO AMBIENTE\*

Volnei Ivo Carlin\*\*

SUMÁRIO: I. INTRODUÇÃO: Uma visão panorâmica. II. UM TEMA ÉTICO-DEONTOLÓGICO. a) Ética e meio ambiente. b) Ética de contorno ambiental. c) Uma ética concreta. III. O DIREITO AMBIENTAL: Tendência legislativa do Direito Ambiental. b) Características do Direito Ético-Ambiental. c) Uma deontologia de tutela ambiental. IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS.

## I. INTRODUÇÃO

Desde há alguns anos, numa amplitude crescente, os estudiosos do Direito passaram a refletir acerca dos múltiplos problemas ético-deontológicos que envolvem as questões do meio ambiente.

Nesse contexto de influência mundial, a ética ecológica aparece como uma disciplina nova e especializada, cujo traço específico é o interesse central nos direitos de igualdade de todos os seres vivos e nos deveres impostos aos indivíduos. A abertura da ética deve reger as relações do homem com a natureza, conectada com a dimensão do futuro.

---

\* *Este texto foi exposto durante o I Encontro Nacional do Ministério Público de Meio Ambiente, em Florianópolis, Santa Catarina, ocorrido entre os dias 12 e 14 de agosto de 1998.*

\*\* *Doutor em Direito, Pós-Doutor em Éticas Públicas, Professor Orientador dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, Juiz Efetivo do TRE/SC e Juiz de Direito.*

Em correspondência com o trabalho sugerido — Deontologia e Meio Ambiente<sup>1</sup> — propõe-se englobar o caráter interdisciplinar dessa nova ciência, tentando, assim, chamar a atenção para certos conflitos sociais, econômicos e tecnológicos. O acento principal considera as convicções e instituições dominantes na contemporaneidade, numa visão de conjunto e, no plano concreto, o reajustamento da nova relação do homem com o objeto natureza em nível ético. Essa busca de uma sabedoria ecológica não é só instintiva, mas advém dos benefícios científicos. Seria a idéia de um contrato natural, de que fala Jacqueline Russ<sup>2</sup>, acerca de uma ética objetiva, mais centrada no real, e que se ocupa do comportamento do homem ante a natureza, posto viver hoje entre reticências e evasivas.

## II. UM TEMA ÉTICO-DEONTOLÓGICO

O assunto é vasto e complexo. Desde o alvorecer das civilizações, incluindo Confúcio e Aristóteles, até nossos dias, o ser humano não cessa de se interrogar sobre as normas e os valores que deveriam guiar seu comportamento. E seria impossível resumir, em poucas linhas, tal herança gigantesca.

No que pertine à pura terminologia, é mister explicar que não serão feitas, aqui, maiores distinções entre *moral*, *ética* e *deontologia*, embora se reconheça o uso indiscriminado dos termos — etimologicamente distintos — como sinônimos<sup>3</sup>.

### a) Ética e meio ambiente

Após essas notas de caráter introdutivo, a atenção recai sobre considerações essenciais da ética do meio ambiente, tal como postos na sociedade hodierna.

Num mundo profundamente desigual, embora dotado de tecnologias e meios financeiros extremamente poderosos, quais as relações que ligam os seres humanos ao patrimônio natural do planeta? Como caracterizar o sistema que deveria guiar o conjunto dessas relações? Quais os traços essenciais da ética de meio ambiente? Quais os cuidados éticos

---

1 A expressão tem origem na visão global própria da ONU, quando se ocupa da ecologia e do desenvolvimento dos povos.

2 RUSS, Jacqueline. *La pensée éthique contemporaine*. France, PUF, 1994, 127p.

3 Para examinar as definições de tais termos em nível jurídico, veja-se: CARLIN, Volnei Ivo. *Deontologia Jurídica: Ética e Justiça*. 2.ed., Florianópolis, Obra Jurídica, 1997, p. 31-37.

que a opinião pública deve ter em face da constante ameaça da degradação do ecossistema? E qual o Direito encarregado de normatizar a realidade social sob o prisma do Estado? Na verdade, a saúde do planeta parece deteriorar-se em ritmo sem precedentes, apesar das conferências que vêm sendo patrocinadas pelas Nações Unidas, pela Declaração de Estocolmo (1972) e pela Conferência do Rio, a Eco 92.

Vê-se que a ecologia se tornou um tema ético para todos aqueles que pretendem proteger a vida (basta lembrar as experiências nazistas, a Guerra no Golfo Pérsico, os massacres praticados na ex-Iugoslávia, a miséria e a fome nos países africanos). Esses exemplos, todos de repercussão internacional, servem de base para que se sustente uma nova ética e mentalidade nas relações entre os indivíduos e o seu meio. De nada servem os planos técnicos, as boas intenções, os tratados, se os povos não estabelecerem um imperativo ético, com responsabilidade ético-política, colocando o problema do equilíbrio ao nível dos três elementos essenciais: a vida (biosfera), a natureza e a tecnociência (produtos tecnocientíficos).

Por outro lado, essa disciplina (Ética e meio ambiente) ganhou consistência a partir dos anos 70, como matéria interdisciplinar, ao sinalizar a responsabilidade moral humana a respeito da natureza em geral. Chama a atenção sobre a ameaça desenfreada do homem no uso de técnicas predatórias do meio ambiente.

A Ética centraliza-se em três atitudes: a) *Dominação* (seres inferiores pelos superiores; segundo a fórmula cartesiana, o homem sente-se no direito de ser “senhor e dono da natureza”); b) *Respeito* (aos seres vivos); c) *Culto* (prestado pelo homem a um ser superior e divino). Nisso se concentra toda ética natural.

A respeito do comportamento predatório de minerais e da vida vegetal, diz-se ser *aético* ou *anti-deontológico*<sup>4</sup>.

---

4 Sobre a essência do assunto tratado consultem-se as obras de Olinto A. Pegoraro, *Ética e Justiça*. Rio de Janeiro, Vozes, 1995, 132p.; Nicolás M. Sosa, *Ética Ecológica*. Madrid, Universidad Libertarias, 1990, 148p.

## b) Ética de contorno ambiental

Consoante Peter Singer<sup>5</sup>, os contornos gerais de uma ética ambiental são fáceis de estabelecer, porque rejeita os ideais de uma Sociedade materialista, na qual o sucesso é medido pelo número de bens de consumo que alguém é capaz de acumular. Portanto, a reciclagem e o hábito de adquirir produtos menos nocivos ao meio ambiente fazem parte da mentalidade ética exigida pelos tempos atuais.

A ênfase de uma vida mais simples não significa que uma ética ambiental seja contrária aos prazeres pessoais; tão-só que se instaure uma relação nova com a natureza, transformando eticamente os comportamentos e reavaliando modelos expressivos que são familiares. É preciso proceder à revisão de alguns mitos, sob pena de, em época não muito distante, os sobreviventes não serem os mais fortes, mas sim os mais sábios, como dizia o cientista Jonas Salk<sup>6</sup>.

## c) Uma ética concreta (aplicada)

Uma ética aplicada visa, como os especialistas em geral, integrar ética, meio ambiente e desenvolvimento. A dimensão da ética, no campo de trabalho, está na ordem do dia<sup>7</sup>. Mas como explicar essa efervescência do assunto?

A discussão da ética ressurgiu, por muitas razões.

A primeira delas reside na plenitude da era das comunicações e dos computadores, na rapidez e na massificação das informações, que trouxe a desagregação dos valores. A Sociedade mundial sentiu necessidade de reagir a essas invasões.

A segunda razão encontra-se nos freqüentes escândalos políticos, que mexeram com o brio das pessoas, a exemplo da Operação Mãos Limpas, na Itália; Watergate, nos EUA; *impeachment* do ex-presidente da República Fernando Collor de Mello e CPI do Orçamento. Não há dúvida, portanto, de que a discussão ética retomou lugar nos cenários político e social.

Singer entende a ética prática como “A aplicação da ética à abordagem de questões práticas, como o tratamento dispensado às minorias

---

5 SINGER, Peter. *Ética e Prática*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo, Martins Fontes, 1994, 399p.

6 SPINSONTI, Sandro. *O homem e a natureza. Ética Biomédica*. Trad. Benôni Lemos, São Paulo, Paulinas, 1990, p. 34.

7 PRADES, José A. *L'Éthique de l'environnement et du développement. Que sais-je?*. Québec: Presses Universitaires de France, 1995, p. 43-44.

éticas (...), a preservação do meio ambiente, o aborto, a eutanásia e a obrigação que têm os ricos de ajudar os pobres”<sup>8</sup>; ou, em outro exemplo, o aproveitamento e a reciclagem do lixo<sup>9</sup>.

Supõe-se uma modificação das normas vigentes, a fim de torná-las menos contrastantes com a sensibilidade moral do presente. O campo da ecologia exige uma reflexão ética que, partindo realisticamente dos fatos, traga a contribuição da sabedoria.

### III. O DIREITO AMBIENTAL

O Direito Ambiental ou Ecológico, criado pelo Estado Industrial e Tecnológico, tem o intuito de adequar e prevenir os riscos e conflitos ambientais típicos da contemporaneidade. Pretende ser, na lição de Wolf Paul<sup>10</sup>, a contra-arma jurídica para evitar a degradação da biosfera.

No entanto, segundo o mesmo professor, fica o Direito Ecológico como uma arma sem munições, como um “tigre feito de papel” (como falam os chineses) e, longe de possuir caráter instrumental, possui, tão-somente, caráter simbólico. Daí ser tão inquietante o tema em sede de deontologia.

#### a) Tendência legislativa do Direito Ambiental

A tendência constitucional mais recente é a de preocupar-se com o meio ambiente (Constituição Espanhola, art. 45, e Brasileira, art. 225). Os poderes públicos trabalham a idéia de conservar e restaurar o sistema ambiental, com medidas positivas e repressivas, inspiradas nos direitos de cidadania e nos direitos fundamentais coletivos (*lato sensu*).

Na atualidade, não há política européia válida, se não coloca em relevo a melhor qualidade das condições de vida.

---

8 SINGER, Peter. *Ibidem*, p. 9-23.

9 *Idem, Ibidem*, p. 301.

10 OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebádes de (Org.). *A irresponsabilidade organizada? In: O novo em Direito e Política*. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997.



## **b) Características do Direito Ético-Ambiental**

A preocupação pela conservação da natureza é, atualmente, uma das principais características da Sociedade, que oferece certas medidas jurídicas e políticas, no sentido de materializar soluções que preservem eficazmente a ecologia.

Por seu caráter finalista, no dizer de Maria Jesus Montoro Chiner<sup>11</sup>, o Direito Ambiental compõe um sistema de regras com peculiaridades próprias, que bem o caracterizam:

### **1) Normas produzidas em cascata**

O direito ao meio ambiente compõe-se de um sistema de normas que contém notórias peculiaridades, partindo daquelas constitucionais e decrescendo hierarquicamente.

### **2) Normas de previsão mínima**

As regras ditadas pelo legislador são básicas sobre o meio ambiente e impõem as condições mínimas.

### **3) Normas de estandartes de qualidade**

Regulam condutas dirigidas a uma melhor qualidade e otimização de vida. Por serem normas excessivamente técnicas, suas aplicações carecem de juízes técnicos e experientes. Requerem juristas de formação distinta da tradicional, ou seja, daquela mera aplicação de regras jurídicas.

### **4) Normas de condicionamentos dinâmicos**

As normas ambientais são efêmeras, devendo modificar-se constantemente de acordo com a dinâmica social.

## **c) Uma deontologia de tutela ambiental**

As administrações públicas possuem a missão de fixar regimes jurídicos para as dimensões éticas da preservação do meio ambiente, a elas

---

11 CASADO, Maria (Org.). *Materiales de BioÉtica y Derecho*. Barcelona, Cedecs Editorial, 1996, p. 401-406.

cabendo informar a coletividade para participar da proteção do ambiente atmosférico, da pesca fluvial e outras vertentes de interesse comum.

Esse interesse legítimo da população deve ser interpretado sem excessivos formalismos, tanto na via civil e administrativa como naquela penal.

A obrigatoriedade deontológica impõe deveres ao sujeito social. Toda norma passa a fundar um dever<sup>12</sup>, precisando, por vezes, intuir da ordem geral como operar um determinado caso. É verdade que a falta de experiência, a novidade e a complexidade de certas situações, a interdisciplinariedade da matéria e as dificuldades impostas pela falta de modelos podem não equacionar os problemas como se fosse em outra especialidade<sup>13</sup>, e por isso mesmo essa via epistemológica ou racionalidade científica não pode ser esquecida.

#### IV. CONSIDERAÇÕES FINAIS

1. O tempo das discussões está longe de ser encerrado. Assim, ficam lançadas algumas idéias para maior reflexão:

O lugar de destaque que os conceitos de democracia e de Direito assumiram nas discussões políticas atuais é de caráter moral. O tema da ecologia apresenta uma nova dimensão e necessita do revestimento ético para com as gerações futuras. Levanta a questão da responsabilidade do indivíduo diante da própria natureza. Teria esta “direitos” ou se reduz a ela, como alguns pensam a contemporaneidade, em simples matéria-prima das intervenções descontroladas do homem?

2. Atualmente se desenvolve no Brasil uma consciência deontológica sobre a necessidade de manter um meio ambiente sadio. Há preocupação dos cidadãos relativamente aos incidentes das mudanças tecnológicas e da necessidade de desenvolver uma “ciência da sobrevivência”. Colocar esse estudo sob a rubrica da ética normativa é [imperativo categórico.]?

3. Nesse contexto, o bem jurídico meio ambiente possui, no Direito Positivo, papel relevante. As soluções, no entanto, não serão fruto somente da atividade do Estado, mas também do cidadão e da Sociedade, com seus avanços científicos e tecnológicos, todos responsáveis pela im-

---

12 VAZQUEZ, Adolfo Sánchez. *Ética*. Rio de Janeiro, Editora Civilização Brasileira, 1996, p. 153-165.

13 PRADES, José A. Ob. cit., p. 113-115.

posição dos princípios éticos na aplicação do Direito. Mas quais os parâmetros éticos que devem nortear uma ordem jurídica que contempla as questões ambientais?

4. É verdade, como um dos controvertidos e concretos problemas hodiernos, a questão ecológica apresenta-se global e interdependente, colocando-se em escala planetária que transforma a estrutura do mundo e pode ser considerada um problema essencialmente ético, no dizer de Schramm<sup>14</sup>. Essa implica outras exigências em um novo discurso. Em realidade, as idéias, as responsabilidades, os objetivos, os métodos, estão em plena mutação.

5. A existência (mutação) ético-deontológica deve ser concebida, em maior ou menor grau, como própria de um homem prático, que vai modificando suas concepções morais de acordo com as mudanças sociais e históricas, de forma livre, voluntária e natural, adaptando-se às normas que regulam as suas relações com a comunidade e assumindo-as em forma de deveres para a preservação do ecossistema.

Assim, para que essa ética não seja apenas uma utopia deve-se fazer cair no vazio o formalismo ou universalismo abstrato, prevalecendo coerente e convincentemente as doutrinas deontológicas que tornam o comportamento ético aplicável e defensável, com a valorização da informação (é notória a grande falta de instrução de parte da população), como pressuposto da cidadania e compromisso com a equidade [social]?, pois “a ética precisa discernir prioridades, opções, preferências e estratégias de ação”<sup>15</sup>, já que a ética constitui-se de valores que norteiam e dão sentido às nações humanas.

Os debates sobre o tema analisado assumem contornos próprios. O papel do Direito é uma indiscutível necessidade de segurança. É ele que induz, com sua ética, o indivíduo a atentar para a revolução silenciosa, em que o descompasso entre e a ausência de consciência e a realidade impedem as respostas às indagações humanas.

---

14 SCHRAMM, Ferminio R. Ecologia, ética e saúde: o princípio da responsabilidade. *In Revista. Desafios éticos*. CFM, 1993, artigo de Paulo Marchiori Buss, Ética e ambiente, p. 68-69.

15 SUSIN, Frei Luiz Carlos. *Por uma ética da liberdade e da libertação*. São Paulo, Paulus, 1996, p. 29.

# DA AÇÃO ACIDENTÁRIA

Eládio Torret Rocha  
Juiz de Direito

SUMÁRIO: 1. Notas introdutórias a respeito da evolução infortunística do trabalho no Brasil. 2. Particularidades da ação acidentária. 2.1. A natureza obrigacional da prestação infortunística e a ação regressiva contra o empregador responsável, por dolo ou culpa, pelo acidente. 2.2. Da legitimação e da competência para a propositura da ação. 2.2.1. Da legitimação. 2.2.2. Da competência. 2.3. Do rito processual aplicável. 2.4. Da perícia. 2.5. Os efeitos do recurso e a novel remessa oficial. 2.6. A unificação valorativa dos benefícios acidentários e previdenciários, em face da Lei n. 9.032/95. 2.7. A isenção do pagamento de custas pelo ente ancilar. 2.8. O auxílio-acidente e as sucessivas alterações introduzidas na redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91. 3. Derradeiras considerações. 4. Bibliografia.

## 1 — NOTAS INTRODUTÓRIAS A RESPEITO DA EVOLUÇÃO INFORTUNÍSTICA DO TRABALHO NO BRASIL

O nosso País tem assistido, nos últimos anos, a uma rápida evolução nos conceitos e práticas afetos ao Direito Previdenciário, especialmente no tocante à infortunística do trabalho, que tem conduzido o legislador, sobretudo o constitucional, a implementar, no arcabouço jurídico pátrio — não sem alguns percalços, é verdade —, uma legislação condi-

zente com o grau de complexidade e dinamismo da sociedade brasileira contemporânea.

Não foi sempre assim, todavia.

De efeito, recuando no tempo, o estudioso do tema tem oportunidade de se defrontar com que grau de timidez o legislador nacional encarou as soluções dos problemas advindos das multifacetárias relações do trabalho, notadamente se comparadas com aquelas adotadas em vários países europeus, onde o conceito de seguridade social assumiu, de há muito, grande relevo e serve de adequada base protetiva ao segurado vinculado ao sistema previdenciário oficial.

Por isso mesmo é que o emérito jurista gaúcho Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, amparado em lição do inolvidável Pontes de Miranda, para melhor entendimento da evolução histórica desse ramo do direito, entendeu, com inegável acerto, que, no Brasil, a reparação infortunistico-laboral pode ser considerada como obra de construção eminentemente legislativa, surgida, basicamente, em fases bem distintas umas das outras, assim classificadas em face da natureza jurídica da relação obrigacional, ensejadora, no período, da reparação devida em decorrência do infortúnio laboral.

Assim é que, nessa *primeira fase*, iniciada em 1822 com a independência do Brasil, tem-se que, considerando a inexistência, até então, de legislação pátria específica — decorrente, obviamente, de sua dependência de Portugal —, a aludida reparação infortunistica teve por supedâneo o direito civil, consubstanciado primeiramente na integração, ao direito comum, das Ordenações Filipinas, e, ao depois, passou a ser considerado segundo a regra disposta no artigo 159 do Código Civil, vigente, como se sabe, a partir de 1º de janeiro de 1917.

Sendo assim, pela teoria da culpa aquiliana, ao infortunado competia demonstrar que o acidente sucedera por culpa do empregador, a quem cumpria, em decorrência, indenizá-lo convenientemente, como ocorre até hoje na hipótese de reparação civil por culpa extracontratual. Todavia, esse sistema revelou-se desde logo ineficiente e por isso gerador de tensão social, na medida em que, pela supremacia econômica do empregador, de regra mostrava-se muito penosa e por vezes impossível a produção, pelo infortunado, de prova acerca da culpa de seu patrão. Havia, pois, necessidade de se buscar um instrumento adequado à solução desse problema que, não raro, criava situações iníquas e por isso mesmo indesejadas pelo direito.

A alternativa encontrada foi, naquele ensejo, ainda nos limites da culpa extracontratual, a inversão do ônus probatório. Entendeu-se, assim, a tal desiderato, que ao empregador, tomador da mão-de-obra disponível, competia zelar pela inocorrência de infortúnios na empresa, pois que, afinal de contas, era ele quem deveria sujeitar-se aos riscos da atividade econômica, e não o contrário, como vinha sucedendo até então. Entendia-se, a propósito — aliás com irrecusável dose de razão —, devesse o empregador devolver o empregado à sociedade com a mesma higidez física e mental de quando o contratara, ou seja, com a mesma capacidade laborativa que exibia ao ser recrutado.

Isso não bastou, entretantes, à satisfação dos trabalhadores em geral e do próprio direito positivo em particular, dado que em muitas situações perdurava o risco à conta da parte economicamente mais fragilizada da relação empregatícia, sobretudo porque em muitos infortúnios típicos a reparação não era devida pelo empregador, como sucedia nas hipóteses de caso fortuito, força maior, culpa de outros empregados e até nos denominados acidentes *in itinere*. Além disso, considerado o imenso contingente de mão-de-obra não especializada entre os trabalhadores de então, os acidentes laborais entre eles passava a ser, por certo, mais frequente e até de mais graves conseqüências, pelo que, como fossem circunstâncias não debitáveis à responsabilidade do patrão, ficavam esses infelizes, por igual, sem a correspondente reparação.

Este primeiro período finda, por isso mesmo, em 15 de janeiro de 1919, quando o Brasil edita, finalmente, a sua primeira norma legal tratando especificamente de acidentes do trabalho, ou seja, a Lei n. 3.742, cuja principal característica foi a instituição da responsabilidade objetiva do empregador. Inicia, pois, nesse marco, a *segunda fase* evolutiva dessa área do direito público, a partir da qual não mais havia de se perquirir, em tema de indenização derivada da infortunistica, acerca do elemento subjetivo da relação etiológica, ou seja, da culpa. Apenas o dolo do próprio empregado e o dolo e a culpa de terceiro afastaria, de conseqüente, a responsabilidade reparatória do empregador, que por isso mesmo encetou a implementação, junto às companhias seguradoras de então (*vide* Súmula 529 do STF), de contrato de seguro a fim de cobrir os riscos atinentes às suas respectivas atividades econômicas.

Crescia, porém, na Europa — particularmente na Inglaterra — e nos Estados Unidos da América, de forma importante, como conseqüência do desenvolvimento do direito moderno, a idéia do seguro social — tantas vezes defendida pelo inexcusável Russomano —, cuja principal ca-

racterística é a publicização da responsabilidade infortunistica, ou seja, a necessidade de se distribuir socialmente, e por igual, os custos com os acidentes do trabalho.

Creditada ao gênio de Pontes de Miranda, encontra-se, por isso mesmo, no artigo 121, § 1º, alínea *h*, da Constituição de 1934, a seguinte disposição legislativa:

“Art. 121...

“Par. 1º — A legislação do trabalho observará os seguintes preceitos, além de outros que colimem melhorar as condições do trabalhador:

“...*omissis*...

“*h* — assistência médica e sanitária ao trabalhador e à gestante, assegurado a esta descanso, antes e depois do parto, sem prejuízo do salário e do emprego, e *instituição de previdência, mediante contribuição igual da União, do empregador e do empregado, a favor da velhice, da invalidez, da maternidade e nos casos de acidente de trabalho ou de morte*” (grifos do autor).

Disposições similares foram repetidas, posteriormente, nas Constituições de 1937 (art. 137) e 1946 (art. 157, incs. XVI e XVII), todas elas, no entanto, focadas na necessidade de proteção integral dos riscos inerentes ao trabalho, sobretudo o urbano.

Muitos outros problemas existiam, no entanto, nessa área, e estavam a demandar ainda maior rapidez na evolução da proteção infortunistica. Assim sucedia, por exemplo, em relação ao modo como a reparação por acidente laboral era satisfeita. De fato, paga de uma só vez, em quantia única, a indenização atendia o infortunado e sua família apenas num curto espaço de tempo. Em decorrência disso, dependendo das seqüelas deixadas pelo infortúnio, seu futuro passava a ser incerto e deveras preocupante, tanto mais porque inexistia programa afeto à reabilitação profissional.

Com o advento, finalmente, da Lei n. 5.316, de 14 de setembro de 1967 — já vigente a Constituição de 1967 —, encerra-se o segundo período ora estudado, iniciando-se, via de consequência, a *terceira e atual fase* evolutiva do direito infortunistico brasileiro, que integrou o seguro de acidentes do trabalho urbano à previdência social, vinculando-a não mais ao empregador, porém a uma autarquia federal, o INPS, encarregado do pagamento da reparação através do sistema não mais de pagamento único — que era feito ora pelo empregador, ora pelas seguradoras ou caixas de aposentadorias e pensões — mas através de prestações mensais atualizadas e devidas ao infortunado ou aos seus dependentes. No tocan-

te, porém, ao trabalhador rural, permaneceu em vigor o Decreto-Lei n. 7.036, de 10/11/44, com reparação ainda a cargo do empregador, situação que se alterou a partir da Lei n. 6.195, de 19/12/94, que igualmente os integrou à previdência oficial, e deixou a cargo do Funrural a satisfação da reparação infortunistica a ele eventualmente devida.

A respeito da importância da nova sistemática, escreveu o especialista de então, jurista Fernando Figueiredo de Abranches:

“As prestações, no inovador sistema, têm o sentido de substituição ou de complementação do salário, a fim de que o acidentado não sofra as conseqüências do acidente com reflexos na família. O seu salário não se destina apenas à alimentação, mas às outras necessidades individuais e familiares e o Estado quis retirar, para não aviltar o trabalhador, o conceito alimentar e protecionista que alguns verberam e que se tornou inadmissível e obsoleto. Protecionista é o seguro contra acidentes do trabalho, como o são todos os demais do seguro social”.

A novel estrutura previdenciária, atenta ao conceito de seguridade social plena, criou, ainda, a tão esperada reabilitação profissional, ainda que, como se sabe hodiernamente, não esteja funcionando como se desejava e deseja.

Ainda na vigência da Emenda Constitucional de 1969, veio a lume a Lei n. 6.367, de 19/10/76, que, entre outras providências, revogou o Decreto-Lei n. 7.036/44 — que contemplava determinadas hipóteses acidentárias — e a Lei n. 5.316/67 — que, como suso mencionado, principiou a denominada integração do seguro social infortunistico à previdência oficial.

Sobreveio, mais tarde, a Lei n. 8.213, de 24/7/91, vigente retroativamente a partir de 5/4/91 (art. 145), que, de mais importante, reuniu, num só diploma, os planos de benefícios dos trabalhadores urbanos e rurais (art. 11, I, *a*), e, no tocante ao plano infortunistico, extinguiu o denominado auxílio-complementar, dando, não obstante, no artigo 86, incisos e parágrafos, nova configuração conceitual e reparatória ao auxílio-acidente, absorvendo a função indenizatória do benefício extinto.

A Lei n. 9.032, de 28/4/95, ao depois, terminou por alterar algumas disposições da sobredita Lei n. 8.213, para, pelo menos no que interessa a este estudo, estabelecer uniformidade reparatória em relação às aposentadorias por invalidez — tanto a acidentária quanto a previdenciária (art. 44) — e a especial (art. 57, § 1º), e, bem assim, por igual, no tocante ao auxílio-doença (art. 61), além de, uma vez mais, deitar nova alteração no artigo 86 pertinememente ao auxílio-acidente, com importantes



repercussões no campo prático, as quais, todavia, examinarei mais adiante.

Há que se destacar, ainda, a vigência, a partir de 20/11/95, da Lei n. 9.129, que, além de disciplinar o parcelamento e recolhimento de contribuições previdenciárias, alterou outra vez a redação do artigo 86, que, como visto, já havia sofrido modificação pela Lei n. 9.032/95.

Existe em vigor, ainda, nesta interminável e enervante sucessão de exercícios legiferantes, a Lei n. 9.528, de 10/12/97, que introduziu significativas alterações nas Leis ns. 8.212, 8.213, 9.032, além de outras, cuja importância, no que se refere à demanda acidentária, será examinada na seqüência — sem contar, evidentemente, as medidas provisórias editadas no interregno, tudo isso a demonstrar, por evidente, a dificuldade do operador do direito que labuta nesta área.

## **2 — PARTICULARIDADES DA AÇÃO ACIDENTÁRIA**

### **2.1 — A natureza obrigacional da prestação infortunistica e a ação regressiva contra o empregador responsável, por dolo ou culpa, pelo acidente**

Vimos, nas notas anteriores, que a evolução histórica da infortunistica do trabalho no Brasil guarda um elo particular, quem sabe fundamental, com a natureza obrigacional da indenização derivada do acidente do trabalho. Assim é que, da culpa aquiliana, do direito civil — com as suas várias nuances — o direito infortunistico caminhou longas veredas até atingir o estágio atual, o da publicização do risco, em que a reparação acidentária está inserida no longo porém nem sempre bem administrado manto da seguridade social, bancada por uma autarquia federal, o INSS, à vista das contribuições que lhe são devidas pelos empregadores, pelos trabalhadores, além das receitas derivadas dos chamados concursos de prognósticos. É o que dессome, em verdade, da interpretação conjunta dos artigos 194, 195 e 201, todos da Constituição Federal de 1988, constituindo-se, na verdade, nos fundamentos principais da gênese da Lei n. 8.212, de 24/7/91, que, de forma específica, traça os planos de custeio e benefícios da previdência social.

Resulta importante, afinal, a compreensão segundo a qual, ao vincular-se ao sistema de seguridade oficial, via INSS, o trabalhador, urbano ou rural, e os seus dependentes têm assegurada, por um relação derivada

de um vínculo contratual a partir de um autêntico seguro, a reparação infortunistica sempre que, na forma da lei, dela estiver a precisar. A natureza da relação obrigacional é, pois, genuinamente, de caráter contratual.

Inobstante isso, não se pode perder de vista que, em sendo, na prática, do INSS a responsabilidade pela satisfação do benefício devido ao segurado-infortunado, não ficará o empregador isento, entretentes, do pagamento da indenização eventualmente cabível a título de dolo ou culpa na deflagração do evento danoso. É que, segundo dimana de proverbial disposição constitucional (art. 7º, XXVIII — CF), a reparação infortunistica a cargo da previdência oficial não impede que o infortunado, na via própria, intente, contra o empregador, o pedido indenizatório adequado, quando presentes os elementos subjetivos — dolo ou culpa — que lhe emprestem o necessário substrato fático e jurídico. É, também, o que deflui da regra contida no artigo 121 da Lei n. 8.213/91.

Sendo assim, inobstante contemplado, o infortunado, com qualquer benefício acidentário previsto no âmbito da previdência social, poderá postular, contra o seu empregador faltoso, indenização por dano material e até dano moral, dado que são, aquele e este, derivados de obrigações diversas, ou seja, o primeiro decorrente de um direito contratualmente estipulado (*rectius* = seguro) e o último defluente de um liame extracontratual.

Questão das mais relevantes, todavia, é a que procura indagar acerca da viabilidade de o INSS, em ação regressiva, voltar-se contra o empregador para o ressarcimento dos valores despendidos em favor do infortunado — reparações prestacionadas, assistência médica e a reabilitação profissional — quando presente o dolo ou a culpa na deflagração do evento danoso.

Ainda que se admita a inexistência, até os albores da Lei n. 8.213/91, de dispositivo legal específico a respeito da movimentação, pela previdência oficial, da via regressiva para cobrar-se, em relação aos empregadores, a indenização satisfeita ao empregado por infortúnio por culpa daquele, nada obstante a vigência, a essa finalidade, das regras do direito civil — artigos 159 e 1.518 e seguintes do Código Civil —, a verdade é que o órgão ancilar (INPS e depois INSS) sempre se mostrou muito tímido a respeito, preferindo suportar sozinho o ônus obrigacional, em prejuízo de toda a massa securitária, sem voltar-se, de forma regressiva, como devido, quando presentes os sobreditos pressupostos da culpa ou dolo do empregador.

Há, atualmente, no entanto, regra específica a respeito dessa viabilidade, promanada do artigo 120 da referida Lei n. 8.213/91, estipulando que, “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”.

Nada obstante a sua redação deficiente, posto que apenas menciona a *negligência* como causa motivadora do acionamento regressivo, a ação também fica viabilizada, por evidente, em se tratando das duas outras modalidades da culpa do empregador, quais sejam, a imprudência e a imperícia, além, é claro, do dolo.

O que se espera, doravante, do aludido órgão gestor da Previdência Social é a utilização sempre que necessária da sobredita regra, o que por certo contribuirá, além de, quem sabe, reduzir os níveis alarmantes de acidentes laborais — pois que então o patrão zelará um pouco mais para com a manutenção das normas relativas à segurança e higiene do trabalho —, para aliviar as suas já tão combalidas finanças.

## 2.2 — Da legitimação e da competência para a propositura da ação

### 2.2.1 — Da legitimação

Estará capacitado a figurar no pólo ativo da demanda acidentária o infortunado, ou, na sua falta ao tempo da propositura da demanda, os dependentes segundo a ordem preceptiva contida no artigo 16 da referida Lei n. 8.212/91, o mesmo sucedendo na hipótese de o segurado falecer no seu curso, caso em que a habilitação deverá ocorrer segundo o disposto no artigo 1.055 e seguintes do CPC.

Na parte passiva do feito estará sempre, sem nenhuma dúvida, o órgão gestor da seguridade, hodiernamente o INSS. O empregador dela não participará, ainda que não haja satisfeito as contribuições que lhe são próprias, pois que, rigorosamente do ponto de vista da reparação acidentária, é parte ilegítima por ausência de interesse específico, já que a satisfação da prestação, como visto, cabe à previdência.

Não haverá razão, por igual, para que o empregador possa integrar a lide, seja como litisconsorte, seja como assistente, tanto mais porque, ausente o interesse jurídico, na demanda por reparação infortunistica — onde a discussão gira, precipuamente, em torno da existência ou inexistência do indeclinável nexu etiológico — não se discute, como se sabe,

acerca de sua participação culposa ou dolosa na deflagração do evento danoso, circunstâncias essas de necessária abordagem, porém, na eventual demanda que lhe for detonada em face de pretensão indenizatória extracontratual.

## 2.2.2 — Da competência

No tocante à competência para o ingresso da demanda acidentária, o foro eleito há de ser, como regra dimanada do inciso I do artigo 109 da Carta Federal, a Justiça Estadual. Discute-se muito nos tribunais, entretantes, inclusive no egrégio Tribunal de Justiça a que pertença, sobre continuar sendo a Justiça Estadual competente para conhecer e julgar a demanda, quando a pretensão é revisar a parcela pecuniária de benefício acidentário já implantado.

Nesta hipótese, para a primeira corrente a aludida regra constitucional continua vigorante, dado que o benefício tem a sua gênese em infortúnio, e isso basta, por si só, para a configuração da competência do Juízo Estadual. Todavia, para aqueles que pensam de modo contrário — entre os quais me incluo — não mais se perquire, no caso, acerca de acidente de trabalho, por isso que a competência desloca-se para a Justiça Federal, na conformidade do sobredito inciso I do artigo 109 da CF.

Inobstante o respeito que merece, por devido, o primeiro entendimento, tenho para mim que, na hipótese enfocada, de ação acidentária nada mais resta, posto que a discussão é respeitante apenas à forma de cálculo e/ou pagamento das prestações, aliás já implantadas no sistema, e que, no mais das vezes, procura apenas demonstrar o equívoco da nem sempre inteligível burocracia praticada no ente ancilar, em face da lei previdenciária aplicável. Não sucede, no caso, ter-se de discutir e decidir matéria de fundo infortunistico, próprio da ação acidentária, como sucede em tema de existência ou não de seqüelas, da caracterização ou não de doença profissional ou do trabalho, de fazer jus a esse ou àquele benefício, ou, enfim, saber-se da configuração ou não da denominada relação de causalidade entre a moléstia e o labor.

Sendo assim, penso que a ação revisional dirigida contra a previdência colimando alterar o cálculo e/ou o pagamento de benefício já implantado no sistema, ainda que gerado a partir de infortúnio, deve ter por competente a Justiça Federal.

É o que sucedeu, é bem de notar, com o precedente promanado da Apelação Cível n. 97.006908-1, de Orleans, da colenda Segunda Câmara

Civil da Corte, cujo pedido pretendia a elevação do percentual (30%) obtido em face de auxílio-acidente concedido ao tempo da primitiva redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91, em razão da alteração legislativa trazida com a Lei n. 9.032/95, que, como se sabe, o majorou em parâmetro único, qual seja, 50% do salário-de-benefício do segurado.

Nada obstante o entendimento do eminente Relator, o ilustrado Desembargador Sérgio Paladino, que, filiado à segunda corrente, acabou vencido com o entendimento segundo o qual a competência era da Justiça Federal, aquele colendo Órgão Fracionário do Tribunal de Justiça, com votos vencedores dos ínclitos Desembargadores Anselmo Cerello e Gaspar Rubik, acabou por posicionar-se de forma contrária, dando pela competência da Justiça Estadual.

Com a devida vênia do posicionamento vencedor, entendo, como fez o voto vencido, que, na hipótese focalizada, não se discutiu nenhuma matéria afeta ao fundo do direito do segurado, aliás já admitido e implantado ao sistema securitário do INSS, o qual, aliás, na contestação, limitou-se a argumentar acerca da inviabilidade de se conceder o benefício de modo retroativo. O que sucedeu foi, não há negar, a necessidade de, *em face de mera alteração de critério legislativo posterior*, proceder-se, apenas e tão-somente, à majoração do percentual anteriormente concedido, de 30% para 50%, coisa que, francamente, o aludido órgão ancilar deveria ter providenciado na própria via administrativa, sem que o infortunado tivesse de, uma vez mais, sujeitar-se ao acionamento da via judicial, já tão assoberbada, por isso mesmo morosa, e, infelizmente, por vezes até ineficiente.

### 2.3 — Do rito processual aplicável

Como decorre da própria redação do artigo 128 da Lei n. 8.213/91, com a redação da Lei n. 9.032/95, quando o valor atribuído à causa não superar o parâmetro escolhido, ou seja, R\$ 4.988,57, o rito é o sumaríssimo, que hodiernamente, como se sabe, denomina-se sumário decorrentemente da alteração do art. 272 do CPC pela Lei n. 8.952, de 13/12/94.

O questionamento que se coloca, por necessário, é o seguinte: considerando que a produção da prova médico-pericial é, na ampla maioria das causas acidentárias, da sua própria essência — logo de realização imprescindível —, como compatibilizá-la com o rito, sem prejuízo da celeridade de tramitação da demanda, sobretudo quando de todos é sabida a dificuldade de pauta com que operam os magistrados hoje em dia, não

sendo raro ter-se de aprazar uma audiência de instrução e julgamento para quatro, cinco, seis meses, até quem sabe um ano?

Voltando-me, por oportuno, para a experiência vivida quando juqueei na Vara de Acidentes do Trabalho da comarca de Criciúma, penso que o juiz tem duas alternativas a seguir.

A primeira aponta para o seguinte caminho: ao receber a petição inicial, o juiz, ao lê-la, convencido, em face do benefício que se pede, da desnecessidade da realização da prova médico-pericial, designa desde logo a audiência de instrução e julgamento, sem prejuízo, obviamente, da prévia implementação do ato conciliatório, em atendimento ao disposto no art. 125, IV, do CPC.

Na segunda alternativa, convicto da necessidade da produção do aludido exame e carente de data próxima na pauta, o magistrado condutor do processo determina a citação do ente ancilar, e, logo após a sua resposta, ordena a implementação dos trabalhos periciais, segundo o regramento contido no art. 421 do CPC. Trazido o laudo, ou os laudos, ao processo, o juiz designará desde logo a audiência de instrução e julgamento, pelo que a intimação dos litigantes valerá inclusive a respeito da juntada do exame aos autos, dado que poderá suceder o interesse, de um deles ou até de ambos, dos esclarecimentos complementares a que se refere o artigo 435 do mesmo Digesto Procedimental.

A adoção deste último ritual processualístico ensejaria, por evidente, a realização da audiência de instrução e julgamento em apenas uma fase, economizando espaço na pauta do Juízo, além de, comprovadamente, encurtar o tempo entre o despacho proferido na inicial e a sentença, se se tivesse de seguir, rigorosamente, o rito sumário em face da falta de espaço próximo na pauta de audiências.

É bem verdade que, na prática, o segundo caminho representa a adoção de um rito que se aproxima, em muito, do ordinário. Todavia, ainda que se conheça o princípio da indisponibilidade do rito, a solução não tem o condão de ensejar nulidade ou prejuízo aos contendores, na medida que o alargamento dos atos procedimentais — como sucede na hipótese de se tomar o rito ordinário pelo sumário — não lhes viabiliza senão ainda maior possibilidade de demonstração de suas respectivas teses. Demais disso, os princípios procedimentais da efetividade do processo e o defluente do parágrafo único do art. 250 do CPC — que se sobrepõem, inegavelmente, ao da indisponibilidade do rito — recomendariam plenamente essa providência judicial, ainda mais em tema de pedido infortu-

nístico do trabalho, cuja preferência, em relação aos demais processos, dos operadores do direito não pode ser ignorada.

## 2.4 — Da perícia

É certo que a judicatura numa vara deveras especializada como a pertinente a acidentes do trabalho exige, a rigor, do magistrado, um preparo técnico ainda mais apurado, pois que lida, cotidianamente, com termos e procedimentos próprios da área médica, além de, como tem sido praxe nos últimos tempos, ter de conviver com seguidas, profundas e por isso mesmo incômodas mudanças na nem sempre descomplicada legislação previdenciária.

Há que ficar atento, pois, na produção da prova pericial, que, como suso afirmei, é, na maioria das vezes, da própria essência da reparação infortunística. Há que zelar, pois, para a sua correta e clara produção, pois que é nas conclusões médicas que o juiz arrimará o seu veredicto. E, por certo, nenhum magistrado aprecia decidir uma causa fundando o seu decisório em prova mal produzida ou contraditória.

Tenho constatado, como magistrado do Tribunal de Justiça de nosso Estado, em não raras oportunidades, a necessidade de converter o julgamento em diligência, a fim de que, na origem, seja refeita, por insuficiente ou contraditória, a prova médico-pericial, com imensos prejuízos para a celeridade e efetividade processuais, sobretudo para os interesses do infortunado, que, pela sua própria condição de saúde, nem sempre pode esperar muito pelo deslinde da causa.

Sendo assim, examinando o resultado do exame pericial focalizado e vendo-o falho, incompleto, contraditório ou por qualquer razão insuficiente ao fim probatório colimado, o juiz, sem delongas, antes mesmo de designar a audiência de instrução e julgamento, deverá providenciar para a sanção do problema constatado, colimando contornar aquilo que, de futuro, tenha de fazer o órgão recursal competente.

## 2.5 — Os efeitos do recurso e a novel remessa oficial

Da sentença que julgar procedente o pedido reparatório contra a previdência caberá, como cediço, a apelação. O artigo 130 da Lei n. 8.213/91 previa que o recurso deveria ser recebido apenas no efeito devolutivo, o que permitia, como corolário, a execução provisória da presta-

ção jurisdicional, fosse através de processo suplementar ou via carta de sentença. O objetivo, pois, era claro e guardava conformidade com o princípio da preferência do feito acidentário.

Até aqui, nada de novo.

Sucede, entretanto, que a Lei n. 9.469, de 10/7/97, criou, por força de seu artigo 10, a remessa necessária para beneficiar as autarquias e as fundações públicas. Ora, como o INSS é, como se sabe, um autarquia federal, nas ações acidentárias deverá haver o reexame pelo órgão recursal de Segundo Grau.

Não há mais, pois, que falar em receber o recurso interposto pelo ente ancilar-securitário com carga apenas devolutiva. É que, por certo, presente o reexame necessário, o decisório agasalhador do pedido acidentário só poderá ser executado após julgada, pelo Tribunal de Justiça, a remessa oficial, isto é, após transitar em julgado o acórdão que a deslindar. Atende-se, no caso, o princípio do duplo grau de jurisdição, discriminante e deveras abusivo benefício erigido, como se sabe, em favor das pessoas jurídicas de direito público.

Não fora isso, a propósito a recente Lei n. 9.528, de 10/12/97, — introdutora, uma vez mais, de profundas alterações no sistema — acabou por alterar a primitiva redação do artigo 130 da Lei n. 8.213/91, na parte que dispunha acerca do efeito devolutivo.

É importante realçar que, nesse mesmo dispositivo legal, foi estendido, a favor da previdência, o prazo especial para opor embargos do devedor em execucional por quantia certa, ou seja, 30 (trinta) dias, criando, lamentavelmente, um privilégio que nem mesmo é deferido, pelo artigo 730 do CPC, neste particular, às Fazendas Públicas Federal, Estadual e Municipal, prazo esse que, como cediço, é decendial. Deu o legislador previdenciário, nesta particularidade, irrecusavelmente, um passo atrás no percurso evolutivo que se deseja ver implantado definitivamente no sistema, contribuindo para, por certo, retardar o pagamento das verbas infortunistico-indenizatórias, que, como se sabe, têm caráter alimentar.

## **2.6 — A unificação valorativa dos benefícios acidentários e previdenciários, em face da Lei n. 9.032/95**

É cediço que as prestações devidas ao segurado pelo órgão gestor da seguridade social, em decorrência de infortúnio laboral, sempre representaram, por razão mais do que inteligível e justa, valores pecuniários maiores do que aqueles pagos aos demais segurados da previdência. É



que, por definição, os segurados que se acidentam ou não mais retornam ao trabalho, ou, na melhor das hipóteses, após a consolidação das lesões, retornam ao mercado com a sua capacidade laborativa diminuída.

Os demais segurados, contemplados com benefícios previdenciários propriamente ditos, isto é, não infortunados, têm condições, em tese, de voltar ao mercado de trabalho para, como é comum e — como temos visto no Brasil — até necessário, suplementarem os seus rendimentos. Precisam, pois, esses obreiros acidentados, merecer reparação infortunistica mais vantajosa, a fim de compensar, como visto, a sua limitação física, total ou parcial, pois que disso depende uma sobrevivência humana mais próxima possível da ideal.

Nada obstante isso, alterações trazidas pela Lei n. 9.032, de 1995, entenderam de proceder a uma unificação valorativa da renda mensal atribuível à aposentadoria por invalidez, quer de natureza acidentária ou previdenciária (art. 44), quer a especial (art. 57, § 1º). O mesmo diploma legal emprestou isonomia, além das hipóteses suso mencionadas, ao auxílio-doença, seja o derivado de acidente de trabalho, seja o de fundo previdenciário (art. 61).

De todo modo, a partir da vigência deste dispositivo legal, parecem fadadas a desaparecer do cenário jurisdicional as demandas que, anteriormente, eram aforadas com o fito de se converter em acidentários os benefícios concedidos erroneamente — sobretudo no tocante às aposentadorias e aos auxílios-doença — na via administrativa ancilar.

## **2.7 — A isenção do pagamento de custas judiciais pelo ente ancilar**

A reafalada Lei n. 8.213/91, segundo a primitiva redação de seu artigo 128 — que, aliás, não sofreu modificação, neste aspecto, pelas mais recentes Leis ns. 9.032/95 e 9.528/97 —, prescreve a isenção, em favor do órgão previdenciário acionado, do pagamento de custas judiciais.

A isenção é válida, não há negar, quando a ação houver sido ajuizada em vara da Justiça Federal, dado que as taxas pertinentes, se fossem devidas, deveriam ser recolhidas aos cofres da União.

Agora, quando a demanda é aforada na Justiça Estadual, como sucede em caso de ação buscando reparação infortunistica, o dispositivo em tela afronta, inegavelmente, a regra tributária defluente do inciso III do artigo 151 da Carta Federal, cujo preceito dispõe ser vedado à União ins-

tituir isenções de tributos da competência dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Ora, como a taxa judiciária é um tributo devido ao Estado, o INSS não tem razão quando, insistentemente, reclama de uma isenção claramente inexistente, posto ser o dispositivo, nesta parte, limpidamente inconstitucional.

Não se entende como, nessa verdadeira pleitora legislativa sucedida nesses últimos tempos, o legislador em matéria previdenciária não tem aproveitado para sanar a falha ainda como visto existente, expungindo, definitivamente, essa disposição afrontosa à Carta Federal.

## 2.8 — O auxílio-acidente e as sucessivas alterações introduzidas na redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91

A verdadeira congestão legiferante da qual acima tratei encontra o seu ponto culminante no que se refere à disciplina do auxílio-acidente, cujas alterações a seguir examinadas dão bem uma idéia da falta de critério e da por vezes conturbada condução da política previdenciária brasileira, neste grave momento da vida nacional, em que tanto se fala da necessidade de reforma, pacotes e embrulhos, todos decorrentes do nosso belo quadro social (parafraseando o cançãoeiro popular), afinal — diz-se feliz ou infelizmente — globalizado.

A primitiva redação do artigo 86 da Lei n. 8.213/91 trazia, no seu cabeço, o seguinte enunciado:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes do acidente do trabalho, resultar seqüela que implique...”, referindo nos incisos e parágrafos as hipóteses pertinentes ao tipo.

O dispositivo alterado que se seguiu, trazido, por seu turno, pela refalada Lei n. 9.032, de 28/4/95, exibidor de uma redação verdadeiramente horrorosa, dispunha:

“Art. 86. O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado, quando, após a consolidação das lesões decorrentes de acidente *de qualquer natureza* que impliquem em redução da capacidade funcional” (dei destaque).

Ainda não satisfeito — certamente para, no que se refere ao *caput*, expungir a imperfeição redacional anterior —, menos de oito meses após mais uma modificação foi introduzida neste dispositivo legal pelo com-

pulsivo legislador previdenciário, dessa vez pela recente Lei n. 9.129, de 20/11/95, *verbis*:

“O auxílio-acidente será concedido como indenização, ao segurado quando, após a consolidação *das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza*, resultar seqüelas que impliquem redução da capacidade funcional” (dei destaque).

Mas não parou por aí, lamentavelmente, a sanha modificadora da previdência oficial, e, mais recentemente, a contar de 10/12/97, entrou em vigor a Lei n. 9.528, que, uma vez mais, alterou a redação do malsinado artigo 86 — além de impor modificações e inserções nos parágrafos —, cujo *caput* exhibe, agora, a seguinte disposição:

“O auxílio-acidente será concedido como indenização ao segurado quando, após a consolidação das lesões decorrentes de qualquer natureza, resultar seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia”.

Ora, como fácil é denotar, posto que a redação do cabeço do artigo no particular aspecto permaneceu inalterada, o intérprete é levado a crer que, depois dele, qualquer acidente, seja de que natureza for, dá direito ao segurado de pleitear o auxílio-acidente, bastando que, após consolidadas as lesões sofridas pela vítima, resulte seqüela bastante à redução de sua capacidade funcional.

Ainda que esta interpretação possa parecer apressada, sobretudo do ponto de vista do nosso velho conhecido nexos etiológico, é viável concluir, pelo novel dispositivo legal enfocado, que a um trabalhador, numa folga de final de semana, ao sofrer um acidente de trânsito ou após disputar um jogo de futebol ou mesmo levar um tombo ao brincar com o cachorro no quintal, em havendo lesões que lhe diminuam a capacidade laborativa, lícito ser-lhe-á postular, na via administrativa do INSS ou mesmo em Juízo, o auxílio-acidente, sem que, por via de consequência, haja de se perquirir acerca da relação de causalidade, que anteriormente se lhe exigia, entre o infortúnio e o labor exercido pelo obreiro.

A egrégia Corte de Justiça de nosso Estado, por sua colenda Terceira Câmara Civil, em aresto da lavra do eminente Des. Silveira Lenzi, já enfrentou a questão na Apelação Cível n. 97.012109-1, de Içara, acabando por sufragar o entendimento segundo o qual é, na atual quadra legislativa, desnecessária a indagação a respeito do nexos etiológico para a concessão do auxílio-acidente, votando com o Relator os cultos Desembargadores Cláudio Dutra e Vanderlei Romer.

Esta disposição legal representa uma evolução? — indagar-se-ia.

A resposta, a meu sentir, seria afirmativa.

Sim, porque estende o benefício a todos os segurados acidentados, haja ou não, como visto, o infortúnio sucedido no trabalho ou fora dele, aumentando, de conseguinte, o leque de proteção securitária, para, como é corolário, reparar a redução da capacidade laborativa dos obreiros acidentados, os quais, após a consolidação das lesões, têm de retornar às suas atividades laborais.

Espera-se, assim, que, com a mesma facilidade com que o legislador conferiu, pela nova conceituação ora estudada, a benesse ao segurado, o INSS, na via administrativa, também assim passe a agir, deferindo-a sem delongas ao infortunado, sem que o Poder Judiciário tenha que arcar, uma vez mais, com o custo dessa novidade securitária.

Cumpra salientar, por relevante, que, segundo as disposições constantes dos parágrafos 1º e 2º do sobredito artigo 86, é vedada a cumulação do auxílio-acidente com qualquer das formas de aposentadoria, o que, por si só, por igual representa uma novidade no sistema, também no mínimo passível de discussão, sobretudo diante dos reiterados julgados pretorianos que admitem, por exemplo, a cumulação deste benefício com o da aposentadoria especial, desde que provindos, por evidente, de circunstâncias reparatórias de natureza diversa.

De se indagar, no entanto: a novel disposição aproveita aos fatos ocorridos antes de 29 de abril de 1995, data em que a Lei n. 9.032 entrou em vigor? A resposta se me afigura obviamente negativa, posto não poder o dispositivo retroagir a acidentes sucedidos anteriormente à sua vigência.

Enfatizo, por fim, que, decorrentemente dessa nova regra, quando se tratar de pretensão a auxílio-acidente decorrente de infortúnio não derivado do trabalho, a competência será da Justiça Federal, visto que, pela regra defluente do inciso I do artigo 109 da Constituição Federal, somente caberá à Justiça Estadual o julgamento de ações pertinentes a acidente do trabalho. Como o infortúnio, nessa hipótese, tem caráter meramente previdenciário, a competência originária é, como salientado, da Justiça Federal, como sucede em todas as outras causas envolvendo a Previdência Social.

### 3 — DERRADEIRAS CONSIDERAÇÕES

Inobstante lentos os avanços verificados nesta área, sobretudo até o advento da Constituição Federal de 1988, o Brasil apresenta, atualmen-

te, um sistema de seguridade social moderno e razoavelmente bem estruturado, apesar de a sua administração ser, não raro, incondizente com as potencialidades da estrutura previdenciária nacional, que, considerando os vultosos recursos que arrecada, oferece, à sua massa de segurados, ainda muito pouco do que pode e deve oferecer-lhe.

De outra parte, pela exposição acima alinhavada, percebe-se, claramente, como tem sido contraproducente a verdadeira orgia legiferante da previdência social, trazendo a lume um volume normativo confuso, mal redigido e comumente apressado, constituindo um verdadeiro massacre intelectual para os operadores do direito, contribuindo, irrecusavelmente, para engrossar ainda mais o invencível volume de processos a cargo do Poder Judiciário, o qual, como é de conhecimento público, tem no INSS o seu mais recorrente usuário.

É preciso, pois, que, nesses tempos de reforma, quando é dito, com insistência, pelo Governo da República, da necessidade de o País sair do atoleiro do atraso, cobrando, do segurando, ainda maior cota de sacrifícios, também a administração da Previdência Social se esforce para fazer a sua parte, viabilizando, desse modo, uma melhor funcionalidade do sistema, para imprimir-lhe, finalmente, sem recuos, a eficiência que todos almejamos.

## BIBLIOGRAFIA

ABRANCHES, Fernando Figueiredo de. *Do Seguro Mercantilista de Acidentes do Trabalho ao Seguro Social*. 1.ed., São Paulo, Sugestões Literárias, 1974.

CAMPANHOLE, Adriano. *Legislação de Previdência Social*. São Paulo, Editora Atlas S.A., 1992.

CARVALHO, H. Veiga de. *Acidentes do Trabalho*. 4.ed., São Paulo, Edição Saraiva, 1963.

DEIBERT, Jefferson. *Direito Previdenciário e Acidentário do Trabalho Urbano*. Forense, 1978.

MIRANDA, Pontes de. *Fontes e Evolução do Direito Civil Brasileiro*. 2.ed., Forense, 1981.

NASCIMENTO, Tupinambá Miguel Castro do. *Curso de Direito Infortunistico*. 2. ed., Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Editor, 1983.

OLIVEIRA, José de. *Acidentes do Trabalho*. 1.ed., São Paulo, Saraiva, 1991.

RUSSOMANO, Mozart Victor. *Comentários à Lei de Acidentes do Trabalho*. 3. ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1970.

SOUZA, Miguel Augusto Gonçalves de. *Acidentes do Trabalho*. Editora Revista dos Tribunais, 1964.



# CRIMES AMBIENTAIS: SURSIS PROCESSUAL, PENAS ALTERNATIVAS E DOSIMETRIA

Jorge Henrique Schaefer Martins\*

I — INTRODUÇÃO. II — *SURSIS* PROCESSUAL. III — PENAS ALTERNATIVAS. IV — ESCOLHA E APLICAÇÃO DE PENAS (dosimetria). V — CONCLUSÃO.

## I. INTRODUÇÃO

A recente legislação ambiental brasileira (Lei n. 9.605, de fevereiro de 1998), que dispõe sobre as sanções penais e administrativas decorrentes de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente, além de haver dado novo tratamento penal a algumas condutas já previstas no Código Penal, criou outros tipos penais e deu vigência aos termos do art. 225, § 3º, da Constituição Federal, explicitando de que forma se dá a responsabilização criminal da pessoa jurídica, trouxe outras situações que estão a ensejar estudo.

Dispensou tratamento diferenciado à suspensão condicional do processo, criou um rol de penas restritivas de direitos específicas, além de estabelecer regras específicas para possibilitar ao juiz a consideração acerca da imposição e gradação das penalidades, circunstâncias atenuan-

---

\* *Juiz de Direito em Blumenau/SC e Professor da Universidade Regional de Blumenau — FURB.*



tes e agravantes e causas de especial aumento ou diminuição de pena que, ausentes no Código Penal, somente se aplicam aos delitos nela previstos.

Isso está a exigir a atenção de todos quantos operam o Direito, para que se observe que em sede de tais delitos não é suficiente o conhecimento das regras gerais inseridas no Código Penal, ao contrário, faz-se indispensável verificar elementos específicos, sob pena de errônea condução do processo, ou mesmo da imposição de apenação.

## II. *SURDIS* PROCESSUAL

No que se refere ao instituto criado pelo art. 89 da Lei n. 9.099/95, dispôs, em seu art. 28, que a aplicação se dá quanto aos crimes de menor potencial ofensivo definidos nesta Lei.

Não dispõe, em nenhum de seus artigos, sobre uma definição própria de infrações de menor potencial ofensivo, o que induz à conclusão de que somente será possível quando se tratar de crime cuja pena máxima não seja superior a 1 (um) ano, consoante a exata dicção do art. 61 da Lei dos Juizados Especiais.

Há, evidentemente, conflito com as disposições da mencionada Lei n. 9.099/95, onde de forma mais abrangente se admite a suspensão condicional do processo, vez que aplicável a quem esteja sujeito à pena mínima inferior ou igual a 1 (um) ano. Mas a redação do *caput* do art. 28 empresta tratamento diverso, o que é possível em face de se tratar ambos os diplomas de leis infraconstitucionais da mesma hierarquia. Sendo a regra estabelecida pela Lei n. 9.605/98 posterior, e além disso específica, prevalece sobre a norma geral insculpida na Lei dos Juizados Especiais.

Em assim sendo, somente admitem o instituto os crimes previstos no art. 29, *caput*, e § 1º, incisos I a III, art. 31, art. 32, *caput* e § 1º (inseridos no capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, seção I — crimes contra a fauna), art. 44, art. 46, *caput* e parágrafo único, art. 48, art. 49 e parágrafo único, art. 50, art. 51 e art. 52, observada a incidência do contido no art. 53 (inseridos no capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, seção II — crimes contra a flora), art. 54, § 1º, art. 55, *caput* e parágrafo único, art. 56, 3º, art. 60, tendo-se presente a análise do contido no art. 58, incisos e parágrafo único (inseridos no capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, seção III — da poluição e outros crimes ambientais), art. 62, parágrafo único, art. 64, art. 65, *caput* e parágrafo único (inseridos no capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, seção IV — crimes contra o ordenamento urbano e patrimônio

cultural), art. 67, parágrafo único, e art. 68, parágrafo único (inseridos no capítulo V, que trata dos crimes contra o meio ambiente, seção V — crimes contra a administração ambiental).

Ademais, outra inovação importante se verifica como acréscimo às regras da suspensão condicional do processo, tendo elas relação com a declaração de extinção da punibilidade, prevista no § 5º do art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Exige, para que possa ser declarada, a existência de laudo de constatação de reparação de dano ambiental, a não ser que se demonstre a impossibilidade de fazê-lo (art. 28, inciso I).

Existente a perspectiva de se exigir a reparação, demonstrado que não tenha ela sido completa, deve-se dar a prorrogação do lapso de suspensão, até o máximo de 4 (quatro) anos, aos quais se acresce mais 1 (um) ano, sem que se verifique a suspensão do lapso prescricional (art. 28, inciso II).

Durante a prorrogação não se exigirá o cumprimento das demais condições aplicadas (art. 28, III), sendo obrigatória nova vistoria para a observância da efetiva implementação da reparação do dano ambiental, permitida nova prorrogação, respeitado o período de tempo mencionado (art. 28, IV).

Verificado o término da prorrogação, obrigatoriamente se deverá ter como reparado o dano ambiental (art. 28, V) e, muito embora não haja expressa manifestação no texto legal, a constatação de que ele não ocorreu determinará a continuidade da ação penal.

### III — PENAS ALTERNATIVAS

Ao cuidar do tratamento penal dirigido aos infratores, previu para os agentes do crime as penas privativa de liberdade, pecuniária e restritiva de direitos, e para as pessoas jurídicas as penas de multa, as restritivas de direitos e prestação de serviços à comunidade.

Seguindo a moderna tendência penalista, emprestou grande relevância às penalidades diferenciadas do recolhimento ao cárcere, dispondo sobre a possibilidade de sua aplicação, antecipando, em alguns aspectos, o que trata a redação original do projeto de lei da Presidência da República, que cuida da alteração no Código Penal, mais especificamente no que concerne aos arts. 43, 44, 45, 46, 47, 55 e 77 daquele diploma, como também o fez o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503, de 23 de setembro de 1997).

Teve o escopo de privilegiar a busca de opções que, ao mesmo tempo em que exigem do condenado o dispêndio de atividade, a manutenção ou conservação de determinadas áreas, o custeio de medidas para manter ou recuperar áreas sujeitas à proteção ambiental, ou mesmo o proibem de se ver beneficiado por contratação com órgãos públicos ou recebimento de subvenções públicas, podendo chegar ao extremo de suspender suas atividades ou encerrá-las definitivamente, fazendo com que sobre ele exista um gravame, produzem benefícios à sociedade como um todo. Estão eles representados pelos serviços prestados pela recuperação, conservação e manutenção de recursos naturais ou áreas preservadas, vedação de obtenção de vantagens do Poder Público ou, mesmo que de maneira inapelável, não mais possa vir a ocasionar malefícios ao meio ambiente.

Assim, dita ser possível em sede de crimes ambientais a submissão do infrator às penas restritivas de direitos, na hipótese de crimes culposos, ou em sendo dolosos, desde que a pena privativa de liberdade não venha a atingir quatro anos, observando-se, igualmente, a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do condenado, os motivos e circunstâncias do crime, estando eles a indicar a suficiência da aplicação, para os fins de reprovação e prevenção da criminalidade, vinculando o prazo ao período de duração da pena substituída (art. 7º, incisos I e II e parágrafo único).

O lapso de condenação suplanta a previsão de apenação inferior a 1 (um) ano, para os crimes dolosos, como se pretende com a legislação que pretende alterar o Código Penal, muito embora não admita que iguale a 4 (quatro) anos, como consta no referido projeto de lei.

Definiu-as, para o infrator (pessoa física) que poderá ser, na explicitação do art. 2º, quem de qualquer forma concorrer para a prática dos crimes previstos na lei, na medida de sua culpabilidade, assim como o diretor, administrador, membro de conselho e órgão técnico, auditor, gerente, preposto ou mandatário de pessoa jurídica que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixe de praticar atos impeditivos, quando possível agir para evitá-la, como o fez para a pessoa jurídica, inovação no ordenamento jurídico-penal brasileiro.

A ele poderá ser determinada a prestação de serviços à comunidade, consistentes na atribuição de tarefas gratuitas em parques e jardins públicos e outras unidades de conservação e, na hipótese de dano à coisa particular, pública ou tombada, na restauração, caso viável (art. 9º).

Poderá sofrer a interdição temporária de direitos, que é a proibição de contratar com o Poder Público, de receber incentivos fiscais ou benefícios análogos, ou mesmo participar de licitações por prazo certo (art. 10).

Terá suspensa sua atividade, de forma parcial ou total, quando ela estiver sendo exercida em desacordo com as prescrições legais (art. 11).

Da mesma forma, poderá ser determinado que proceda ao pagamento em dinheiro, à vítima ou entidade pública ou privada com fim social, de valor fixado pelo juiz, o qual não poderá ser inferior ao salário mínimo, nem suplantará trezentos e sessenta salários mínimos, deduzindo-se do valor de eventual reparação civil à qual for condenado (art. 12).

Isso reproduz, de certa forma, a nova previsão a ser inserida no Código Penal, no art. 45, § 1º, sempre com o desiderato de se recompor economicamente o prejuízo ocasionado.

O recolhimento domiciliar, inédito até então nas legislações penais brasileiras como forma comum de cumprimento de pena, posto que previsto somente em situações excepcionais, tem redação quase idêntica à que se pretende determinar para o Código Penal, tendo como base a auto-disciplina e senso de responsabilidade do condenado, facultando-lhe, sem vigilância, o exercício de trabalho ou outra atividade autorizada, e mesmo frequência a cursos, sem vigilância, com o recolhimento, nos demais horários, a sua moradia habitual (art. 13).

Permite, ademais, de forma diversa da prevista no Código Penal, a concessão do benefício do *sursis*, a quem for condenado à pena privativa de liberdade de até 3 (três) anos.

Às pessoas jurídicas, previu-se como penas principais a multa, a restritiva de direitos e a prestação de serviços à comunidade, pela óbvia impossibilidade de se impor o encarceramento.

A matéria está disciplinada no art. 21, indicando-se como penas restritivas de direitos a suspensão parcial ou total das atividades, aplicável quando da desobediência às disposições legais ou regulamentares relativas à proteção do meio ambiente (art. 22, I e § 1º); a interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade, utilizada quando se der o funcionamento sem a devida autorização ou de forma diversa da concedida, ou ainda com violação de disposição legal ou regulamentar (art. 22, II e § 2º); proibição de contratar com o Poder Público, e dele obter subsídios, subvenções ou doações, que não poderão exceder 10 (dez) anos (art. 22, III e § 3º).

A prestação de serviços à comunidade, erigida à categoria de pena diferenciada, poderá implicar no custeio de programas e projetos ambien-

tais (art. 23, I), execução de obras de recuperação de obras degradadas (art. 23, II), manutenção de espaços públicos (art. 23, III) e contribuições a entidades ambientais ou culturais públicas (art. 23, IV).

Singrou o legislador, indiscutivelmente, por águas que buscam formas diversas de se prevenir a criminalidade, ao mesmo tempo em que na sua repressão observa-se a maior importância do emprego de medidas que propiciem a restauração do mal cometido, seja quanto ao próprio ofendido, como pela maior possibilidade de conscientização e recuperação do agente do delito.

#### **IV — ESCOLHA E APLICAÇÃO DE PENAS (dosimetria)**

No que se refere à aplicação das sanções penais nela contidas, a novel legislação dispôs de forma bastante ampla, sendo indispensável que se analisem os seus mais diversos aspectos.

Inicialmente, há que se considerar o contido no art. 6º, que tem a seguinte redação:

*Art. 6º. Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:*

*I — a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;*

*II — os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;*

*III — a situação econômica do infrator, no caso de multa.*

Nessa conformidade, deve-se deixar de considerar o que existe como norte para o juiz, quando lhe é dado optar entre uma e outra apenação, para os crimes em geral, que é o contido no art. 59 do Código Penal.

Sabe-se que o magistrado, quando se depara com a possibilidade de escolher entre as penas previstas para o crime, deve atentar para aspectos que tenham relação com o crime e com as condições pessoais do infrator e, mediante fundamentação, indicar a que lhe parece mais adequada.

Em se tratando de crimes ambientais, terá elementos próprios a considerar, erigidos pela Lei como suficientes para direcioná-lo num ou noutro sentido. Assim, vê-se que as conseqüências do crime para a saúde em geral e meio ambiente, entendidas como gravidade do fato, são fundamentais para definir a medida repressiva indicada, como também o são as

anteriores incursões do infrator quanto ao cumprimento da legislação ambiental.

As conseqüências podem ser aferidas por laudos técnicos, que indicarão a possibilidade de recuperação da fauna ou flora, as perdas e prejuízos decorrentes da atuação criminoso.

O cumprimento da legislação ambiental deverá considerar eventuais ações penais pretéritas, assim como a existência de infrações administrativas que, de forma clara, demonstrem o desrespeito com que trata a questão. A exegese é possível, em vista do inciso II tratar dos antecedentes de forma genérica, sem restringi-los aos que possam assim ser considerados no campo penal.

Adotando-se a pena de multa como a única penalidade a ser imposta, ou sendo ela cumulativa, deve-se ter presente a situação econômica do infrator, seja ele pessoa física ou jurídica, o que está de acordo com o contido no art. 60, *caput*, do Código Penal, dispondo o art. 18 sobre a aplicação dos critérios daquele normativo (previstos no art. 49 e §§), reproduzindo em parte o que determina o § 1º do art. 60, CP, quando dita da possibilidade de ser triplicado o *quantum*, muito embora a medida decorra da verificação da vantagem econômica auferida. Considera-se, também, para o fim de obtenção da quantificação da multa, o montante do prejuízo (art. 19).

Viu-se, até aqui, ser necessário fixar-se o dano ambiental e sua extensão, para os fins da declaração de extinção da punibilidade relativa ao *sursis* processual.

Mas não é somente quanto a esse aspecto que tem relevância a verificação dos prejuízos havidos com a conduta criminoso. É possível a concessão da suspensão condicional da pena, como preconizado pelo art. 77 e seguintes do Código Penal, considerando-se pena privativa de liberdade irrogada que não suplante 3 (três) anos — art. 16 —, havendo a necessidade de recuperação do prejuízo ocasionado, como expressamente menciona o art. 17, também da Lei Ambiental.

Fixou-se a imprescindibilidade de confecção de laudo de reparação do dano ambiental, com pertinência entre ela e as demais condições a serem impostas (art. 17).

Também se observa a necessidade de demonstração do prejuízo e sua extensão, quando se cogita da aplicação de pena consistente em sua reparação, como determina o art. 12. Isso significa que, ocorrendo a opção pela apenação de prestação pecuniária, deverá ser observado o montante do dano provocado, o qual será aferido por perícia, podendo aprovei-

tar-se aquela havida em inquérito civil ou juízo cível, admitido o contraditório (art. 19, parágrafo único).

Esse dado tem importância quando se vê que o art. 20 dispõe, expressamente, que a *sentença penal condenatória, sempre que possível, fixará o valor mínimo para reparação dos danos causados pela infração, considerando os prejuízos sofridos pelo ofendido ou pelo meio ambiente.*

Tratando-se de sentença em que seja conveniente a aplicação da pena privativa de liberdade, deve-se atentar para o contido no art. 68, *caput*, do Código Penal, dispositivo legal que estabelece três fases para a obtenção da quantificação final da pena.

Pois bem, não trouxe a Lei Ambiental mudança no contexto geral, tendo-se em conta os critérios relativos à fixação da pena-base, isto é, no cálculo inicial que leva em conta as denominadas circunstâncias judiciais, expressamente estabelecidas pelo art. 59 do normativo penal, excepcionada a circunstância denominada de antecedentes.

Assim, deve-se considerar a *culpabilidade*, que reside no estudo da intensidade do dolo ou grau de culpa, na verificação da consciência do agente quanto à gravidade de sua atuação, o maior ou menor índice de reprovabilidade de sua conduta; os *antecedentes*, que é questão respeitante à situação pessoal de cada acusado, existência ou não de ações penais em curso ou condenações criminais ainda não transitadas em julgado, com a ressalva, repisa-se, de que em sede de crimes ambientais podem-se considerar a esse título eventuais infrações administrativas contra as disposições da lei específica; a *conduta social*, a maneira como se porta diante da sociedade, da comunidade com a qual convive; a *personalidade*, caráter pacífico ou violento, procedimento habitual, inclinação criminosa; *motivação*, fatos que o levam a incursionar pelo crime, razões que o incentivaram à prática; *circunstâncias*, que têm a ver com os caracteres do fato, os elementos que a distinguem e individualizam; as *consequências*, resultado que adveio do crime, prejuízos ocasionados, desde que suplantem a própria razão de ser da punição; e *comportamento da vítima*, consistente em eventual contribuição da vítima para facilitação ou provocação do crime.

Suplantada a primeira fase, incumbe ao juiz, em se tratando de outros crimes, a análise das circunstâncias legais, agravantes e atenuantes, previstas nos arts. 61 e 62, e 65 e 66, respectivamente, do Código Penal, desde que efetivamente evidenciadas. Ao contrário do que ocorre na primeira fase da concretização da pena, somente se procede ao estudo das

circunstâncias que se fazem presentes, não sendo necessária a menção a cada uma delas, desde que não tenham incidência.

Ocorre que para a hipótese de crimes ambientais os elementos mencionados no Código Penal são insuficientes e, em alguns casos, ocorre a aplicação de regras diferenciadas, à vista de se terem criado circunstâncias agravantes e atenuantes próprias, sendo imperioso o confronto, a fim de que se verifique o que realmente pode ser valorado.

Dessa forma, o art. 15 estabelece, em dois incisos, circunstâncias agravantes, desde que não sejam elementares do delito ou o qualifiquem.

O primeiro aspecto é a reincidência em crime ambiental (inciso I), que deve prevalecer sobre a reincidência genérica, prevista no art. 61, inciso I, do CP. Dá-se, para os crimes ambientais, a *reincidência específica*.

O inciso II prevê como causas obrigatórias de aumento ter o crime sido cometido para a obtenção de vantagem pecuniária (alínea *a*), mediante coação a outrem para a execução material do crime (alínea *b*), afetando gravemente ou expondo a perigo grave a saúde pública ou meio ambiente (alínea *c*), concorrendo para danos à propriedade alheia (alínea *d*), atingindo áreas e unidades de conservação, ou áreas sujeitas por ato do Poder Público a regime especial de uso (alínea *e*), atingindo áreas urbanas ou quaisquer assentamentos humanos (alínea *f*), em período de defesa à fauna (alínea *g*), em dias de domingo ou feriado (alínea *h*), à noite (alínea *i*), em época de seca ou inundações (alínea *j*), no interior de espaço territorial especialmente protegido (alínea *l*), com o emprego de métodos cruéis para abate ou captura de animais (alínea *m*), mediante fraude ou abuso de confiança (alínea *n*), mediante abuso do direito de licença, permissão ou autorização ambiental (alínea *o*), no interesse de pessoa jurídica mantida total ou parcialmente por verbas públicas, ou beneficiada com incentivos fiscais (alínea *p*), atingindo espécies ameaçadas, listadas em relatórios oficiais das autoridades competentes (alínea *q*) e facilitada por funcionário público no exercício de suas funções (alínea *r*).

Acresça-se a elas a circunstância agravante contida no art. 40, § 2º, que dispõe que *A ocorrência de dano afetando espécies ameaçadas de extinção no interior das Unidades de Conservação será considerada circunstância agravante para a fixação da pena.*

Resta claro, portanto, o incabimento das circunstâncias agravantes contidas no art. 61, incisos I, II, alíneas *a* a *h*, do Código Penal, por incompatíveis com os crimes ambientais, verificando-se, no entanto, a possibilidade de aplicação das circunstâncias agravantes referentes ao con-



curso de pessoas previstas no art. 62, incisos I (promoção ou organização da cooperação no crime, ou direção da atividade dos demais agentes) e III (instigação ou determinação para o cometimento do crime, de pessoa sujeita à sua autoridade, ou inimputável em face de sua condição ou qualidade pessoal), excluindo-se os incisos II e IV, posto que já previstos nas circunstâncias agravantes específicas do art. 15, como se vê no inciso II, alíneas *a* e *b*.

O estudo das circunstâncias atenuantes tem outra conotação. A menoridade por ocasião do fato ou maioridade quando da sentença (art. 65, inciso I) continua sendo valorada, assim como o desconhecimento da lei (inciso II), e algumas das causas relacionadas no inciso seguinte (III), desde que aplicáveis, sendo necessário o reconhecimento do relevante valor moral ou social, ter cometido o crime sob coação a que podia resistir ou em cumprimento de ordem de autoridade superior, e a confissão espontânea.

Não se afastam, igualmente, as circunstâncias atenuantes inominadas, previstas no art. 66.

Contudo, deve ser valorado o baixo grau de instrução ou escolaridade do agente (art. 14, I), o arrependimento do infrator, manifestado pela espontânea reparação do dano ou limitação significativa da degradação ambiental ocasionada (inciso II), comunicação prévia pelo agente do perigo iminente de degradação ambiental (inciso III) e colaboração com os agentes encarregados da vigilância e do controle ambiental (inciso IV).

Traduzem-se tais circunstâncias diversas das previstas no Código Penal em elementos relevantes para a definição da quantidade final de pena a ser aplicada, devendo ocorrer a preocupação em sua verificação durante o curso da ação penal, propiciando possam vir a ser valoradas.

As causas de especial aumento ou diminuição de pena são identificadas como aquelas em que se verifica a presença de motivo suficiente para determinar a majoração ou mitigação da reprimenda, exprimida em fração.

Dá-se o acolhimento das previstas na parte geral do Código Penal (tentativa — art. 14, II — ,erro sobre a ilicitude do fato — art. 21, *caput* — , inimputabilidade parcial — art. 26, parágrafo único — , embriaguez fortuita ou caso de força maior — art. 28, § 2º — , participação de menor importância — art. 29, § 1º — , participação em crime menos grave — art. 29, § 2º — , concurso formal — art. 70 — , e continuidade delitiva — art. 71), em face de não existir previsão em contrário.

Por outro lado, havendo menção especial a respeito do arrependimento do infrator, com tratamento de circunstância atenuante, não se pode aplicar o contido no art. 16 do CP, que trata do arrependimento posterior.

No capítulo dos crimes contra o meio ambiente, seção dos crimes contra a fauna, está o art. 29, o qual dispõe acerca da morte, perseguição, caça, utilização de espécimes da fauna silvestre, e outras condutas assemelhadas, como se observa no § 1º e incisos.

Tratando dessa modalidade delituosa, previu o legislador o aumento de metade da pena, se o crime for praticado contra espécie rara ou considerada ameaçada de extinção, ainda que somente no local da infração (art. 29, § 4º, inciso I), em período proibido à caça (inciso II), durante a noite (inciso III), o que inviabiliza nessa hipótese a aplicação da circunstância agravante, com abuso de licença (inciso IV), em unidade de conservação (inciso V) e com emprego de métodos ou instrumentos capazes de provocar a destruição em massa (inciso VI).

Também com relação a esse crime, criou a previsão de aumento até o triplo, quando o crime advier de caça profissional (art. 29, § 5º).

O crime que busca reprimir a conduta de abuso, maus-tratos, ferimento ou mutilação de animais silvestres, domésticos ou domesticados, nativos ou exóticos (art. 32), tem a previsão de aumento de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), caso sobrevenha a morte do animal (§ 2º).

O crime relativo à destruição ou danificação de floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou sua utilização de forma contrária às normas de proteção (art. 38), prevê para a modalidade culposa a mitigação de metade da reprimenda (parágrafo único).

Já o delito relacionado ao dano direto ou indireto às Unidades de Conservação e áreas especificadas no Decreto n. 99.274, de 6 de junho de 1990 (art. 40), na modalidade culposa, também determina a redução de metade (§ 3º).

Em relação aos crimes contra a flora, o art. 53 determina o acréscimo de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), quando do fato resulta a diminuição de águas naturais, erosão do solo ou modificação do regime climático (inciso I), ou quando o crime for cometido no período de quedas das sementes (inciso II, alínea *a*), no período de formação de vegetações (inciso II, alínea *b*), contra espécies raras ou ameaçadas de extinção, ainda que a ameaça ocorra somente no local da infração (inciso II, alínea *c*), em época de seca ou inundação (alínea *d*) e, durante a noite, em domingo ou feriado (alínea *e*).

A produção, processamento, embalagem, importação ou exportação, comercialização, fornecimento, transporte, armazenamento, guarda, depósito ou uso de produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou meio ambiente, em desacordo com as exigências legais ou regulamentares, também foi erigida à categoria de crime (art. 56), prevendo-se a exacerbação de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), quando o produto ou substância for nuclear ou radioativa (§ 2º).

Por fim, registram-se as causas de especial aumento de pena previstas para os crimes de poluição e outros crimes ambientais, nos quais se dá o acréscimo de 1/6 (um sexto) a 1/3 (um terço), se deles resultarem danos irreversíveis à flora ou ao meio ambiente em geral (art. 58, inciso I); aumento de 1/3 (um terço) à metade, se resultar lesão corporal de natureza grave em outrem (art. 58, inciso II); e, derradeiramente, a duplicação da pena, caso se dê a morte de alguém (art. 58, inciso III).

## V — CONCLUSÃO

A Lei n. 9.605/98, portanto, criou um universo próprio para os crimes ambientais, traçando normas específicas para institutos processuais, assim como delimitando de forma especializada alguns aspectos que, para a esmagadora maioria dos crimes, é uniforme.

Disso resulta a obrigatoria preocupação de todos quantos militam nos juízos penais, para que possam vir a implementar as regras estabelecidas de forma unívoca, tendo em mente os princípios estabelecidos pela novel legislação.

Pode-se discordar de algumas das soluções empregadas, como por exemplo a redução da extensão do *sursis* processual, não obstante existam situações em que, ao contrário do que dita o Código Penal, com a redução ainda vigente, preconizem-se soluções mais benéficas ao infrator, como se verifica no que tange à possibilidade de aplicação de penas restritivas de direitos, com a ampliação da quantificação da condenação à pena privativa de liberdade a total inferior a 4 (quatro) anos, e ao se ver que é possível conceder a suspensão condicional da pena, a quem sofrer condenação de até 3 (três) anos.

Contudo, sabe-se que o objetivo foi disciplinar o respeito à natureza, quando as campanhas educativas não foram suficientes para a obtenção do desiderato, devendo-se buscar implementar as previsões, da melhor forma, para que se possa assegurar às gerações futuras um mundo menos afetado pelos danos contra ela praticados, e sobretudo mais sadio.

# PROPOSTA SUBSTITUTIVA DA ALTERAÇÃO PARCIAL DO PROJETO DE LEI N. 4.348/98 (Deputado Ibrahim Abi-Ackel)<sup>1</sup>

Joel Dias Figueira Júnior\*

Procuramos neste estudo sintetizar num único Esboço de Anteprojeto de Lei as propostas já insculpidas e transformadas no Projeto de Lei n. 4.348/98, de autoria do Deputado Ibrahim Abi-Ackel, acrescidas ao Esboço de Anteprojeto de Lei denominado de “Base III” pela Comissão responsável pelo prosseguimento do movimento reformista do sistema instrumental civil brasileiro, liderada pelos Professores Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Athos Gusmão Carneiro, acrescidas das nossas modestas sugestões oportunamente formalizadas e encaminhadas aos Coordenadores da Reforma.

O objetivo desta publicação é fomentar novos debates na busca do aprimoramento do microsistema dos Juizados Especiais Cíveis, sem a preocupação de afrontar a temática pelo prisma dogmático, mas apenas

---

\* *Doutor e Mestre em Direito Processual Civil pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo; Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Università Degli Studi di Milano, Itália; Professor dos cursos de Pós-Graduação da UFSC, UNISUL e UEPG; Juiz de Direito em Joinville/SC; Autor de várias obras publicadas pelas editoras Revista dos Tribunais e Jurudá, bem como de inúmeros artigos publicados em diversas revistas jurídicas especializadas, boletins e jornais.*

1 Este Substitutivo modifica parcialmente a redação do Projeto 4.348/98 e incorpora as alterações apresentadas no Esboço de Anteprojeto de Lei da Comissão de Reforma do Sistema Instrumental Civil Brasileiro, denominada Base III, e acresce outras modificações.

fazer indicações e formulações breves com as justificativas das mudanças propostas.

*Altera dispositivos da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, que dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e dá outras providências.*

Art. 1º. Os artigos, incisos e parágrafos a seguir indicados na Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995, passam a vigorar com a seguinte redação:

A — Art. 3º. O Juizado Especial Cível tem competência, por opção do autor, para a conciliação, o processo e o julgamento das causas de menor complexidade probatória e valor não excedente a quarenta salários mínimos<sup>2</sup>.

I — Redação do atual § 1º.

II — Redação do atual § 2º.

III — Redação do atual § 3º.

B — Art. 18.....

I — *Obs.: suprimir a redação do Projeto e manter a redação atual da Lei n. 9.099/95.*<sup>3</sup>

2 Justificativa: A nova redação termina com a celeuma criada na doutrina e jurisprudência a respeito da competência relativa e procedimento opcional nos Juizados Especiais, encampando a tese dominante dos pretórios e doutrinadores de maior expressão.

De outra parte, a simplificação do dispositivo com a eliminação dos quatro incisos coloca também pá de cal nas inúmeras controvérsias formadas a respeito da matéria. Ademais, o atual rol do art. 3º é meramente exemplificativo, pois todas as demandas até 40 salários mínimos que não apresentem complexidade probatória, isto é, as que prescindem de prova pericial, e desde que o autor opte pelo procedimento sumaríssimo da Lei n. 9.099/95, enquadram-se perfeitamente no inc. I.

Outra vantagem também diz respeito à definição do valor da causa nos Juizados Especiais, que tanta polêmica tem causado entre os operadores do direito, pretórios e estudiosos do tema, nada obstante a limitação definida no atual § 3º do art. 3º, art. 15 e art. 39.

Tendo em vista que o legislador utilizou-se de critério misto (valor limitado e matéria não complexa) para nortear a competência nos Juizados Especiais Cíveis, é de bom alvitre que a questão polemizada seja bem esclarecida e definida através da nova redação desse dispositivo, de maneira clara, objetiva e precisa. Frisa-se, *en passant*, que nenhum sistema alienígena que opere com as denominadas “pequenas causas” ou “cortes menores especializadas” permite matéria probatória complexa ou valor elevado ou muito menos ilimitado.

3 Justificativa: O Projeto 4.384 sugere alteração do inc. I, substituindo a citação pelo sistema de Aviso Postal de Recebimento por Mão-Própria (AR-MP) pela “correspondência, mediante registro postal”. A modificação sugerida é por demais arrojada, à medida que a citação é nada menos do que o ato principal formador da relação jurídico-processual, responsável pela instauração cabal do contraditório, não podendo o microssistema prescindir de tal formalidade representativa da garantia constitucional de efetiva comunicação (pessoal) ao sujeito passivo da

II — .....

III — sendo necessário, por oficial de justiça<sup>4</sup>.

C — Art. 38.....

Parágrafo único — *Obs.: suprimir a redação do projeto e manter a redação atual da Lei 9.099/95*<sup>5</sup>.

D — Art. 41. Da sentença, excetuada a homologatória de conciliação ou de laudo arbitral, caberá apelação<sup>6</sup>.

---

demanda. Seria temerário admitir-se como válida a citação que por simples registro postal comunicou não ao réu, mas v. g. a seu filho, sogra, empregada doméstica, porteiro de prédio etc.

- 4 Justificativa: Retira-se a expressão atual da Lei n. 9.099/95 “...independentemente de mandado ou carta precatória”, porquanto não é o “mandado” ou a “carta precatória”, em si mesmos, que atrasam ou dificultam o trâmite processual, mas sim a forma de confecção e expedição. Ademais, é impossível o cumprimento de ordem judicial sem mandado propriamente dito; algum documento, do qual conste a ordem judicial, os oficiais de justiça sempre deverão portar consigo no cumprimento da diligência.

Na verdade, o que se deseja na prática e na teoria é que os “mandados” sejam simplificados e as “cartas precatórias” expedidas por meios idôneos e mais velozes de comunicação.

- 5 Justificativa: Dispõe o Projeto que “Não se admitirá sentença condenatória por quantia ilíquida, inclusive quanto aos valores acessórios, podendo o juiz fazer-se assessorar por contador ou outro funcionário a fim de assegurar a liquidez”. Ocorre que as sentenças são proferidas, de regra, em audiência, em face do princípio da oralidade em grau máximo, não havendo sérias dificuldades para o magistrado em aplicar a regra sugerida no Projeto, pois deveria interromper a audiência para a feita dos cálculos. O argumento de levar consigo o cálculo previamente elaborado também não é acertado, pois somente após a coleta das provas é que o juiz poderá decidir pela procedência total ou parcial do pedido, ou, ainda, pela improcedência. Ademais, imputar ao juiz essa atribuição significaria retrocesso em termos de reforma processual, que suprimiu a chamada fase de liquidação por cálculos do contador. Há de se aplicar (como aliás já se faz hoje na prática dos Juizados) o disposto no art. 614, II, do CPC, quando o vencedor postula representado por advogado; caso contrário, o juiz envia os autos ao contador, para cálculo dos juros e correção monetária (o que também já se faz na prática forense). O que o microsistema não permite (acertadamente) é sentença ilíquida, ainda que genérico o pedido, sendo que a definição do principal na prolação da decisão satisfaz integralmente o desejo do legislador, insculpido no atual parágrafo único do art. 38.
- 6 Justificativa: O então inominado “recurso” passa a ser nominado como “apelação”, a exemplo do que já se constata no art. 82, alusivo aos recursos nos Juizados Especiais Criminais. A reforma do CPC, aliás, aboliu os recursos “inominados”.

§ 1º. A apelação será julgada por um Colégio Recursal<sup>7</sup> composto por três juízes togados, em exercício no primeiro grau de jurisdição<sup>8</sup>.

§ 2º.....

E — Art. 42.....

§ 1º. No ato de interposição do recurso o recorrente comprovará o respectivo preparo, sob pena de deserção<sup>9</sup>.

§ 2º. Interposto o recurso, a Secretaria intimará o recorrido para oferecer resposta escrita, no prazo de dez dias<sup>10</sup>.

§ 3º. A admissibilidade do recurso é condicionada ao depósito do valor total da condenação ou à prestação de garantia real ou fidejussória equivalente, exigível no ato da interposição, juntamente com o preparo<sup>11</sup>.

F — Art. 47. Admitir-se-á, com o prazo extintivo de três meses, e no relativo à questão da competência absoluta e à matéria de mérito, ação rescisória de acórdão do Colégio Recursal, a ser julgada pelo Tribunal de Alçada ou, onde não houver, pelo Tribunal de Justiça.

Parágrafo único. O autor da ação rescisória, salvo em caso de assistência judiciária, depositará importância igual a dez por cento sobre o valor atualizado da causa, a título de multa, importância que reverterá em favor do réu se a ação for declarada inadmissível ou improcedente<sup>12</sup>.

7 Justificativa: Corrige-se a referência a que o recurso seria interposto “para o próprio julgado”, porquanto o apelo é manifestado para o Colégio Recursal, que julgará os recursos providos dos vários Juizados da respectiva área de sua jurisdição.

Substitui-se também a expressão “Turma de Recursos” por “Colégio Recursal”, à medida que a existência de “Turmas” pressupõe um grupo de pessoas pertencentes a um determinado órgão colegiado. Em outros termos, Turma é um órgão integrante de uma Corte ou Tribunal e não um Órgão em si mesmo; não há falar em Turma sem a existência de Órgão Colegiado ao qual pertence, assim como não há Colegiado sem Turma ou Câmara. Sem dúvida, é juridicamente mais adequado referirmo-nos a esses Órgãos como Colégios Recursais.

8 Justificativa: Cumpre abolir a menção a que o Colégio Recursal reunir-se-á na “sede do Juizado”, pois nem sempre poderá ser assim. No Rio Grande do Sul, por exemplo, os Juizados Especiais foram instalados em todas as comarcas, e não será possível instituir Colégios Recursais “itinerantes” de comarca em comarca. Os Colégios terão suas sedes em determinadas comarcas, via de regra aquelas de maior movimento forense.

9 Justificativa: A nova redação desse § 1º torna-se compatível com a nova e simplificada sistemática prevista no CPC para o preparo dos recursos.

10 Justificativa: *Idem, ibidem.*

11 Conforme redação do Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Inibir a interposição de apelação em prol dos princípios norteadores dos Juizados Especiais, notadamente da celeridade e efetividade do processo.

12 Justificativa: A nova norma prevê, com limitações, a ação rescisória no âmbito dos Juizados, com prazo extintivo de três meses e exigência de depósito, pelo autor, de valor igual a 10% do valor da causa, sendo competente para o processo e julgamento o Tribunal de Alçada ou de Justiça.

G — Art. 48. Cabem embargos de declaração quando, na sentença ou no acórdão, houver obscuridade, contradição ou omissão<sup>13</sup>.

Parágrafo único.....

H — Art. 50. Interpostos, os embargos de declaração interrompem o prazo para recurso<sup>14</sup>.

I — Art. 51.....

VII — Quando, frustrada a tentativa de conciliação e após o oferecimento de resposta, for reconhecida a necessidade de produção de prova técnica diversa da simples inspeção judicial (art. 35) e desde que uma das partes postule desacompanhada de advogado<sup>15</sup>.

§ 1º. Verificando-se qualquer hipótese de incompetência e desde que ambas as partes postulem representadas por advogados, deverá o juiz declinar da competência<sup>16</sup>.

§ 2º. Nas comarcas dotadas de vara única ou juízo com competência residual e cumulativa para os Juizados Especiais, o processo seguirá o rito sumário, ordinário ou especial<sup>17</sup>.

---

Busca-se, assim, solução para gravíssimo problema atual pertinente à absoluta ausência do “controle de legalidade” dos acórdãos dos Colégios Recursais, inclusive diante da Súmula 203 do STJ.

Com a permissão do ajuizamento da rescisória, abre-se uma oportunidade, embora com as desejáveis limitações, para o cabimento de Recurso Especial, a fim de que eventuais graves distorções pretorianas, como por exemplo a contrariedade à lei federal traduzida em Súmulas do STJ, ou o desvirtuamento de competência, possam receber corrigenda em Tribunal superior.

- 13 Justificativa: Expurga-se a palavra “dúvida”, em sintonia com a reforma já procedida no CPC.
- 14 Justificativa: Substitui-se a suspensão do prazo pela interrupção, sintonizando-se com a reforma instituída nos embargos de declaração do CPC.
- 15 Justificativa: A inclusão deste inciso vem para melhor esclarecer, especificar e complementar o disposto no inciso II. A extinção do processo será medida inarredável quando um dos litigantes estiver postulando desacompanhado de procurador habilitado, o que por si só inviabiliza o prosseguimento do processo na justiça comum, onde as partes devem necessariamente se fazer representar por advogado.
- 16 Justificativa: Trata-se de medida salutar que permitirá o reaproveitamento dos atos processuais já praticados, a exemplo do que se verifica na justiça comum e nas hipóteses reguladas pelo CPC em que o juiz declara a sua incompetência, declinando o foro ou juízo onde o feito terá seu normal prosseguimento. Como essa hipótese não é prevista na Lei n. 9.099/95, alguns juízes, na prática, têm simplesmente extinguido o processo, nos termos do art. 51; outros, mais habilidosos, têm procurado aplicar subsidiariamente o CPC e dar o seguimento sugerido nesta proposta de alteração.
- 17 Justificativa: Inspira-se a proposta no art. 277, § 5º, do CPC, que autoriza a conversão do rito sumário em ordinário, em casos semelhantes.



*J* — Art. 52. A execução da sentença processar-se-á no próprio Juizado, nos seguintes termos:<sup>18</sup>

*K* — I As sentenças serão necessariamente líquidas<sup>19</sup>.

II — .....

III — .....

IV — .....

V — .....

VI — .....

*L* — VII — na alienação forçada de bens, o juiz poderá autorizar:<sup>20</sup>

a) a adjudicação do bem pelo valor definido na avaliação;<sup>21</sup>

b) a venda por iniciativa particular do credor, com ou sem intervenção de corretor ou assemelhado, por preço igual ou superior ao da avaliação, ou, ainda, por preço inferior, ouvindo-se, neste caso, previamente o devedor, facultada a remissão do bem ou da execução. Se o pagamento não for à vista, tratando-se de bem móvel, ficará penhorado, e, se imóvel, será hipotecado, até o cumprimento total da obrigação;<sup>22</sup>

c) o pagamento parcelado do preço, mediante garantia real ou fidejussória;<sup>23</sup>

VIII — .....

IX — .....

18 Justificativa: Retira-se a alusão à aplicação subsidiária do CPC tendo em vista que a nova redação que será conferida ao art. 59 desta Lei tratará especificamente dessa matéria, sendo desnecessária a repetição neste art. 52 ou art. 53.

19 Justificativa: Exclui-se a alusão ao já ultrapassado índice definido como BTN e deixa-se de fazer referência a qualquer outro indexador equivalente, permitindo assim a aplicação daquele vigente à época da prolação da sentença.

Ademais, este inc. I é totalmente despiciendo, à medida que repete o inteiro teor do art. 38, parágrafo único.

20 Justificativa: Objetiva melhor definir as hipóteses do atual inc. VII.

21 Justificativa: Trata-se de forma mais rápida, simples e menos onerosa para a satisfação do crédito perseguido na execução. Aliás, essa hipótese já se encontra prevista no § 2º do art. 53, que dispõe sobre a execução de título extrajudicial, estendendo-se agora, com a nova redação, a executacional fundada em sentença.

22 Redação semelhante à do Projeto Abi-Ackel, numerado como inc. VII, alínea *a*. Justificativa: Disciplinar a alienação extrajudicial do bem penhorado e incrementar essa forma de satisfação do crédito, muito mais rápida, simples e menos onerosa aos litigantes, sobretudo se comparada com a alienação judicial.

23 Redação semelhante à alínea *b*, inc. VII, do Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Trata-se de norma já insculpida na parte final do atual inc. VII do art. 52, modificando-se apenas a redação com a nova sistematização ora proposta.

*M — X* — os embargos não terão efeito suspensivo e não impedirão a alienação dos bens penhorados; nessa última hipótese, deverá o exequente oferecer previamente caução real ou fidejussória;<sup>24</sup>

*N — XI* — na falta de bens penhoráveis, a execução far-se-á mediante desconto em folha dos rendimentos do trabalho do devedor, requisitada à respectiva fonte pagadora a parcela não superior a 20% do correspondente valor líquido, apurado mês a mês, e desde que o ganho mensal total do executado seja igual ou superior a cinco salários mínimos<sup>25</sup>.

§ 1º. Na execução por quantia certa, fica assegurada ao exequente a opção pelo foro da sentença, do domicílio do devedor ou da localização dos bens sobre os quais deva ela incidir<sup>26</sup>.

§ 2º. A instauração da execução poderá ser comunicada pelo juiz, de ofício, ou a requerimento do interessado, às instituições de defesa e proteção do crédito<sup>27</sup>.

§ 3º. Confirmada a condenação pelo juízo recursal, o depósito a que se refere o art. 42, § 3º, converter-se-á em penhora, podendo o juiz re-

---

24 Redação semelhante à do Projeto Abi-Ackel: Justificativa: Oferecer maior agilização na busca da celeridade norteadora da justiça especializada. Todavia, se atingida a fase de alienação (judicial ou extrajudicial) do bem penhorado antes do julgamento dos embargos, o credor deverá prestar caução para garantir o devedor embargante na hipótese de procedência.

25 Redação semelhante à do Projeto Abi-Ackel. Justificativa: É comum nos Juizados Especiais, em face das particularidades dos litigantes — notadamente os devedores —, que a execução se frustre por falta de bens penhoráveis, o que importa atualmente na extinção do processo.

A alteração proposta visa encontrar uma via intermediária que propicie ao credor a satisfação paulatina de seu crédito, de maneira que o executado consiga arcar com a obrigação sem maiores prejuízos para o seu sustento ou de sua família. Todavia, é de boa índole a fixação de um limite de ganho mensal do devedor para se efetuar o desconto, de forma a viabilizar a satisfação do crédito de maneira suportável para o executado.

26 Cf. Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Simplificar a execução do julgado para o vencedor exequente, tornando-a menos onerosa e mais rápida.

27 Redação semelhante ao § 3º, art. 52, do Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Inicialmente, suprime-se a redação conferida ao § 2º, art. 52, do Projeto Abi-Ackel (“Onde convier à vista das condições locais, o legislador estadual poderá instituir juizados exclusivos e especializados para as execuções fundadas nesta lei.”), por ser totalmente desnecessária, uma vez que essa atribuição os Estados já possuem atualmente, tendo em vista que poderão disciplinar de forma cabal a matéria por meio de suas leis de organização judiciária, pela criação de varas especializadas. A redação agora conferida ao § 2º e que no projeto original encontra-se no § 3º tem por objetivo tornar pública a situação de inadimplência do executado na tentativa de defender os interesses coletivos dos comerciantes, e, de maneira indireta, servir de mais um elemento para forçar o devedor executado ao cumprimento da obrigação.

duzir-lhe o montante ou determinar sua complementação para ajustá-lo ao valor resultante do julgamento do recurso<sup>28</sup>.

§ 4º. Se necessário penhora por mandado, far-se-á de imediato, sem qualquer prazo ou dilação, devendo o oficial de justiça, logo a seguir e na mesma diligência, intimar o devedor, avaliar o bem penhorado, salvo se a avaliação exigir conhecimento técnico especializado, e efetuar o depósito do bem<sup>29</sup>.

§ 5º. O devedor será imediatamente desapossado do bem, vedada sua nomeação como depositário, devendo esta recair sobre o credor ou, se não puder ou não quiser aceitá-la, sobre terceiro idôneo indicado pelo exequente ou depositário judicial, se houver na comarca. Somente em caráter excepcional em que não se verifique a possibilidade de enquadramento de qualquer das opções mencionadas neste dispositivo é que a nomeação recairá sobre o executado<sup>30</sup>.

§ 6º. Aplica-se à execução por título extrajudicial, no que couber, o disposto neste artigo<sup>31</sup>.

*O* — Art. 53. A execução de título executivo extrajudicial, no valor de até quarenta salários mínimos, processar-se-á nos termos seguintes e conforme definido no artigo anterior, no que for aplicável<sup>32</sup>.

*P* — § 1º. O devedor será citado por carta para pagar em 24 horas, ou oferecer bens à penhora, sob pena de serem penhorados tantos bens quantos bastem para a garantia do juízo. No mesmo ato, será o executado intimado da data da audiência de conciliação, oportunidade em que deve-

---

28 Cf. Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Facilitar a satisfação do crédito do exequente.

29 Cf. Projeto Abi-Ackel. Justificativa: Imprimir maior celeridade e simplicidade ao processo executacional dos juizados.

30 Redação semelhante à do Projeto Abi-Ackel: Justificativa: Constranger o executado recalcitrante ao adimplemento mais rápido da obrigação.

31 Justificativa: Não usando de boa técnica, o legislador sistematizou separadamente e regulou em dispositivos diversos as execuções fundadas em título judicial e extrajudicial, quando o procedimento e formas de satisfação dos créditos são absolutamente idênticos. Os processos não diferem em nada — a única distinção reside na natureza do título exequendo.

O ideal seria redefinir toda a Seção XV, que dispõe sobre a execução. Todavia, tal medida certamente importaria em criação de novos artigos, com a conseqüente alteração na seqüência numérica dos seguintes, o que não é desejável.

Por isso, soluciona-se o problema fazendo-se menção à reciprocidade de incidência das normas insculpidas nas duas espécies de execução.

32 Justificativa: Assim como já definido no *caput* do art. 52, retira-se a alusão à aplicação subsidiária do CPC, tendo em vista que a nova redação que será conferida ao art. 59 desta Lei tratará especificamente dessa matéria, sendo desnecessária a sua repetição neste dispositivo.

rá oferecer embargos (art. 52, IX), por escrito ou verbalmente, se desejar, desde que garantido o juízo<sup>33</sup>.

§ 2º. ....

§ 3º. ....

*Q* — § 4º. Não sendo encontrado o devedor ou inexistindo bens penhoráveis, e sendo impossível o desconto na forma do disposto no inc. XI do art. 52, o processo será extinto, devolvendo-se os documentos ao autor<sup>34</sup>.

Art. 54. O acesso ao Juizado Especial independará, em primeiro grau de jurisdição, do pagamento das custas, taxas ou despesas, o que não se confunde com incidência do princípio da sucumbência (art. 54).

*R* — § 1º. Quando houver necessidade de cumprimento de atos judiciais por oficial de justiça, contador ou leiloeiro, a parte interessada providenciará o depósito prévio das custas das diligências, salvo se beneficiária da assistência judiciária gratuita<sup>35</sup>.

§ 2º (...) *Obs.: mantida a redação do atual parágrafo único.*

*S* — Art. 55. A sentença condenará o vencido a pagar ao vencedor as despesas que antecipou e os honorários advocatícios, que serão fixa-

33 Justificativa: A nova redação afina-se melhor com as orientações norteadoras do microsistema e redefine com maior precisão os atos que antecedem a audiência preliminar e o momento processual oportuno para o oferecimento da resposta (embargos).

34 Cf. Projeto Abi-Ackel: Justificativa: Harmoniza-se a atual redação do § 4º com a novidade assinalada no inc. XI do art. 52.

35 Justificativa: Problema que se tem verificado na prática forense, servindo como indicador da necessidade de uma revisão da aplicabilidade da supressão total do princípio da sucumbência nos Juizados Especiais Cíveis, reside na preocupante situação que envolve as diligências dos oficiais de justiça. Se não há dúvida de que a nova lei veio para facilitar e ampliar o espectro do acesso ao Judiciário, também não é menos verdadeiro que os serventuários ou o próprio Estado não podem arcar incondicionalmente com esse fardo. Parece-nos que a *via de uscita* antes da modificação aqui sugerida residia na aplicação analógica da orientação já firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, para as demandas em que a Fazenda Pública figure como parte.

Não se pode perder de vista que se a interpretação por critérios tradicionais conduzir a injustiça, incoerências ou contradição, recomenda-se buscar o senso equitativo, lógico e acorde com o sentimento geral. Custas e emolumentos, quanto à natureza jurídica, não se confundem com despesas para o custeio de atos decorrentes do caminhar processual, não estando o meirinho, por exemplo, obrigado a arcar, em favor da Fazenda Pública, também compreendidas as suas autarquias, com as despesas necessárias para a execução de atos judiciais; o mesmo entendimento pode e deve ser aplicado em relação aos Juizados Especiais Cíveis.

Com a modificação aqui sugerida, esse problema seríssimo do pagamento das custas dos serventuários fica solucionado definitivamente. Ademais, o litigante carente estará sob o amparo da assistência judiciária gratuita.

dos entre dez e vinte por cento sobre o valor da condenação ou, não havendo condenação, sobre o valor corrigido da causa<sup>36</sup>.

*T* — Parágrafo único. Na execução não serão *cobradas* custas, salvo quando:<sup>37</sup>

I — .....

II — .....

III — .....

*U* — IV — Nas hipóteses previstas no art. 54, § 1º.<sup>38</sup>

*V* — Art. 59. Aplicam-se subsidiariamente as disposições do Código de Processo Civil, quando compatíveis com esta Lei e sua sistemática<sup>39</sup>.

---

36 Justificativa: O acesso gratuito à justiça não deve ser confundido com o ônus da sucumbência. Inexiste razão plausível para o vencido deixar de arcar com as despesas processuais e os honorários da parte *ex adversa*. O sistema tal como está formulado onera injustamente o vencedor, à medida que arca extrajudicialmente com os honorários de seu advogado (e seria leda ingenuidade imaginar que os causídicos prestarão seus serviços gratuitamente), ressalvada a hipótese de estar litigando sob o manto da assistência judiciária. Da mesma forma, o Estado tem arcado com todas as despesas decorrentes do processo, o que também é inadmissível.

37 Justificativa: O texto atual usa a expressão “contadas custas”, que é pouco apropriada, tendo em vista que as custas não serão apenas “contadas”, mas também “cobradas”.

38 Justificativa: Ajusta-se às alterações introduzidas no art. 54, § 1º, para os casos de diligências indispensáveis ao prosseguimento da execução (v.g. penhora, remoção, hasta pública etc.).

39 Cf. Esboço de anteprojeto, “Base III”. Justificativa: Trata-se de dispositivo necessário e destinado a sanar as dúvidas cotidianas dos operadores do direito, além de se adequar ao próprio microsistema, comparativamente ao que se verifica na parte processual penal da Lei, no art. 92.

## ALIMENTOS E DESCONSIDERAÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Jorge Luis Costa Beber \*

Na ação de alimentos, como ocorre em qualquer demanda envolvendo litigiosidade, também incidem os dizeres previstos no art. 333 do CPC, pois provar, nas palavras de José Francisco Pellegrini<sup>1</sup>, é essencial para o êxito do processo.

Ainda que admitido certo temperamento diante das peculiaridades da ação alimentar, não se pode olvidar que ao autor incumbe demonstrar os fatos constitutivos do seu direito, que podem ser resumidos na prova da relação de parentesco com o réu, as suas necessidades, assim como as possibilidades daquele contra quem a ação é dirigida.

Alusivamente à prova de parentesco, que obrigatoriamente deverá ser documental, não se vislumbra maior dificuldade para sua produção, bastando, via de regra, tão-somente a apresentação da certidão de nascimento ou de casamento da parte demandante.

Do mesmo modo, no que respeita às necessidades daquele que reclama o pensionamento almejado, não existem maiores entraves, devendo, apenas, tanto quanto possível, sem um rigor extremado, ser demonstrada a inexistência de meios suficientes para a respectiva manutenção, sendo de convir que em muitos casos, mormente naqueles envolvendo

---

\* *Juiz de Direito em Criciúma, Santa Catarina.*

1 Do ônus da prova — Crítica do art. 333 do CPC, Revista Ajuris n. 16, pág. 45.

menores impúberes sob a guarda da mãe desempregada, tal necessidade é até mesmo presumida.

A maior dificuldade do demandante, fundamentalmente, reside na obtenção das provas pertinentes às possibilidades do réu para arcar com a verba alimentar perseguida, máxime quando não ostenta ele a condição de simples assalariado, funcionário público ou militar, categorias que possibilitam a verificação dos respectivos ganhos através da simples análise da folha de pagamento, demonstrativo de salários, proventos, subsídios ou soldo.

Não obstante a ampla ensancha probatória admitida nas ações de alimentos, remarcadas, segundo Yussef Said Cahali<sup>2</sup>, com grande carga de inquisitividade, é inocultável que o demandante, em determinadas circunstâncias, encontra sérias e muitas vezes insuperáveis dificuldades para comprovar que o demandado possui solvabilidade suficiente para arcar com a obrigação alimentar no patamar pretendido.

Entre as situações mais complexas para realização eficaz da prova acerca dos efetivos rendimentos do demandado está aquela que envolve a figura do titular de cotas de sociedade mercantil, condição que propicia as mais variadas formas para contornar, omitir, simular e falsear os ganhos efetivamente percebidos pelo sócio compelido a cumprir com a sua obrigação de sustento, viabilizando, ainda, o acobertamento do seu patrimônio pessoal.

Em muitos casos, pais ou cônjuges insensíveis, relapsos e irresponsáveis se utilizam da pessoa jurídica que integram como sócios para montar diversos estratagemas, tudo com a inequívoca e deliberada intenção de impedir que o autor da ação de alimentos possa demonstrar, através de dados concretos e escoimados de dúvidas, os reais rendimentos por eles percebidos ou seus respectivos bens particulares.

Assim, balanços fraudulentos são montados, transferências fictícias de cotas são realizadas, “testas-de-ferro” são arregimentados, vencimentos simbólicos são registrados, arcando a sociedade com o pagamento das despesas pessoais do alimentante, lançadas na contabilidade sob outra rubrica. E mais: há casos em que incorporações ou fusões societárias são manobradas tão-somente com a intenção de eclipsar os rendimentos e o patrimônio pessoal do sócio, deliberadamente integralizado como capital social.

---

2 Alimentos, 2ª ed., RT, pág. 628.

Trata-se, sem dúvida, de comportamento falaz, ignóbil sob todos os aspectos, máxime quando evidenciado que a ostentação de riqueza do alimentante não condiz com o quadro de penúria arditosamente pintado no curso da instrução processual. Tal situação resulta ainda mais grave quando demonstrado que os filhos e cônjuge, antes de quebrada a harmonia conjugal e familiar, viviam com um padrão superior, reduzido, repentinamente, quase à indignência.

O Judiciário, por certo, não pode ser complacente com tamanho embuste, resultando daí, diante do conjunto probatório formado e com base no princípio da persuasão racional, a possibilidade de utilização daquilo que se convencionou denominar de Teoria da Desconsideração da Personalidade Jurídica, cuja gênese dimana do direito norte-americano, onde esta desestimação corporativista resultou na criação da chamada *disregard doctrine*.

Com efeito, é certo, conforme disciplina o art. 20 do Código Civil, que as pessoas jurídicas têm existência distinta da dos seus sócios, advertindo Pontes de Miranda<sup>3</sup>, no particular, que o patrimônio da sociedade, uma vez personificada, não é comum: é da sociedade.

Nesse diapasão, não há nenhuma dificuldade em reconhecer que o sócio-alimentante, na condição de quotista, não possui direitos líquidos, mas apenas uma expectativa decorrente de um direito patrimonial de crédito, condicionado à existência de lucros, de onde resultam os seus rendimentos, salário ou pró-labore, e à existência de ativos líquidos, quando dissolvida a sociedade.

O problema surge quando o respectivo sócio, demandado em ação alimentar, busca, sob o manto da personalidade jurídica, turvar a sua realidade financeira e o seu acervo patrimonial, procurando, mediante as fraudes antes referidas, obnubilar dados que deveriam transparecer claros e precisos, especialmente diante da requisição judicial para apresentação dos rendimentos por ele percebidos.

Impõe-se, então, diante de tal comportamento, a utilização da teoria da *disregard*, que, segundo Fábio Ulhoa Coelho<sup>4</sup>, não postula a invalidez, irregularidade ou dissolução da sociedade desconsiderada, mas toma como episodicamente ineficaz o ato constitutivo da pessoa jurídica, que será ignorada apenas no julgamento da conduta fraudulenta ou abusiva da pessoa que a utilizou indevidamente, permanecendo existente, váli-

3 Tratado, vol. 49, § 5.178, n. 1.

4 O empresário e os direitos do consumidor. Saraiva, 1994, pág. 215.



da e eficaz em relação a todos os demais aspectos de suas relações jurídicas.

Busca-se, através deste desprezioso estudo, a utilização do referido entendimento também no Direito de Família, seguindo o exemplo de outros ramos da ciência jurídica, que passaram a viabilizar o superamento da autonomia da pessoa jurídica, inclusive no aspecto patrimonial. Nesse sentido, apenas para exemplificar, impende registrar os comandos legais insculpidos no art. 2º, § 2º, da CLT, arts. 133, inc. II, 134, inc. VIII, e 135, do Código Tributário Nacional, e art. 28, §§ 2º a 5º, do Código de Defesa do Consumidor.

Na seara familiar, em especial no tocante aos alimentos, estimo ser perfeitamente viável o uso da teoria ora em exame, tanto na fase de cognição, como na execução, sobretudo nesta última, já que a constrição de bens para satisfação do débito alimentar impõe-se cada vez mais como medida necessária e imprescindível, fruto do entendimento jurisprudencial vigente, contra o qual mantenho reservas pessoais<sup>5</sup>, que limita a utilização da modalidade executiva prevista pelo art. 733 do CPC.

Certamente, mantida a redação do art. 50 do atual Projeto do Novo Código Civil<sup>6</sup>, diga-se, em fase de ultimação no Congresso Nacional, a teoria ora em comento passará a ser utilizada com maior frequência, especialmente nos juízos monocráticos, onde ainda se encontra alguma resistência ortodoxa e dogmática em sentido contrário.

O professor e advogado Rolf Madaleno<sup>7</sup>, reconhecido talento gaúcho das letras jurídicas envolvendo o Direito de Família, observa, com sua peculiar acuidade, que no aspecto alimentar é comum a existência de demandas revisionais de redução ou majoração de pensões em que o mote defensivo do devedor alimentar baseia-se na invencível diminuição da sua participação societária, quando não se torna um sócio oculto, com poderes de gestão conferidos por mandato, em claro acinte à capacidade intelectual do julgador e do alimentário.

- 
- 5 O período de inadimplência como requisito para o decreto prisional decorrente de dívida alimentar. Revista Jurisprudência Catarinense, vol. 79, pág. 27.
- 6 Art. 50: “*Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, o juiz pode decidir, a requerimento da parte ou do Ministério Público, quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica*”.
- 7 Direito de Família — Aspectos polêmicos, Livraria do Advogado, 1998, pág. 29; e Revista Ajuris 57, pág. 63.

Rompendo com o absolutismo patrimonial que orna as sociedades mercantis, proclama Gerci Giaretta<sup>8</sup>, insigne magistrado riograndense, que a penetração e desestimação deve ocorrer em todas as hipóteses em que a solução justa do caso concreto assim exigir, concluindo, mais adiante, ser inconcebível que uma pessoa carente de alimentos ou credora de obrigações de natureza civil possa desmerecer a proteção do ordenamento jurídico vigente, só porque o seu devedor está sob a proteção da personalidade jurídica, sociedade a qual controla, desprovido, intencionalmente, de bens particulares.

Nessa linha, não vislumbro óbice no arrolamento ou mesmo na penhora de bens que se encontram em nome da pessoa jurídica, cuja integralização do capital restou deliberadamente efetuada com o patrimônio particular do alimentante, tudo com a inequívoca intenção de, com o anteparo da sociedade, ser encoberta a sua obrigação pessoal.

O Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, por ocasião do julgamento da Ap. Cível n. 598082162, de Uruguaiana, figurando como relatora a Des. Maria Berenice Dias, ementou, em ação envolvendo embargos de terceiros opostos contra decisão proferida em execução de alimentos, que “*Descabe escudar-se o devedor na personalidade jurídica da sociedade comercial, em que está investido todo o seu patrimônio, para esquivar-se do pagamento da dívida alimentar. Impõe-se a adoção da disregard doctrine, admitindo-se a constrição de bens titulados em nome da pessoa jurídica para satisfazer o débito*”.

O mesmo Sodalício, em outra decisão, desta feita no Agr. de Instr. n. 593074602, de Cachoeirinha, oficiando como relator o Des. Paulo Herdt, reconheceu, também em embargos de terceiros, que “*Deve ser desconsiderada a personalidade de sociedade jurídica por cotas formada por dois sócios, concubinos casados pelo religioso, rejeitando-se pedido de liminar em embargos de terceiro promovidos pela sociedade, visando obstar arrolamento de bens promovido pela mulher. Possibilidade de fraude do varão, ocultado sob o manto da pessoa jurídica. Este, em realidade, age em nome próprio e não da sociedade.*” (RJTJRS 160, pág. 286).

Como se vê, sempre que o titular das cotas sociais procurar abrigo na sociedade para, em nome dela, praticar ato abusivo em detrimento do direito alimentar alheio, é possível, desconsiderando o ato praticado, buscar o bem envolvido no embuste, já em nome da sociedade, para satisfa-

ção do respectivo crédito. A mesma despersonalização poderá ser efetuada para, negando a eficácia resultante de transferências disfarçadas de cotas, reconhecer o sócio-alimentante como o efetivo administrador da sociedade, detentor do maior capital e, por via de consequência, com essa desestimação, ser possível rechaçar as lamúrias financeiras expendidas.

É preciso, pois, com cautelas, evitando-se decisões eivadas de nulidade, perscrutar a origem do ato tido por abusivo e fraudulento, apurando-se quem efetivamente agiu, ou seja, a pessoa jurídica ou se foi ela (sociedade) utilizada como mero instrumento pelo sócio devedor da obrigação alimentar. Comprovada a segunda hipótese, havendo nexos entre o ato praticado e o prejuízo ocasionado, impõe-se prestigiar a realidade em detrimento da aparência, desconsiderando a personalidade da pessoa jurídica para não reconhecer os efeitos daquele abuso contra os interesses do credor alimentar.

Gize-se, finalmente, que a obrigação alimentar abarca um dos direitos mais sagrados e fundamentais para a dignidade humana e à própria vida, razão por que as questões envolvendo a *disregard*, embora com as cautelas necessárias, deverão ser implementadas sem maiores formalidades, independentemente dos complexos e sempre demorados procedimentos para a anulação do ato abusivo, assegurado, evidentemente, o respectivo contraditório.

## BIBLIOGRAFIA

- BEBER, Jorge Luis Costa. *Jurisprudência Catarinense*. vol. 79, pág. 27.
- CAHALI, Yussef Said. *Alimentos*. 2ª ed., RT, pág. 628.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os Direitos do Consumidor*. Saraiva, 1994, pág. 215.
- GIARETA, Geraci. *Revista Ajuris*. pág. 131.
- MADALENO, Rolf. *Direito de Família: Aspectos Polêmicos*. Livraria do Advogado, 1988, pág. 29.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado*. vol. 49, § 5.178, n. 1.
- PELLEGRINI, José Francisco. *Revista Ajuris* n. 16, pág. 45.

# **JURISPRUDÊNCIA CÍVEL**



## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.008189-5, DA CAPITAL

**Relator designado: Des. João Martins**

*Mandado de segurança — Ausência de prova do direito líquido e certo — Ordem denegada.*

*Em sede de mandado de segurança, a prova deve ser pré-constituída. A concessão da ordem, com os efeitos soberanos de decisão judicial, não pode lastrear-se em meras presunções.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 96.008189-5, da comarca da Capital, em que são impetrantes Amélia Maria de Carvalho Rocha e outra, sendo impetrados o Sr. Governador do Estado de Santa Catarina e outros:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por maioria de votos, denegar a segurança.

Custas de lei.

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Amélia Maria de Carvalho Rocha e Marisa Vidal de Carvalho Rocha, contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa

Catarina e outros, que teriam lesado direito líquido e certo seu ao recusarem o pagamento das pensões integrais a que teriam direito as impetrantes, na condição de pensionistas de ex-magistrado.

A liminar foi deferida às fls. 28/30.

Foram prestadas as informações às fls. 35/47 e 50/67.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer às fls. 73/76, manifestou-se pela concessão da ordem.

As impetrantes peticionaram às fls. 80/81, requerendo a juntada de novos documentos, o que foi indeferido pelo Exmo. Sr. Des. Relator, a fls. 83.

É o relatório.

Como é cediço, para o manejo do mandado de segurança inafastável é a prova pré-constituída. No caso presente, a única prova da vinculação entre as impetrantes e o titular da pensão, o qual é denominado "ex-magistrado", são os contracheques juntados aos autos (fls. 15/16).

Inexiste prova da filiação das impetrantes. Outrossim, pelo descrito na petição inicial, na verdade, "as impetrantes são pensionistas de ex-magistrado do Estado de Santa Catarina e muito embora seu finado avô tenha prestado serviço relevante como funcionário público..." (fls. 4, grifo nosso). Acresça-se, ainda, que o instrumento procuratório qualifica ambas como professoras (fls. 13/14).

Em resumo, não se sabe ao certo em que condição as impetrantes são pensionistas, nem mesmo quem é o associado ao IPESC. Penso ser o Des. Mário Carvalho Rocha. Todavia, a concessão de uma segurança, com os efeitos soberanos de decisão judicial, não pode lastrear-se em presunções.

A propósito, já decidiu o egrégio Superior Tribunal de Justiça:

"Mandado de segurança. Prova de direito líquido e certo. Por sua natureza, nas ações de mandado de segurança, com a inicial deve o impetrante fazer prova indiscutível, completa e transparente de seu direito líquido e certo. Não é possível trabalhar à base de presunções. Recurso conhecido mas desprovido" (RMS n. 929/SE, rel. Min. José de Jesus Filho, in DJU de 24/6/91, pág. 8.623).

De outra parte, a Lei Complementar nº 129, de 7 de novembro de 1994, estabelece:

"Art. 5º - São beneficiários da pensão previdenciária:

"I — vitalícia: a) cônjuge; b) a pessoa desquitada, separada judicialmente ou divorciada, com percepção de pensão alimentícia; c) o companheiro ou companheira designada que comprove união estável como entidade familiar; d) a mãe e o pai que comprovem dependência econômica do agente público; e) pessoa designada, maior de sessenta anos e a pessoa portadora de deficiência, que vivam sob a dependência econômica do agente público;

"II — temporária: a) os filhos ou enteados, até 21 (vinte e um) anos de idade, ou, se inválidos, enquanto durar a invalidez".

A Lei Estadual n. 3.138/62, que criou o IPESC, também fixava:

"Art. 7º — Para os efeitos desta lei, são considerados beneficiários, na ordem vocacional seguinte:

"I — a esposa, o marido inválido, os filhos de qualquer condição, se menores de 18 (dezoito) anos ou inválidos, e as filhas solteiras de qualquer condição, se menores de 21 (vinte e um) anos ou inválidas".

Ora, não se sabe qual a idade das impetrantes, se estão elas na condição de inválidas, nem mesmo quem é o indigitado avô ou pai. Anote-se que são professoras, denotando não serem, pois, inválidas.

Nessas condições e com base na legislação antes mencionada não há, data venia, como acolher o pedido mandamental, porquanto a prova en-

tranhada nos autos não permite qualquer tipo de conclusão segura acerca dos fatos e, conseqüentemente, sobre o direito invocado.

Posto isso, denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. José Roberge, Alberto Costa, Amaral e Silva, Anselmo Cerello, Genésio Nollí, Jorge Mussi, Francisco Borges, e Sérgio Paladino, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Eder Graf e Alcides Aguiar, e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 18 de fevereiro de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Wilson Guarany:

Trata-se de mandado de segurança impetrado por pensionistas do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, com o fito de perceberem o benefício previdenciário de forma integral, ou seja, na totalidade dos vencimentos ou proventos do servidor falecido, consoante dispõem os arts. 40, § 5º, e 37, inciso XI, insculpidos na Carta Magna e na Constituição Estadual, respectivamente.

Instaurada a lide, figuraram no feito, como parte passiva, o Exmo. Sr. Governador do Estado, os Secretários de Estado da Administração e Fazenda e o Ilmo. Sr. Presidente do

Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina — IPESC.

Em que pese decisão contrária que entendeu dever ser indeferida a presente demanda ante a ausência de prova pré-constituída, divergi da douda maioria, tendo em vista que os imetrados não impugnaram a pretensão e, além do mais, as impetrantes fizeram prova de que são pensionistas do IPESC, juntando os devidos contraques.

Com efeito, compulsando os autos às fls. 15/16, evidencia-se através de contracheques que as impetrantes são de fato pensionistas da mencionada autarquia estadual.

Os referidos demonstrativos de pagamentos confeccionados pelo IPESC, indicando os nomes das impetrantes, sua condição e a quantia então percebida, constituem prova cabal e idônea da violação do direito líquido e certo.

No caso, pelos documentos acostados, restaram comprovados a legitimidade de parte, o interesse de agir e a possibilidade jurídica do pedido, estando assim presentes as condições da actio em apreço.

Senão vejamos:

A legitimatio ad causam está caracterizada pelo fato de as impetrantes serem pensionistas do IPESC, sendo portanto titulares do direito ora invocado.

Por sua vez, o interesse de agir restou plenamente configurado, posto que violado direito líquido e certo das requerentes em perceberem suas pensões nos exatos termos dos artigos 40, § 5º, e 37, inciso XI, da Consti-



tuição Federal e Estadual, respectivamente.

Por último, a possibilidade jurídica do pedido desponta nítida, visto ser o writ o remédio jurídico a ser utilizado, quando da violação de direito líquido e certo, emanado de ato de autoridade pública.

É de ressaltar-se que imerecem vingar as preliminares de ilegitimidade de parte passiva ad causam do Exmo. Sr. Governador do Estado e Secretários de Estado da Administração e Fazenda, haja vista terem estes adentrado no *meritum causae* defendendo a higidez constitucional do diploma legal considerado violador dos direitos das impetrantes. Porque tenham encampado a defesa do ato, é assente jurisprudencialmente ocorrer no caso legitimidade para compor o pólo passivo do writ, porquanto: "Torna-se coatora a autoridade superior que encampa o ato da inferior" (RTJ 76/506).

Cumprе esclarecer, ainda, que em momento algum, as autoridades apontadas coatoras insurgiram-se quanto ao fato de as impetrantes serem ou não pensionistas da autarquia estadual.

Na realidade, pelo conteúdo das informações prestadas, infere-se que a contenda cinge-se somente aos limites a serem pagos, ou seja, ao teto estabelecido pelo Executivo através da Lei Complementar n. 150/96, não havendo qualquer incursão no tocante à legalidade dos benefícios, os quais, aliás, vêm sendo pagos, conforme se denota na referida documentação acostada.

Cabe acrescentar que, "se o réu não contestar a ação, reputar-se-ão

verdadeiros os fatos afirmados pelo autor", conforme dispõe o venerando Código Buzaid em seu artigo 319.

Ante o exposto, declaro o meu voto, discrepando, data venia, da maioria, no sentido de ser concedida a segurança às impetrantes.

Florianópolis, 9 de setembro de 1998.

*Wilson Guarany*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Oliveira Filho:

Admiti a legitimidade passiva ad causam do Governador do Estado, inobstante o art. 13, inciso II, letra a, da Constituição de Santa Catarina, não só porque o ato impugnado foi encampado (fls. 35 usque 47), mas também em virtude de o caixa na Secretaria da Fazenda e Planejamento notoriamente ser único.

A par disso, no mérito, votei no sentido da concessão do writ. Os "Demonstrativos de Pagamento" (fls. 16 e 16v.) permaneceram hígidos, pois a controvérsia acerca da condição de pensionistas não foi alvo de censura. Logo, a consequência só poderia, data venia, ser a plena incidência do art. 40, § 5º, da Magna Carta.

*Francisco Oliveira Filho*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João José Schaefer:

Dissenti da doutra maioria, com a devida vênia das razões do eminente relator, por entender existente, no caso, a prova da condição de pensionistas das impetrantes (fls. 15 e 16), fato, aliás, não negado nas informações.

A legitimidade do Exmo. Sr. Governador do Estado é decorrência da circunstância da forte e notória dependência financeira e administrativa do IPESC ao Chefe do Executivo e também da defesa veemente que fez S. Exa. do ato impugnado.

*João José Schaefer*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Eder Graf:

Acompanhei o Relator originário, Des. Wilson Guarany, na pre-

liminar e no mérito, pelas razões expostas em seu respeitável voto vencido.

*Eder Graf*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar:

Peço vênia aos eminentes Desembargadores que me antecederam para fazer minhas as razões de S. Exas. em face da presente declaração de voto (vencido).

*Alcides Aguiar*

## **MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.009859-6, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Mandado de segurança — Magistério — Gratificações de regência de classe, de incentivo à ministração de aulas e pelo exercício de função especializada do magistério — Incidência sobre o vencimento excluídas as vantagens da agregação — Inadmissibilidade.*

*Inadmissível é, para efeitos de percepção das aludidas gratificações, tenha-se por base de cálculo tão-somente os valores do cargo efetivo, excluídos os referentes ao instituto da agregação.*

*Este tem sido o entendimento desta Corte que, em inúmeras vezes, tem decidido que aos servidores públicos do magistério estadual, com jus a tais gratificações, assiste o direito de perceberem os valores a elas atinentes com incidência não somente sobre os valores do cargo efetivo, mas também sobre os que se relacionam à agregação.*

*Redação do art. 90 da Lei n. 6.745/85 — Revogação — Irrelevância — Princípios constitucionais.*

*Assim dispunha o enunciado no art. 90 da Lei n. 6.745/85, Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, cuja redação, além de orientar que ao vencimento do servidor seriam adicionados os valores relativos ao exercício de cargos comissionados ou função*

*de confiança, determinava que tal integração ocorreria para todos os efeitos legais, inclusive com acompanhamento da evolução remuneratória do cargo.*

*Como conseqüência lógica dessa disposição legal, não se pode, para efeito de cálculo das mencionadas gratificações, tomar-se como base de cálculo apenas os valores do cargo efetivo. Devem ser computados também os valores relativos à agregação, sob pena de estar-se ferindo os princípios constitucionais do direito adquirido e irredutibilidade de vencimentos.*

*Incidência sobre a gratificação complementar de vencimento — Impossibilidade.*

*Quanto à incidência sobre os valores da gratificação complementar de vencimento, inexistente direito a ser amparado.*

*Aqui sim vale a máxima constitucional contida no art. 37, inc. XIV, in verbis:*

*“Os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 97.009859-6, da comarca da Capital, em que são impetrantes Cedeni May Jandrey e outros, sendo impetrados os Srs. Secretários de Estado da Administração e da Educação, Cultura e Desporto, do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, por maioria de votos, conceder a segurança, com a ressalva de não se possibilitar a incidência das respectivas gratificações de magistério sobre a gratificação complementar de vencimento.

Custas de lei.

## I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Cedeni May Jandrey e outros, contra ato que reputam ilegal dos Exmos. Srs. Secretários de Estado da Administração e da Educação, Cultura e Desporto, através do qual aduzem que vêm recebendo a gratificação de regência de classe, a gratificação de incentivo à ministração de aulas e a gratificação pelo exercício de função especializada de magistério, a que respectivamente fazem jus, em valores que incidem somente sobre o vencimento básico, sendo desconsiderados os que integram o patrimônio dos impetrantes a título de agregação, conferida com fulcro no artigo 90 da Lei n. 6.745/85 — Estatu-

to dos Servidores Públicos Civis do Estado.

Reclamam a incidência dos valores de tais gratificações também sobre o valor referente à agregação, além da incidência sobre os valores percebidos a título de gratificação complementar de vencimento, instituída pela MP n. 61/95.

A liminar foi parcialmente concedida.

Instadas, as autoridades impretadas prestaram suas informações, alegando, em síntese, preliminarmente, não ser possível a concessão da liminar eis que o pleito se refere a pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias, além de inexistirem os pressupostos legais para tanto; no mérito, argüiram inexistência de direito líquido e certo, impossibilidade de se invocar direito adquirido, bem como sustentaram que o pleito ofende a Súmula 339 do STF, e que objetiva seja reconhecida a vinculação de vencimentos, vedada pelo art. 37, inc. XIII, da CF/88. Aduziram ainda constituir-se a pretensão em afronta ao art. 37, inc. XIV, da Carta Magna, além de defenderem que as aludidas vantagens devem incidir apenas sobre o valor do cargo efetivo.

A douta Procuradoria, através de parecer exarado pelo Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, manifestou-se pela concessão parcial da ordem.

É o relatório.

## II — Voto

### 1 — Preliminares

Por coincidirem com a fundamentação em torno do mérito, com ele serão examinadas, conforme segue:

#### 2 — Mérito

Apresenta-se clara a questão em pauta, a qual envolve saber se as gratificações de regência de classe, de incentivo à ministração de aulas e pelo exercício de função especializada de magistério, conferidas ao pessoal do Magistério, incidem apenas sobre o vencimento do cargo efetivo ou se sobre este e mais a gratificação correspondente ao cargo comissionado agregado, além de saber se incidem também sobre a gratificação complementar de vencimento instituída pela MP 61/95.

A primeira questão deve ser tida como certa, ou seja, os valores das respectivas gratificações devem incidir não somente sobre o valor do cargo efetivo, como também sobre o valor do cargo agregado.

A matéria tem origem no Estatuto dos Servidores Públicos Civis do Estado, cuja redação, em seu art. 90, hoje revogado, dispunha que a remuneração do cargo em comissão ou função de confiança seria adicionada ao vencimento do cargo efetivo, passando a integrá-lo para todos os efeitos legais, inclusive acompanhando as alterações remuneratórias do cargo ou funções exercidas.

Conforme ensina a doutrina, o termo vencimento, no singular, difere da palavra vencimentos, em sua conotação.

Para José Afonso da Silva, “vencimento, no singular, é a retribuição devida ao funcionário pelo efetivo exercício do cargo, emprego ou função, correspondente ao símbolo ou ao

nível e grau de progressão funcional ou ao padrão, fixado em lei. (...) Vencimentos, no plural, consiste no vencimento (retribuição correspondente ao símbolo ou ao nível ou ao padrão fixado em lei) acrescido das vantagens pecuniárias fixas” (do autor, Curso de Direito Constitucional Positivo, 11ª edição, São Paulo, Malheiros, 1996, págs. 625/6).

O prefalado art. 90 do Estatuto referia-se ao termo vencimento, no singular, ao determinar que os valores percebidos pelo exercício de funções de confiança, ou cargos em comissão, a ele seriam adicionados; acrescentou ainda o dispositivo em tela que ao vencimento se integrariam para todos os efeitos legais, inclusive acompanhando as alterações remuneratórias do cargo ou funções exercidas, como já consignado.

Como se pode ver, forçoso é o reconhecimento do direito dos impetrantes, eis que a agregação apostilada tem origem no citado dispositivo legal, devendo ser observada a orientação nele contida, nos exatos termos da redação que o constitui.

Desse modo, é fundamental o respeito ao direito adquirido dos servidores contemplados com o instituto da agregação, sob pena de estar-se afrontando as disposições da própria Carta Magna, não podendo servir de argumento para afastar tal assertiva a revogação da lei.

Vale dizer, em se tratando de revogação, em certos casos a lei sobrevive, continuando a ser aplicada às situações ocorridas ao tempo de sua vigência.

É o que determina a atual Constituição de 1988, em seu art. 5º, inc. XXXVI, in verbis:

“a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

Neste norte, consignam-se também os ensinamentos de Arnaldo Wald, dissipando quaisquer dúvidas porventura existentes em torno do tema:

“Na realidade, o problema da retroatividade da lei é uma questão essencialmente política.

“Há, de fato, dois princípios fundamentais que se enfrentam e se contrapõem. A segurança coletiva e a ordem jurídica exigem que a lei nova não alcance os fatos que lhe são anteriores. Mas o legislador tem o dever de melhorar as leis, de realizar o progresso no sentido da equidade e da justiça.

“(…)

“Como diz Gabba, no primeiro volume do seu livro sobre a retroatividade das leis, devemos constatar dois fatos:

“1º) Não se pode negar a uma lei nova toda retroatividade. A lei nova deve ter alguma influência sobre as conseqüências ulteriores do fato, ou da relação de direito, que se deu na vigência da lei anterior, isto por motivo do progresso social que se impõe gradualmente, e não por saltos, por evolução, e não por revolução.

“2º) Não se pode sujeitar totalmente à lei nova os efeitos posteriores à lei de atos anteriores a ela porque, pensa Gabba, o cidadão, observando a lei, adquire certos direitos de acordo com o pacto social.

“Há, pois, casos em que a hegemonia pertence a um ou a outro desses dois princípios, segundo predomina o interesse de defender o bem comum, o bem-estar da coletividade e a justiça social, ou então, a segurança individual e o direito adquirido” (Do autor, Curso de Direito Civil Brasileiro, Introdução e Parte Geral, 6ª ed., RT, São Paulo, 1989, pág. 81).

Assim, não se pode pretender fazer incidir disposições da lei que regulamentou as referidas gratificações sobre fatos já consolidados por lei anterior, como buscam, equivocadamente, as autoridades impetradas. Deve-se isto, frise-se, ao necessário respeito ao direito adquirido dos impetrantes, não sendo óbice o argumento consistente em apontar afronta às disposições contidas no art. 37 da CF/88, incisos XIII e XIV, este tratando sobre a impossibilidade de serem computados ou acumulados os acréscimos pecuniários percebidos por servidor público, “para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”, aquele abordando o tema da vinculação ou equiparação de vencimentos para efeito de remuneração de pessoal do serviço público, proibindo-a expressamente. Isso porque o acolhimento do pleito não se insere em nenhum destes casos, senão vejamos:

Não há falar em vinculação de vencimentos, uma vez que não se está pretendendo nenhum vínculo estipendial com algum cargo, objetivando os impetrantes tão-somente o reconhecimento do direito de perceberem parte de seus vencimentos — as gratificações que fazem jus — de forma a incidir não somente sobre o valor do vencimento padrão do cargo, mas

também sobre o valor atinente à agregação, em conformidade com a legislação originária deste instituto jurídico, já reconhecido, pelo próprio STF, como instituto em harmonia constitucional.

Pela mesma razão, não se pode falar em acréscimos pecuniários computados ou acumulados “sob o mesmo título ou idêntico fundamento”.

Esta Corte tem reiteradamente decidido que, comprovado o exercício de cargos comissionados, com suas respectivas agregações, e fazendo o interessado jus às gratificações do magistério, de regência de classe, responsabilidade técnica, ou especial, devem tais gratificações incidir não somente sobre o valor do cargo efetivo, como também sobre o valor da respectiva agregação.

In casu, os impetrantes percebem as respectivas gratificações como revelam invariavelmente seus contracheques, de forma a incidir somente sobre o valor do vencimento básico ou correspondente ao cargo efetivo, excluídas as vantagens dos cargos em comissão que agregaram, numa visível violação de seus direitos.

Como já asseverado, este tem sido o entendimento deste Tribunal, em reiteradas decisões que já consagraram o tema, tendo como respaldo a inalterabilidade do direito adquirido, art. 5º, XXXVI, da Constituição Federal, e o princípio da irredutibilidade de vencimentos, art. 37, XV, também da Carta Magna.

Portanto, em que pese ter a referida Lei n. 1.139/92 disposto que a incidência se daria tão-somente sobre o valor do cargo efetivo, tal regra não tem o condão de afetar o direito adqui-

rido, eis que, em tais casos, o vencimento, por força da própria lei, compreende as gratificações incorporadas aos vencimentos e, como não poderia deixar de ser, também aos proventos da aposentadoria.

A ilustrar essa assertiva, con-signa-se a decisão proferida na Apelação Cível n. 96.002527-8, da Capital, Rel. Des. Trindade dos Santos, in verbis:

“Os valores da agregação de cargos comissionados exercidos por servidores públicos amalgamam-se aos estípedios dos cargos efetivos, gerando uma simbiose, tal como não mais se poderá cogitar de parcelas distintas de remuneração. O resultado desta simbiose é único vencimento”.

De igual modo, afasta-se a alegada afronta à Súmula 339 do STF, eis que o reconhecimento da agregação ou estabilidade financeira não importa em vinculação de remuneração, nem aumento automático desta, no setor público, nem se cogite esteja sendo efetuado pelo Judiciário independentemente de lei, conforme vem assentando a jurisprudência, valendo a transcrição de decisão do próprio colendo STF, na ADIn n. 1.264-9/SC, rel. Min. Sepúlveda Pertence, in DJU n. 124, de 30/6/95, pág. 20.408:

“Norma de vinculação é aquela, em decorrência da qual, salvo disposição em contrário, a lei futura que disponha sobre vencimentos de cargo-parâmetro, ou sobre parcela deles, se aplicará automaticamente aos do cargo vinculado: não é o que se tem quando — ao reajustar, na mesma proporção do reajuste dos vencimentos dos cargos em comissão, a vantagem devida pelo exercício anterior de-

les — não pretende ter eficácia temporal mais extensa que a da lei em que se inseriu”.

Nessa esteira, o parâmetro a ser respeitado, sob pena de estar-se ferindo o princípio maior da supremacia da Carta da República, consubstancia-se na necessária observância dos princípios da irredutibilidade de vencimentos e do direito adquirido, a par da paridade de vencimentos entre ativos e inativos, que igualmente deve ser observada, a teor dos arts. 40, § 4º, da mencionada Constituição, e 30, § 3º, de sua congênera estadual.

Quanto à incidência sobre os valores da gratificação complementar de vencimento, inexistente direito a ser amparado, eis que seria permitir incidência de gratificação sobre gratificação.

Aqui sim vale a máxima constitucional contida no art. 37, inc. XIV, a qual se transcreve:

“Os acréscimos pecuniários percebidos pelo servidor público não serão computados nem acumulados, para fins de concessão de acréscimos ulteriores, sob o mesmo título ou idêntico fundamento”.

Assim, entendo deva ser concedida parcialmente a ordem, a fim de tão-somente atender-se ao primeiro reclamo dos impetrantes, qual seja, amparar o direito de perceber as gratificações de magistério a que fazem jus não somente sobre os valores de seus respectivos cargos efetivos, como também sobre os valores atinentes à agregação, devendo de todo ser afastada a hipótese de incidência sobre a gratificação complementar de vencimento.

### III — Decisão

Por todo o exposto, decide este Colegiado, por maioria de votos, conceder a ordem a partir da impetração, a fim de garantir aos impetrantes a percepção das aludidas gratificações de magistério, na proporção de seus respectivos apostilamentos, com incidência não somente sobre o valor do cargo efetivo, mas também sobre os valores percebidos a título de agregação, com a ressalva de não se possibilitar a incidência das mesmas gratificações sobre a gratificação complementar de vencimento, em razão de vedação constitucional.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Newton Trisotto, Sérgio Paladino, Xavier Vieira e Anselmo Cello; e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 9 de setembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto;*  
*Carlos Prudêncio,*  
*Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 97.014461-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Mandado de segurança. Servidor público estadual inativo. Contribuição previdenciária. Exegese dos arts. 40, § 6º, e 195 da Constituição Federal, Lei n. 3.138/62 e Lei Complementar n. 129/94. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada.*

*Os servidores inativos, após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam um remarcado vínculo de ordem financeira, com a pessoa jurídica de direito público para a qual haviam trabalhado.*

*Diante da atual legislação, insculpida nos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da Constituição Federal, e Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário de contribuição sobre os proventos, não há negar que o servidor inativo se inclui no rol de contribuintes da seguridade social.*

*Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade (Min. Sepúlveda Pertence, ADIn. n. 1441-2—DF).*



*Os descontos efetuados mensalmente, a título de contribuição previdenciária, tem como fundamento dispositivo legal expresso que autoriza a Administração a assim proceder (Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário contribuição sobre os proventos e Lei Complementar n. 129/94, que manteve o desconto).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de mandado de segurança n. 97.014461-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Carlos Hugo de Souza, sendo impetrados os Srs. Secretária de Estado da Administração e Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, por unanimidade de votos, rejeitar a preliminar de ilegitimidade passiva ad causam da Sra. Secretária de Estado da Administração e, no mérito, denegar a segurança.

Custas legais.

1. Carlos Hugo de Souza impetrou mandado de segurança contra ato da Sra. Secretária de Estado da Administração e do Sr. Presidente do Instituto de Previdência do Estado de Santa Catarina, alegando que desde o advento da Lei Complementar n. 129/94 e demais diplomas, os funcionários públicos estaduais inativos foram incluídos no rol dos contribuintes do sistema previdenciário, sofrendo ilegalmente descontos mensais em seus rendimentos, o que, diante da Carta Magna de 1988, só poderia ser exigido dos trabalhadores em atividade.

Aduziu que os artigos 40, § 6º, e 195, ambos da Constituição Federal, e 2º e 3º da Lei n. 8.112/90 não se aplicam aos servidores na inatividade.

Asseverou que a aposentadoria é fruto de sucessivas e coercitivas contribuições que geram o aporte financeiro a um fundo de custeio que responderá pela manutenção do cidadão inativo ou seus pensionistas, sendo inconcebível que estes últimos sejam obrigados a contribuir para a manutenção do próprio status. Fez menção a dois precedentes, sendo um mandado de segurança impetrado na Justiça Federal, 2ª Vara de Florianópolis, e uma ADIn., julgada pelo STF.

Mencionou, também, a indevida diferenciação de alíquotas contidas nos artigos 16 e 17 da LC n. 129/94, que junta, de um lado, os ativos e aposentados, equiparados para efeito de contribuição, e, de outro, os pensionistas, com percentuais menores de desconto. Entende que tal diferenciação afronta os artigos 150, II, e 40, ambos da Carta Magna.

Pugnou, assim, pela declaração de inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 129/94, de sorte a excluí-lo do rol dos contribuintes da seguridade, determinando-se a imediata cessação da exação increpada, admitido o depósito do valor da contribuição em juízo, na pendência da lide, a teor do art. 151,II, do CTN.

Em suas informações, o Sr. Presidente do Ipsc posicionou-se, preliminarmente, pela denegação da liminar, ante a inexistência de relevância do fundamento e porque não resul-

tará a ineficácia da medida, caso deferida somente a final. No mérito, aduziu que a contribuição previdenciária dos inativos é exigência devida desde a criação do Ipesc, com o advento da Lei n. 3.138/62, art. 12, e posteriormente com a Lei Complementar n. 129/94, art. 16. Acrescentou que a contribuição que o impetrante pretende ver suspensa nunca se destinou a formar o fundo de sua aposentadoria, pois a finalidade desta é assegurar o benefício da pensão previdenciária e assistência médica aos seus dependentes (filhos, esposa, companheira etc.). Ademais, demonstrou matematicamente que se, por hipótese, fosse concedida a segurança, o déficit, que atualmente do ente previdenciário é de R\$ 606.594,60, será, no mínimo, seis vezes maior. Mencionou diversas medidas que o Governo tem adotado para amenizar tal situação, como a Emenda Constitucional n. 3, de 1993, que acrescentou o § 6º ao art. 40 da CF/88. Posteriormente, a Medida Provisória n. 1.415, de 29/4/96, que modificou o art. 231, da Lei 8.112/90, incluiu os servidores inativos dentre aqueles que devem colaborar para o custeio da Seguridade Social. Colacionou decisões proferidas pela 4ª Vara da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul e pelo STF, considerando, ainda que provisoriamente, válida e constitucional tal obrigatoriedade, de acordo com a decisão da ADIn. n. 1441, julgada em 28/6/97, em que foi relator o Min. Octávio Gallotti. Lembrou que a decisão da ADIn. n. 1.433-1—GO isentou os aposentados da contribuição previdenciária, pois assim ditava o § 8º do art. 154 da Constituição daquele Estado. No entanto, pela Emenda Consti-

tucional n. 16, de 12/3/97, foi alterado o preceito em questão, tornando obrigatório o desconto. Já em Santa Catarina, tal contribuição sempre foi obrigatória.

A Sra. Secretária de Estado da Administração, de seu turno, alegou sua ilegitimidade passiva ad causam.

A liminar foi indeferida.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da segurança.

2. Realmente, a ordem deve ser denegada, como se demonstrará.

2.1. Afasta-se a proemial de ilegitimidade passiva da Senhora Secretária de Estado da Administração.

Conforme sustentou, com toda a propriedade, o eminente Procurador de Justiça José Antônio Salvadori, no MS n. 97.009888-0, da Capital, in verbis:

“Não procede, embora só e só, tenha argumentado a preliminar de ilegitimidade ad causam, sob a afirmação do Secretário de Estado da Administração não ter qualquer participação nos atos acoimados de abusivos e ilegais, isto sem atacar o mérito da causa.

“É sabido e ressabido, que a Secretaria da Administração tem o total controle da Administração Pública, quer sobre seu regime estrutural, quer sobre seu regime funcional, seja da Administração direta, seja da Administração indireta. É o que, claramente, dispõe a legislação de regência. Apenas para confirmar, cito a regra contida no Decreto Estadual n. 203, de 27 de junho de 1995, que, em seu artigo 5º, estabeleceu: Todo procedimento relativo à organização estrutural e fun-

cional dos órgãos da Administração Direta, Autárquica e Fundacional será encaminhado à Secretaria de Estado da Administração para apreciação. Neste mesmo sentido a recente Lei n. 9.831/95 que diz com todas as letras que o controle de pagamento dos funcionários ativos e inativos, embora executados pelos órgãos a que estão originalmente ligados, ficam submetidos à orientação controle e fiscalização da Secretaria de Estado da Administração. Ora, se assim é, por demais evidente que a autoridade coatora apontada tem ingerência sim sobre os atos tidos por ilegais, com plena autonomia, inclusive, na sua 'apreciação', inclusive revê-los, não ficariam sem sentido as normas acima declinadas. Logo, no mínimo, deve figurar no pólo passivo da relação processual como co-autora, desenhando-se perfeitamente o instituto jurídico do litisconsórcio necessário.

"Não há dúvida, então, quanto à legitimidade passiva ad causam dessa autoridade estatal".

2.2. No mérito, inassiste razão ao impetrante.

A matéria em discussão é enfocada sob três prismas — a aplicabilidade dos artigos 40, § 6º, e 195, ambos da Constituição Federal aos servidores que se encontram na inatividade; a inconstitucionalidade da Lei Complementar n. 129/94; e a possibilidade de serem devolvidas as quantias recolhidas a título de seguridade durante o período da vigência daquela legislação.

No tocante ao primeiro tópico, ressalta-se que os servidores inativos, após a rescisão do contrato de trabalho pela aposentadoria, preservam

um remarcado vínculo de ordem financeira com a pessoa jurídica de direito público para a qual hajam trabalhado.

Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, no voto do eminente Ministro Octávio Gallotti, na decisão que indeferiu a liminar na ADIn. n. 1441-2—DF, em que foi requerente o Partido dos Trabalhadores e requerido o Presidente da República:

"Não é por outro motivo que interdições, tais como a imposição do teto de remuneração e as proibições de vinculação ou equiparação de vencimentos, do cômputo de acréscimos pecuniários percebidos ao mesmo título, bem como a de acumulação remunerada (incisos XI, XIII, XIV e XVI do art. 37 da Constituição), são por igual aplicáveis tanto a servidores ativos como a inativos, no silêncio da Constituição.

"Essa perfeita simetria, entre vencimentos e proventos, é realçada pela disposição do § 4º do art. 40 da Constituição:

'§ 4º. Os proventos da aposentadoria serão revistos, na mesma proporção e na mesma data, sempre que se modificar a remuneração dos servidores em atividade, sendo também estendidos aos inativos quaisquer benefícios ou vantagens posteriormente concedidos aos servidores em atividade, inclusive quando decorrentes da transformação ou reclassificação do cargo ou função em que se deu a aposentadoria, na forma da lei'.

"Contraste-se essa norma, concernente aos servidores públicos, com a do art. 201, § 2º, destinada aos segurados do regime geral da Previdência Social, e ver-se-á que, enquanto

para estes últimos é somente estatuída a preservação do valor real do benefício original, são àqueles estendidos quaisquer benefícios e vantagens posteriormente concedidos aos funcionários em atividade, até mesmo os decorrentes de transformação ou reclassificação do cargo ou função.

“Dita correlação, capaz de assegurar aos inativos aumentos reais, até os motivados pela alteração das atribuições do cargo em atividade, compromete o do argumento dos requerentes, no sentido de que não existiria causa eficiente para a cobrança de contribuições do aposentado, cujos proventos são suscetíveis, como se viu, de elevação do próprio valor intrínseco, não apenas de sua representação monetária, como sucede com os trabalhadores em geral”.

Acompanhando tal entendimento, embora de forma muito mais sucinta, aduziu o eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“Contribuição social é um tributo fundado na solidariedade social de todos para financiar uma atividade estatal complexa e universal, como é a da Seguridade. Indefiro o pedido cautelar”.

De outro vértice, mantida a Previdência exclusivamente com a contribuição dos ativos, poder-se-ia chegar a uma situação insustentável, de as contribuições não serem suficientes para o pagamento dos benefícios, inviabilizando totalmente a manutenção do sistema, prejudicando, a toda evidência, o próprio impetrante. Isso porque “As despesas do Tesouro com os inativos têm evoluído de forma rápida nos anos recentes passando de uma participação de 23,2% nas despesas

totais com pessoal e encargos sociais da União em 1989 para cerca de 44% em 1996”, conforme se extrai da Exposição de Motivos da Medida Provisória n. 1.415, de 29 de abril de 1996.

No mesmo sentido, observa-se que a Carta Magna de 1988 ampliou as hipóteses de aposentadoria do servidor público, além de generalizar também aos celetistas a sua concessão, às expensas da esfera respectiva da Administração. É que o atual art. 40 ao enunciar “o servidor será aposentado”, ao invés do texto equivalente da Constituição Federal de 1969 — o “funcionário será aposentado”, abrangeu não apenas o servidor público da Administração direta (Ministérios, Secretarias de Estado, Prefeituras, Congresso, Assembléias Legislativas, Câmaras Municipais; Poder Judiciário e Ministério Público), mas também o das autarquias (servidores autárquicos) e o das fundações públicas (servidores públicos fundacionais). Isso ressalta, indubitavelmente, o ônus extraordinariamente pesado com que arca o Poder Público.

É de reconhecer-se que a tese sustentada pelo impetrante é aparentemente relevante, tendo em vista que visa desobrigar o servidor que, ao longo de toda sua carreira, contribuiu para a criação de um fundo destinado a sua manutenção após a inativação. Aliás, tal entendimento chegou a ser proposto na Reforma da Previdência em curso no Congresso Nacional, podendo, ainda, ser regulado por legislação ordinária.

No entanto, diante da atual legislação, inculpada nos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da Constituição Fede-

ral, e Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário de contribuição sobre os proventos, não há negar que o servidor inativo inclui-se no rol de contribuintes da seguridade social.

Dessarte, não se vislumbra ilegalidade ou inconstitucionalidade na Lei Complementar n. 129/94, que manteve o desconto, em seu art. 16, da contribuição social mensal do agente público inativo.

De todo o modo, ainda que fosse reconhecida a inconstitucionalidade da LC n. 129/94, seria inviável a pretensão de devolução do montante pago anteriormente, pois: “O mandado de segurança não é substitutivo de ação de cobrança” (Súmula 269 do STF). Nesse sentido: STJ — 1ª Seção, MS 341—DF, rel. Min. Garcia Vieira, j. 08/5/90, pág. 4.717).

Por fim, conforme enfatizou a autoridade impetrada, o STF, ainda que provisoriamente, entendeu válida e constitucional a obrigatoriedade do desconto, de acordo com a decisão da ADIn. n. 1441, julgada em 28/6/97, em que foi relator o Min. Octávio Gallotti.

Ademais, a decisão da ADIn. n. 1433-1—GO isentou os aposentados da contribuição previdenciária, pois assim ditava o § 8º, do art. 154 da Constituição daquele Estado. No entanto, pela Emenda Constitucional n. 16, de 12/3/97, foi alterado o preceito em questão, tornando obrigatório o desconto.

3. Em face de todo o exposto, rejeitada a preliminar de ilegitimidade passiva, no mérito, denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Eder Graf, Alcides Aguiar, Francisco Borges, Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer; lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça a Exma. Sra. Dra. Rosa Maria Garcia.

Florianópolis, 8 de junho de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CÍVEIS

### APELAÇÃO CÍVEL N. 96.010651-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Ação de reparação de danos decorrentes de acidente de trânsito. Perda de membro inferior. Dano moral e estético. Ação proce-*

*dente. Apelo objetivando majoração do quantum indenizatório fixado na sentença.*

*Recurso provido.*

*Sentença parcialmente reformada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.010651-0, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Simone Nair Pereira e apelada Empresa Auto Viação Paulo Lopes Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, prover o recurso.

Custas legais.

Simone Nair Pereira interpôs recurso de apelação contra sentença que, nos autos da ação de reparação de danos movida contra Empresa Auto Viação Paulo Lopes Ltda., julgando procedente o pedido, fixou em 30 (trinta) salários mínimos a indenização a título de danos morais e estéticos.

Assevera que o quantum estipulado pelo Magistrado a quo não condiz com a dor sofrida pela perda do membro inferior, razão pela qual pretende sua majoração.

Em contra-razões, a apelada pugna pela manutenção do decisum.

O Dr. Promotor de Justiça manifestou-se pela reforma parcial da sentença, para se condenar a demandada no pagamento de indenização por dano moral e por dano estético, separadamente, em montante unitário não inferior a cem salários mínimos.

A seguir, ascenderam os autos a este Sodalício.

Pelo parecer de fls.183/187, a douta Procuradoria de Justiça propugnou pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

O inconformismo restringe-se ao pretium doloris estabelecido na decisão objurgada.

Assiste razão à apelante quando afirma que os 30 (trinta) salários mínimos fixados não são adequados aos danos de ordem moral e estética por ela suportados.

Trata-se de jovem com 14 anos de idade, que sofreu amputação de parte da perna direita e outros ferimentos gravíssimos, em decorrência de colisão de ônibus da apelada, onde viajava.

É inquestionável a sensação de desgosto experimentada pela vítima, posto que resultou marcada pelas lesões por toda a sua vida, ainda que a utilização de prótese minimize o problema.

Na lição de Carlos Alberto Bitar, a fixação do quantum da indenização por danos morais deve "traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se não 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 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 quantia economicamente significativa, em razão da potencialidade do patrimônio do lesante" (Reparação Civil por Danos Morais, RT, 1993, pág. 220).

A parte ofendida não pode ficar sem uma reparação e o dinheiro "é, portanto, uma forma de proporcionar meios para que a vítima possa minorar o seu sofrimento, através da aquisição de bens ou utilizando-o em programas de lazer" (Clayton Reis, in "A reparação por dano moral", 2ª ed., Forense, 1992, pág. 81).

Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação por perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis.

Diversos julgados desta Corte fixaram a indenização por danos morais e estéticos em valor muito superior àquele arbitrado pelo Magistrado sentenciante.

A propósito, traz-se à colação os seguintes arestos:

"Dano estético. Lesão deformante do braço esquerdo. Atropelamento. Liquidação da sentença. Arbitramento. 500 salários mínimos. Critérios para fixação. O arbitramento

da indenização do dano moral é mister do juiz, o qual deve sopesar causas e conseqüências a fim de compor a lide com equidade. A seqüela estética de lesão deformante e atrofiante de membro superior de adolescente com 13 anos de idade, vítima de atropelamento por ônibus coletivo, sabe-se, é indenizável, porém, pode-se compensá-la condenando-se o responsável ao valor de quinhentos salários mínimos" (Apelação Cível n. 97.002557-2, da Capital, relator Des. Carlos Prudêncio).

"Liquidação de sentença. Ação de indenização. Dano estético. Sentença modificada em Segundo Grau, apenas no que tange à fixação dos honorários advocatícios. Impossibilidade de se discutir novamente as questões já decididas, protegidas pelo manto da coisa julgada. Indenização. Quantum debeat. Fixação que deve observar as circunstâncias do caso e, principalmente, as condições do lesado. Provimento parcial ao recurso do autor, para elevar o valor da indenização para 200 (duzentos) salários mínimos" (Apelação Cível n. 97.000528-8, da Capital. Relator Des. Silveira Lenzi).

"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" (JC 76/363, relator Des. Pedro M. Abreu).

Por outro lado, como salientou o Dr. Promotor de Justiça, o ressarcimento dos danos de ordem moral e estética deve ser fixado separadamente, porquanto não se fundamentam no mesmo motivo.

O dano moral traduz-se pela má sensação que a ofensa traz e pelos efeitos psíquicos da dor sofrida, enquanto que o dano estético decorre da gravidade da deformidade provocada pelo acidente, com seqüelas que acompanharão a autora pelo resto da vida.

É interessante citar:

"Civil — Ação de indenização — Acidente de trânsito — Dano moral — Dano estético — Cumulabilidade. Admissível a indenização, por dano moral e dano estético, cumulativamente, ainda que derivados do mesmo fato" (STJ, REsp. n. 40.259-0/RJ, rel. Min. Waldemar Zveiter, DJU n. 76, de 25/4/94, pág. 9.251).

"A perda de um membro superior, mesmo que venha a ser amenizada pelo recurso da prótese mecânica, representa para a vítima dano de parte efetiva do patrimônio moral, e, como tal, indenizável. Possível é cumular o dano estético e o moral" (JC 68/240, relator Des. Alcides Aguiar).

Colhe-se, também, do entendimento jurisprudencial, ser possível cumular a reparação pelos danos estéticos e morais:

"Assim: Se o encurtamento da perna esquerda, em virtude de acidente de trânsito, além de representar uma seqüela física permanente e aparente, causa transtornos psíquicos à

vítima, o dano estético e moral devem ser cumulativamente reparados" (1º TACivSP, JB 157/213).

"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, DJ n. 9.145, de 2/1/95, pág. 8).

"Responsabilidade civil objetiva — Empresa de turismo — Transporte de passageiros — Acidente de trânsito — Danos sofridos por um dos motoristas, que se encontrava dormindo por ocasião da colisão — Indenização devida.

"É obrigação do transportador assegurar a incolumidade do passageiro até seu destino final, a este se equiparando o motorista reserva, que não conduzia o ônibus por ocasião do acidente, mas encontrava-se descansando para posterior revezamento.

"Trata-se de responsabilidade objetiva, à qual o transportador somente pode furtar-se em demonstrando cabalmente a ocorrência de caso fortuito ou força maior, ou de culpa exclusiva da vítima.

"Responsabilidade civil. Paraplegia. Dano moral. Cumulação com dano estético. Possibilidade.

"A paraplegia, resultante de acidente de trânsito, legitima o pedido de indenização por dano moral, que se traduz na dor íntima que sente o autor ao ver-se preso a uma cadeira



de rodas pelo resto de sua vida, ou seja, nos efeitos puramente psíquicos e sensoriais experimentados pela vítima do dano.

“O dano estético, in casu também indenizável, deflui do sentimento de comiserção, da discriminação e até da rejeição da vítima por terceiros, menos sensíveis aos deveres de solidariedade humana, acarretando, inclusive, maior dificuldade na busca da própria subsistência...” (Apelação Cível n. 97.008858-2, da Capital. Relator: Des. Eder Graf).

A importância estabelecida pelo MM. Juiz a quo não corresponde à realidade dos autos. O parâmetro sugerido no bem-lançado parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça deve ser observado, por traduzir o melhor entendimento doutrinário e jurisprudencial.

Analisando os fatores elencados pela doutrina para aferição do *pretium doloris*, é de se ressaltar que a Apelada é empresa de grande porte,

concessionária de serviço público e detentora de expressiva frota de veículos. Por outro lado, a apelante é pessoa humilde, sofreu lesões gravíssimas em plena juventude, com seqüelas que lhe acompanharão por toda a vida.

Pelo exposto, dá-se provimento ao recurso e eleva-se para 150 (cento e cinquenta) salários mínimos o valor da indenização pelos danos morais e 150 (cento e cinquenta) salários mínimos pelos danos estéticos, considerando-se o valor vigente à época do pagamento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Anselmo Cerello e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 6 de agosto de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013992-6, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Embargos do devedor. Alegação de inexigibilidade do título executivo improcedente.*

*Sentença homologatória de transação. Título executivo judicial. Exegese do art. 584, III, do CPC.*

*Embargos rejeitados.*

*Litigância de má-fé caracterizada.*

*Alteração dos fatos.*

*Condenação em honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da execução. Verba excessiva. Critérios do § 4º do art. 20 do CPC.*

*Recurso parcialmente provido para reduzir a verba honorária a 15% sobre o valor da execução e a pena em razão de litigância de má-fé a 1% (Lei n. 9.668/98).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013992-6, da comarca de Blumenau, em que é apelante Grafitex Indústria, Comércio de Etiquetas e Aviamentos Têxteis Ltda., sendo apelado Giovani Carlos Sartor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, prover, em parte, o recurso.

Custas legais.

Grafitex Indústria, Comércio de Etiquetas e Aviamentos Têxteis Ltda. — ME opôs Embargos à Execução proposta por Giovani Carlos Sartor, objetivando desconstituir título executivo judicial, ao argumento de ser inexigível porque o embargado descumpriu sua parte no acordo celebrado nos autos de embargos de terceiro, que consistia em indicar, junto à instituição arrendante, o nome da pessoa jurídica a quem seria transferido o contrato de arrendamento mercantil do veículo Ford F 1000.

Em resposta, o embargado sustenta a impossibilidade de proceder à transferência, em virtude de a embargante encontrar-se em débito com o Banco arrendante.

Em nova manifestação, a embargante reitera os termos da exordial.

Julgando antecipadamente a li-de, o Dr. Juiz de Direito rejeitou os embargos, ordenando o prosseguimento da execução. Condenou, ainda, a Grafitex no pagamento de indenização de 10% sobre o valor da execução, por litigância de má-fé, bem como nas verbas da sucumbência.

Inconformada, a embargante interpôs recurso de apelação, renovando a tese de inexecutabilidade do título.

Juntou ao recurso os documentos de fls. 51/56.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório.

Sem êxito as preliminares argüidas nas contra-razões do recurso.

A apelante, ao discorrer sobre o acordo celebrado, não alegou fato novo, apenas detalhou sua versão dos acontecimentos, a fim de enfrentar o decisum objurgado. Aliás, na peça pòrtica dos embargos, já havia sustentado que a responsabilidade pelas prestações era do apelado e, em grau de apelação, reafirmou sua versão, acrescentando pormenores que entendeu necessários.

No tocante aos documentos que acompanham o recurso, dos quais teve vista o apelado, é de ser admitida sua juntada, em virtude daqueles não

possuírem o condão de alterar o pedido.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou:

“Recurso especial. Documentos. Juntada na apelação. Documentos podem ser juntos com as razões de apelação e serão apreciados até o ponto em que não importem em substancial alteração do pedido (...) Recurso conhecido e provido” (STJ — REsp. n. 1.592/RJ, rel. Min. Gueiros Leite, DJU n. 77, de 23/4/90, pág. 3.219).

Na questão de fundo, o inconformismo abrange a inexigibilidade do título, a condenação em indenização por litigância de má-fé, a condenação no pagamento de honorários advocatícios, fixados em 20% sobre o valor da execução e os juros de mora cobrados pelo apelado, aspectos que reclamam exame apartado.

#### I — Da inexigibilidade do título

Segundo norma insculpida no art. 584, III, do Código de Processo Civil, a sentença homologatória de transação é título executivo judicial; uma vez descumprido o ajuste, a parte prejudicada pode requerer a execução da sentença.

É oportuno trazer à colação os seguintes arestos:

“(…) A transação, muito embora independa de homologação judicial para ter eficácia jurídica (CPC, art. 158), a sentença homologatória tem o efeito de pôr termo à relação processual, outorgando ao ato negocial a eficácia de coisa julgada, gerando título executivo judicial. (...)” (Apelação Cível nº 96.001604-0, de Taió, relator Des. Pedro Manoel Abreu).

“A composição amigável dispensa o Magistrado da apreciação da questão de fundo. Sua atenção se limita ao exame da regularidade formal do acordo. Não obstante, a extinção do processo faz-se com julgamento de mérito (CPC, art. 269, III), constituindo a sentença homologatória título judicial da execução” (Apelação Cível n. 25.414, de Guaramirim, em que foi relator o signatário).

A respeito da transação consta dos autos que, em data de 30.5.95, as partes celebraram, em sede de embargos de terceiro, onde se discutia a posse do veículo Ford F 1000, objeto de Contrato de arrendamento Mercantil, um acordo, no qual se estabeleceu que o apelado pagaria à apelante a importância de R\$ 5.015,00 e, em contrapartida, esta entregaria àquele o referido veículo. Convencionou-se, ainda, que na hipótese de o apelado não indicar, até o dia 29/6/95, o nome da pessoa jurídica a quem seria transferido o contrato ou, na eventual desaprovação do cadastro pela instituição arrendante, o ajuste ficaria automaticamente rescindido, caso em que o apelado deveria devolver o veículo à apelante e esta pagar àquele a quantia de R\$ 32.000,00.

Alegando impossibilidade de proceder à transferência do contrato por culpa da apelante, que se apropriou dos valores depositados e não pagou as prestações do leasing e diante da perda da posse do veículo por força de liminar concedida em ação de reintegração de posse movida pelo arrendante, o apelado requereu a execução do acordo.

Segundo versão da apelante, o título ora em execução é inexigível,

pois foi o apelado quem deu causa à ruptura do ajuste, uma vez que, além de não pagar as prestações do leasing, não devolveu o automóvel, conforme acordado.

Sustenta, ainda, que se equivocou o Togado sentenciante ao afirmar que a quitação das prestações de maio/1995 e junho/1995 ficou sob sua responsabilidade, ao argumento de que a importância de R\$ 5.015,00 (cinco mil e quinze reais), estabelecida no acordo, destinava-se, na verdade, a ressarcir os encargos de mora decorrentes do atraso das parcelas dos meses de dezembro/1994 a maio/1995.

É inadmissível, na espécie, invocar a *exceptio non adimpleti contractus*, porquanto foi a própria apelante quem deixou de cumprir sua obrigação de repassar os valores destinados às prestações.

Somando-se os valores pagos pelo apelado — relacionados a fls. 25 — ao depósito de fls. 15, dos autos de embargos de terceiros, verifica-se que a apelante foi totalmente reembolsada das quantias até então debitadas em sua conta corrente.

Com efeito, depreende-se que o depósito de R\$ 5.015,00 já incluía a parcela de maio, vencida um dia antes do acordo (29/5/95), pois não seria crível a devolução do veículo ao apelado na pendência de alguma prestação.

Ademais, posteriormente à composição amigável, o apelado depositou a quantia de R\$ 2.700,00 (dois mil e setecentos reais) na conta da apelante (fls. 19, dos embargos de terceiro), destinada a pagar a parcela do mês de junho/1995, tendo esta se

apropriado do valor, não repassando à instituição arrendante.

Instada a regularizar as prestações de maio a julho de 1995 junto ao arrendante — Banco Bradesco S/A —, a apelante, embora tenha recebido do apelado a importância referente à prestação de junho/1995, ficou inerte, ensejando o ajuizamento de ação de reintegração de posse do automóvel (fls. 24 dos autos de embargos de terceiro), o que, aliás, impediu a sua devolução, conforme estava estabelecido no acordo.

Assim, tem-se que a culpa pelo descumprimento do ajuste foi da apelante, pois não era possível ao apelado proceder à transferência do contrato de leasing nem pagar as respectivas prestações, em face do inadimplemento contratual provocado pela primeira.

No tocante à alegação de que a exigência do valor em execução estaria subordinada ao pagamento total das parcelas, não logra melhor sorte. Além de inexistir ressalva nesse sentido, verifica-se que o valor reclamado reflete o montante até então despendido pelo apelado.

Não pode, da mesma forma, a apelante afirmar que há desequilíbrio contratual, argumentando que não obteve nenhuma vantagem patrimonial na transação. Ocorre que, havendo a ruptura do sinalagmático, o apelado será reembolsado do que pagou e, em compensação, a apelante poderá exercer seus direitos sobre o veículo, mediante quitação das parcelas em atraso.

Nesse contexto, conclui-se pela exigibilidade do título, devendo a execução prosseguir na forma da lei.

## II — Da litigância de má-fé

Com relação à condenação por litigância de má-fé, a sentença recorrida não merece qualquer reparo.

Com efeito, verifica-se que a apelante expôs os fatos de forma deturpada, fazendo uso de alegações inverídicas e contrárias à evidência dos autos. Afirmou que não foi responsável pelo atraso das prestações, entretanto admite que recebeu a importância de R\$ 2.700,00, destinada ao pagamento da parcela do mês de junho/1995. Além disso, procurou alterar o propósito do acordo, sustentando que a exigibilidade integral do título estaria subordinada ao pagamento de todas as prestações do leasing, quando, na verdade, inexistia restrição nesse sentido.

Além do mais, faltou com a verdade ao afirmar que os R\$ 5.015,00 destinavam-se a cobrir despesas anteriores.

Destarte, provada está a má-fé da apelante, devendo a condenação ser mantida, porém na forma do art. 18 do Codex Instrumental, com a nova redação dada pela Lei n. 9.668, de 23/6/98.

A propósito, ao tecerem seus comentários sobre o art. 17 da Cartilha Processual Civil, anotam Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Conceito de litigante de má-fé. É a parte ou interveniente que, no processo, age de forma maldosa, com dolo ou culpa, causando dano processual à parte contrária. É o *improbus litigador*, que se utiliza de procedimentos escusos com o objetivo de vencer ou que, sabendo ser difícil ou impossível vencer, prolonga deliberadamente

o andamento do processo procrastinando o feito. As condutas aqui previstas, definidas positivamente, são exemplos do descumprimento do dever de probidade estampado no CPC 14” (Código de Processo Civil, 3ª ed., São Paulo, RT, 1997, pág. 288).

## III — Dos honorários advocatícios

Insurge-se a apelante contra a condenação no pagamento de honorários na ordem de 20% sobre o valor da execução.

A irresignação merece amparo.

Nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

In casu, trata-se de embargos à execução, nos quais houve julgamento antecipado da lide, dispensando-se a produção de provas, realização de audiência e apresentação de memoriais.

Dessa forma, considerando-se o trabalho do advogado do apelado e o valor da execução, impõe-se a redução da verba honorária para 15%.

Finalmente, reparo merece o cálculo apresentado pelo apelado-credor, no tocante aos juros de mora.

Consoante regra prevista no art. 1.062 do Código Civil, a taxa de juros moratórios é de 6% ao ano, quando não convencionada, sendo, ainda,

vedada a aplicação de juros compostos (Súmula 121 do STF).

Assim, sobre o valor do débito incidirão juros de 6% a. a., a contar da citação.

Por todo o exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, para reduzir a verba honorária para 15% sobre o valor da execução e aplicar a pena de litigância de má-fé a 1%, de acordo com a Lei n. 9.668, de

23/6/98 e, bem assim, os juros moratórios a 0,5% ao mês.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Anselmo Cerello.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.005530-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Dano moral. Ação de indenização. Inclusão do nome da requerente no Serviço de Proteção ao Crédito em decorrência de irregular devolução de cheque. Dano ocorrente.*

*Firma manifestamente divergente.*

*Cártula tipo “TB” não compensável. Culpa exclusiva e inafastável da instituição bancária.*

*Recurso adesivo visando à majoração do quantum indenizatório.*

*Sentença confirmada. Apelos desprovidos.*

*— É inquestionável o direito a ressarcimento por dano moral, a título de compensação econômica pelo abalo sofrido em razão de erro culposos, quase sempre resultado da insensibilidade funcional que reduz à vala comum, sem o mínimo respeito, correntistas de parques recursos. Tratando-se de ato ilícito absoluto, responde o Banco pelo dano moral a que deu causa.*

*— Cheque na modalidade “TB” — transferência bancária — não enseja compensação, nem devolução por insuficiência de fundos se manifesta e confessada a divergência de firmas.*

*Vistos, relatados e discutidos* | 98.005530-0, da comarca da Capital  
*estes autos de Apelação Cível n.* (2ª Vara), em que são apelantes e

*apelados Banco Itaú S/A e Rosângela Civinski:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, desprover ambos os recursos.

Custas legais.

Rosângela Civinski promoveu ação de indenização por dano moral contra o Banco Itaú S/A, aduzindo, na peça póstica, que, ao recorrer ao sistema de pagamento a crédito na loja DPaschoal Automotiva Ltda., teve o pedido de parcelamento negado em virtude de seu nome constar na lista do Serviço de Proteção ao Crédito. Constatou, através de ordem de Habeas Data, que se encontrava negatizada junto ao referido banco de dados por conta da empresa Supermercados Comper Ltda., em virtude de emissão de cheque do Banco Itaú, sem provisão de fundos.

Ciente de que não havia emitido a cártula, procurou averiguar os fatos, tendo verificado que se tratava de um cheque tipo TB, utilizado para transferências internas, o qual fora extraviado pelo estabelecimento bancário.

Asseverou que sofreu abalo moral, em decorrência da indevida devolução do título, pedindo, assim, a condenação do requerido no pagamento de indenização, a ser arbitrada "no patamar de 200 salários mínimos" (fls. 9).

Em contestação, argüiu o requerido, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, ao argumento de que não há conflito de interesses entre as partes, já que a responsabilidade pela inscrição do nome da re-

querente no SPC é do Supermercado Comper.

No mérito, alegou que não cometeu ato ilícito, uma vez que, ao devolver o cheque por falta de fundos, agiu dentro das normas bancárias emitidas pelo Governo federal.

Sustentou que não há nexo de causalidade entre os danos reclamados e a atitude do Banco, além do que o suposto abalo moral não restou provado. Postulou, em conseqüência, a improcedência da demanda.

Houve impugnação à contestação.

Na audiência, não logrando êxito a proposta conciliatória, prosseguiu-se na instrução com a tomada do depoimento das partes e a inquirição de testemunhas.

Apresentadas as alegações finais, foi o pedido julgado procedente, com a condenação do réu no valor postulado.

Inconformado, o acionado interpôs recurso de apelação, renovando a tese de ilegitimidade passiva, inexistência de ato ilícito e falta de prova do dano moral e da participação do Banco para a ocorrência do abalo. Pugnou pela total reforma do decurso ou, alternativamente, pela diminuição do quantum indenizatório.

A requerente, por sua vez, apresentou recurso adesivo, pretendendo a majoração do valor da indenização.

Apresentadas as contra-razões, os autos ascenderam a este Sodalício.

É o relatório

Coexistem nestes autos dois recursos distintos, os quais se im-

põem examinados destacadamente, analisando-se, em primeiro lugar, o principal interposto pelo Banco acionado e, após, aquele adesivamente manejado pela acionante.

Tem-se, então, o seguinte:

I — Do recurso principal:

Argüiu o apelante, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que foi a empresa Supermercados Comper quem inscreveu o nome da apelada no Serviço de Proteção ao Crédito.

Razão não lhe assiste, porquanto a negativação da apelada ocorreu em virtude de conduta irregular do Banco.

Sobre o tema, leciona Arruda Alvim:

“Estará legitimado o autor quando for o possível titular do direito pretendido, ao passo que a legitimidade do réu decorre do fato de ser ele a pessoa indicada, em sendo procedente a ação, a suportar os efeitos oriundos da sentença” (Curso de Direito Processual Civil, 1ª Ed., São Paulo, 1977, pág. 56).

De fato, não há dúvida de que o nome da apelada foi inscrito no SPC pelo Supermercado Comper e que este é o fundamento para seu pleito indenizatório relativo aos danos morais. Entretanto, não se pode censurar seu comportamento, haja vista que exerceu um direito que lhe assiste. Ademais, o registro no Serviço de Proteção ao Crédito decorreu de procedimento do Banco, razão pela qual é parte legítima para responder aos termos da demanda.

Assim, rejeita-se a prefacial.

Na questão de fundo, a sentença objurgada também não merece qualquer reparo.

Consta dos autos que o Banco Itaú expediu talonário de cheques da conta corrente da apelada, o qual fora extraviado pela instituição bancária. Uma dessas ordens foi indevidamente emitida por terceiro, em favor do Supermercado Comper.

Depositado na conta do favorecido, o cheque em questão foi devolvido, tão-somente, por insuficiente provisão de fundos, tendo a mencionada empresa promovido a inscrição do nome da apelada no Serviço de Proteção ao Crédito.

Ocorre que a cártula continha assinatura diversa da constante dos registros da instituição bancária, conforme informação de fls. 41, confirmada pelas testemunhas arroladas pelo acionado, o que não poderia ser diferente, uma vez que não fora emitida pela titular da conta corrente que, sequer, tinha conhecimento da existência do talonário.

O fato de não haver saldo suficiente na conta da apelada não subtrai a responsabilidade do apelante, porquanto, segundo relata a testemunha da apelada, Waldeli Virtuoso Caetano (fls. 99), o Banco confrontou as assinaturas e mesmo verificando a falta de semelhança devolveu o cheque por falta de fundos.

Ademais, sendo um documento utilizado somente para transferência entre contas do mesmo titular, o acionado não poderia dispensar o mesmo tratamento dos cheques comuns sem tomar as precauções que o caso estava a exigir.



Em assim agindo, o apelado negligenciou, pois deveria ter devolvido o título por motivo de divergência de firma ou por impossibilidade de compensação — por se tratar do tipo “TB” (transferência bancária) —, o que não causaria a inscrição do nome da acionante no aludido banco de dados.

Por outro lado, a lesão extrapatrimonial restou provada, até mesmo pelo depoimento da testemunha Renato Bertoldi (fls. 96), que descreveu a situação constrangedora em que a apelada se viu envolvida. É pacífico o entendimento jurisprudencial de que a indevida inscrição de nome no SPC causa dano moral, passível de indenização.

A propósito, traz-se à colação os seguintes arestos:

“Danos morais. Inscrição indevida no serviço de proteção ao crédito — SPC. Quitação completa da dívida. Negativação que submeteu o autor à situação vexatória. Alegação, pela apelante, de indução a erro pelo seu cobrador, que não comunicou o pagamento da dívida. Irrelevância. Obrigação de indenizar. A negativação indevida e prolongada no SPC, por si só, satisfaz a possibilidade de indenização por danos morais, sendo o dano à imagem, vertido na reação desgostosa suportada pelo autor, fato comprobatório dos danos sofridos, mormente quando há dificuldade no arbitramento dos danos materiais. Ademais, não pode a empresa furtar-se à obrigação de reparar os danos sofridos sob o argumento de que seu cobrador é que não comunicou o pagamento da dívida, já que é seu o mister de controle dos cadastros, assim como de seus prepostos” (Apelação Cível n.

96.009781-3, de Lages. Relator Des. Carlos Prudêncio).

— O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito, conseqüenciando um efetivo abalo de crédito para o inscrito, lançam profundas implicações na vida comercial do negativado, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios de dignidade e de credibilidade, inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim atua de prestar indenização ao ofendido” (Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, in DJE de 20/9/96).

“200770 — Civil — Indenização — Dano moral — Devolução de cheque por insuficiência de fundos — Equívoco do Banco — 1. O dano moral é indenizável, como proclamavam os juristas mais evoluídos e adotava a jurisprudência, com acanhamento, antes da CF de 88. 2. Provado o nexo causal entre o constrangimento de quem tem o nome inscrito no SPC, como mau pagador, e título protestado e o erro da CEF em devolver cheque com insuficiência de fundos” (TRF 1ª R. — AC n. 94.01.35108-2 — 4ª T. — Rel. Juíza Eliana Calmon — DJU 12/6/95).

“200803 — Responsabilidade civil — Estabelecimento bancário. Dano moral. Ocorrência. Cheque indevidamente devolvido. Desnecessidade de comprovação do reflexo material. Recusa, ademais, em fornecer carta de retratação. Verba devida. Art. 5º, X,

da CF" (TJSP — AC n. 113.554-1 — 8ª C. — Rel. Des. José Osório — j. 12/9/89) (RJTJESP 123/159).

"200773 — Dano moral — Cheque sem fundos — Art. 5º, X, da CF. A devolução de cheque sob a alegação inverídica de insuficiência de fundos confere ao emitente direito à indenização por dano moral, consistente no constrangimento por ele sofrido, encontrando tal forma de reparação amparo no art. 5º, X, da CF, à luz do qual deve ser interpretada a norma contida no art. 159 do CC" (TAMG — AC n. 168.934-3 — 7ª C. — Rel. Juiz Fernando Braulio — DJMG 17/12/94).

"Responde, a título de ato ilícito absoluto, pelo dano moral conseqüente, o estabelecimento bancário que, por erro culposo, provoca registro indevido do nome de cliente em central de restrições de órgão de proteção ao crédito" (RT 706/67).

No mesmo sentido, também já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"— O banco que promove a indevida inscrição de devedor no SPC e em outros bancos de dados responde pela reparação do dano moral que decorre dessa inscrição. A exigência de prova de dano moral (extrapatrimonial) se satisfaz com a demonstração da existência da inscrição irregular" (REsp. n. 51.158, rel. Min. Ruy Rosa-do de Aguiar, in DJU de 29/5/95, pág. 15.520).

O dever de indenizar é previsto no art. 159 do Código Civil, que diz: "aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito ou causar prejuízo a outrem fica obrigado a reparar o dano". Exige-se a combinação de três requisitos: ação (omissiva ou comissiva),

ocorrência de um dano e nexo de causalidade entre o dano e a ação. É o caso dos autos.

A conduta negligente do apelante é traduzida pela irregular devolução do cheque, além do extravio do talonário. O dano é representado pelo desgosto sofrido pela apelada e pela perda de crédito. Finalmente, há nexo de causalidade entre a ação e o dano, porquanto aquela provocou a inscrição no Serviço de Proteção ao Crédito e, conseqüentemente, o evento danoso.

No tocante ao quantum indenizatório, por tratar-se de matéria ventilada também no recurso adesivo, será apreciada juntamente com este.

#### II — Do recurso adesivo:

Pretende a acionante ver majorado o valor fixado na sentença recorrida. Razão não lhe assiste, devendo este ser mantido, posto que os critérios utilizados pelo Magistrado a quo para arbitramento da indenização estão de acordo com a melhor orientação doutrinária e jurisprudencial.

Dentre outros, segundo a doutrina, a reparação dos danos morais deve lastrear-se nos seguintes fatores: a) a intensidade e duração da dor sofrida; b) a gravidade do fato causador do dano; c) a condição pessoal (idade, sexo etc.) e social do lesado; d) o grau de culpa do lesante; e) a situação econômica do lesante. A fixação, no entanto, não é matéria que possa ser deixada à determinação de perito, uma vez que danos estimáveis por arbitramento são apenas os patrimoniais, nunca os morais: estes, por sua própria natureza, são inestimáveis.

Na prova do dano moral e das circunstâncias que influem na deter-

minação do quantitativo a arbitrar, os juizes terão de recorrer às regras de experiência comum subministradas pela observação do que ordinariamente acontece, referidas no art. 335 do Código de Processo Civil.

É da jurisprudência:

“Indenização — Inscrição indevida no Serviço de Proteção ao Crédito — Abalo de crédito — Dano moral — Critérios para o estabelecimento do quantum reparatório — Sentença parcialmente reformada”.

“— O indevido e ilícito lançamento do nome de alguém no Serviço de Proteção ao Crédito, conseqüenciando um efetivo abalo de crédito para o inscrito, lançam profundas implicações na vida comercial do negativedo, irradiando, ao mesmo tempo, drásticos reflexos patrimoniais, acarretando-lhe vexames sociais e atentando, concomitantemente, contra os princípios de dignidade e de credibilidade, inerentes, de regra, a todo ser humano. Presentes esses elementos, configurado resulta, por excelência, o dano moral, traduzindo a indelével obrigação, para quem assim atua de prestar indenização ao ofendido.

“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, anestesiá-lo 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 da-

no um impacto suficiente, desestimulando-o a cometer novos atentados similares contra outras pessoas” (Ap. Cív. n. 49.415, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos).

“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” (JC 76/363, relator Des. Pedro M. Abreu).

Por fim, adota-se como razão de decidir os bem-lançados fundamentos da sentença proferida pelo Dr. Antônio do Rego Monteiro Rocha, verbis:

“...No caso sub judice, dispensável é maior análise sobre o porte financeiro do estabelecimento requerido em relação à requerente Rosângela Civinski; a requerente, por sua vez, funcionária pública lotada no Tribunal de Justiça do Estado, goza de ótimo conceito moral e profissional, que foi intensamente abalado pelo estabelecimento requerido em sua atitude ilícita de enviar o nome da requerente para os bancos de dados dos maus pagadores; a culpa do estabelecimento requerido foi intensa porque, sendo um estabelecimento de crédito, deveria ter procedido conforme o direito para premiar os bons pagadores e clientes, ao mesmo tempo em

que tinha e tem o exercício regular de direito de enviar aos bancos de dados os nomes dos reais devedores; a repercussão da ofensa para a requerente foi grande, pois diversos funcionários ligados à sua atividade ficaram sabendo de que ela não pôde negociar com a empresa DPaschoal pelo fato do seu nome estar incluído no SPC...".

Por todo o exposto, nega-se provimento aos recursos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Des. Gaspar Rubik e Anselmo Cerello.

Florianópolis, 6 de agosto de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009030-0, DE CONCÓRDIA**

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Embargos à execução. Contrato de empréstimo garantido por aval. Letra de câmbio e nota promissória vinculadas ao contrato. Alegação de nulidade da execução afastada.*

*Embargos acolhidos em parte para afastar a capitalização de juros.*

*Comissão de permanência, juros moratórios e multa. Exigibilidade.*

*Condenação em honorários advocatícios no patamar de 20% sobre o valor da execução. Verba excessiva. Critérios do § 4º, art. 20, do CPC.*

*Litigância de má-fé não caracterizada.*

*Exclusão.*

*Recurso parcialmente provido para reduzir a verba honorária a 10% sobre o valor da execução e afastar a pena por litigância de má-fé.*

*Confecções Maiumi Ltda. — ME, sendo apelado Banco Itaú S/A:*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.009030-0, da comarca de Concórdia, em que é apelante*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, sem voto discrepante, dar

provimento, em parte, ao recurso para reduzir a verba honorária de 20% para 10% sobre o valor da execução, afastando-se a pena por litigância de má-fé.

Custas legais.

Trata-se de apelação interposta por Confecções Maiumi Ltda. — ME contra sentença que, nos autos de embargos à execução — alicerçados em contrato de empréstimo — movida pelo Banco Itaú S/A, julgou procedente, em parte, o pedido, para afastar a capitalização mensal de juros, condenando a apelante no pagamento das verbas da sucumbência, bem como na multa de 10% sobre o valor do débito, a título de litigância de má-fé.

Argúi, em preliminar, a nulidade da execução, sob a alegação de que a letra de câmbio que instruiu a inicial é nula, pois não contém o aceite da apelante.

No mérito, sustenta haver excesso de execução, porquanto a taxa de juros aplicada pelo Banco estão em desacordo com o pactuado.

Insurge-se, ainda, contra a condenação por litigância de má-fé e verba honorária fixada em 20% sobre o valor da dívida.

Apresentadas as contra-razões, os autos ascenderam a este Sodalício.

É, resumidamente, o relatório.

A preliminar de nulidade da execução não merece acolhimento.

Como bem salientou o Magistrado a quo, embora se deva reconhecer a nulidade da letra de câmbio emitida pelo apelado, em face da falta de aceite, o mesmo não se pode dizer da execução, haja vista que o pedido se apresenta estribado no contrato cele-

brado entre as partes, o qual se encontra formalmente perfeito, preenchendo os requisitos de certeza, liquidez e exigibilidade. Ademais, a nota promissória que acompanha a peça póstica reúne, igualmente, as características de título executivo.

Rejeita-se, pois, a prefacial.

No mérito, irretocável o decurso objurgado.

Alega a apelante excesso de execução, ao argumento de que foram contratados juros de 6,4% ao mês e o apelado estaria cobrando comissão de permanência de 13,5% por 30 dias.

Todavia razão não lhe assiste, posto que, embora o contrato preveja a taxa de juros de 6,4% ao mês, restou avençada também a cobrança da comissão de permanência, juros moratórios e multa, na hipótese de atraso no pagamento, o que é lícito, vedada a cumulação da primeira (comissão de permanência) com a correção monetária.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu sobre a matéria:

“Execução fundada em pluralidade de títulos. Verbas livremente pactuadas em contrato de financiamento. Súmula 27/STJ. Arrimando-se a execução também em contrato de financiamento de capital de giro (art. 585, inc. II, do CPC), são devidas as parcelas convencionadas pelas partes, exceção feita cumulação da comissão de permanência (juros à taxa de 46% ao mês) com a correção monetária (Súmula 30/STJ). Recurso especial conhecido, em parte, e provido parcialmente” (REsp. n. 84.633—Minas Gerais, publicado no DJ de 10/6/96, pág. 20.342).

Neste sentido:

“A comissão de permanência é devida se não cumulada com a correção monetária” (REsp. n. 2.001—SP, Min. Sálvio de Figueiredo).

Nesta Corte:

“A comissão de permanência foi concebida como meio de evitar lesão econômica às instituições financeiras, minorando os efeitos da inflação. Após o advento da Lei n. 6.899/81, a superposição daquela com a correção monetária não mais se justifica, pois ambas têm a mesma finalidade” (Ap. Cív. n. 29.008, de Itajaí, rel. Des. Wilson Guarany).

Ou ainda:

“A correção monetária e a comissão de permanência têm idêntica função: a de atualizar o valor do débito. Disso resulta que a permissibilidade da incidência cumulativa de ambos os encargos implicaria em autorizar-se a dupla atualização do quantum debeat, o que se faz inadmissível, tanto sob o ponto de vista jurídico, como do moral” (Ap. Cív. n. 52.274, de Imbituba, rel. Des. Trindade dos Santos).

Insurge-se a apelante contra a condenação no pagamento de honorários na ordem de 20% sobre o valor da execução.

A irresignação merece amparo.

Nos termos do art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, nas execuções, embargadas ou não, os honorários serão fixados consoante apreciação equitativa do juiz, atendidos o grau de zelo do profissional, o lugar da prestação do serviço, a natureza e a importância da causa, o trabalho re-

alizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

In casu, trata-se de embargos à execução, nos quais houve julgamento antecipado da lide, dispensando-se a produção de provas, realização de audiência e apresentação de memoriais.

Extrai-se do corpo do acórdão da lavra do Exmo. Des. Francisco Borges, na Apelação Cível n. 96.003849-3, de Criciúma:

“...Realmente, neste ponto merece ser reformada a sentença a quo, vez que o debate despendido no curso dos embargos revelou-se deveras restrito, não trazendo aos patronos das partes, principalmente ao do embargante, demasiada dificuldade e tempo despendido, ainda mais que não fora realizada qualquer audiência nem tampouco produção de provas...”.

Ademais, o percentual merece ser reduzido diante do acolhimento de parte do pedido.

Dessa forma, considerando-se o trabalho do advogado do apelado, o valor da execução e a procedência parcial dos embargos, impõe-se a redução da verba honorária para 10% sobre o valor do débito.

Finalmente, também é de ser afastada a pena de litigância de má-fé, posto que não há prova inequívoca de que houve intenção de prejudicar a parte contrária.

A propósito, já se fixou:

“(...) Litigância de má-fé. Penalidade. Necessidade de prova robusta. Só se pode aplicar penalidade por litigância de má-fé com prova robusta de que houve intenção de prejudicar a

parte contrária” (Apelação Cível n. 97.009328-4, de Concórdia. Relator Des. Sérgio Paladino).

A par disso, a embargante ainda se sagrou vitoriosa, em parte, demonstrando que sua argumentação não foi de todo impertinente.

Não se pode, assim, penalizar quem se utilizou dos meios processuais adequados para resistir à pretensão que julgava ilegítima.

Por tais razões, dá-se provimento, em parte, ao recurso, reduzin-

do a verba honorária de 20% para 10% sobre o valor do débito e excluindo a condenação por litigância de má-fé.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Gaspar Rubik.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007701-7, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Apelação cível — Execução de sentença — Embargos — Matéria preclusa em face de trânsito em julgado — Reexame incabível — Desprovimento do recurso.*

*Incabível rediscutir, mediante embargos opostos na fase de execução de sentença, decisão consolidada pela coisa julgada material.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007701-7, da comarca de São José (Vara da Fazenda, Família, Infância e Juventude), em que é apelante A. S. G., sendo apelada B. D. J., representa por sua mãe, R. M. J.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

A. S. G., através de advogado, opôs embargos à execução de pensão alimentícia deflagrada por B. D. J., representada por sua mãe, R. M.

J., alegando, em síntese, que o valor cobrado é excessivo, mormente porque superior ao valor dado à causa, o qual já era demasiadamente elevado. Reputou desnecessário o manejo de impugnação, porque a quantia deveria refletir o comando do art. 259, VI, do CPC. Disse, então, haver excesso de execução, clamando pelo acolhimento do pleito formulado.

Impugnou a parte ex adversa, aduzindo tratar-se de matéria preclusa, pois os valores foram estabelecidos em sentença, a qual transitou em julgado.

Em seguida, sentenciou o MM. Juiz a quo, julgando improcedente o

pedido exposto na inicial dos embargos.

Insatisfeito, apelou o vencido, reeditando seus argumentos e pugnando pela reforma do pronunciamento judicial.

Contra-arrazoado, opinando o Parquet pelo desprovimento do recurso, ascenderam os autos a este colendo Pretório, partilhando, aqui, o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, ilustre Procurador de Justiça, do mesmo entendimento de seu colega de Primeiro Grau.

É o relatório.

Porque adequados, são transcritos como fundamentação os motivos expostos no parecer de fls. 42 usque 47:

“O apelante fundamentou seu inconformismo no art. 741, inciso V, do Código de Processo Civil, que dispõe:

‘Art. 741. Quando a execução se fundar em sentença, os embargos serão recebidos com efeito suspensivo se o devedor alegar:

‘...’

‘V — excesso de execução...;’

“Por sua vez, o art. 743, do mesmo Diploma Legal, enumera os casos de excesso de execução:

‘Art. 743. Há excesso de execução:

‘I — quando o credor pleiteia quantia superior à do título;

‘II — quando recai sobre coisa diversa daquela declarada no título;

‘III — quando se processa de modo diferente do que foi determinado na sentença;

‘IV — quando o credor, sem cumprir a prestação que lhe corresponde, exige o adimplemento da do devedor (art. 582);

‘V — se o credor não provar que a condição se realizou’.

“A pretensão do recorrente não encontra guarida nos artigos apontados.

“A alegação de que há excesso de execução, substancialmente porque não fora observado o critério legal na valoração da causa, na ação de execução de alimentos, sendo-lhe atribuído valor exorbitante, não se encaixa em nenhum dos incisos do artigo sobredito.

“Não há excesso de execução quando o processo de execução obedece à sentença liquidada, da qual não houve recurso.

‘A execução da sentença condenatória deve limitar-se ao seu dispositivo, sob pena de nulidade. Todavia, uma vez homologados os cálculos pelo Juiz, e não havendo recurso dessa decisão, preclusa é a pretensão de ver alterada a quantia executada sob a alegativa de excesso de execução’ (Apelação Cível n. 96.008618-8, de Tubarão, rel. Des. Carlos Prudêncio).

“Ainda,

‘Transitando em julgado a sentença de mérito proferida no processo de conhecimento, sua nulidade não poderá ser alegada em embargos à execução, salvo na hipótese de inexistência jurídica da sentença ou no caso de nulidade ou falta de citação no processo de conhecimento, se este correu à revelia (JTA 103/266, 125/444)’ (Código de Processo Civil,



Theotonio Negrão, 28ª ed., art. 741, nota 5).

“Também,

‘Não é possível, à guisa de excesso de execução, questionar matéria infringente do julgado executando. O excesso só se caracteriza se a pretensão executória superar o montante fixado no título judicial, ou nas demais hipóteses do art. 743 do CPC (Ac. da 3ª Câm., do TJRS, de 8/5/86, na Ap. n. 586.013.385, rel. Des. Galeno Lacerda; RJTJRS 116/420)’ (Código de Processo Civil Anotado, Alexandre de Paula, vol. III, arts. 566 a 889, 6ª ed., art. 743, nota 2, pág. 3.012).

“Segundo Humberto Theodoro Júnior, ‘Os fundamentos admitidos para embargar a execução de sentença são restritos porque não se pode voltar a discutir o mérito da causa, atuando a decisão do processo condenatório como lei para as partes (art. 468)’ (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 18ª ed., pág. 282).

“Ademais, o apelante/embarcante precluiu no seu direito de questionar o valor da causa.

“O nosso Código de Processo Civil rege-se, dentre outros, pelo princípio informativo da eventualidade ou da preclusão. Vale, neste passo, transcrever a ensinança do festejado mestre Humberto Theodoro Júnior:

‘O processo deve ser dividido numa série de fases ou momentos, formando compartimentos estanques, entre os quais se reparte o exercício das atividades tanto das partes, como do juiz.

‘Dessa forma, cada fase prepara a seguinte e, uma vez passada à posterior, não mais é dado retornar à

anterior. Assim, o processo caminha sempre para a frente, rumo à solução de mérito, sem dar ensejo a manobras de má-fé de litigantes inescrupulosos ou maliciosos.

‘Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada dentro da fase adequada, sob pena de se perder a oportunidade de praticar o ato respectivo.

‘Assim, a preclusão consiste na perda da faculdade de praticar um ato processual, quer porque já foi exercitada a faculdade processual, no momento adequado, quer porque a parte deixou escoar a fase processual própria, sem fazer uso de seu direito’ (in Curso de Direito Processual Civil, vol. I, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1996, pág. 31).

“Nossa egrégia Corte de Justiça já decidiu:

‘Apelação cível. Embargos do devedor. Sentença que liquida a condenação. Coisa julgada material. Recurso parcialmente provido.

‘A sentença que liquida a condenação é sentença de mérito e como tal faz coisa julgada material. Por isso mesmo, não mais será lícito às partes discutir em embargos à execução, aquilo que foi objeto da sentença de liquidação’ (Apelação Cível n. 39.146, Criciúma, rel. Des. Álvaro Wandelli, in DJE n. 8.805, de 12/8/93, pág. 10).

‘A preclusão temporal verifica-se automaticamente quando decorrido o prazo assinado para a prática de determinado ato. A inércia da parte acarreta-lhe a perda da faculdade de praticá-lo’ (Apelação Cível n.

47.902, Palhoça, rel. Des. Eder Graf, in DJE n. 9.383, de 22/12/95, pág. 15).

“O mestre Cândido Rangel Dinamarco alerta que:

‘Quando existe uma prévia liquidação entre o processo de conhecimento e o executivo (liquidação por arbitramento ou por artigos), o que nela ficar decidido no tocante ao quantum debeatur não poderá ser revisto nos embargos porque haverá a coisa julgada de perneio ou pelo menos uma preclusão’ (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 1996, pág. 319).

“Por derradeiro:

‘Não sendo a hipótese de correção de inexatidão material, nem de retificação de erro de cálculo, nem de embargos declaratórios, deve prevalecer o comando contido na sentença transitada em julgado...’ (TRF, 1ª Região, AI n. 91.01.01396-3, DJU-II, de 29/4/91, pág. 8.939, rel. Juiz Plauto Ribeiro).

“Em assim sendo, o valor executado permanece, não se reconhecendo o alegado excesso de execução.

“Quanto à litigância de má-fé levantada pela embargada/apelada, não procede.

“Como bem frisou o Togado monocrático:

‘Não há litigância de má-fé. Houve interposição dos embargos sustentando o embargante uma tese que, a final, não foi acolhida pelo julgador. Mas isso não significa litigância de má-fé. A presunção legal é de que todos litigam de boa-fé’ (fls. 17)“.

Ante o exposto, o apelo é inacolhido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 2 de dezembro de 1997.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008265-7, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Separação litigiosa c/c alimentos — Fixação liminar destes — Possibilidade — Reconvenção — Procedência parcial de ambos os pleitos — Cautelar nominada de arrolamento — Ineficácia restrita da sentença, ex vi dos arts. 93, inciso IX, da Magna Carta, e 165 do Código de Processo Civil — Aproveitamento dos atos hígidos — Apelo duplo — Deserto o do varão e, em parte, acolhido o da mulher.*

*O deslinde simultâneo de ações não dispensa fundamentação autônoma, persistindo, em face de particularidades da espécie, a*

*porção válida do ato decisório compositivo da lide. Em consequência, provimento autônomo deverá resolver a cautelar nominada incidental de arrolamento.*

*“Ao despachar a inicial, é possível ao magistrado fixar os alimentos provisórios, sendo desnecessária nesse caso a instauração de medida acautelatória em autos apartados” (REsp. n. 9.113-0—SP).*

*Demonstrada culpa recíproca, a sociedade conjugal pode ser dissolvida por culpa de ambos os consortes.*

*Ainda que se trate de verba alimentar exclusivamente para os filhos, a regra oriunda do art. 400 do Código Civil é inafastável.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008265-7, da comarca da Capital (1ª Vara da Família, Órfãos e Sucessões), em que é apelante S. J. G., sendo apelado A. J. D. G.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do apelo do varão por deserto, acolhendo-se, em parte, o da mulher.

Custas na forma da lei.

S. J. G., através de advogado, ajuizou ação de separação judicial c/c alimentos em face de A. J. D. G., alegando que, devido a constantes desentendimentos entre o casal, que culminaram em agressões físicas daquele varão, temendo novas investidas, foi obrigada a afastar-se do lar, impossibilitando tal fato qualquer tentativa conciliatória. Requereu pensão alimentícia para si e seus filhos, até mesmo alimentos provisionais, fixados, desde logo, no montante de três salários mínimos (fls. 2). Pleiteou a guarda dos filhos, porque necessária e imprescindível a figura materna na fase da tenra idade. Após outras con-

siderações que, por brevidade, ficam integrando esta suma, clamou, ao final, a procedência do pedido.

Instrumento procuratório e documentos instruem a exordial.

Intimadas as partes, negativa a conciliação, nesta fase a autora pugnou a modificação do quantum estabelecido a título de alimentos provisionais para 5 (cinco) salários mínimos.

Citada, contestou a parte ex adversa, aduzindo que as afirmações de agressão não correspondem à realidade, atribuindo conduta desonrosa à sua esposa, imputando-lhe a prática do crime de adultério e ressaltando que tal fato foi a causa determinante da discussão entre os cônjuges. Ofereceu pensão alimentícia para seus dois filhos, compreendida por 2 (dois) salários mínimos e quitação das mensalidades escolares. Asseverou, no mais, que vários bens elencados na peça inicial não lhe pertencem, requerendo a guarda dos filhos e defendendo, ainda, que deve a autora voltar a usar seu nome de solteira. Apresentou rol de bens do casal e documentos.

Simultaneamente com a contestação, aforou reconvenção, sustentando que a conduta desonrosa que deu ensejo à separação judicial com base no art. 5º da Lei n. 6.515/77 deve ser atribuída à mulher. Requereu a não concessão de pensão alimentícia para sua cônjuge, porque indevida; a guarda dos filhos do casal; decretação da separação judicial e avaliação dos bens comuns, visando sua partilha. Juntou, para tanto, documentos (fls. 90 a 119).

O varão detonou ação cautelar de arrolamento de bens, visando resguardá-los para posterior partilha. Deferida a liminar, determinou o nobre Togado sua instrução juntamente com a principal.

A contestação foi impugnada às fls. 132 usque 136, sob argumento de que não há prova do alegado adúlterio e de existir reconhecimento do consorte no que se refere à insuportabilidade da vida em comum. Após tecer considerações e oferecer documentos, pleiteou a procedência do pedido.

Impugnando a reconvenção (fls. 126 a 131), a esposa reconvinda arguiu preliminar de inépcia da inicial, por entender não concorrerem todas as condições da ação e faltar o requisito do inciso II do art. 282 do CPC. No mérito, reafirmou ter sido causador da separação o marido que, com sua conduta inadequada, tornou insuportável a convivência marital.

Há manifestação da parte contrária (fls. 156 usque 161), refutando os argumentos expostos naquela peça.

Redarguída a reconvenção (fls. 193 a 196), opinou o Ministério Públi-

co no sentido de realizar-se a audiência de instrução e julgamento.

O varão formulou pedido liminar de guarda provisória dos filhos do casal (fls. 204 a 206), fundamentando-o no comportamento social incorreto da progenitora daqueles, que foi oportunamente combatido pela parte ex adversa. Juntou novos documentos.

Após outras manifestações, foram apresentadas alegações finais.

Realizado estudo social (fls. 281 a 293) a requerimento do Parquet, este opinou pela decretação da separação com fundamento na culpa recíproca dos cônjuges, ou seja, deferir em parte a súplica constante na exordial, e dar procedência ao pleito cautelar de arrolamento de bens.

Sentenciou o MM. Juiz a quo, julgando procedente, em parte, o pleito da autora, assim como o do varão, articulado em reconvenção, determinando a separação judicial destes com base na culpa recíproca, estabelecendo, ainda, pensão alimentícia para os filhos, na razão de 2 (dois) salários mínimos para cada um; acolheu, ainda, em consequência, a súplica cautelar.

Inconformada, apelou a vencedora, argumentando ter sido o réu o transgressor dos direitos matrimoniais, restando a este, tão-somente, a culpa. Alegou também necessitar de pensão alimentícia para prover seu sustento e que aquela verba destinada aos filhos é insuficiente. Disse, ademais, que o réu tem condições de arcar com quantias maiores, e, no tocante aos bens, afirmou ter oferecido rol daqueles que estão na posse do réu, em contestação da ação cautelar em apenso, que

não foram considerados pelo nobre Magistrado, por ocasião da prolação da sentença que julgou procedente referida actio.

Respondendo o recurso interposto pelo réu, aquele foi desentranhado em virtude de ser deserto (fls. 332).

Impugnando a irresignação manifestada pela autora, manifestou-se o Parquet, ascendendo os autos a este egrégio Sodalício, lavrando parecer o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, ilustre Procurador de Justiça, no sentido de decretar-se a nulidade da sentença objurgada em face da ausência de fundamentação quando do julgamento da ação cautelar, e de improver-se o apelo.

É o relatório.

Apensa está a cautelar convertida em arrolamento de bens (arts. 855/860 do CPC), a qual foi deflagrada em 8/9/1993 (fls. 2v.), portanto, quando já tramitava a demanda principal. Trata-se, em consequência, de providência incidente, cujo deslinde foi simultâneo, conforme se colhe da ilustrada sentença (fls. 305/310), que apenas refere aquela na parte dispositiva (fls. 309). Logo, tem razão a douta Procuradoria de Justiça quando suscita preliminar de nulidade (fls. 341), eis que o art. 93, IX, da Magna Carta, data venia, foi violado segundo se constata também do art. 165 daquele Cãnone, expresso na exigência de fundamentação.

Em verdade, o ato decisório compositivo da lide motivou o deslinde da separação litigiosa e dos alimentos, mas nada justificando acerca daquela cautelar nominada. Além do mais, o inciso II do art. 458 do aludido

Codex é taxativo nos requisitos do provimento judicial: “II — os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito”. Então há ineficácia parcial daquele julgado, impondo-se a prolação de sentença no tocante a actio cautelar, aproveitando-se, assim, os atos hígidos praticados.

No que se refere à possibilidade de cumulação de alimentos provisionais com separação litigiosa, oportuno é salientar: “Ao despachar a inicial, é possível ao magistrado fixar os alimentos provisórios, sendo desnecessária nesse caso a instauração de medida acautelatória em autos apartados” (REsp. n. 9.113-0—SP, DJU de 28/6/93, pág. 12.894).

Adentrando o mérito, reza o art. 5º da Lei n. 6.515, de 26/12/77: “A separação judicial pode ser pedida por um só dos cônjuges quando imputar ao outro conduta desonrosa ou qualquer ato que importe em grave violação dos deveres do casamento e torne insuportável a vida em comum”.

O exame acurado da prova conduz à conclusão de que a sociedade conjugal deve ser dissolvida por culpa de ambos os cônjuges.

“Diz com inteiro acerto a jurisprudência:

‘Separação litigiosa.

‘Conduta desonrosa. Violação dos deveres do casamento. Comunhão de vida impraticável.

‘(...).

‘— Casamento é compromisso, engajamento, fidelidade, solidariedade, respeito mútuo, reciprocidade no afeto, estrada de duas mãos. A conduta desonrosa da parte de qualquer

dos cônjuges é a negação da liberdade engajada, configurando a transgressão de um dos deveres fundamentais da sociedade conjugal, o que torna insuportável a vida em comum. Mas o desastre matrimonial pode ser resultado do desamor que, mesmo despido de procedimento moral incompatível, pode levar à separação, se a vida a dois se tornar intolerável' (JC 59/133 e 60/136)" (Ap. Cív. n. 96.002612-6, da comarca de Tubarão, rel. Des. Eder Graf).

À luz desses pressupostos, o exame da prova é inarredável.

In casu, evidenciam os documentos acostados às fls. 91/92 e 95/96, a conduta desonrosa da mulher na relação matrimonial, caracterizada por injúria grave. Professora Paulo Dourado de Gusmão (Dicionário de Direito de Família, Forense, RJ, 1985, págs. 643/645): "Ofensa moral grave, que atinge a honra, a reputação, a dignidade, os bríos ou os sentimentos do outro cônjuge, seja verbal, seja escrita, seja por gestos ou por conduta desonrosa capaz de tornar insuportável a vida em comum. Violação do dever de respeito à pessoa, à personalidade e à honra do outro cônjuge. Constitui, assim, violação de um dos deveres do casamento (art. 5º da Lei n. 6.515, de 1977), que enseja desquite (separação judicial). É conduta desonrosa, o alcoolismo, a prática de crime, as ofensas por palavras ou escritos, o emprego de 'palavras de baixo calão' endereçadas ao outro cônjuge com o objetivo de ofendê-lo, a atribuição falsa de conduta desonrosa do outro cônjuge (calúnia), namoros, saídas com pessoas de outro sexo, que não sejam familiares, intimidades com tais pessoas etc., são, dentre muitas ou-

tras, formas de injúria grave, violação do dever de respeito ao outro cônjuge ou o de fidelidade. A lei brasileira não se refere mais à injúria grave como causa de desquite, mas à conduta desonrosa que torna insuportável a vida em comum. A injúria grave, ou seja, a conduta desonrosa, presta-se a várias interpretações, indo desde a ofensa moral até a conduta capaz de ferir os bríos do outro cônjuge, ultrajando-o. É, pois, injúria grave toda conduta atentatória à moral, aos bons costumes, à honra familiar, à honra ou à dignidade do outro cônjuge. Para a caracterização da injúria não é necessária a habitualidade, a prática de mais de um ato injurioso, pois basta um só fato injurioso, desde que grave, para motivar desquite (separação judicial). Mas, se recíprocas as injúrias, compensam-se".

Darcy Arruda Miranda definiu conduta desonrosa como: "toda aquela que possa lesar a honra subjetiva ou objetiva do outro cônjuge. Honra significa pundonor, integridade, dignidade pessoal, consideração, decoro, reputação, probidade e virtude, que toda a pessoa de educação procura manter no convívio social, ou seja, é um sentimento de estima e respeito a si mesmo" (A Lei do Divórcio Interpretada, pág. 71).

Silvio Rodrigues afirma que "é a conduta desonrosa do outro cônjuge, expressão de considerável abrangência, onde cabe o alcoolismo (...), o namoro do cônjuge com estranhos, muitas daquelas hipóteses que antes eram compendiadas na rubrica de 'injúria grave' pela jurisprudência brasileira" (O Divórcio e a Lei que o Regula, pág. 81).

Clóvis Beviláqua considera “injúria grave” toda ofensa à honra, à respeitabilidade, à dignidade do cônjuge, quer consista em atos, quer consista em palavras. Nas relações entre cônjuges, a injúria não necessita de ser pública. Ainda na intimidade ela significa, da parte de quem a pratica, uma violação dos deveres de respeito e de afeição devidos ao consorte, e, da parte de quem a sofre, será uma dor moral inoportável (Código Civil, vol. 2/276).

Em suma: “tudo o que ofender a honra e o decoro de um dos cônjuges, de tal sorte que torne a vida em comum insuportável, constitui conduta desonrosa, capaz de fundamentar a separação judicial” (Notas e Comentários de Euvaldo Chaib, publicado na RT 545/278).

Acerca da invocada prática de adultério pela esposa, adverte Yussef Said Cahali: “O adultério só se configura na prática da relação carnal, no completo congresso sexual com terceiro que não o cônjuge. Mas o dever de fidelidade não se esgota na abstenção do concúbito com estranho. Se a deslealdade não chega a esse extremo, se a cópula não se consuma, limitando-se o infrator aos atos que denunciam aquele propósito, ou caminham na sua direção, é manifesto ter havido grave violação do dever de fidelidade; e como injúria é de ser punido o adultério tentado, buscado, concebido, pensado, projetado ou desejado, ainda que não ultrapassada a fase preparatória dos atos tendentes a sua prática.

“Portanto, o adultério que não se completa como tal, pode ainda assim ter infringido gravemente os deve-

res do matrimônio: qualquer deslize conjugal, no sentido de uma excessiva intimidade ou afeição carnal com pessoa de outro sexo, como conduta leviana ou irregular do cônjuge, injuria gravemente o outro cônjuge e ofende a dignidade da família” (Divórcio e Separação, Tomo 1, 7ª ed., Revista dos Tribunais, pag. 360).

Assim sendo, e não havendo provas do efetivo adultério, é de punir-se a título de injúria grave ou quase adultério a conduta inadequada da consorte. Entretanto, retomando-se a verificação dos autos, constata-se ter, também, o réu incidido em comportamento que implica em grave violação dos deveres do matrimônio, qual seja, a prática de injúria grave, agindo assim desonrosamente, senão vejamos, o depoimento colhido às fls. 242 (I. E. G. B.): “...que antes da separação do casal o depoente somente esteve uma vez na residência do mesmo; que sua presença foi motivada pela autora pedindo socorro, dizendo que estava sendo molestada pelo réu com agressão e no telefonema ouviu gritos enquanto ela falava, que a agressão era dita como por palavras e de forma física; que com um amigo policial (...) e mais um conhecido com apelido de O., foram até a casa, onde encontraram S. muito nervosa”.

Ora, com base nas provas constantes nos autos, conclui-se pelo acerto da nobre sentença, no tocante à decretação da separação judicial, com fundamento na culpa concorrente dos cônjuges, porque restou claro a conseqüente insuportabilidade da vida em comum, decorrente de injúria grave cometida por ambos, ou seja, conduta desonrosa recíproca.

No que respeita à guarda dos filhos menores, inatacável a r. sentença ao determinar, com auxílio do estudo social realizado, fiquem as crianças em companhia da mãe, isto porque, reza o art. 10, § 1º, da Lei n. 6.515/77: “Se pela separação judicial forem responsáveis ambos os cônjuges, os filhos menores ficarão em poder da mãe, salvo se o juiz verificar que de tal solução possa advir prejuízo de ordem moral para eles”, e ainda: “Dadas as acusações e as provas que se fizeram no curso do processo (...) pode o juiz decretar a separação judicial pedida; reconhecendo, porém, que ambos os cônjuges foram responsáveis pela impossibilidade da continuação da vida em comum. Nesse caso, entregará os filhos menores à guarda da mãe, caso não veja qualquer prejuízo de ordem moral para eles” (Levenhagen, Código Civil — comentários didáticos, vol. 2, 7ª ed., Atlas, 1996, pág. 185).

Em relação aos alimentos para a mulher, estes não são devidos neste caso, em que ambos os cônjuges foram culpados pela separação. Nesse sentido é o precedente constante na Apelação Cível n. 96.000864-0 da Capital, em que é relator o eminente Des. João José Schaefer: “Responsáveis ambos os cônjuges, está o ex-marido desobrigado de prestar alimentos à ex-esposa”.

Alimentos foram fixados para os filhos do casal, em dois salários mínimos para cada um, capaz, na espécie, de satisfazer as necessidades das crianças, e levando-se em conta a situação financeira instável do pai que, como mecânico de pequenas aeronaves, realiza eventuais consertos e manutenção, recebendo por serviço

efetuado (fls. 38 a 48), não possuindo trabalho fixo, exceto aquele de empregado doméstico de seu pai, registrado na carteira profissional, pelo que auferire dois salários mínimos mensais (fls. 36/37). Acerca do assunto, reza o art. 400 do Código Civil: “Os alimentos devem ser fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos da pessoa obrigada”. Levenhagen, comentando tal artigo (Código Civil, vol. 2, Atlas, 7ª ed., SP, 1996, pág. 243), afirma: “Como se vê do preceito contido no artigo supra, dois são os fatores a serem levados em conta para a fixação dos alimentos: as necessidades do reclamante e os recursos do obrigado. Trata-se, portanto, de uma questão de fato a ser avaliada em cada caso concreto e muito objetivamente, pois alimentos não se concedem como utilidade simplesmente, e muito menos como coisa voluptuária, mas estritamente na extensão da necessidade”.

Ante o exposto, de ofício, é reconhecida a ineficácia da r. sentença (fls. 305 a 310), em face da ação cautelar nominada de arrolamento de bens apenas, a fim de que observadas as formalidades aplicáveis, seja entregue prestação jurisdicional autônoma. Nega-se, em parte, por outro lado, acolhida ao apelo de S. J. G., uma vez que declarado deserto (fls. 332) o reclamo de A. J. D. G.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.



Florianópolis, 9 de dezembro de 1997.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010139-2, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Cobrança c/c perdas e danos — Falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo no Segundo Grau de jurisdição — Apelo interposto — Renúncia posterior do advogado — Art. 45 do CPC — Inteligência — Não conhecimento.*

*“Exaurido o lapso temporal previsto no art. 45 do Código de Processo Civil, há renúncia do mandato, acarretando a impossibilidade de conhecimento do recurso, se a parte interessada, notificada do fato, não constituiu novo advogado” (Ap. Cív. n. 41.548, da Capital, da lavra deste relator). É que a continuidade do procedimento recursal prescinde da participação de advogado do interponente, em face da publicação do edital de julgamento, da possibilidade de sustentação oral, da oposição de embargos declaratórios e outros direitos assegurados, porque, mutatis mutandis, a situação se equipara aos precedentes insculpidos na RTJ 86/854 e 90/559.*

*Ipsa facto, nesse contexto, há falta de pressuposto de desenvolvimento válido e regular do processo (art. 267, IV, do CPC).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010139-2, da comarca de São Miguel do Oeste (2ª Vara), em que são apelantes Getúlio Mallmann & Irmão Ltda., Getúlio Mallmann e Comércio de Bebidas Rauber Ltda., sendo apelado Banco Meridional do Brasil S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Banco Meridional do Brasil S/A, através de advogado, deflagrou ação de cobrança contra Getúlio Mallmann, Comércio de Bebidas Rauber Ltda. e Getúlio Mallmann & Irmão Ltda., alegando ser credor de certa quantia, em face da inadimplência de título que lhe foi entregue para desconto, nos termos da proposta anexada. Após outras considerações, infrutíferas tratativas extrajudiciais, aforou esta actio, clamando pelo acolhimento do pleito formulado.

Citados, contestaram, limitando-se Getúlio Mallmann e Comércio

de Bebidas Rauber Ltda. a arguir ilegitimidade passiva ad causam. A empresa Getúlio Mallmann & Irmão Ltda. rebateu, in totum, as assertivas expostas, demonstrando seu inconformismo com relação aos encargos acrescidos ao valor principal da cártula.

Redargüida, depois de outras manifestações, sentenciou o MM. Juiz a quo, rejeitando a prefacial e julgando procedente o pedido exposto na exordial.

Inconformados, apelaram os vencidos, reeditando seus argumentos e pugnando pela reforma do ato decisório.

Contra-arrazoado, ascenderam os autos a este colendo Pretório.

É o relatório.

Percebe-se (fls. 91) que o advogado, Dr. José Luiz Favero, renunciou ao mandato outorgado pelas duas pessoas jurídicas e também pela pessoa natural. Há prova das respectivas notificações (fls. 92/93), nos termos do art. 45 do Código de Processo Civil. É sabido que a prática de atos processuais eficazes reclama capacidade postulatória, privativa de advogado. Embora a interposição do apelo tenha acolhido essa interpretação, o desenvolvimento dos atos processuais posteriores, como a publicação do edital de julgamento, o exercício de sustentação oral, a oposição de embargos declaratórios ao eventual aresto, enfim, o manejo de todos os direitos e faculdades asseguradas naquele Cânone, prescinde da participação de advogado. Ipso facto, o ato de julgamento colegiado é insuscetível, data venia, de ser realiza-

do sem a adequada capacidade postulatória, porque se trata, na espécie, da irresignada. Ad argumentandum, fosse a parte contrária enleada na hipótese, o equacionamento seria diverso, e o recurso poderia ser conhecido.

Mutatis mutandis, verifica-se no Excelso Pretório o seguinte: "...à falta de mandato legal, não que ser tidos como inexistentes todos os atos praticados pelo ex-patrono da apelante, a partir de 31 de outubro de 1972, conseqüentemente, também, deve ser o recurso-apelatório, porque interposto por pseudoprocurador" (RTJ 86/854). O julgado publicado na RTJ 90/559, em sua fundamentação, acolhe idêntica tese.

Ora, inobstante os dois precedentes tratem de instrumento de mandato com poderes ad judicium, em que o prazo era determinado, o desdobramento é o mesmo, eis que a falta de procuração é o evento proeminente, a justificar idêntico deslinde. E mais: carece a espécie, em suma, de pressuposto de desenvolvimento válido e regular (art. 267, IV, do CPC), por ausência de capacidade postulatória.

Ante o exposto, não se conhece do apelo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 18 de novembro de 1997.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012128-8, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Ação monitória — Documento escrito — Prescindibilidade da assinatura do devedor.*

*Não há necessidade de que o documento embasador da ação monitória seja emanado do devedor, tampouco seja por ele assinado. O que a lei exige é que nele reste plausível a existência de um direito ao pagamento de soma em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel (CPC, art. 1.102a).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012128-8, da comarca de Itajaí (2ª Vara Cível/Registros Públicos), em que é apelante José Espíndola Neto, sendo apelado José Francisco Constantino Júnior:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

José Francisco Constantino Jr. ajuizou ação monitória contra José Espíndola Neto postulando a cobrança de R\$ 2.985,65, com suporte em uma nota fiscal de prestação de serviço.

Embargou o réu aduzindo que a nota fiscal juntada à inicial não é prova escrita da dívida para os fins do art. 1.102a do CPC, sendo que os valores consignados estão superfaturados e em desacordo com as disposições do Codecon.

Asseverou que a lide é temerária, porquanto o autor busca o ressarcimento de serviços realizados em seu veículo em decorrência de danos causados em um acidente de trânsito, sendo que o requerente encontra-se com problemas para receber a quantia da companhia seguradora. Postulou, ao final, a condenação do autor por litigância de má-fé e a denúncia da lide às empresas Transporte Henkes Ltda. e Bradesco Seguros S/A.

Impugnados os embargos e instruído o feito, foram eles rejeitados.

Inconformado, apelou o vencido, sustentando, em preliminar, a nulidade do decisum, porquanto este não apreciou a preliminar de ausência de prova escrita suscitada nos embargos e a denúncia da lide requerida. No mérito, enfatizou que os documentos de fls. 6, 8 e 9 não possuem qualquer valor, eis que não assinados pelo devedor, sendo que os orçamentos encontram-se rasurados. Disse que a companhia seguradora é que deveria arcar com os custos dos reparos efe-

tuados, consoante o termo de quitação de fls. 7.

Contra-arrazoado o recurso e comprovado o preparo, vieram os autos.

É o relatório.

A prefacial de carência da ação monitória por ausência de prova escrita não prospera e não se pode acoiar a sentença de omissa por haver afastado em passant esse óbice.

O ilustre Juiz mencionou expressamente o termo de recebimento do veículo consertado como documento adequado e a ele se somaram ainda a nota fiscal de fls. 6, no valor de R\$ 2.985,65, e os próprios orçamentos de fls. 8/9.

Portanto, a prova existente autorizava o uso da ação monitória, contrariamente ao entendimento do apelante, aparentemente pressupondo um documento assinado por ele, no qual se proclamasse o valor exato do débito.

O procedimento monitório tem como principal objeto a transformação de título sem poder executório em título executivo.

À guisa desse entendimento, Reis Friede aduz:

“Conforme traduzido na Exposição de Motivos n. 160/93, destacam-se como principais objetivos da ação monitória, prevista nos artigos 1.102a, 1.102b e 1.102c do CPC, além de prover, de forma geral, o Direito Processual Civil Brasileiro de maior agilização, abreviar, sobremaneira, o caminho para a formação de genuíno e indispensável ‘título executivo’ (ou instrumento assemelhado), permitindo, desta feita, ao ‘autor’ desta nova

modalidade processual obter, a partir de prova escrita (documental), quando esta for desprovida de reconhecida e anterior eficácia de título executivo, o ‘pagamento de soma em dinheiro’, ou a ‘entrega de coisa fungível’, ou, ainda, a ‘entrega de determinado bem móvel’” (Comentários à Reforma do Direito Processual Civil Brasileiro, Forense Universitária, 1995, pág. 474).

Neste mesmo diapasão, observa Elaine H. Macedo:

“Na verdade, o procedimento monitório tem por escopo exatamente a constituição do título executivo por um caminho mais célere, tendo por base o juízo da verossimilhança e servindo-se de uma ação sumária, ao contrário do processo de conhecimento que constitui o título embasador da execução pela via da ampla cognição dos fatos, dispensando, inclusive, qualquer meio de prova inicial” (Da Ação Monitória, Ajuris, vol. 65, pág. 255).

Consoante o artigo 1.102a do CPC, a ação monitória funda-se em prova escrita de crédito sem eficácia executiva. Dessa forma, qualquer documento que goze de idoneidade, particular ou público, firmado ou não pelo devedor, presta-se como prova, dando ensejo ao procedimento monitório.

Mais uma vez oportuna a citação de Elaine H. Macedo:

“Também se beneficiam dessa via materialmente sumária os credores de duplicatas inaceitas e desacompanhadas dos documentos que lhe podem conferir executividade (protesto, cópia de nota fiscal e comprovante de recebimento de mercadoria ou da prestação efetiva do serviço contratado), letras de câmbio inacei-

tas, valores devidos a título de correção monetária não satisfeitos por ocasião do pagamento do título de crédito levado a protesto, taxas condominiais, créditos oriundos de honorários devidos por serviços prestados por profissional liberal, entre outros tantos" (ob. cit., pág. 261).

Neste sentido manifestou-se Vicente Greco Filho:

"O pressuposto da adequação do pedido monitório (condição da ação, interesse processual adequação) é ter o possível credor prova escrita da obrigação sem eficácia de título executivo. Isso é óbvio, porque se tivesse título teria execução e faltar-lhe-ia interesse processual necessidade para o provimento monitório.

"Prova escrita é a documental, não necessariamente o instrumento do negócio jurídico. Podemos citar, entre outras: o documento assinado pelo devedor, mas sem testemunhas, os títulos cambiários após o prazo de prescrição, a duplicata não aceita antes do protesto ou a declaração de venda de um veículo, por exemplo. Para a melhor compreensão do procedimento monitório é interessante recordar que os títulos executivos ou são de formação instantânea, como o cheque ou a nota promissória, ou de formação gradativa, como a duplicata não aceita, que se torna título somente com o posterior protesto e desde que acompanhada do recibo de entrega da mercadoria. O procedimento monitório é o instrumento para a constituição do título judicial a partir de um pré-título, a prova escrita da obrigação, em que o título se constitui ou não por sentença de processo de conhecimento e cognição profunda, mas

por fatos processuais, quais sejam a não-apresentação dos embargos, sua rejeição ou improcedência. Em resumo, qualquer prova escrita de obrigação de pagamento em dinheiro, entrega de coisa fungível ou de determinado bem móvel é um pré-título que pode vir a se tornar título se ocorrer um dos fatos acima indicados" (Comentários ao Procedimento Sumário, ao Agravo e à Ação Monitória, Saraiva, 1996, pág. 51).

Corroborando essa tese Antônio Raphael Silva Salvador, que sustenta:

"A prova escrita referida no art. 1.102-a do Código de Processo Civil não precisa emanar forçosamente do réu-devedor, mas é dita 'como qualquer documento, desprovido de certeza absoluta, merecedor de fé, pelo juiz, quanto à autenticidade e à eficácia probatória' (cf. Aldo Cavallo, *La Prova Scritta nel Procedimento per Ingjunzione*).

"Lembramos como provas escritas, dentre tantas outras, a duplicata sem aceite (Humberto Theodoro Júnior, *O Procedimento Monitório como Possível Solução para o Problema da Execução de Duplicata sem aceite*, cit.); o cheque que não mais autorizava a execução por perda da força executiva; extrato de hotel sobre despesas feitas pelo hóspede; telegrama reconhecendo direito a recebimento do trabalho odontológico feito; médico juntando papeletas de consultas e de internamento de cliente em hospital e relatório de visitas a ele feitas; carta pessoal ao advogado dizendo que recebeu notas de honorários e que reconhece os trabalhos feitos; caderneta mensal de empório, dela constando as entregas diárias de mercadorias ao

freguês; carnês de despesas condominiais referentes ao mês vencido etc.” (Da Ação Monitória e da Tutela Jurisdicional Antecipada, 1995, Malheiros Editores, págs. 20/21).

Esta Corte, em recentes julgados, assim decidiu, *mutatis mutandis*:

“A ação monitoria, cuja essência é justamente dar efetividade ao processo, e cujo objetivo é a constituição de título judicial, cabe àquele credor de quantia certa, coisa fungível ou bem imóvel.

“Sendo a prova escrita, despida de eficácia executiva, o meio hábil ao embasamento desta ação, tal como bilhetes ou cartas, impõe-se conferir às notas fiscais o alcance pretendido pela invocação legislativa, já que não se pode aqui igualar seus requisitos aos exigidos pelo procedimento ordinário” (AC n. 97.010276-3, de Balneário Camboriú, Des. Carlos Prudêncio, DJ 18/11/97, pág. 12).

Em outro:

“O procedimento monitorio ou injuncional tem como objetivo precípuo a formação, de modo simplista, de um título executivo, sempre que o credor portar documento escrito que deixe evidenciado um possível débito da parte demandada. Para a possibilidade de manejo de ação monitoria é bastante simples a invocação de um provável direito.

“Nessa conjuntura, notas fiscais de emissão da postulante, como documentos essencialmente fiscais que são, prestam-se, ainda que não tenham a assinatura do devedor, à movimentação do processo monitorio, posto que, conquanto não informem elas, apenas por si mesmas, a existência da obrigação afirmada, revelam

uma razoável probabilidade da existência dos direitos creditícios em favor da parte autora” (AC n. 97.010274-7, de Balneário Camboriú, Des. Trindade dos Santos, DJ 9.829, pág. 16).

Com relação à denunciação da lide, realmente o apelante silenciou na ocasião das razões finais e só agora se insurge.

Ocorre que a citação da empresa proprietária do outro veículo envolvido no acidente, ou da seguradora, não se fazia obrigatória. Quando muito, o apelante poderia acioná-los regressivamente, como nas ações de responsabilidade por danos decorrentes de acidente de trânsito.

Veja-se:

“— Tendo o denunciante, caso perca a ação, pretensão indenizatória contra o denunciado, fundada em lei ou contrato, cabe a denunciação à lide, na forma do art. 70, III, do CPC.

“— Evita a denunciação, em tal caso, a necessidade de futura ação de regresso do denunciante contra o denunciado, estabelecendo a sentença, na solução da demanda principal entre o autor e réu, as relações deste com o denunciado.

“— Tal é a hipótese do demandado, que, havendo contratado seguro, quer ver, na mesma ação, decidida a responsabilidade da seguradora para com ele em função de danos em que eventualmente vier a ser condenado a pagar” (EI n. 229, de Ituporanga, Des. João José Schaefer, DJE n. 8.689, 24/2/93, pág. 9).

Humberto Theodoro Jr. colaciona:

“A denunciação da lide presta-se a garantir direito regressivo da

parte contra terceiro, mas não serve de remédio para substituir o réu por estranho que este indique para ocupar sua posição na relação processual, sem prévia aquiescência do autor" (Responsabilidade Civil, LEUD, 1986, pág. 128).

Finalmente, quanto ao conteúdo do termo de quitação à seguradora, é matéria que poderá o apelante postular contra ela. Todavia, no pertinente ao apelado, tal documento apenas comprova o conserto do veículo pelo apelado e, ipso facto, seu direito de buscar o pagamento.

A impugnação dos orçamentos em face das correções feitas em alguns itens não prevalece. O orçamen-

to prévio nem sempre coincide com o custo final.

Aliás, o orçamento de fls. 8 mencionava um total de R\$ 4.366,33 e acabou sendo reduzido para R\$ 2.599,11, o que é eloqüente em beneficiá-lo.

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 30 de junho de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012220-9, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Negócio jurídico — Validade — Respeito ao ordenamento legal — Nulidade inócurrenre.*

*É hígida a alienação de título patrimonial de sociedade, com transferência dos direitos e das obrigações, quando realizada com total observância às normas de Direito Civil e, também, às regras específicas contidas no Estatuto Social.*

*Condomínio — Previsão estatutária — Acordo de vontades entre as partes — Comunhão voluntária.*

*A constituição de condomínio por acordo de vontade das partes, isto é, comunhão voluntária, não havendo proibição estatutária a respeito, é válida aplicando-se neste caso as regras do artigo 623 a 634 do Código Civil.*

*Exploração conjunta de imóvel — Indivisibilidade da coisa — Desinteresse na continuação do condomínio — Extinção — Art. 632 do CC.*

*As coisas são indivisíveis quando: a) não podem ser partidas em frações distintas, em que cada qual constitui um todo perfeito; b) quando naturalmente divisíveis, se considerem indivisíveis por lei ou vontade das partes; c) quando pela divisão tornarem-se imprestáveis para a função a que se destinam.*

*“Em todos esses casos, desde que não mais convenha a continuação do condomínio, se impõe sua extinção, a pedido de qualquer condômino, por uma das formas seguintes: a) adjudicação a um único consorte, indenizando-se os demais; b) venda da coisa comum, se não existir acordo quanto à adjudicação em favor de um dos condôminos.*

*“Essa venda far-se-á amigavelmente se não existe divergência entre os interessados. Caso contrário, a extinção do condomínio processar-se-á com observância do rito prescrito nos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil” (Washington de Barros Monteiro).*

*Medida cautelar incidental — Julgamento do recurso da ação principal — Prejudicialidade da cautelar.*

*Com o julgamento do recurso interposto da ação principal ficam prejudicadas as cautelares, por perda do objeto, em face da interdependência existente entre elas.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012220-9, da comarca da Capital (6ª Vara), em que são apelantes e apelados Benevenuto Abreu Neto e Lídio do Nascimento:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso do autor e julgar prejudicado o do réu.

Custas na forma da lei.

Benevenuto Abreu Neto ajuizou ação de extinção de condomínio contra Lídio do Nascimento aduzindo que ambos são proprietários do título patrimonial n. 91 do Hotel Clube Ilha

de Santa Catarina, cabendo a cada um 50% dos direitos e obrigações pertinentes ao uso exclusivo e permanente dessa unidade, onde possuem desde 1989 uma lanchonete e sorveteria.

Afirmou que, em virtude de desentendimento entre ambos, não foi possível que continuassem a trabalhar em harmonia, ficando estabelecido, através de acordo verbal, que autor e réu explorariam referida atividade comercial pelo período de um ano, alternadamente. Ocorre que, findo o prazo da segunda gestão do réu, em maio de 1992, este negou-se a desocupar a unidade, impedindo o autor de utilizá-la.



Vieram, em apenso, três ações cautelares inominadas, uma preparatória, proposta pelo autor, e duas incidentais, uma ajuizada pelo demandante e outra pelo réu.

Em resposta, sustentou o demandado, em preliminar, carência de ação, porquanto a ação principal deflagrada não correspondeu à indicada pelo autor na inicial da cautelar, cerceando seu direito de defesa. Aduziu, ainda, inépcia da inicial, ex vi do art. 295, parágrafo único, do CPC, porquanto o pedido é ininteligível e incoerente.

No mérito, alegou que o autor não é co-proprietário do aludido título patrimonial, não possuindo quaisquer direitos sobre o imóvel, eis que não quitou suas dívidas com o réu no tocante à aquisição do título, tanto que, consoante a documentação acostada pelo autor, as obrigações perante o condomínio têm sido assumidas pelo réu.

Instruído o feito, julgaram-se improcedentes os pedidos formulados nas ações cautelares e extinguiu-se a ação principal, ex vi do art. 267, IV, do CPC.

Inconformado, apelou Benevenuto Abreu Neto, sustentando a higidez do contrato firmado entre as partes, porquanto a hipótese é expressamente contemplada nos arts. 8º e 9º do Estatuto Social, asseverando ser equivocada a interpretação desses dispositivos conferida pelo Togado no decisum. Afirma que é possível a constituição de condomínio em um único título, enfatizando, ao final, que os sócios podem dispor de seu título sem qualquer intervenção da sociedade, consoante o art. 18 de seu

Estatuto, sendo que a oposição desta ao negócio efetuado atentaria contra seu direito de propriedade.

Apelou também o réu Lídio do Nascimento buscando a reforma da decisão prolatada no tocante à ação cautelar por ele ajuizada, aduzindo que foi reconhecida a nulidade da transação efetuada, admitindo-se, outrossim, a exclusiva propriedade do recorrente sobre o título patrimonial em tela.

Contra-arrazoados e preparados os recursos, vieram os autos, primeiramente distribuídos à egrégia Quarta Câmara Civil, que decidiu, em 18/9/97, à unanimidade, declinar de sua competência e remetê-los a esta Câmara, por prevenção de órgão julgador (fls. 102/104).

É o relatório.

Apesar do volume que fazem as quatro ações julgadas unificadamente, a solução jurídica não parece complexa.

Parte-se da ação principal, de extinção de condomínio proposta por Benevenuto Abreu Neto contra Lídio do Nascimento, com fulcro nos artigos 629 e seguintes do Código Civil.

Pela leitura da exordial — que é parcimoniosa no articulado — pode-se concluir que o autor postulava a extinção do condomínio da unidade cativa n. 91, do Hotel Clube Ilha de Santa Catarina, onde funcionava uma lanchonete e sorveteria.

A certidão do Registro de Títulos e Documentos (fls. 5) comprova que o apelado vendeu ao apelante "50% (cinquenta por cento) de todos os direitos e obrigações pertinentes ao Título Patrimonial n. 91 da socieda-

de Hotel Clube Ilha de Santa Catarina, e de modo especial o direito de 50% (cinquenta por cento) do uso perpétuo, exclusivo e permanente da unidade cativa n. 91 (noventa e um) integrante da sede social”, pelo preço de Cr\$ 1.000.000,00 (um milhão de cruzeiros), cujo valor foi quitado integralmente.

Não há falar em nulidade do negócio jurídico celebrado entre as partes ou impossibilidade de constituição de condomínio por expressa proibição estatutária.

Ora, o Sr. Lídio do Nascimento, legítimo proprietário do Título Patrimonial n. 91, com base no artigo 18 do Estatuto Social, o qual permite ao sócio “alienar e onerar livremente seus títulos patrimoniais sem que caiba à sociedade ou aos demais sócios qualquer direito de preferência”, vendeu 50% dos direitos deste.

A transferência dos direitos e obrigações do título foi realizada, também, na forma prevista pelo Estatuto Social no seu artigo 7º, § 2º, sendo elaborado um termo de transferência (fls. 27 da Cautelar Inominada n. 886/92) o qual restou registrado no Cartório de Títulos e Documentos sob o n. 95.924, em 11/7/91, conforme certidão de fls. 5.

Dessa forma, mostra-se hígida a aquisição dos direitos pelo autor da ação.

Quanto à possibilidade de constituição de condomínio, o artigo 8º do Estatuto Social não deixa qualquer dúvida quando diz que “Os títulos patrimoniais poderão pertencer simultaneamente a mais do que uma pessoa, estabelecendo-se, nessa hipótese, condomínio em que os diver-

sos condôminos exercerão conjuntamente os direitos inerentes ao título que lhes pertencer”.

In casu, foi constituído o condomínio por convenção das partes, isto é, por meio de acordo de vontades representado por contrato válido que alienou fração dos direitos sobre a coisa, caracterizando-se caso típico de comunhão voluntária conforme a lição de Washington de Barros Monteiro em seu Curso de Direito Civil, 31ª ed., Saraiva, 1994, vol. III, pág. 207, assim vazada: “quanto à sua origem, a comunhão pode resultar do acordo de vontade de todos os condôminos. Diz-se então que ela é voluntária ou convencional. A convenção determinará, em tal hipótese, a quota de cada condômino...”.

Assim sendo, esmaecida qualquer dúvida quanto à viabilidade do negócio jurídico, passa-se à análise do pedido de extinção de condomínio que após todo o exposto tem singela solução.

Dessome-se dos autos que, após a transação realizada entre as partes, os condôminos passaram a se desentender, tornando impossível a continuidade da sociedade na exploração da unidade cativa representada pelo título n. 91, o que motivou o ajuizamento da ação de extinção de condomínio com base nos artigos 632 e seguintes do Código Civil.

A coisa sobre a qual se constituiu a comunhão é um Título Patrimonial — bem móvel — mas que confere aos seus condôminos o direito de exploração de uma unidade de serviço constituída por “um salão, dois W. C., cozinha, depósito, W. C e vestiário de funcionários e hall”, utilizada como

lanchonete e uma sorveteria — bem imóvel.

É evidente a indivisibilidade do bem seja pela sua natureza (Título Social representativo de uma unidade de serviço) ou pela função à que se destina (concessão da exploração de bem imóvel).

Ademais, a divisão do imóvel em questão implicaria em alteração de sua substância, o que é expressamente vedado pelo Estatuto Social em seu artigo 24. Portanto perfeitamente aplicável o art. 632 do Código Civil.

J.M. Carvalho Santos ao interpretar referido dispositivo leciona:

“1 — Quando a coisa for indivisível... É a primeira hipótese em que se pode aplicar o texto supra (...).

“A indivisibilidade tanto pode ser de um bem móvel, como de imóvel. Um cavalo, uma vaca, uma cama, um piano são indivisíveis e se sobre eles, individualmente, recai a comunhão, aplica-se a regra do artigo.

“Um prédio, também, pode ser indivisível, se ele é de pequena dimensão e muitos são os condôminos, pois aí a divisão só poderia ser feita com alteração na substância, a dizer o prédio, uma vez que somente os materiais poderiam ser divididos.

“2 — Ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino... Eis a segunda hipótese em que tem aplicação a regra do artigo supra. Esta expressão legal — ou se tornar, pela divisão, imprópria ao seu destino equivale a esta outra, corrente no Direito anterior e ainda empregada no art. 1.777 do Cód. Civil: quando não for cômoda a divisão.

“Os imóveis, por exemplo, pela divisão, se tornam impróprios ao seu destino, se se trata de uma fábrica, em que a divisão é possível, mas somente com sacrifício do seu funcionamento (...)” (Código Civil Interpretado, 7ª ed., Freitas Bastos S/A, 1956, págs. 332/333).

É de clareza solar o escólio de Washington de Barros Monteiro, a saber:

“Coisas indivisíveis, mencionadas no art. 53, do Código, são as que se não podem partir em porções reais e distintas, formando cada qual um todo perfeito e as que, embora naturalmente divisíveis, se considerem indivisíveis por lei, ou vontade das partes. Serão, pois, indivisíveis um prédio residencial de pequenas proporções, uma fábrica, um quadro, um automóvel e um imóvel rural que, pela divisão, impróprio se torne ao seu destino” (Curso de Direito Civil, 31ª ed., Saraiva, 1994, 3º vol., pág. 218).

Assim sendo, os condôminos devem verificar se existe a possibilidade de alienar sua parte ao outro mediante livre pactuação. Caso isso não ocorra, proceder-se-á à venda do Título Patrimonial, respeitado o art. 18 do Estatuto Social, repartindo-se o preço entre as partes, preferindo na alienação, em iguais condições de oferta, o condômino ao estranho (art. 632 do Código Civil).

Faz-se necessário lembrar que a extinção com base no referido dispositivo só poderá realizar-se com a concordância do autor e do réu. Havendo divergências, ou seja, se a venda amigável tornar-se impraticável, a medida cabível será a alienação judicial devidamente positivada no Capí-

tulo II do Título II do CPC, in casu, mais especificamente com base no art. 1.117, inciso II, do mesmo diploma legal.

Mais uma vez oportuna é a lição do Prof. Washington de Barros Monteiro:

“Em todos esses casos, desde que não mais convenha a continuação do condomínio, se impõe sua extinção, a pedido de qualquer condômino, por uma das formas seguintes: a) adjudicação a um único consorte, indenizando-se os demais; b) venda da coisa comum, se não existir acordo quanto à adjudicação em favor de um dos condôminos.

“Essa venda far-se-á amigavelmente se não existe divergência entre os interessados. Caso contrário, a extinção do condomínio processar-se-á com observância do rito prescrito nos arts. 1.113 e seguintes do Código de Processo Civil” (ob. cit., pág. 218).

Com o brilhantismo que lhe é peculiar, Pontes de Miranda ensina:

“3) A alienação judicial da coisa comum — Código Civil, arts. 632 e 635. A alienação da coisa comum, nos casos do art. 632 do Código Civil, pode ser sem qualquer intervenção do Estado, desde que os condôminos estejam de acordo: é venda para divisão do preço, com a pluralidade subjetiva de vendedores, sem qualquer processualidade civil. Há pretensões, para cada um dos condôminos, baseadas no art. 632 do Código Civil, e eventualmente ações. A espécie não se confunde com a do art. 635 do Código Civil. A alienação, a que se refere o art. 1.117, II, do Código de Processo Civil, é a que supõe a ação nascida do desacordo entre os condôminos (ele-

mento que pode não existir na ação do Código Civil, artigos 632 e 635) quanto à adjudicação a um só. Pode dar-se que todos, menos um, preferam aliená-la; devido a esse um, não se estabelece a possibilidade de ser vendida em ato de direito material, ou durante o processo correspondente aos arts. 632 e 635 do Código Civil. Entendamos o art. 1.117, II: se um, ou dois, ou alguns pedem a adjudicação, e os outros não concordam, tem-se de alienar a coisa, judicialmente” (Comentários ao CPC, Forense, 1977, vol. XVI, págs. 105/106).

Isto posto, resta agora indagar da possibilidade de reformar-se a quaestio examinando-se o mérito do pedido, uma vez que a sentença julgou extinto o feito.

No caso sub examine, a resposta é positiva.

Apesar de no comando sentencial constar “julga-se extinto” com base no art. 267, IV, do CPC, ou seja, sem apreciar o mérito, verifica-se na fundamentação do decisum recorrido que o Juiz a quo examinou e decidiu o mérito da controvérsia de modo a julgar improcedente o pleito inaugural, tendo inclusive consignado em sua sentença que “os pedidos formulados pelas partes improcedem” (fls. 9).

A jurisprudência nesses casos tem admitido o exame do mérito sem que isso configure supressão de uma instância, em desrespeito ao princípio do duplo grau de jurisdição.

O Superior Tribunal de Justiça já fixou:

“Apelação — Exame do mérito.

“O exame do mérito, em segundo grau, condiciona-se a que haja sido

em primeiro. Para verificar se o foi, há que se pesquisar se decidida a pretensão formulada na inicial. Isso tendo ocorrido, não importa que a sentença, equivocadamente, haja afirmado que o autor era carecedor da ação" (STJ, REsp. n. 44.920/MA, Min. Nilson Naves, DJU n. 155, de 15/8/94, pág. 20.335).

Alexandre de Paula, ao anotar o art. 515 do CPC, colaciona:

"Havendo o juiz julgado o mérito da causa, muito embora no dispositivo equivocadamente se afirme que o processo é extinto sem julgamento do mérito, pode o Tribunal julgar a lide, não sendo mister tornem os autos ao Juízo monocrático (Ac. unân. da 1ª T. do TJDF de 29.4.85, na Apel. 13.426, rel. Des. Eduardo Ribeiro; DJ 19/229)" (CPC Anotado, 5ª ed., 2ª tir., RT, 1993, v. II, pág. 2.058).

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso do autor para que se proceda à extinção do condomínio na forma do art. 632 do Código Civil. Caso as partes se oponham à alienação a um dos condôminos ou a um terceiro, dividindo-se o preço obtido, deve ser realizada a alienação da coisa comum, com fulcro no art. 1.113 e seguintes do CPC.

Quanto ao recurso do réu, referente à Ação Cautelar Inominada Incidental n. 618/95, resta prejudicado por perda do objeto, porquanto o apelante requereu naquela exordial a concessão de liminar para que pudesse explorar o imóvel no período de 95/96, a qual foi deferida.

Evidente a perda do objeto em face do exaurimento do pedido, uma vez que o requerente da medida cautelar foi imitado na posse conforme au-

to de imissão de fls. 31, dos autos n. 618/95.

Ademais, é cediço que o julgamento da apelação referente à ação principal acarreta a prejudicialidade das cautelares.

O STJ já fixou:

"Julgado o recurso a que reportava a cautelar, forçoso é reconhecer a perda do objeto desta última" (MC n. 764/RS, Min. William Patterson, DJU n. 187, de 29/9/97, pág. 48.343).

Este Sodalício também consignou:

"Ação cautelar — Extinção da principal — Perda do objeto.

"O processo cautelar tem por objetivo resguardar a integridade do principal. Portanto, a extinção deste, com ou sem julgamento do mérito, acarreta também a extinção daquele em face da perda de seu objeto" (AI n. 98.000315-6, de Trombudo Central, j. 31/3/98).

Ou ainda:

"Medida cautelar incidental. Extinção do processo principal, com julgamento do mérito em desfavor do requerente da medida. Perda do objeto. Extinção do processo.

"Da interdependência existente entre o processo cautelar e o processo principal — derivada da instrumentalidade daquele — decorre a extinção da eficácia da medida cautelar quando extinto o segundo com julgamento do mérito em desfavor do requerente do primeiro" (AC n. 49.323, de Santa Cecília, Des. Sérgio Paladino, j. 27/8/97).

O professor Humberto Theodoro Júnior ensina:

“Da dependência (melhor: interdependência ou coordenação) que existe entre o processo cautelar e o processo principal, derivada da instrumentalidade do primeiro, decorre a extinção da eficácia da medida cautelar quando se extingue o segundo.

“(…)

“A extinção da medida cautelar in casu não é a mesma em todos os casos de extinção do processo. Se a relação processual desaparece sem solução do mérito (sentença terminativa) ou se a solução da lide for contrária à pretensão daquele que obteve a proteção cautelar, a medida preventiva simplesmente desaparece e as

partes são recolocadas no status quo ante, como se não houvesse jamais existido o provimento instrumental” (Processo Cautelar, 16ª ed., Leud, 1995, pág. 152).

Ante o exposto, dá-se provimento ao recurso do autor, prejudicada a apelação do réu.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 23 de junho de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004173-2, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Eder Graf**

*Alimentos — Ex-cônjuge — Incapacidade temporária de auto-sustentar-se — Verba devida.*

*Após a separação, via de regra, os ex-cônjuges devem arcar cada qual com o seu sustento. Todavia, circunstâncias como: doença, acidente, idade avançada, deficiência física ou mental, inaptidão ou despreparo para o trabalho, entre outras, acarretam o dever de, mesmo após o rompimento da sociedade conjugal, contribuir com o sustento do ex-cônjuge pelo período que perdurar a incapacidade.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004173-2, da comarca da Capital (1ª Vara da Família/Órfãos e Sucessões), em que são apelantes A. F. F. da S. e I. F. da S., sendo apelado Z. J. da S.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

A. F. F. da S., por si e representando seu filho I. F. da S. ajuizou ação de alimentos contra Z. J. da S. alegando que contraiu matrimônio com o réu em 14/10/78, do qual nasceu o filho I., estando separada de fato desde 11 de

julho de 1995, quando o demandado abandonou o lar conjugal. Afirmou que desde então o réu nunca mais auxiliou nas despesas domésticas, limitando-se a quitar as dívidas do casal. Disse que possui problemas graves de saúde que a impedem de trabalhar, pleiteando, ao final, a fixação de alimentos em 35% dos ganhos do réu, na proporção de 25% para ela e 10% para seu filho.

Deferido o benefício da assistência judiciária gratuita e arbitrados alimentos provisionais, contestou o réu afirmando que a autora não possui qualquer problema de saúde e exerce atividade remunerada, pois é proprietária de uma casa lotérica, a qual se encontra em plena atividade. Salientou que vem satisfazendo as despesas com a educação do filho e que seu salário é bem menor que o noticiado na inicial.

Instruído o feito e ouvido o representante do Ministério Público, julgou-se parcialmente procedente o pedido inicial, fixando-se a pensão alimentícia somente para o menor, em 20% sobre os rendimentos do alimentante.

Inconformada, apelou a autora sustentando que se submeteu a tratamento, mas ainda não se encontra totalmente recuperada. Asseverou que a prova produzida demonstra que não possui condições de exercer qualquer trabalho remunerado, dizendo, ao final, que fora obrigada a fechar sua casa lotérica, porquanto atravessava diversas dificuldades em função do péssimo ponto e da falta de clientes.

Contra-arrazoado o recurso, o representante do Ministério Público opinou pelo seu provimento parcial,

arbitrando pensão à apelante em 10% sobre os rendimentos do apelado, pelo período de um ano.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça pugnou pela fixação de alimentos à recorrente em 5% da remuneração do apelado, pelo prazo de seis meses.

É o relatório.

O dissenso diz respeito unicamente aos alimentos que seriam devidos à apelante/esposa, portadora da síndrome do túnel do carpo, moléstia decorrente dos movimentos repetitivos de digitação em computador.

Entendeu o Togado ser ela capaz de exercer outras atividades para obter o seu sustento e haver exercido o comércio até um mês antes do ingresso da ação.

O atestado médico de fls. 45 afirma que sua impossibilidade de exercer atividades profissionais que envolvam movimentos repetidos do punho esquerdo perduraria até o tratamento definitivo, cirúrgico, da lesão, e não foi ele posto em dúvida em momento algum.

Quanto à Casa Lotérica, restou demonstrada a sua "baixa" em 31/12/95 no município de São José (fls. 82) e a cessação da venda de bilhetes da Loteria Federal desde novembro de 1995 (fls. 44), evidenciando-se, assim, o encerramento das atividades da firma individual sob forma de microempresa.

In casu, a apelante — pelo menos temporariamente — encontra-se enferma e impossibilitada de obter recursos próprios, razão pela qual deve o apelado contribuir parcialmente.

Já se fixou:

“Alimentos — Pensão alimentícia — Revisão com base em alteração no estado físico da autora que a torna incapacitada para o trabalho — Admissibilidade — Aplicação da mais benéfica corrente jurisprudencial” (RT 724/338).

Ou mais, *mutatis mutandis*:

“A dispensa de alimento para mulher, no acordo de separação, porque tinha, então, condições próprias de sobrevivência, não impede de pleiteá-los agora, se modificada a situação de fato, com sua incapacidade superveniente para o trabalho” (AC n. 33.814, de Concórdia, Des. João José Schaefer, DJE n. 8.131, 16/11/90, pág. 7).

O Des. Yussef Said Cahali, do TJSP, comenta:

“Para além da existência do vínculo de família, a exigibilidade da prestação alimentar pressupõe que o titular do direito não possa manter-se por si mesmo, ou com o seu próprio patrimônio; assim, só serão devidos alimentos quando aquele que os reclama não tem bens, nem pode prover, pelo seu trabalho, à própria manutenção” (Dos Alimentos, 2ª ed., RT, 1993, pág. 549).

E arremata:

“A impossibilidade de prover, o alimentando, à própria manutenção, pode advir da incapacidade física ou mental para o trabalho; doença, inaptidão ou imaturidade para o exercício de qualquer atividade laborativa; idade avançada; calamidade pública, ou crise econômica de que resulte absoluta falta de trabalho” (Ob. cit., pág. 550).

E conclui:

“Em suma: importa pouco a causa em razão da qual o alimentando tenha sido reduzido à condição de necessitado, não se lhe recusando alimentos ainda que o fosse por culpa sua; impende considerar apenas o momento atual, desde que se apresente sem bens e não tenha possibilidade de prover com o seu trabalho o sustento próprio” (Ob. cit., pág. 554).

O professor Sílvio Rodrigues ensina:

“Por outro lado se a questão diz respeito a pessoa idosa ou doente que não pode trabalhar, ou mesmo se se trata de indivíduo inválido que não consegue arranjar emprego, em virtude de crise que torna escassas as colações, então o pedido de alimentos pode ser atendido” (Direito Civil, 16ª ed., Saraiva, 1989, v. 6, pág. 392).

A solução mais adequada é fixar uma pensão correspondente a 10% dos rendimentos do marido, abatido o valor da contribuição previdenciária e imposto de renda, pelo prazo de seis meses, tempo mais que suficiente para a apelante buscar a total cura cirúrgica.

Isso, obviamente, sem qualquer repercussão no percentual fixado a favor do filho, a respeito do que a matéria deve ser intocada.

Dá-se, pois, provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Francisco Hoepers.



Florianópolis, 23 de junho de 1998.

*Eder Graf,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.001679-1, DE LAGES**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Processual — Testemunhas — Vínculo empregatício — Ouvida como informante — Ausência de contradita e de perquirição sobre ter interesse na solução da causa — Presunção de suspeição afastada — Depoimento, contudo, sopesado no contexto probatório. “A mera circunstância de estar a testemunha vinculada empregatizadamente a uma das partes não se revela como motivo suficiente para informar-lhe a suspeição; o de mister, nessa hipótese, é que resulte suficientemente evidenciado tenha ela efetivo interesse no desate do litígio” (j. unânime, 1ª CC, Tribunal de Justiça/SC, AC n. 47.361, relator Des. Trindade dos Santos) — Agravo retido desprovido.*

*Documento — Juntada na fase de apelação — Impossibilidade de ser considerado pela instância revisora, sem a prova de força maior impeditiva de apresentação com a inicial. Comprometimento ademais do contraditório (art. 397, CPC).*

*Ação de cobrança. Venda de maçãs já perecidas parcialmente à data do negócio em face do tempo de armazenagem. Pagamento apenas parcial. Dívida acerca do preço do quilo da mercadoria não dirimida na instrução. Pedido certo. Improcedência da ação pela impossibilidade de se proferir a sentença ilíquida. Possível aferição porém do quantum devedor em liquidação de sentença. Art. 459, parágrafo único, CPC.*

*Ainda que se trate de pedido certo, “o enunciado do art. 459, parágrafo único, do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema que contempla o princípio do livre convencimento (art. 131), de sorte que, não estando o Juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação” (REsp. n. 49.445-1, SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar), isso independentemente de se*

*tratar ou não de lide indenizatória, ainda porque a norma não faz tal distinção.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.001679-1, da comarca de Lages (2ª Vara), em que é apelante Rivaél Luís Benato, e apelada Cerealista Tomazoni Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e, no mérito, dar provimento parcial ao apelo.

Custas na forma da lei.

Rivaél Luís Benato ajuizou ação de cobrança contra Cerealista Tomazoni Ltda. — Importadora e Exportadora, a fim de haver desta o pagamento do restante do preço decorrente de contrato de compra e venda de maçãs-gala.

Aduziu que, em agosto de 1993, vendeu à ré o total de 91.995kg de maçã-gala, armazenados na empresa Agropel, em Fraiburgo; que o representante legal da ré efetuou vistoria no produto antes da realização do negócio, ficando pactuado o preço de CR\$ 27,00 por quilo, a ser pago em setembro daquele ano; que após a tradição do produto, a ré, alegando que havia rachaduras nas maçãs, não cumpriu o acordado, pois pagou ao petionário a quantia de CR\$ 250.000,00 em 14/9/93, CR\$ 450.000,00 em 17/9/93, referentes a 25.926kg, e CR\$ 150.000,00 em 4/11/93, relativos a 2.083kg, faltando ainda o pagamento do equivalente a 63.986kg, ou aproximadamente CR\$ 9.022.026,00.

Ressaltou que não houve a ocorrência de vícios redibitórios, pois a ré não reclamou do produto vendido nem mesmo à época da sua vistoria por seu representante legal; que a ré obteve considerável vantagem econômica, eis que comprou o produto e o revendeu totalmente.

Em contestação alegou a ré que a quantidade de maçãs adquiridas e o valor pactuado não foram aqueles noticiados pelo autor, pois o preço apresentado é de mercado de maçãs de alta qualidade, enquanto que adquiriu produto de baixa qualidade, estocado durante um período superior a seis meses, quando o tempo máximo de estocagem dessa fruta, sem perda da qualidade, é de noventa dias, fato que comprova a baixa qualidade das maçãs negociadas.

Informou que, juntamente com um técnico agrícola, vistoriou o produto, quando foi estimado que cerca de 20.000 quilos de maçã estariam imprestáveis ou perecidos, em face do longo período de estocagem, ficando convencionado o preço de CR\$ 12,00 por quilo, e a compra de 72.000 quilos de maçã, para pagamento em setembro de 1993, no total de CR\$ 864.000,00; que esse pagamento porém ficou condicionado a uma classificação posterior do produto para verificação da real quantidade de frutas perecidas; que após essa classificação descobriu-se um total de 1.166 quilos de maçãs perecidas, fato discutido entre as partes, sem, entretanto, chegarem a um acordo.

Aduz que na falta de solução, para os 21.161 quilos de fruta perecida, pagou os restantes CR\$ 150.000,00, totalizando CR\$ 850.000,00 ou 70.834 quilos não deteriorados de maçã comprada.

Impugnada a resposta, sobreveio a audiência de instrução e julgamento, com oitiva das partes e de testemunhas e alegações finais. A ré interpôs agravo retido — fls. 184 — em face da oitiva pelo digno Magistrado das testemunhas de defesa como meras informantes, quando eram perfeitamente capazes de ser ouvidas, posto não serem suspeitas porque mantinham somente um vínculo empregatício com a agravante; que o interesse como causa de suspeição deve ser objetivo e real, não se devendo presumir sua existência; que restou caracterizado o cerceamento de defesa porque a agravante requereu a oitiva das testemunhas, e esse pedido restou indeferido. Requer sejam intimadas as testemunhas arroladas para defesa para que prestem em Juízo o compromisso legal e ratifiquem os depoimentos prestados.

Sentenciando, o Magistrado julgou improcedente o feito.

Irresignado, apelou o autor aduzindo que o valor devido apresentado à exordial já descontava a quantidade de maçãs que viesse a perecer, conforme previsão avençada por ambas as partes, de forma que a pretensão da apelada em ver reduzido o devido não pode prosperar, pois caracterizaria enriquecimento ilícito. Insiste em ver reconhecidos como devidos 55.399kg de maçã, ao preço de CR\$ 27,00 o quilo, dê que o restante já foi pago. Os ônus sucumbenciais

devem ser arbitrados em reais, e ainda ser reduzidos, porque excessivos.

Apresentadas as contra-razões, com reiteração do agravo retido, contados e preparados, alçaram os autos a este egrégio Tribunal de Justiça.

É o relatório.

Primeiramente, deve-se conhecer do agravo retido de fls. 184/187.

Realmente, o fato tão-só de serem as testemunhas empregadas da parte não enseja a declaração de sua suspeição. O que a caracteriza é o interesse ou benefício que possam ter em virtude de vitória daquela parte.

No caso em exame ressaltou o digno Magistrado: “Indiscutível a natural falta de liberdade e desenvoltura para alguém depor contra seu empregador. Às vezes, constitui-se até mesmo em questão de sobrevivência, resultando daí seu interesse, ao menos indireto, no deslinde da demanda”.

Apenas em tese acode razão ao culto Juiz. É que cumpria ao Julgador perquirir a testemunha sobre seu interesse no desate da causa. Sem essa prévia avaliação, inviável era supor da existência desse interesse e conseqüente comprometimento do testemunho.

A propósito a jurisprudência:

“Não caracteriza cerceamento de defesa a dispensa, pelo Magistrado, de depoimento de testemunha que manifesta ter interesse na solução do litígio, tornando-se, assim, suspeita (artigo 405, § 3º, IV, do CPC)” (AI n. 2.736, relator: Desembargador João Martins).

Na AC n. 47.361, da egrégia Primeira Câmara Civil, sob a relatoria do eminente Desembargador Trinda-

de dos Santos, resultou julgado, verbis: “A mera circunstância de estar a testemunha vinculada empregaticamente a uma das partes não se revela como motivo suficiente para informar-lhe a suspeição; o de mister, nessa hipótese, é que resulte suficientemente evidenciado tenha ela efetivo interesse no desate do litígio” (j. unânime de 19/9/95).

No corpo do v. acórdão há referência a outros julgados:

“Para que se tenha a testemunha como suspeita, sob a alegação de interesse no litígio, necessário se faça demonstração desse interesse, que não decorre do simples fato de ligação empregaticia com qualquer das partes” (Arquivos do TARJ, 16/94).

Mas ainda assim o agravo não merece acolhida, posto que o Dr. Juiz não desprezou a prova testemunhal da ré, tanto que acrescentou: “No mais, de invocar-se novamente o princípio da livre apreciação motivada das provas”. Aplica-se aqui o entendimento de que: “Testemunha empregada de uma das partes não é impedida ou suspeita e deve-se tomar-lhe o compromisso. A falta deste é irregular, mas não causa gravame se o Juiz ponderou seu depoimento na sentença, sopesando-o com os demais elementos de prova” (RJTARS 41/376, cit. na AC n. 47.361 supra).

Enfim, resta desprovido o agravo retido.

Irresignado com a decisão que lhe foi adversa, apela o autor, sustentando: grande é a controvérsia nos autos acerca do percentual de frutas inutilizáveis a que o Magistrado denominou de descarte, equívocado foi o decisum, dêz que, pelo doc. de fls. 16

enviado pelos procuradores do A. à acionada buscando composição amigável para o pagamento do valor faltante, foi ali expresso que três pagamentos foram efetuados, totalizando CR\$ 850.000,00, restando um resíduo – atualizado — de pouco mais de CR\$ 2.450.000,00, “já descontada a quantidade de maçã podre — 14.587kg”; logo, os valores não pagos não são os relativos ao descarte das frutas podres, pois eles já estão descontados do valor final perseguido pela recorrente; o que o A. busca é o implemento do impago pertinente aos frutos aproveitados e devidos pela ré, sob pena de enriquecimento ilícito desta; que não se está a pretender cobrar o que já se descontou do valor final da obrigação pela previsível perda.

Corroborando a assertiva de que o preço acordado por quilo do produto foi de CR\$ 27,00 e não CR\$ 12,00, e insiste em ter efetuado a venda de 95.995kg, dos quais, descontados 14.587kg relativos ao descarte, restaram 77.408kg, e destes apenas 22.009kg foram pagos — CR\$ 850.000,00, o que perfaz um crédito correspondente a 55.399kg de maçã ou CR\$ 1.495.773,00, que, atualizado, alcança à data do recurso CR\$ 2.500.000,00.

Em abono do preço de CR\$ 27,00 o quilo de maçã-gala contratado com a ré em set./93, juntou o A. com o recurso os documentos que se vêem a fls. 236, onde a firma Agrocomercial Água Doce Ltda. declara, em 21/2/1996, que o produto referido, nos meses de agosto e setembro de 1995, variava em média de 1,40 a 1,50 reais por quilo.

Ocorre que esse documento só foi juntado por ocasião do apelo.

Ora, pelo artigo 397, CPC, é lícito às partes em qualquer tempo juntar aos autos documentos novos quando destinados a fazer prova de fatos ocorridos depois dos articulados ou para contrapô-los aos que foram produzidos nos autos.

No caso — o A. teve oportunidade de produzir essa prova no curso da instrução pois foi impugnado o preço indicado na inicial de CR\$ 27,00 o quilo da maçã-gala.

É da jurisprudência:

“Demonstrando a parte justificada razão e inexistindo o propósito de ocultar ou de surpreender, deve o Juiz ordenar a juntada de documentos até a sentença definitiva” (RTFR 165/73).

Ou:

“Não se destinando os documentos a fazer prova contrária e deles dispondo a parte desde antes da propositura da demanda, não é admissível que só os junte com as razões de apelação. Em tais condições, deles não se deve tomar conhecimento” (JTA 122/29).

E mais:

“Inocorrendo os pressupostos dos arts. 397 e 462 do CPC que permitem à parte trazer aos autos, a qualquer tempo, documentos novos, não se conhece da matéria deduzida somente em alegações finais” (JTA 108/353). “A prova documental deve acompanhar a contestação. Após, somente é permitida juntada de documentos referentes a fatos novos” (JTAERGS 84/301).

Já agora do colendo Superior Tribunal de Justiça:

“Juntada de documento (contrato anterior), já na fase de apelação, sem a prova de força maior impeditiva da apresentação com a petição inicial” (4ª T., REsp. 9.186-SP, rel. Min. Athos Carneiro, j. 7/5/91, DJU 10.691, pág. 7.856, in “CPC e legislação processual em vigor”, Theotônio Negrão, 27ª ed., pág. 391).

E mais:

“Documentos juntados com a apelação, injustificadamente subtraídos da instrução da causa. Tratando-se de documentos essenciais à prova do fato constitutivo, que alteram substancialmente, e não apenas complementam o panorama probatório, não podem ser considerados pela instância revisora, porquanto restaria comprometido o contraditório em sua plenitude, com manifesto prejuízo para a parte contrária” (3ª T., REsp. 71.813-RJ, rel. Min. Costa Leite, j. 14/11/95, DJU 20/5/96, pág. 16.704).

Enfim, cumpria ao autor, com a inicial ou ao depois da contestação, necessariamente instruir o pedido com documento hábil de forma a comprovar que o preço acordado verbalmente pela venda das maçãs fora de CR\$ 27,00 o quilo. Procurar fazê-lo só à ocasião do recurso é surpreender a parte contrária e impedir o Juízo a quo de sobre ele também decidir.

Mas, inobstante a falta de prova nos autos do preço do quilo do produto por parte do autor, nem assim inviabilizada fica a demanda. Com acerto o Dr. Juiz de Direito ao referir que o autor não fez essa prova enquanto a ré tampouco tem razão ao pretender fixar esse preço em CR\$

12,00, tanto que o documento de fls. 77, de sua autoria — reconhecido em audiência —, dá conta de que esse valor era pertinente à armazenagem e classificação e não à venda. Conforme se lê no documento: “Nota fiscal com peso de 18.000kg cada carga a CR\$12,00 por kg. Emitir como armazenagem não como venda. Nome do proprietário da maçã é Revael”.

Onde não pode prevalecer, no caso concreto, a decisão judicial é quando afirma que a falta de prova de um e outro favorece a demandada e que a decisão há de ser certa, porque o pedido é certo (CPC, art. 459, parágrafo único), em não se tratando de indenizatória.

É que o preceito em tela deve ser mitigado quanto a sua literalidade, sob pena de inviabilizar-se a realização do direito e a prestação jurisdicional.

No colendo Superior Tribunal de Justiça ganha relevo — quanto à interpretação a ser dada ao citado dispositivo legal — o entendimento de que:

“Acomoda-se aos fins visados pelo processo, evitando-se deva-se concluir pela improcedência da ação, embora evidenciada a existência de danos a serem ressarcidos, ter-se como simplesmente anulável a sentença que contravenha o disposto no artigo 459, parágrafo único, do CPC. O reconhecimento do vício condiciona-se à alegação do autor, a quem preponderantemente interessa a observância da norma” (REsp. n. 50.536-4, MG, rel. Min. Eduardo Ribeiro, in RSTJ, a 7, out./95, pág. 353).

Bem pondera o r. aresto:

“Ora, tal desfecho para o processo chega a ser chocante. O Juiz reconhece que o réu, agindo contra o direito, causou danos ao autor. Como, entretanto, não se pode fixar o respectivo valor, ficará exonerado de repará-los, tanto quanto se concluisse que nenhum dano fora produzido”. E mais adiante:

“A determinação legal visa ao bom exercício da jurisdição, evitando delongas na decisão final das causas. Esse objetivo, entretanto, haverá de ceder a outro, mais relevante, consistente em evitar-se decisão de flagrante injustiça, como a que nega a reparação de danos declaradamente existentes”.

Em outro julgado proclamou o mesmo Pretório Superior:

“1. Sentença ilíquida. Pedido certo. Artigo 459, parágrafo único, do CPC. 2. Honorários de advogado. Responsabilidade civil. Montante sobre o qual incide.

“3. O enunciado do artigo 459, parágrafo único, do CPC, deve ser lido em consonância com o sistema, que contempla o princípio do livre convencimento (artigo 131), de sorte que, não estando o Juiz convencido da procedência da extensão do pedido certo formulado pelo autor, pode reconhecer-lhe o direito, remetendo as partes para a liquidação” (REsp. n. 49.445-1, SP, rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar).

Assim deve ser, independentemente de se tratar de pleito indenizatório ou não, ainda porque a norma citada não faz tal distinção.

No caso concreto é incontroverso: que a venda ocorrida em agosto/93 foi de 91.995 quilos de ma-

çã-gala (fls. 9/12), e que houve um pagamento de CR\$850.000,00.

O controvertido, inicialmente, é que para a ré o preço acha-se integralmente pago, pois houve uma quebra do produto — eis que o adquirira já ao final de seis meses de armazenagem, e, portanto, do limite de tempo em que é possível conservar-se incólume a maçã. De notar com efeito que pelo laudo da Epagri — fls. 132 — a conservação da maçã-gala “a frio é de razoável a boa, mantendo suas características originais por 3 a 4 meses”. Como o produto esteve armazenado entre fevereiro e agosto de 1993 (fls. 8/11), é de todo razoável que ocorreu relativa perda da mercadoria.

Assim é que o próprio autor admite — mediante documento por ele mesmo juntado — fls. 16 — que a quantidade de maçã podre alcançou 14.587kg, fato entretanto que não acusa na inicial, pois ali anota o recebimento do preço (CR\$ 250.000,00) equivalente a 28.009 quilos, e pugna pelo recebimento do saldo — 63.986kg.

Já no recurso reconhece os 14.587 quilos deteriorados das frutas, e descontados mais os 22.009kg ao preço de CR\$ 27,00, já pagos, teria direito ao recebimento pelos 55.399kg restantes.

Segundo a ré, porém, ocorreu uma quebra de 21.161kg, e pelo saldo de 70.884kg já efetuou o pagamento na base de CR\$ 12,00 o quilo, o que evidentemente não corresponde à realidade. A quebra apontada pela ré de

qualquer modo é a mais verossímil em face do laudo da Epagri.

A fim de averiguar-se o quantum devedor, faz-se mister que seja apurado o valor do preço do quilo da maçã-gala em set./93, considerada nessa avaliação a depreciação do produto à época em face do período de congelamento (seis meses). Levantado esse preço apurar-se-á o correspondente à quantidade realmente transacionada, no caso representado por 74.834 quilos, com dedução dos CR\$ 850.000,00 já pagos.

Pelo exposto, dá-se provimento parcial ao recurso, a fim de, julgando-se procedente em parte a ação, condenar-se a ré ao pagamento do saldo devedor, conforme apurado em liquidação de sentença e na forma acima enunciada, valor esse que será atualizado monetariamente, e com juros legais desde a citação.

As custas serão pagas em proporção e a verba honorária é fixada em 20%, também rateada proporcionalmente entre as partes em face do valor dado à inicial e daquele devido a final.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 17 de dezembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.008756-7, DE LAGUNA**

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Ação de partilha de bens — Separação judicial, com acordo, inclusive sobre divisão dos bens, homologado — Pretendido prejuízo na repartição do acervo — Meio impróprio para desconstituição da transação — Pacto realizado passível de execução — Recurso desprovido.*

*A transação firmada pelas partes maiores e capazes constitui-se em lei entre elas. Apenas por ação própria poderá ser desfeita diante de prova de vício — dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa (CC, art. 1.030).*

*Em caso de descumprimento do acordo, à parte prejudicada socorrem os meios legais a fim de executá-lo.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.008756-7, da comarca de Laguna, em que é apelante Maria da Silva Roque, sendo apelado Milton de Oliveira Dozol:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de partilha de bens proposta por Maria da Silva Roque em face de Milton de Oliveira Dozol, pelo procedimento previsto no § 2º do art. 7º da Lei n. 6.515/77. Apresentou a autora proposta de partilha, relacionando todos os bens do casal, requerendo sua homologação judicial.

Argumentou que houve inicialmente uma partilha particular, que, no entanto, não foi cumprida pelo cônjuge varão.

Citado, o réu contestou, aduzindo, preliminarmente, a incompetência do Juízo, inépcia da inicial e litigância de má-fé. No mérito, alegou que na ação de separação consensual homologada em Juízo consta que “os bens pertencentes ao casal já foram devidamente partilhados”. Acrescenta que relacionou todos os bens que tinham e como foi efetuada a partilha não existem mais bens a partilhar.

Réplica à contestação fls. 41/42.

Deferindo pedido da autora, o MM. Juiz de Direito determinou o le-



vantamento de todos os bens móveis existentes em poder do requerido. Au- to respectivo a fls. 52/53.

Em audiência as partes concor- daram em elaborar uma proposta de acordo, que restou inexitosa.

Sobreveio pedido de penhora no rosto dos autos com relação à au- tora, em razão de execução movida contra esta pela empresa Têxtil Cata- rinense Ltda.

O Dr. Promotor de Justiça opi- nou pela partilha litigiosa no caso de impossibilidade de acordo.

Em audiência foram ouvidas as partes e suas testemunhas, tendo o advogado que realizou o acordo na ação de separação se manifestado a fls. 121.

Oferecidas alegações finais, e voltando a opinar o Ministério Público, agora pela improcedência da ação, sentenciou o douto Togado, julgando improcedente o pedido.

Irresignada, apela a autora, alegando que, no instrumento parti- cular de partilha consensual dos bens, somente o réu possui firma re- conhecida; não há prova pelo réu da propriedade do imóvel que coube à autora na partilha; foi vítima de cons- trangimento por seu ex-marido, que se configurou na forjada partilha e no ajuizamento relâmpago da separação consensual, pois não teve tempo de pensar ou aconselhar-se acerca da dita partilha, ou dos seus direitos na se- paração; o procurador dos litigantes na ação de separação (fls. 121) con- fessa que o documento de partilha não foi feito em sua presença, desco- nhecendo qualquer coação sofrida pe- las partes; encontra-se nos autos sig- nificativa prova de que a apelante foi

coagida e induzida a erro para acertar a partilha; tão logo o réu conseguiu sua assinatura no documento tratou de providenciar, juntamente com seu procurador, as demais cláusulas da ação de separação, protocolando de imediato em Juízo; restaram bens que à época da partilha foram ocultados.

Após as contra-razões, o repre- sentante do Parquet opinou pelo des- provimento do apelo.

Já neste Grau de Jurisdição, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Kurt Ernes- to Hammerschmidt, posicionou-se pe- lo desprovimento do pleito recursal.

É o relatório.

Trata-se de apelação interpos- ta por Maria da Silva Roque, na ação de partilha de bens que move contra seu ex-marido, objetivando a partilha dos bens que relacionou.

Fundamentou o recurso na fal- ta de reconhecimento de sua firma no instrumento particular de separação de bens, e na rapidez da realização da separação, pois o acordo foi realizado em 6/8/90 e homologado no dia se- guinte. Alega, ainda, que nos autos encontram-se provas de coação e in- dução em erro da apelante para acei- tar a partilha, sendo que esta foi ho- mologada sem relacionar todos os bens do casal; e que o réu não com- provou a propriedade do imóvel que fi- cou para a autora.

Nos autos da separação con- sensual, protocolada em 7/8/90, até sua homologação em 28/9/90, passa- ram-se mais de cinquenta dias, inclu- sive peticionando a recorrente a fls. 13 daquele processo sobre o acordo quanto aos alimentos, isso em 15/9/90. Sem razão, portanto, a ape-

lante, quanto a sua alegação de que não teve tempo para analisar a partilha, posto que a homologação da separação somente se efetivou mais de um mês após o seu ajuizamento. Acrescente-se que a ação de partilha foi ajuizada posteriormente em 25/10/90, mais de dois meses após o acordo celebrado.

Doutra sorte ambas as assinaturas apostas no acordo de partilha celebrado entre as partes foram reconhecidas — fls. 32, sendo que no apelo (fls. 150) a autora admite que recebeu pelo menos parte dos bens que lhe couberam na separação, argumentando, porém, que “não correspondem à meação que lhe compete do acervo patrimonial”.

Ocorre que a própria autora no seu depoimento informa que, “na época, os móveis, sem exceção, foram todos partilhados, dizendo a declarante que a parte que lhe coube, a declarante recebeu integralmente” (fls. 114).

A testemunha arrolada pela autora, Elma Ramalho dos Santos Cândido, ouvida como informante por estar movendo ação trabalhista contra o réu, é categórica em afirmar que “na época da separação, houve partilha dos bens e o que coube para a autora, a mesma levou” (fls. 116).

O próprio pai da autora informa que “a partilha do casal foi feita de forma consensual; que a autora não entrou em detalhes com o declarante sobre os termos que foi feita a partilha”; que “os bens que couberam à autora foram transportados pelo declarante” (fls. 118).

Urge acrescentar que a recorrente não trouxe aos autos nenhum adinício de prova a dar suporte à

alegada coação ou indução em erro no ato questionado.

O próprio advogado que patrocinou a separação das partes, embora em declaração avulsa encaminhada ao Juízo, diz textualmente que desconhece ter havido qualquer tipo de coação sofrida por uma das partes por ocasião da partilha dos bens, realizada em que pese a sua ausência.

Doutra sorte é consabido que “a transação formalizada pelas partes é ato jurídico perfeito e acabado, obrigando definitivamente os contraentes, sendo inoperante o arrependimento unilateral, de sorte que a rescisão somente é possível em ação própria, ‘por dolo, violência ou erro essencial quanto à pessoa ou coisa controversa’ (Código Civil, art. 1.030)” (AC n. 40.618, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 1º/12/95).

No mesmo sentido:

“Separação judicial consensual — Homologação judicial — Impossibilidade de retratação unilateral — Recurso improvido.

“O acordo sobre a partilha dos bens do casal separando, devidamente homologado, só pode ser alterado através de ação própria se maculado com algum dos vícios que invalidem os atos jurídicos em geral” (AC n. 47.450, rel. Des. Carlos Prudêncio, j. 5/9/95).

E mais:

“Alimentos — Acordo extrajudicial — Homologação — Recurso unilateral — Falta de interesse — Não conhecimento.

“Ajuizada demanda judicial e homologado o acordo realizado extrajudicialmente, não há como anulá-lo

sem prova, a ser produzida em ação própria, da existência da alegada coação" (AC n. 51.046, rel. Des. Newton Trisotto, j. 12/6/97).

Ao que tudo indica a indignação da autora refere-se principalmente à não comprovação pelo réu da propriedade de um dos imóveis que a ela ficou destinado na partilha realizada na ação de separação.

Tal porém não pode ensejar a realização de nova partilha ou de sobrepartilha, mas o cumprimento daquela já realizada.

Assim, cumpre à parte interessada diligenciar a fim de obter o título de propriedade do bem que lhe tocou na partilha, acionando quem de direito, via judicial, se necessário, para esse fim.

Registre-se, finalmente, como bem ressaltado pelo ilustre Magistrado: "A partilha de bens em processo de desquite não exige absoluta igualdade, podendo os cônjuges transigir mutuamente, por interesses recíprocos, em que a igualdade não seja nos

valores venais, mas de acordo com a conveniência de cada um, por conclusão implícita, apenas pela verificação de não ter sido a partilha igual nos valores venais, a exigir, ao contrário, prova cabal de manobras ou artifícios de uma parte para induzir a outra em erro e, de outro lado, possibilidade da parte lesada de ser induzida em erro" (RJTJSP 68/208).

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Desembargadores Pedro Manoel Abreu e Francisco Borges, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Kurt Ernesto Hammerschmidt.

Florianópolis, 2 de abril de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 51.912 (88.090892-8), DE LAGES**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Usucapião especial — Posse ad usucapionem anterior ao advento da CF/88 — Ajuizamento da ação antes do decurso de cinco anos previsto no art. 183, a contar da promulgação da Constituição — Citação e contestação apresentadas após o decurso daquele quinquênio — Admissibilidade — Ação procedente em face do cumprimento dos demais pressupostos do permissivo constitucional.*

*Mesmo que se admita que o período da aquisição prescritivo com relação ao usucapião especial ocorra a partir da promulgação*

*da Constituição Federal de 1988 (TJRS — Ap. n. 589.059.971-3, de 31/10/89, 6ª CC do TJRS, in ADVJur. 1990, pág. 216; verbete 48.613 — RS 670/137; TJSC, JC 72/194), sendo proposta a ação antes do advento daquele quinquênio, mas se operando a citação e a contestação após a aferição quinquenal, uma vez cumpridos os demais requisitos do art. 183 da Carta Magna em vigor, é de deferir-se a pretensão ao usucapião urbano.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 51.912 (88.090892-8), da comarca de Lages, em que são apelantes Alzira Melo dos Santos e outro, sendo apelados Antônio Carlos de Oliveira e outra:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, prover o recurso.

Custas legais.

Pela 2ª Vara Cível da comarca de Lages, Alzira Melo dos Santos e seu marido, Domingos Antônio Belizário, propuseram ação de usucapião especial, em face de Antônio Carlos de Oliveira e Zulmira Bernardina dos Santos, ao argumento de que são possuidores, desde 1979, de uma área de terra de 250,00m<sup>2</sup>, a qual confronta com o lote dos requeridos, conforme descrita na exordial (fls. 2/3).

Aduziram que, por sua benevolência, permitiram que o demandado-varão construísse sobre o local uma casa; e que este, sabendo dos reais proprietários do terreno, adquiriu-o, na sua totalidade. Alegam os autores que continuaram em sua posse mansa e pacífica, razão pela qual, obedecidos os requisitos do art. 183 da CF/88, requerem seja declarado seu domínio sobre o bem.

Ao relatório da r. sentença de fls. 159/64 que adoto, acresço que foi julgado improcedente o pedido inicial.

Inconformados, os autores apresentaram recurso de apelação (fls. 166/71), alegando que as condições exigidas pela Lei Maior ficaram sobejamente provadas no processo, conforme o próprio representante do MP e o Prolator da sentença confirmam.

Sustentam os apelantes que negar o prazo prescricional pelo decurso de posse anterior à promulgação da CF é negar a posse, a qual não pode ser ignorada no presente caso: posse justificada. "Se havia posse anterior à promulgação constitucional, esta mantém-se pois é instituto mantido em eficácia pela nova Constituição" (fls. 168).

Alegam que preenchem todos os requisitos exigidos pela CF: possuem, como sua, área urbana de 250,00m<sup>2</sup>, por mais de cinco anos ininterruptos, sem oposição, usando-a como moradia, e não possuem outro imóvel urbano ou rural.

Não houve contra-razões.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau opinou no sentido de ser provido o apelo (fls. 174/177).

Nesta instância, manifestou-se a douta Procuradoria de Justiça, em parecer de fls. 183/185, da lavra do Dr. Antônio César Pinto Costa, no sentido de ser conhecida e desprovida a presente apelação.

É o relatório.

O ilustre Magistrado a quo, Dr. Henry Goy Petry Júnior, reconheceu cumpridos todos os requisitos pertinentes à obtenção do usucapião urbano:

“Sem embargo do esforço do patrono dos réus contestantes, tenho que este requisito encontra-se demonstrado, até porque sua própria natureza dificilmente permitirá demonstração inconteste. Com efeito, o autor-varão cadastrou o bem como seu junto à CASAN (fls. 18/9), fazendo os pagamentos correspondentes, como se efetivamente proprietário fosse. Atuou e agiu como se a área realmente lhe pertencesse. Mais. Cedeu voluntariamente parte da área, e por isso sua posse ficou no limite constitucional de 250,00m<sup>2</sup>, inobstante o imóvel tenha superfície total de 395,25m<sup>2</sup> (fls. 15), para que lá os réus construíssem uma casa.

“Assim fizeram porque se trata de área verde, dizem os contestantes! Mesmo que assim tenha sido, o que se diz ad argumentandum tantum em razão da prova carreada, fato é que aquele que tem ‘intenção de dono’ pode proceder da forma mencionada. Nada o impede; aliás, a atuação é própria de quem se sente em condições de usar e dispor da coisa. Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, ao comentar o assunto na obra referida, atesta que ‘O fato de conhecer o domínio alheio é irrelevante, mesmo

porque, estando o imóvel registrado, há presunção jurídica, em face do erga omnes, de que o possuidor saiba, ou conheça, quem é o dono’ (pág. 209).

“Então, como a única questão pendente diz com o animus e este está presente, o pleito procede? Não, conforme abaixo”.

Porém, S. Exa. negou a pretensão usucapienda, ao argumento de que:

“A norma constitucional que criou o chamado usucapião urbano especial (ou urbano constitucional), acima transcrita, é auto-aplicável, pois de eficácia plena, tendo imediata incidência. Tudo bem.

“Não obstante certa divergência, referida regra, contudo, não tem efeito retroativo, ou seja, para efeito da observação do prazo de cinco anos não é válida a inclusão da posse anterior a 5/10/88, data da vigência da Constituição de 1988, que criou o instituto. Antes, aliás, não havia similar no direito nacional ou alienígena (Celso Ribeiro Bastos, ‘Comentários à Constituição do Brasil’, Saraiva, 7º vol., 1990, pág. 226), o que se constituiu em outra razão para a exclusão da posse anterior.

“O constitucionalista nominado, na mesma obra mencionada, ao comentar o dispositivo em estudo, sustenta conclusivamente:

‘Alguém poderia sustentar que posses anteriores a 5 de outubro de 1988, data da entrada em vigor desta Constituição, poderiam ser computadas para efeito de usucapião especial. Esta solução seria manifestamente equivocada, uma vez que lesaria o direito dos proprietários de exercerem

num lapso de cinco anos a oposição obstativa na deflagração do instituto' (págs. 234/5).

"Mais adiante, em nota de rodapé, citando Tupinambá Miguel Castro do Nascimento, acrescentou:

'Se for contado tempo anterior, em que o proprietário não precisava se opor, há vulneração evidente à garantia do direito de propriedade, e em alguns casos significará confisco. Daí entendermos que o dies a quo dos cinco anos de posse sempre se localizará em momento coincidente ou posterior à entrada em vigor da Constituição...' (omissis — destaque do original).

"O egrégio Tribunal de Justiça não se posiciona de modo diverso, verbis:

'Apelação cível — Usucapião constitucional urbana — Prazo para a sua aquisição — Termo a quo — Direito intertemporal — Art. 183 da CF/88 — Recurso desprovido.

'A usucapião constitucional urbana constitui-se em direito absolutamente novo no ordenamento jurídico pátrio, só criado com o advento da Carta Magna de 1988 (art. 183).

'Neste passo, o lapso temporal conquistado pela parte interessada antes da vigência da novel Lex Mater não pode ser computada para a contagem do prazo quinquenal que ela estabeleceu como um dos requisitos para o reconhecimento desta modalidade de aquisição do domínio. O quinquênio, pois, fluirá tão-somente a partir da data da promulgação da atual CF (5/10/88)' (JC 72/194, rel. Des. Wilson Guarany)" (destaque do original — fls. 162/163).

A estes argumentos respondeu o requerente:

"Ora, negar o prazo prescricional pelo decurso de posse anterior à promulgação da CF é negar a posse, a qual não pode ser ignorada no presente caso: posse justificada, in fls. 90/1.

'Se havia posse anterior à promulgação constitucional, esta mantém-se, pois é instituto mantido em eficácia pela nova Constituição.

'Sendo a Constituição a base de toda a ordem jurídica, nela assentando-se a legislação ordinária, a rigor de lógica a promulgação de uma nova Constituição deveria ter como efeito a perda de eficácia, não só da Constituição precedente, mas de todas as normas editadas na conformidade dela.

'A prática impede a adoção deste critério. Entende-se, por isso, que as normas ordinárias anteriores, que não sejam incompatíveis com a nova Constituição, persistem vigentes e eficazes, em face do fenômeno da recepção' (Antônio Carlos de Araújo Cintra e outros, Teoria Geral do Processo, 8ª ed., RT, pág. 106 — a Constituição de 1988 e o direito anterior).

"Por outro lado, há outros fundamentos para reformar a sentença, senão vejamos:

'(omissis) Sempre se reconheceu, com efeito, que libertas ao princípio da irretroatividade, as normas constitucionais apanham, como leis de natureza política, de interesse geral, toda situação pendente, sem que os cidadãos possam opor-lhes, salvo restrição do mesmo escalão normativo, alegação de direito adquirido. É que o fundamento da prescrição no plano político-social é de ordem públi-

ca e visa à estabilização das situações jurídicas, de modo que, quando o legislador encurta prazo de posse ad usucapionem, intervém para catalizar o processo de sedimentação dos direitos de propriedade, e suas regras devem, em consequência, se não dispõem em contrário, ser tidas de aplicação imediata e indiscriminada.

‘Ora, o caso nem é de encurtamento de prazo elementar de instituto velho, mas de nova modalidade de usucapião, mediante preceito jurídico cuja vocação é, à falta de ressalva própria, de atingir também as prescrições em curso, inclusive quanto aos processos pendentes e cujos substratos históricos correspondam à concretização da fattispecie normativa-constitucional.

‘Noutras palavras, o art. 183 da nova CF incide nas situações objeto de processos pendentes, na forma dos arts. 303, I, e 462, do CPC, sempre que encontre realizados os extremos de seu suporte fático’ (in RT 641/127).

“E a prescribente os preenche todos; possui, como sua, área urbana de 250,00m<sup>2</sup>, por mais de cinco anos ininterruptos, sem oposição, usando-a como moradia e não possui outro imóvel urbano ou rural.

“Área urbana.

“Usucapião — Área urbana — Modalidade instituída pelo art. 183 da nova Constituição Federal — Preceito jurídico que, à falta de ressalva própria, atinge também as prescrições em curso, inclusive quanto aos processos pendentes, na forma dos arts. 303, I, e 462, do CPC, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais.

“Sabido que as normas constitucionais são libertas da irretroatividade

de e à falta de ressalva ao direito adquirido no art. 183 da nova Constituição Federal, que instituiu o usucapião urbano, a nova modalidade atinge também as prescrições em curso (TJSP — Ap. n. 106.161-1 — 2ª Câm. — j. em 14/2/89 — rel. Des. César Peluzo).

“Usucapião — Área urbana — Modalidade instituída pelo art. 183 da nova Constituição Federal — Dispositivo legal que dispensa regulamentação — Aplicação imediata, não sendo necessário aguardar o decurso de cinco anos após a promulgação da nova Carta.

“O art. 183 da CF/88, que dispõe sobre o usucapião de área urbana, dispensa regulamentação. Assim, tornam-se obrigatórios seu cumprimento e sua imediata aplicação. Pretender condicionar o prazo de incidência do benefício constitucional a partir da data em que se promulgou a Carta Magna será contrariar o espírito da lei (AI n. 123.482-1, 1ª Câm., j. em 21/11/89, rel. Des. Luiz de Azevedo).

“Acordão — (omissis). O agravante interpreta o art. 183 da CF de forma diversa, isto é, os autores só poderiam ajuizar a ação após o decurso de cinco anos da promulgação da Carta Magna, por isso, a ação deveria ter sido julgada extinta, com base no art. 267, VI, do CPC.

“(omissis).

“A nova CF já se encontra em vigor. E o art. 183 dispensa regulamentação. Assim, tornam-se obrigatórios o seu cumprimento e sua aplicação.

“Pretender condicionar o prazo de incidência do benefício ali mencionado a partir da data em que se pro-

mulgou a Carta Magna será contrariar o espírito da lei, contrariando o propósito que a inspirou.

“Adotar interpretação de tal ordem seria lançar para um futuro distante todos os novos direitos e garantias outorgados nos inúmeros artigos que ali vêm especificados: assim, um casal já separado de fato há mais de dois anos teria de aguardar outro tanto para requerer o divórcio, embora a CF já lhes autorizasse esse direito (art. 226).

“E nem a circunstância de vir o verbo ‘adquirir’ no futuro está a demonstrar que há necessidade de se aguardar o transcurso do prazo quinquenal; ali se diz ‘adquirir-lhe-á’ porque o domínio não será concedido automaticamente, dependendo do que resultar comprovado no curso da ação própria; no curso da ação de usucapião, que cabe ao interessado ajuizar.

“Atente-se para mais este argumento: em 10/12/81 a Lei n. 6.969 instituiu, em moldes semelhantes, o usucapião especial de imóveis rurais; mas, se fosse adotada a exegese argüida pelo ‘prolator da sentença’, somente em 10/12/86 é que os interessados poderiam utilizar-se da lei, não obstante ali se dissesse que ela entra em vigor 45 dias após sua publicação.

“(omissis).

“Acrescente-se, por último, que o dispositivo legal examinado traz relevante conteúdo político-social, não se justificando, por mais essa razão, o protraimento de sua imediata aplicação.

“O julgamento teve a participação do Des. Roque Komatsu, Presidente sem voto, Renan Lotufo e Álvaro Lazzarini, com votos vencedores.

“São Paulo, 21 de novembro de 1989 — Luiz de Azevedo, Relator”.

Os argumentos apelativos foram aplaudidos pelo ilustre representante do Parquet oficiante de Primeiro Grau de jurisdição, Dr. Donaldo Reiner, que assim aduziu:

“O usucapião em foco é novo, emergindo a primeira vez no Direito Brasileiro com a CF de 88, sem guardar, portanto, relacionamento com anterior disposição legal, ao contrário da modalidade rural, inserta no art. 191 da CF, existente desde 1934, passando pelas Constituições Federais de 1937, 1946, sofrendo modificação com a Emenda n. 10 de 9/11/64, quando passou a ser regulamentado pelo Estatuto da Terra e depois pela Lei n. 6.969/81, perdurando até a constitucionalização de 1988.

“Dessa forma, se se tratasse de usucapião referente a imóvel rural, evidentemente que poderia ser contado tempo de posse anterior.

“Todos os requisitos acima mencionados condizem com a presente ação, mas é de ressaltar que o usucapião constitucional urbano tem como prazo para a aquisição — termo a quo — direito intertemporal, direito novo, que entrou em vigor em *vacatio legis*.

“Ou seja, o usucapião constitucional urbano constituiu-se em direito absolutamente novo no ordenamento jurídico, só criado com o advento da Carta Magna de 88, no seu art. 183. Nesse passo, o lapso temporal conquistado antes da vigência da novel *Lex Mater* não pode ser computado para a contagem do prazo quinquenal que ela estabeleceu como um dos requisitos para o reconhecimento desta



modalidade de aquisição de domínio. O quinquênio, pois, fluirá tão-somente a partir da data da promulgação da atual CF (5/10/88), devendo preencher esse quinquênio, no mínimo até a data da contestação, eis que então haverá oposição, interrompendo assim o lapso prescricional.

“Ora, a presente ação, apesar de ajuizada em 16/3/93, foi contestada em 31/5/94 (fls. 100), preenchendo assim o prazo prescricional de cinco anos, conforme prevê a CF, pois a ocupação foi superior a cinco anos, e preenche os demais requisitos do art. 183 da CF”.

A questão cinge-se ao marco inicial do lapso prescricional para a aquisição do usucapião urbano, regido pelo art. 183 da CF/88, se antes ou após o advento do Diploma Máximo.

A quaestio juris é deveras controvertida.

Assim é que se pronunciou o egrégio Tribunal Gaúcho:

“O usucapião constitucional urbano, instituído pelo art. 183 da CF/88, não pode aproveitar tempo anterior à vigência dessa Carta, nem ser invocado sem prova dos seus específicos requisitos. Este Grupo e, separadamente, as Câmaras que o compõem, vêm afirmando, reiteradamente, o entendimento da inaplicabilidade das disposições da Lei n. 6.969/81, que trata do usucapião especial, às posses que, para alcançar o quinquênio, precisam considerar tempo anterior à sua vigência (Ap. n. 589.059.971-3, de 31/10/89, 6ª CC do TJRS, rel. Des. Adroaldo Fabrício, in ADVJur. 1990, pág. 216; v. 48.613; TJSP — Ac. n. 216.078-1, de 11/10/94; STJSP — LEX 168, pág. 182; TJSP —

Ac. n. 187.340-1, de 27/4/93, 3ª CC; STJSP — LEX 146, pág. 202).

“O prazo preconizado no art. 183 da CF/88 deve ser contado a partir da vigência da nova Carta, por se tratar de direito novo, nascido com o advento do Diploma Maior, não podendo surpreender titulares de direito ao domínio, pois a lei respeita o ato jurídico perfeito e direito adquirido, não se podendo retroagir para prejudicar” (RT 670/137).

Contudo, há entendimentos contrários:

“O art. 183 da CF/88, que trata do usucapião especial de áreas urbanas, situa-se dentre os dispositivos de aplicação imediata, não podendo ser restringida ou moldada a limites para ela expressamente previstos. Assim, a prescrição aquisitiva se conta do início do exercício da posse, ainda que anterior à promulgação da nova Carta” (Ap. n. 165.010-1, 1ª CC do TJSP, rel. Des. James de Amorim; RTSJ 690/73).

Ainda a respeito temos: JTJ 130/224, 137/301, 140/143; JTARS 81/145 — Edson Ferreira da Silva, “Usucapião na Constituição Federal de 1988: Contagem de Prazo”; RT 679/270.

Contudo, no caso presente, verifica-se que a posse dos apelantes data de 1979 — ingressaram com a ação em 16/3/93 — a citação fora determinada aos 20/9/93 (recebimento da inicial) — e só aos 3/11/93 (fls. 40) e aos 6/4/94 (fls. 43v.) — aos 17/5/94 foi efetuada a audiência de justificação — a contestação foi anexada aos autos (fls. 99v.) aos 31/5/94.

Portanto, não obstante o ingresso da ação ter sido antes do decurso dos cinco anos previsto no art.

183 da CF/88, a lide instaurou-se após aquele decurso.

Provejo o apelo.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douta Pro-

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Antônio César Pinto Costa.

Florianópolis, 13 de abril de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.005987-6, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator designado: Des. Anselmo Cerello**

*Falência — Protesto — Desnecessidade de individualização na certidão — Entrega da intimação no endereço constante do título — Nulidade afastada.*

*“A exigência de que conste do instrumento de protesto o nome da pessoa física, representante legal da sociedade, que recebeu a intimação não tem amparo legal, inexistindo, no caso da omissão, qualquer óbice para que o referido instrumento atinja sua finalidade” (Tribunal de Justiça de São Paulo, in RT 609/63).*

*“Para a decretação da falência os títulos sujeitos ao protesto comum dispensam o especial previsto no art. 10 da Lei de Falências...” (TJPR, Ac. unânime 4ª CC, 6/5/92, Ap. n. 10.952-8, rel. Des. Troiano Neto, Mendes & Cobo Ltda. versus Ind. Felipe Daudt Ltda. — COAD n. 60.124).*

*“Duplicata não aceita protestada por falta de pagamento. Comprovação da entrega da mercadoria. Decretação da quebra.*

*“A duplicata não aceita, protestada por falta de pagamento, acompanhada da prova da entrega da mercadoria, autoriza a decretação da quebra do devedor impontual” (6ª CC, TJSP, AI n. 196.013, Revista dos Tribunais n. 430, pág. 129).*

*“Com a efetivação do protesto cambial é dispensável o protesto especial a que se refere a Lei de Falências (art. 10)” (in RJTJESP 94/120).*

*“Os títulos cambiais sujeitos ao protesto comum dispensam o especial previsto no art. 10, do Dec.-Lei n. 7.661/45, para embasar*

*pedido de falência” (TJPR, Ac. unânime 4ª CC, reg. 13/8/92, Ap. n. 15.788-2, rel. Des. Wilson Keback. Frigocal Com. Alimentos Ltda. versus Supermercado Cowal Ltda. — COAD n. 60.639).*

*“...A falta no instrumento de protesto do nome da pessoa física que recebeu a intimação do cartório é irrelevante, bastando a certidão de que a intimação foi feita...” (TJPR, Ac. unânime 4ª CC, rel. Des. Troiano Neto, Ap. n. 10.952-8 — COAD n. 60.123).*

*“Ademais, não pode o Juiz, de ofício, não tendo, inclusive, havido contestação do pedido falencial, considerá-lo como desvirtuamento do instituto da quebra, por reputá-lo como meio inadequado de cobrança de dívida”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.005987-6, da comarca de Balneário Camboriú, em que é apelante Ballesteros e Ballesteros Ltda., sendo apelada Casa da Batata Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, prover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de ação de falência proposta por Ballesteros e Ballesteros Ltda., na comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), contra Casa da Batata Ltda., pugnano pelo seu direito de ser credora da importância de R\$ 1.258,50, decorrente da compra e venda de gordura vegetal, confirmada na Fatura n. 208.816, representada por duplicata, protestada por não ter sido paga, a qual vencera na data de 20/3/95.

Fundamenta seu pedido nos artigos 1º e 9º do Decreto-Lei n. 7.661/45, pedindo pela citação da requerida, e o depósito atualizado, sob pena de ser decretada a falência.

Juntou documentos às fls. 7/27.

De ofício foi determinada a informação sobre a existência de Livro de Registro de Protesto para fins falimentares, junto ao Oficial do Tabelionato que efetuou o protesto, e até mesmo com pedido da indicação sobre a intimação pessoal do devedor, ou ao menos da indicação do nome da pessoa que recebeu a intimação, tendo vindo a informação, da qual a requerente teve oportunidade de ciência.

Sentenciando, o Magistrado monocrático julgou extinta a ação de falência, sob a dupla argumentação de carência, em face do desvirtuamento do instituto, não sendo meio hábil para cobrança de dívida, como também por tiragem irregular do protesto, sem indicação do nome da pessoa que recebeu a intimação cartorial.

Irresignada, a requerida apelou, visando a reforma da prestação jurisdicional, sustentando que sobre o protesto do título extrajudicial foi a devedora notificada regularmente, sendo devidamente certificado pelo Oficial do Tabelionato de Notas e Protesto que a intimação ocorrera de forma pessoal.

Com a comprovação da formalização do preparo, sem que fosse necessária a intimação da devedora para apresentar suas contra-razões, pois ainda não formada a relação jurídico-processual, os autos ascenderam a este Tribunal.

É o relatório.

A cobrança judicial de duplicata deve ser efetuada de conformidade com o processo aplicável aos títulos executivos extrajudiciais, de que cogita o Livro II do Código de Processo Civil, quando se trata:

I — de duplicata ou triplicata aceita, protestada ou não;

II — de duplicata ou triplicata não aceita, contanto que cumulativamente:

a) haja sido protestada;

b) esteja acompanhada de documento hábil comprobatório da entrega e recebimento da mercadoria; e

c) o sacado não tenha, comprovadamente, recusado o aceite, no prazo, nas condições e pelos motivos previstos nos arts. 7º e 8º desta Lei.

Não se vislumbra na norma legal retroindigitada a exigência no sentido de que o instrumento de protesto deve conter obrigatoriamente o nome de quem recebeu o aviso do Cartório.

No capítulo IV, arts. 13 e 14 do mesmo diploma legal (Lei das Duplicatas), não há qualquer menção de constar do bojo do instrumento de protesto o nome da pessoa que recebeu a remessa:

“Nos casos de protesto, por falta de aceite, de devolução ou de pagamento ou feito por indicações do portador, o instrumento de protesto deverá conter os requisitos enumera-

dos no art. 29 do Decreto n. 2.044, de 31 de dezembro de 1908, exceto a transcrição mencionada no inciso II, que será substituída pela reprodução das indicações feitas pelo portador do título”.

Também o art. 29 do Decreto n. 2.044 não prescreve que o instrumento de protesto deve conter o nome da pessoa que recebeu o aviso de protesto segundo exsurge do dispositivo legal:

“O instrumento deve conter:

“1 — a data;

“2 — a transcrição literal da letra e das declarações nela inseridas pela ordem respectiva;

“3 — a certidão de intimação ao sacado ou ao aceitante ou aos outros sacados, nomeados na letra para aceitar ou pagar, a resposta dada ou a declaração da falta de resposta. A intimação é dispensada no caso do sacado ou aceitante firmar na letra a declaração da recusa do aceite ou do pagamento e, na hipótese de protesto, por causa de falência do aceitante;

“4 — a certidão de não haver sido encontrada ou de ser desconhecida a pessoa indicada para aceitar ou para pagar. Nesta hipótese, o oficial afixará a intimação nos lugares de estilo e, se possível, a publicará pela imprensa;

“5 — a indicação dos intervenientes voluntários e das firmas por eles honradas;

“6 — a aquiescência do portador ao aceite por honra;

“7 — a assinatura, com o sinal público, do oficial do protesto.

“Parágrafo único — Este instrumento, depois de registrado no livro

de protesto, deverá ser entregue ao detentor ou portador da letra ou àquele que houver o pagamento”.

Essa exigência é em verdade mais uma proteção ao mau pagador.

Assim, a ordem emanada do despacho agravado carece de amparo legal porque para fazer ou deixar de fazer é necessário que haja previsão legal ou contrato entre as partes para legitimar providências positivas ou negativas, segundo estabelece o art. 5º, inc. II, da Constituição Federal:

“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, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

“... ”

“II — ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”.

É o que leciona Celso Ribeiro Bastos:

“O princípio de que ninguém é obrigado a fazer ou deixar de fazer algo senão em virtude de lei surge como uma das vigas mestras do nosso ordenamento jurídico. A sua significação é dúplice. De um lado representa o marco avançado do Estado de Direito que procura jugular os comportamentos, quer individuais, quer dos órgãos estatais, às normas jurídicas das quais as leis são a suprema expressão. Nesse sentido, o princípio da legalidade é de transcendental importância para vincar as distinções entre o Estado constitucional e o absolutista, este último de antes da Revolução Francesa... De outro lado, o princípio

da legalidade garante o particular contra os possíveis desmandos do Executivo e do próprio Judiciário. Instaura-se, em conseqüência, uma mecânica entre os Poderes do Estado, da qual resulta ser lícito apenas a um deles, qual seja, o Legislativo, obrigar aos particulares. Os demais atuam as suas competências dentro dos parâmetros fixados pela lei. A obediência suprema dos particulares, pois, é para com o Legislativo. Os outros, o Executivo e o Judiciário, só compelem na medida em que atuam a vontade da lei. Não podem, contudo, impor ao indivíduo deveres ou obrigações ex novo, é dizer, calcados na sua exclusiva autoridade. No fundo, portanto, o princípio da legalidade mais se aproxima de uma garantia constitucional do que de um direito individual, já que ele não tutela, especificamente, um bem da vida, mas assegura, ao particular, a prerrogativa de repelir as injunções que lhe sejam impostas por uma outra via que não seja a da lei. O que caberia responder, agora, é por que resulta o indivíduo assegurado pela só razão de obedecer, exclusivamente, à lei” (in Comentários à Constituição do Brasil, 2º vol., Saraiva, 1989, pág. 23).

Portanto, a ordem do prolator da decisão agravada contraria o princípio da legalidade.

Ademais, estando, como estão, os Cartórios de Protestos sujeitos à fiscalização do Poder Judiciário e a ele subordinados, por que, então, não houve uma determinação a eles (Cartórios) para que procedessem da maneira que os Juízes entendem ser o correto?

Mutatis mutandis, a jurisprudência enuncia:

“Falência — Protesto — Intimação — Desnecessidade de individualização na certidão — Entrega da intimação no endereço constante do título — Nulidade afastada.

“A exigência de que conste do instrumento de protesto o nome da pessoa física, representante legal da sociedade, que recebeu a intimação não tem amparo legal, inexistindo, no caso da omissão, qualquer óbice para que o referido instrumento atinja sua finalidade” (Tribunal de Justiça de São Paulo, in RT 609/63).

Contudo, o formalismo, data venia, não pode ser mais importante que a essência da questão, isto é, que o protesto foi do conhecimento da ré, que caracterizou sua impontualidade e que a dívida foi tacitamente ratificada, com a não oposição àquele em tempo hábil.

A jurisprudência já analisou a matéria:

“Com a efetivação do protesto cambial é dispensável o protesto especial a que se refere a Lei de Falências (art. 10)” (in RJTJESP 94/120).

“Os títulos cambiais sujeitos ao protesto comum dispensam o especial previsto no art. 10 do Dec.-Lei n. 7.661/45, para embasar pedido de falência” (TJPR, Ac. unân. 4ª CC, reg. 13/8/92, Ap. n. 15.788-2, rel. Des. Wilson Keback. Frigocal Com. Alimentos Ltda. versus Supermercado Cowal Ltda. — COAD n. 60.639).

“Para a decretação da falência os títulos sujeitos ao protesto comum dispensam o especial previsto no art. 10 da Lei de Falências...” (TJPR, Ac.

unân. 4ª CC, 6/5/92, Ap. n. 10.952-8, rel. Des. Troiano Neto. Mendes & Cobo Ltda. versus Ind. Felipe Daudt Ltda. — COAD n. 60.124).

“Duplicata não aceita protestada por falta de pagamento. Comprovação da entrega da mercadoria. Decretação da quebra.

“A duplicata não aceita, protestada por falta de pagamento, acompanhada da prova da entrega da mercadoria, autoriza a decretação da quebra do devedor impontual” (6ª CC, TJSP, AI n. 196.013, Revista dos Tribunais n. 430, pág. 129).

Destarte, o protesto tirado por falta de pagamento basta para autorizar o requerimento de falência, eis que atinge o principal objetivo exigido pela Lei Falencial em seu art. 11: a caracterização da impontualidade.

Trata-se de exigência descabida, sem base na lei que arranha uma das bases das relações interpessoais, qual seja, a confiança nos Oficiantes de Cartórios de Protestos.

Para viabilizar a vida em sociedade e os atos e negócios jurídicos entre as pessoas, a lei conferiu fé pública a determinadas pessoas para validar os atos que praticam e justamente com o fito de evitar o levantamento de dúvidas a todo instante.

Assim é o oficial de justiça em suas certidões, os oficiais de registros civis em óbitos e nascimentos etc.

Diz, de outra banda, o art. 364 do CPC:

“O documento público faz prova não só da sua formação, mas também dos fatos que o escrivão, tabelião ou funcionário declarar que ocorreram em sua presença”.

Existe nos instrumentos de protestos de fls. 15 e 17 certidão do cartório atestando que a intimação foi realizada e tal declaração, data maxima venia, somente pode ser derrubada após robusta prova em contrário.

Exigir-se o nome da pessoa física que recebeu a intimação quando o recebimento sequer é negado é ofender a fé pública do Oficial de Cartório e até mesmo desconfiar de sua correção, o que não é sensato.

Pede vênha para trazer à baila o julgado a seguir:

"...A falta no instrumento de protesto do nome da pessoa física que recebeu a intimação do cartório é irrelevante, bastando a certidão de que a intimação foi feita..." (TJPR, Ac. unân. 4ª CC, rel. Des. Troiano Neto, Ap. n. 10.952-8 — COAD n. 60.123).

Ademais, não pode o Juiz, de ofício, não tendo havido contestação do pedido falencial, considerá-lo como desvirtuamento do instituto da quebra, por reputá-lo como meio inadequado de cobrança de dívida.

É o voto.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 26 de junho de 1997.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik:

Votei vencido, ousando dissentir, com todo respeito, do entendimento sufragado pela douda maioria, por

entender, em face dos fatos noticiados e das provas produzidas nos autos, que, para fins falimentares, há a necessidade de indicação no instrumento de protesto da pessoa que recebeu a intimação em nome do devedor.

A decretação da quebra de uma empresa, com o encerramento de suas atividades, gera conseqüências gravosas para ela própria, para seus credores e principalmente para seus empregados.

Em face dessa repercussão econômica e social, deve ser exigido o cumprimento mais do que rigoroso das formalidades protestatórias, indispensáveis para justificar o pedido de quebra, de modo a torná-lo o mais seguro possível, eis que é através do instrumento de protesto que se caracterizarão a inadimplência e a impontualidade do devedor.

E, no caso, essas formalidades não foram assim observadas, como deixou claro o digno Prolator do decusum fustigado.

Ora, como ter a certeza da intimação do devedor, ainda mais em se tratando de pessoa jurídica, se, devendo recair o ato, a rigor e como seria normal, na pessoa de seu representante legal ou, pelo menos, de alguém que seja efetivamente seu empregado e não possa ser contestada essa relação, não foi identificada a pessoa intimada?

Nesse passo, transcreve-se a doutrina dos renomados Carlos Alberto Álvaro de Oliveira e Galeno Lacerda:

"O formalismo de que se reveste o ato de ciência justifica-se pelas graves conseqüências do protesto no

plano jurídico e, com maior evidência, no plano fático (...)."

E, por fim, arrebatam os mestres ser o protesto inválido "se realizada a intimação em pessoa não identificada" ("Comentários ao Código de Processo Civil", vol. III, tomo II, 2ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1991, págs. 354/355).

A egrégia Terceira Câmara Civil deste colendo Areópago, em questão análoga, assim se manifestou na Apelação Cível n. 40.728, sendo o r. acórdão da lavra do eminente Des. Wilson Guarany, publicado no DJ n. 8.747, de 21/5/93:

"Para configurar o não pagamento e constituir o título executivo falencial previsto no art. 1º do Decreto-Lei n. 7.661, de 21/7/1945 (Lei de Falências), o instrumento de protesto, ainda que tirado por terceiro, deve conter os requisitos legais, quer se trate de título sujeito ao protesto especial previsto no art. 10 da lei citada, quer se trate de título sujeito ao protesto comum, como os cambiais. Esses requisitos legais estão previstos no art. 10, § 1º, da Lei de Falências, e art. 29 da Lei Cambial (Dec. n. 2.044, de 31/12/1908), conforme se trate de título sujeito ao protesto especial ou ao comum. A certidão do instrumento de protesto — especial ou comum — deve sempre instruir o requerimento de falência" (in JC 37/75).

Daí a cautela que se impõe ao julgador, para inibir a utilização indiscriminada do instituto falimentar, empregada por credores que dispõem de meios adequados para a satisfação dos seus créditos.

É da jurisprudência majoritária deste colendo Sodalício, litteram:

"Falência. Protesto. Vício insanável. Decisum confirmado. A obrigação de fazer a correspondência chegar às mãos do destinatário impede que a intimação do protesto, de reflexos jurídicos graves, seja realizada em pessoa não identificada, com assinatura ilegível. Inobservados esses requisitos, o protesto é imprestável para a finalidade prevista no art. 11 do Decreto-Lei n. 7.661/45, acarretando, em conseqüência, a extinção do processo por falta de pressuposto de constituição válida e regular, suscetível de ser conhecido de ofício" (Apelação Cível n. 29.909, in DJ de 22/9/89, pág. 9).

"Falência. Processo extinto sem julgamento do mérito. Protesto irregular. Recurso desprovido. Para fim falencial o protesto do título deve ser tirado mediante intimação pessoal. Desrevestido de tal formalidade, carece o credor do direito de requerer a quebra" (Apelação Cível n. 40.569, de Joinville, rel. Des. Xavier Vieira, in DJ de 19/1/94, pág. 10).

"O processo irregular do título cambial, de cujo instrumento não consta certidão de ter sido pessoalmente intimado o representante legal da devedora com endereço conhecido, nem juntado o aviso de recebimento, na hipótese da intimação ter sido processada por via postal, não autoriza a decretação da falência (RT 567/92)" (Apelação Cível n. 48.335, de Criciúma, rel. Des. Newton Trisotto, in DJ n. 9.315, de 11/9/95, pág. 19).

Com relação à presunção de validade do instrumento de protesto, porque lavrado por oficial do respectivo Cartório, este colendo Tribunal,



nos autos da Apelação Cível n. 97.005542-0, de Xanxerê, relator o eminente Desembargador Silveira Lenzi, assim decidiui:

“O fato do oficial do cartório de protesto de título gozar de fé pública igualmente não ilide a necessidade de comprovação da respectiva intimação, requisito inafastável em pedido dessa natureza, cujo ônus da prova cabe ao credor”.

Por derradeiro, anota-se que tal orientação já foi até recomendada aos cartórios pelo Conselho da Magistratura, no Pedido de Providências n. 515, cuja ementa se transcreve:

“Pedido de providências. Matéria administrativa. Competência do

Conselho da Magistratura. Art. 6º, II, letra i, de seu Regimento Interno. Recomendação aos cartórios que façam constar no instrumento de protesto o nome do devedor, bem como a entrega do Aviso de Recebimento ao credor. Providência que pode ser também da competência do Juiz Diretor do Foro local. Inteligência do art. 10, § 1º, da Lei de Falências” (DJ 3/1/97, pág. 515, Jaraguá do Sul, rel. Des. Napoleão Amarante).

Ante o exposto, calçado na exatidão da prestação jurisdicional entregue, voto no sentido de conhecer do recurso mas negar-lhe provimento.

*Gaspar Rubik*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014124-6, DE TURVO**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Ação de investigação de paternidade — Alimentos — Fixação a partir da citação — Proporcionalidade — Incidência do art. 400 do CC — Honorários de advogado — Autor beneficiário de assistência judiciária — Verba devida pelo sucumbente não isento — Apelo desprovido.*

*Deixando o Código Civil de indicar percentuais ou parâmetros precisos devem os alimentos ser fixados com base em avaliações fictas. São os alimentos devidos a partir da citação (STJ — REsp. ns. 19.728—GO e 44.927-8—SP; TJSC — Ap. Cív. ns. 37.789 e 36.182). O fato de a autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita não impede a fixação da verba honorária, segundo inteligência do art. 11 da Lei n. 1.060/50, obedecido o limite de 15%.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014124-6, da comarca de Turvo, em que é apelante J. B. M., sendo apelada J. N., representada por sua mãe, V. L. N.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Pela Vara Cível da comarca de Turvo, a menor impúbere J. N., representada por sua mãe, V. L. N., propôs ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em face de J. B. M., ao argumento de que a mãe da investigante e o requerido mantiveram um namoro, durante o qual tiveram relações sexuais, que resultaram em sua gravidez, vindo a dar à luz a menor J. N.

Juntou os documentos de fls. 7/17.

Citado, contestou o réu às fls. 42/46, aduzindo serem inverídicas as alegações da autora, visto que manteve com V.L.N. apenas um rápido relacionamento e que nunca se relacionaram sexualmente.

Impugnação à contestação às fls. 53/54.

Laudo pericial de exame DNA às fls. 260/262 concluiu que o réu tem 99,74% de chance de ser o pai da autora.

As partes apresentaram alegações finais, por memoriais, pelos quais repisaram os argumentos utilizados na inicial e na contestação.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau de jurisdição opinou pela procedência da ação.

Sentenciando, o douto Togado monocrático julgou procedente o pedido, declarando o réu pai da menor J. N., e condenando-o a prestar-lhe alimentos, fixados em dois salários mínimos mensais, e ainda em honorários advocatícios, na base de 15% sobre o valor da condenação, mais doze parcelas vincendas.

Irresignado, apelou o réu (fls. 300/310), requerendo a reforma da

decisão, para que os alimentos sejam reduzidos ao valor de um salário mínimo. Insurge-se também contra a condenação em honorários, por ser a apelada beneficiária da justiça gratuita, e contra a data do início da pensão arbitrada, que requer seja fixada a partir da sentença.

Contra-razões às fls. 313/318, onde a apelada aplaude a decisão vergastada e pugna pela sua manutenção.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau opinou pelo desprovimento do recurso.

Os autos alçaram e, encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, esta, em parecer de fls. 236/239, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do apelo.

É o relatório.

O recurso interposto pelo requerido contraria fundamentalmente a sentença em três pontos:

I — montante da pensão fixada;

II — data do início do pagamento da pensão;

III — valor arbitrado a título de honorários advocatícios.

Acerca do primeiro ponto, consta da r. sentença apelada:

“Quanto aos alimentos, deve o réu arcar com o pagamento, dentro de suas possibilidades.

“Jurista, filósofo eminente, no seu Dicionário de Direito de Família, assim se expressa o Des. Paulo Dourado de Gusmão:

‘Alimentos devidos a ascendente ou descendente têm por fundamento o parentesco (...). Assim os deve o pai ao filho de menoridade ou incapaz

ou em estado de necessidade, como também o descendente ou ascendente nas mesmas condições (art. 397 do CC) (...). Filho maior, desempregado, com aptidão a obter emprego, mas não o conseguindo, principalmente na época de crise, ou exercendo subemprego, tem direito a alimentos exigíveis do ascendente, desde que o mesmo possa fornecê-los (art. 399 do CC) (Paulo Dourado de Gusmão, Dicionário de Direito de Família — 2ª ed. revista e ampliada, 1987, págs. 89/93).

“Clóvis Beviláqua esclarece que a obrigação de prestar alimentos aos filhos é imperiosa, ou absoluta, enquanto são menores. E, mais tarde, mesmo maiores, subsiste a obrigação, em função das necessidades dos filhos.

“Distinguindo os alimentos devidos aos filhos que já não se acham sob o pátrio poder, com os filhos que ainda se encontram sob o pátrio poder, assim se expressa Clóvis Beviláqua:

‘Alimentos, na terminologia jurídica, significam — sustento, habitação, vestuário, tratamento por ocasião de moléstia (...). É uma relação familiar, que se funda no vínculo de parentesco (jure sanguinis); porém que interessa, diretamente, à sociedade. Os romanos denominavam-na officium e pietas, expressões que traduzem o fundamento moral do instituto, o dever de mutuamente se socorrerem os parentes, na necessidade (...). Não se refere o Código, neste capítulo, aos alimentos devidos entre os cônjuges, nem pelos pais aos filhos, durante a menoridade, que foram considerados em outra parte (...). Tratam os arts. 396/405 da dívida alimentar jure san-

guinis, fora da sociedade doméstica. Quando afirma o art. 397 que os devem prestar, reciprocamente, pais e filhos, refere-se à progénie fora do pátrio poder’.

“Neste sentido, o réu deve ser compelido ao pagamento de alimentos para a filha, na ordem de 2 (dois) salários mínimos, levando-se em consideração suas possibilidades financeiras e as necessidades da alimentanda” (fls. 293/294).

Ainda sobre o tema do valor da pensão fixada, manifestou-se o digno representante ministerial:

“Respeitante ao quantum estabelecido a título de alimentos, é de ver-se que no transcorrer de todo o processo não se fez prova alguma sobre o valor dos rendimentos mensais do apelante. Notificou-se porém, sem que tenha ocorrido qualquer infirmação, ser ele engenheiro químico, proprietário de uma considerável área de terras no município de Turvo, além de ser filho de família tradicional e abastada” (fls. 331).

“Os alimentos são fixados na proporção das necessidades do reclamante e dos recursos do devedor, justificando-se a alteração somente se comprovada a circunstância prevista no art. 401 do CC” (Apelação Cível n. 39.917, de São Miguel do Oeste, relator Des. Eder Graf).

Por tais fundamentos, merece, pois, ser mantida a pensão fixada pelo douto Togado monocrático.

Em relação à data de início do pagamento da pensão, inúmeros são os julgados deste egrégio Tribunal a respeito:

“Procedente a investigatória, os alimentos são devidos a partir da citação. Honorários advocatícios. Verba criteriosamente fixada. Observância do art. 20, § 3º, letras a a c, do CPC. Recurso improvido” (TJSC — Ap. Cív. n. 39.520 — comarca de Joaçaba — acórdão unân. — 3ª Câm. Cív. — rel. Des. Nestor Silveira — DJSC de 13/5/94, pág. 7).

“Os alimentos são devidos a partir da citação” (Apelação Cível n. 96.007562-3, de Joaçaba, rel. Des. Amaral e Silva).

“Os alimentos, em caso de procedência da ação de investigação de paternidade, são devidos desde a citação” (Apelação Cível n. 44.825, de Joaçaba, rel. Des. Eder Graf).

“Os alimentos, quando cumulados com a investigação de paternidade, são devidos a partir da citação desta ação” (TJSC – Ap. Cív. ns. 8.745, 39.208, 43.049 e 41.568).

Improcedente, pois, o segundo ponto do apelo.

Quanto ao terceiro e último fundamento, em relação aos honorários advocatícios, igualmente não merece provimento, visto que o quantum fixado pelo Juiz a quo, na base de 15% sobre o valor da condenação, obedeceu ao que dispõe o art. 11 da Lei n. 1.060/50, o qual aponta tal percentual como teto máximo, em caso de assistência judiciária gratuita.

Assim já decidiu este egrégio Tribunal acerca do tema:

“Investigação de paternidade — Prova hígida — Coincidência entre a concepção da autora e as relações sexuais da mãe com o suposto pai —

Exceptio plurium concumbentium não comprovada — Fixação de alimentos desde a citação — Assistência judiciária — Honorários advocatícios.

“Gozando o vencedor da demanda do benefício da assistência judiciária, na conformidade do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50, os honorários de advogado serão arbitrados pelo juiz até o máximo de 15% sobre o valor da condenação” (AC n. 52.036, de Criciúma, rel. Des. Pedro Manoel Abreu – 9/5/96).

“Sucumbência — Parte que não gozou dos benefícios da assistência judiciária gratuita. A isenção no pagamento das custas processuais e honorários de advogado apenas se estende à parte beneficiária da assistência.

“Assistência judiciária — Honorários de advogado.

“Vencedora a parte beneficiária da assistência judiciária, devem os honorários ser arbitrados de acordo com o preceituado no § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50” (Apelação Cível n. 49.847, de Tubarão, rel. Des. Eder Graf).

Diante de tais fundamentos, nego provimento ao recurso.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz César Medeiros.

Florianópolis, 5 de março de 1998.

Anselmo Cerello,  
Presidente e Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014130-0, DE XANXERÊ

Relator: Des. Anselmo Cerello

*Investigação de paternidade — Exame de DNA não realizado — Concordância implícita do investigado — Pretensão de realização do exame em apelação — Inviabilidade — Honestidade e recato da mãe do investigante comprovados.*

*Prova da paternidade fundada no domínio público (vox populi) e confidências do indigitado pai comprovadas por testemunhas — Admissibilidade — Apelação desprovida.*

*Se uma vez realizado o exame hematológico “ABO”, revelando este a compatibilidade sanguínea para a filiação, nunca reiterou o indigitado pai pela realização do exame DNA, permitindo tranquilamente o encerramento da instrução processual, tanto é que apresentou alegações finais, sem qualquer objeção, revelando conformismo com os elementos dos autos, uma vez que após metucioso exame do mérito pediu a improcedência da ação, sendo-lhe desfavorável no entanto o desfecho da causa, inacolhível se apresenta a pretensão veiculada em apelação do investigado vencido, no sentido de que seja recebida novamente a instrução processual, para dar ensejo à realização do exame DNA, pois não é dado ao Tribunal reverter as fases processuais, não obstante a relevância social do caso em litígio, para suprir deficiências probatórias das partes litigantes, sob pena de afronta ao princípio da sucessão, autonomia e preclusão das fases processuais e atentado à segurança e estabilização da regularidade da marcha processual; sendo escoimados de qualquer dúvida o recato e honestidade da mãe do autor e a vox populi apontando o indigitado pai como o autor da gravidez da qual adveio o autor, tendo, o primeiro até mesmo confidenciado esta autoria a testemunhas, é o quanto basta para se admitir a paternidade.*

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014130-0, da comarca de Xanxerê (1ª Vara), em que é apelante J. T.,

sendo apelado R. Z., representado por sua mãe, L. Z.:

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

Pela 1ª Vara Cível da comarca de Xanxerê, R. Z., representado por sua mãe, L. Z., propôs ação de investigação de paternidade cumulada com alimentos em face de J. T., alegando que ela manteve com o requerido relações sexuais, que resultaram em sua gravidez, vindo a dar à luz o autor. Procurado pela mãe do requerente, o demandado não reconheceu a paternidade.

Juntou os documentos de fls. 6/10.

Citado, contestou o réu às fls. 11/16, alegando serem falsas as afirmações do requerente, que a mãe do autor e ele nunca mantiveram relações sexuais e que não há provas nos autos de que tal relação tenha ocorrido.

Impugnação à contestação a fls. 19.

Realizada a audiência de conciliação e julgamento, onde foram ouvidas as testemunhas arroladas.

Alegações finais às fls. 68/78.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau de jurisdição opinou pela procedência do pedido.

Sentenciando, o douto Togado monocrático julgou procedente o pedido, declarando o réu pai do autor, e condenando-o a prestar-lhe alimentos, fixados em um terço do salário mínimo, desde a citação.

Irresignado, apelou o requerido (fls. 90/101), sustentando a inexistência de provas suficientes para caracte-

terizar a paternidade declarada, além de insurgir-se contra a fixação do marco inicial da obrigação alimentar.

Contra-razões às fls. 102/108, onde o apelado aplaude a decisão vergastada, pugnando pela confirmação da sentença, colacionando jurisprudência a seu favor.

O representante do Ministério Público de Primeiro Grau opinou pelo improvimento do recurso.

Os autos alçaram e, encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, esta, em parecer de fls. 123/128, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo.

É o relatório.

Duas questões envolvem o caso em tela.

A primeira é referente à realização do exame DNA.

A segunda é pertinente à comprovação da paternidade quanto aos elementos constitutivos dos autos.

Quanto à realização do exame DNA é certo que em contestação o apelante protestou pela realização de “perícia e exames médicos” (fls. 160).

Porém, não protestou por tal prova (fls. 22), quem o fez foi o autor (fls. 26), que requereu “exames hematológico e genético”.

Após a produção das provas orais (“testemunhas”) e após algumas marchas e contramarchas, realizou-se o exame hematológico “ABO”, que não exclui a paternidade (fls. 65). Quanto às demais (genéticas) a perícia revelou que não poderiam ser realizadas no laboratório local.

O apelante manifestou-se a respeito (fls. 66) demonstrando estar

satisfeito com a perícia porque, como analisara em memoriais, não apresenta “certeza absoluta que o petionário, J. T., seja o pretendido pai do menor R. Z.” (fls. 66 — sic).

Em alegações finais, analisa o apelante a prova e postula a improcedência do exame (fls. 77/78).

No entanto a definição da causa em Primeiro Grau foi-lhe desfavorável (fls. 85/89). Veicula na apelação a conversão do julgamento em diligência para realização de exames hematológicos H. L. A., no Hemosc ou Imesc, gratuitamente, caso não seja julgada a ação improcedente (fls. 101).

A matéria está superada por força de entendimento sufragado por nosso Tribunal de Justiça:

“Não requerido o exame DNA na fase processual própria ou, quando menos, antes da prolação do decurso, não é dado ao Tribunal compelir as partes a se submeter a tal prova, tomando para si a iniciativa de um meio probante que incumbia exclusivamente aos contendores. O órgão recursal, em que pese o alto alcance social do reconhecimento da filiação, não pode ser transformado em substituto processual dos litigantes, referentemente à produção de provas que só a eles interessam” (TJSC — Apelação Cível n. 46.984, Palmitos, ac. unân. da 1ª CC, rel. Des. Trindade dos Santos, DJSC de 8/11/96, pág. 12).

E ainda:

“...Conjunto probatório harmônico. Prova pericial. Exame do DNA. Dispensabilidade. Precedentes. ‘Prova pericial. ‘Sistema de seqüências de aminoácidos codificados no DNA’. Ao estabelecer o processo cível uma su-

cessão de fases processuais em que as partes deverão realizar os atos que lhes são próprios, objetivou a estabilização e a regularidade da marcha processual. Em assim sendo, se o réu, no momento em que lhe foi facultada a indicação das provas que pretendia produzir, não pugnou pela realização do teste do DNA, impossível em sede recursal reclamar a omissão que somente a ele pode ser imputada. Ademais, não exsurge como vinculante ou obrigatória a perícia do DNA, excluindo, ipso facto, os demais elementos probatórios carreados ao caderno processual’ (TJSC — Apelação Cível n. 43.162, Ibirama, rel. Des. Eder Graf, DJE n. 8.941, de 4/3/94, pág. 4). Alimentos. Art. 400 do CC. Fixação em metade do salário mínimo. Particularidades do caso concreto. Manutenção. Os alimentos sempre são fixados em atenção ao binômio necessidade-possibilidade (art. 400 do CC); a pensão alimentícia não pode ser arbitrada em valor tão módico a ponto de inviabilizar a manutenção do alimentado ou causar a ruína do alimentante” (TJSC — Apelação Cível n. 50.313, Lages, ac. unân. da 2ª CC, rel. Des. Paulo Gallotti, DJSC de 6/12/95, pág. 5).

Resta assim rejeitada a liminar e a primeira questão.

Quanto ao segundo ponto do apelo, ou seja, a prova da paternidade, temos a considerar dois aspectos:

O primeiro é a comprovada honestidade e recato da mãe do autor, ponto pacífico nos autos, a qual inclusive desempenha as funções de “ministra ecumênica”, na igreja local, mister que deixou, forçada pela gravidez ilícita.

Em segundo, a opinião pública da comunidade vox populi aponta o apelante como pai do autor, o qual até teria feito afirmação pública de tal fato, confidenciando-o a testemunhas (fls. 35, 36, 37).

É o quanto basta.

Senão, vejamos:

“O Professor Arnaldo Medeiros da Fonseca, quando leciona: ‘A prova direta e completa da exclusividade das relações sexuais de uma mulher com um homem é difícilíssima, senão impossível, mas a prova indireta e relativa pode indubitavelmente ser produzida, resultando, na verdade, da aparente honestidade da mãe, na conduta recatada e discreta que habitualmente mantinha, atestada pelos vizinhos e pessoas que com ela convivem’ (Investigação de Paternidade, Forense, 3ª ed., 1958, pág. 396).

“Não restam dúvidas que todas as provas circunstanciais e indiciárias, aliadas à coincidência entre a concepção do autor e as relações sexuais da sua genetriz com o suposto pai, autorizam o reconhecimento da paternidade, uma vez que satisfeitos os requisitos do art. 363, II, do Código Civil.

“Já se decidiu em nossa egrégia Corte de Justiça, que:

‘Apelação cível. Ação de investigação de paternidade. Coincidência entre a concepção do investigante e o relacionamento de sua genitora com o suposto pai. Apreciação de provas. Em sede de investigação de paternidade, dispõe o magistrado de grande liberdade na apreciação da prova, devendo socorrer-se de indícios e presunções capazes de propiciar-lhe uma certeza relativa para o seu convencimento. A presunção de pa-

ternidade se alicerça na existência do relacionamento entre a genitora do investigante e o suposto pai, na concepção do investigante durante esse período e na aparente fidelidade da genitora ao investigado. Recurso provido em parte’. Decisão: ‘por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial. Custas ex lege” (Apelação Cível n. 38.240, Quilombo, rel. Des. Álvaro Wandelli, in DJ n. 8.572, de 31/8/92, pág. 5).

Daí o irreparável acerto com que se houve o douto magistrado — Edegar Leopoldo Schlösser, que com a habitual judiciosidade também se revelou incensurável quando deliberou sobre os alimentos.

“Como consequência do reconhecimento da paternidade, encontramos os efeitos da obrigatoriedade alimentar. Neste aspecto, extrai-se dos autos a inexistência de prova mais concludente e segura do rendimento auferido pelo demandado. O autor requereu sua fixação sem indicar o valor percebido pelo requerido.

“Ora, na ausência de maiores elementos quanto ao rendimento efetivo auferido pelo demandado, inquestionável que se deve tomar por base o próprio salário mínimo. De forma geral, as testemunhas informaram que o mesmo vive às expensas da agricultura, de onde auferes uma renda pequena, sem olvidar que vive com outra mulher, possuindo prole de quatro filhos. Na própria declaração por si produzida nos autos (fls. 50), informa um ganho mensal em torno de R\$ 100,00 (cem reais), que na época correspondia a mais ou menos um salário e meio. Ora, diante desse valor e alicerçado nos requisitos norteadores do



art. 400 do CC, tenho que os alimentos devem ser fixados em um terço do salário mínimo mensal, por ser o valor que melhor se coaduna ao caso da espécie, devidos desde a citação, sem olvidar que podem ser modificados a qualquer tempo, sempre que houver alteração na fortuna, ao interesse das partes.

"Aliás, tem pertinência à espécie o seguinte julgado:

'Ação de investigação de paternidade — Evidenciado que o investigando e a mãe do investigante mantiveram relações sexuais na época da concepção e não comprovada a exceptio plurium concubentium, resultando da prova, ao contrário, a boa conduta daquela, procede a ação — Não apurados quantum satis os rendimentos do investigando, são eles arbitrados em um salário mínimo, em face das atividades que exerce, fixados os

alimentos em 1/3 (um terço) desse valor, e devidos a partir da citação — Apelação parcialmente provida'. Decisão: 'por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso. Custas de lei' (Apelação Cível n. 35.310, São Miguel do Oeste, rel. João José Ramos Schaefer, in DJ n. 8.324, de 27/8/91, pág. 5)".

Nego provimento.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.009700-7, DE TIMBÓ**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Desapropriação indireta. Venda ad corpus. Indenização indevida pelo excesso de área. Sentença extra petita. Adequação do julgado aos limites corretos. Recurso voluntário e remessa providos.*

*Na venda ad corpus presume-se que o acessório esteja inserido no principal negociado. A referência à metragem é meramente acidental quando a venda não foi feita ad mensuram.*

*A decisão da lide restringe-se ao balizamento delineado no articulado preambular. Desnecessária, porém, a anulação da sentença extra petita, se o excesso ou desvio são objeto de reforma ou adequação na instância ad quem.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*96.009700-7, da comarca de Timbó (2ª Vara), em que é apelante o Estado de*

*Santa Catarina, sendo apelados Urbano Bertoldi e sua mulher:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso voluntário e à remessa, invertidos os ônus da sucumbência.

Custas de lei.

Na comarca de Timbó, Urbano Bertoldi e sua mulher, Zélia Uliano Bertoldi, propuseram ação ordinária de indenização por desapropriação indireta contra o Estado de Santa Catarina, afirmando que eram legítimos senhores e possuidores de um terreno urbano situado nos fundos da Avenida Getúlio Vargas, rua projetada, naquele Município, com área de 3.315,55 m<sup>2</sup>, inscrito nas fls. 133 do Livro 3C e transcrito sob o n. 6.014, em 12/1/61, no respectivo Registro de Imóveis.

Sustentaram que a Secretaria de Educação do Estado de Santa Catarina, através de seu departamento de construções, apossou-se da área descrita acima e de uma servidão de acesso de 368,44m<sup>2</sup>, do patrimônio dos autores, edificando um complexo escolar, sem o devido processo desapropriatório e conseqüente indenização.

Citado por carta precatória, o réu contestou invocando a carência de ação, por ilegitimidade de parte e falta de interesse de agir, além da existência de conexão com outra ação proposta pelo contestante. Requereu, ainda, fosse chamado ao processo o município de Timbó e, no mérito, argumentou inexistir suporte legal que agasalhasse a pretensão dos autores, relatando que, em 1967, diante da necessidade da construção de um educandário no Município, denominado

Ginásio Secundário Estadual Rui Barbosa, seus municípios e organizações comunitárias promoveram entendimentos no sentido de viabilizar a materialização de tal objetivo.

Era necessária, entretanto, a escolha do local e aquisição da área a ser repassada ao Estado, para desenvolver as obras próprias. Para tanto, foi criada comissão especialmente composta de pessoas representativas do Município e editada lei municipal autorizando o Poder Executivo a abrir "crédito especial" de NCr\$ 6.000,00 (seis mil cruzeiros novos), destinados à aquisição, total ou parcial, do terreno a ser doado ao Estado.

O local escolhido compunha-se da área dos autores, contígua a outra detida pela Associação de Ensino de Timbó, que, somadas, perfaziam 10.671,70m<sup>2</sup>, sendo dos AA. a parcela de 3.315,00m<sup>2</sup>.

Em reuniões registradas em atas, dita Comissão recebeu, em 7/7/67, a oferta dessa área e, para representá-los, os autores e a Associação de Ensino de Timbó muniram o Prof. Arthur Buzzi dos poderes necessários.

Para a definitiva aprovação do local, aquisição pelo valor de NCr\$ 12.000,00 (doze mil cruzeiros novos) e doação ao Estado, foi realizada reunião no dia 10/7/67, ficando convencido que a parte restante seria obtida mediante a realização de uma festa promovida por associações locais e o Poder Executivo Municipal ficou encarregado de gerir essas tratativas, promovendo-se o pagamento dos valores proporcionais às áreas de cada proprietário dos imóveis, conforme discriminado na contestação.

Pugnou o Estado de Santa Catarina, enfim, pela improcedência da ação e, incidentalmente, impugnou o valor da causa.

Os autores replicaram insistindo na titularidade do domínio do imóvel e questionando a validade da doação, além de posicionarem-se contra a conexão da ação e chamamento do município de Timbó ao processo.

O representante do Ministério Público opinou pela citação do Município, com lastro no art. 70 e incisos do Estatuto Processual Civil.

O feito foi suspenso, citando-se a Municipalidade para que viesse a integrar a lide.

O Município respondeu endossando os argumentos articulados pelo Estado de Santa Catarina.

Intimados, manifestaram-se os autores e o Estado demandado sobre a resposta do litisdenunciado.

Incidentalmente, foi oferecida exceção de suspeição, tendo a respectiva decisão transitado em julgado.

Saneado o processo, foi deferida a perícia, formulando as partes quesitos.

Juntado o laudo, houve impugnação apenas do Estado e, na data aprazada, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, quando, inexistente a conciliação e dispensada a produção de outras provas, os patronos das partes aduziram suas alegações finais.

Opinou o representante do parquet no sentido de desacolher o pedido inicial, por entender pago integralmente o valor do imóvel que se pretendeu indenizável, condenados

os autores nas penas da sucumbência.

Sentenciando, o Dr. Juiz julgou procedente em parte o pedido, mantendo o Estado de Santa Catarina na posse do imóvel em definitivo, condenando-o ao pagamento da quantia de Cr\$ 17.997.458,30 e afastando o município de Timbó do pólo passivo da relação processual.

Inconformado, o réu apelou invocando a aplicação do art. 1.531 do Código Civil, asseverando que o julgamento foi ultra e extra petita, porquanto a condenação ao pagamento da indenização correspondente ao excesso de área de 169,33 m<sup>2</sup> e à área de servidão não fazia parte do pedido dos autores.

Sustentou também que, ante o reconhecimento pelo Magistrado do pagamento da indenização correspondente à área de 3.315,55 m<sup>2</sup>, deveria o processo ter sido extinto por carência de ação.

Foram apresentadas as contra-razões e o Dr. Promotor de Justiça opinou no sentido de desprover a remessa e o recurso voluntário.

Os autos alçaram a esta Corte, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento parcial da remessa e do apelo.

É o relatório.

Imerece apreciação a pretensão de ser aplicado o art. 1.531 do Código Civil, em face do reconhecimento pelo Juízo a quo do pagamento pelo município de Timbó, referente à área de 3.315,55m<sup>2</sup>. É que esse pagamento foi feito em relação a negócio jurídico privado, efetivado entre o ora re-

corrido Urbano Bertoldi e o Município em referência (fls. 66 a 79).

Por ter pago o valor correspondente à área descrita na certidão de fls. 7, o Município foi excluído da relação processual pela sentença (fls. 226/227).

O fato de encontrar-se pessoa jurídica de direito público num dos pólos da relação contratual de aquisição do imóvel dos apelados não desfigura sua essência privada, pois, in casu, ela atua como particular.

Ensina Hely Lopes Meirelles:

“A Administração Pública pode praticar atos ou celebrar contratos em regime de Direito Privado (Civil ou Comercial), no desempenho normal de suas atividades. Em tais casos ela se nivela ao particular, abrindo mão de sua supremacia de poder, desnecessária para aquele negócio jurídico.” (Direito Administrativo Brasileiro, 17ª edição, Malheiros, 1992).

Sendo relação de ordem privada, esta vincula unicamente as partes nela envolvidas, só elas detêm o legítimo interesse de levantar a existência de possíveis vícios ou irregularidades porventura ocorrentes no negócio, ou de pleitear a imposição de alguma penalidade legalmente prevista, pois como preleciona Pontes de Miranda:

“O crédito é direito relativo: em princípio, a direção do crédito, ou das obrigações e ações que dele se irradiam, é contra o devedor, ou obrigado, ou sujeito passivo da ação. Os terceiros, ainda quando tenham de considerar existente e eficaz a relação jurídica entre o credor e o devedor, ou possam opor a eficácia erga omnes de outra relação jurídica em que se acham, não estão na relação jurídica pes-

soal. Portanto, nem têm dever pessoal, nem obrigação pessoal” (Tratado de Direito Privado — Direito das Obrigações, tomo XXII, 2ª edição, 1958, pág. 9).

E assim exemplifica:

“A diferença ressalta quando se examina o que se passa ao se comprar sem que a tradição da coisa móvel se opere imediatamente. O comprador não pode apanhar no mostruário, ou no armazém do vendedor, a coisa móvel que comprou, ainda que tenha sido objeto do contrato de compra e venda coisa certa (o quadro n. 5 do pintor A, o aparelho de chá que pertenceu ao Rei B). O comprador tem de exigir do devedor que cumpra o prometido. Se o vendedor já alienou a propriedade da coisa vendida, a obrigação de prestar, por parte do vendedor, continua, tal como era. O terceiro, que adquiriu, é estranho à relação jurídica entre o credor e o devedor. Se ao devedor já não é possível prestar a coisa, que vendera, tem de responder pelo inadimplemento.” (op. cit., pág. 9).

Assevera ainda o apelante que o feito deveria ter sido extinto por carência de ação, visto ter o Julgador reconhecido o pagamento da indenização pela área descrita no pedido. Ademais sua condenação pelo excesso de 169,33m<sup>2</sup> e pela servidão de acesso de 400,88m<sup>2</sup> configura julgamento ultra petita e extra petita, respectivamente.

Nesse ponto, procede o inconformismo do recorrente.

Verifica-se que, na espécie, é ultra petita a decisão que concedeu a indenização no “excesso” de área de 168,78m<sup>2</sup>, pois o decism foi além dos

parâmetros estabelecidos pelo pedido, haja vista que os autores restringiram-se somente à indenização pelo alegado desapossamento da área de 3.315,55m<sup>2</sup>.

Quanto à invocação, por parte dos apelados, do princípio da justa indenização, não merece prosperar.

Ocorre que, autorizado pelo efeito devolutivo da remessa obrigatória, vale esclarecer que os autores pleitearam “a condenação do Estado de Santa Catarina, por seu órgão competente, seja a Secretaria da Educação ou..., ao pagamento das indenizações devidas pelo apossamento ilegal da área de 3.315,55m<sup>2</sup>, área que pertence aos requerentes e peticionários...” (fls. 5).

Afirmaram, então, que foram desapossados ilegalmente da área mencionada.

No entanto, exsurge dos autos que o Estado de Santa Catarina não fez mais do que cumprir o acordo de vontades firmado entre os autores e o município de Timbó para a construção do “Ginásio Estadual Rui Barbosa”, segundo a documentação referente ao negócio que figura às fls. 66 usque 79.

O fato de ter sido o Estado e não o município de Timbó quem construiu a obra não caracteriza o alegado desapossamento dos autores, haja vista que, de acordo com a referida documentação, foi a Municipalidade, juntamente com a Associação Desportiva e Recreativa União, que adquiriram o imóvel para, em ato contínuo, doarem ao Estado de Santa Catarina a fim de que este procedesse à construção da obra retromencionada.

Ou seja, a construção do ginásio estadual pelo ente da Federação nada mais é do que mera consequência do negócio firmado entre a parte autora e o município de Timbó, excluído da relação processual.

Assim, não há falar em indenização, pois não há liame jurídico que vincule os apelados ao apelante, em face do negócio celebrado entre o município de Timbó, as associações e os apelados, pois aqueles doaram o imóvel em foco ao Estado para que sobre ele fosse edificada a obra.

A circunstância de a metragem encontrada pelo perito não coincidir com a da escritura não outorga aos apelados o direito à indenização pelo excesso, por tratar-se de venda ad corpus, conforme fartamente demonstrado na documentação que instrui o feito.

Segundo precedente deste colendo órgão fracionário, na Ap. Cív. n. 31.567, de Imbituba, relatada pelo eminente Des. Alcides Aguiar:

“Na venda ad corpus devem prevalecer as divisas exatas do imóvel, a revelar que a intenção das partes foi comprar e vender a quantidade de terras existente dentro daquelas confrontações, com as metragens ou a extensão superficial sendo meramente acidental ou destinando-se a melhor caracterizar o objeto do contrato”.

Traslada-se do fundamento do acórdão:

“Acerca do enunciado no art. 1.136 do Código Civil, doutrina o festejado J. M. Carvalho Santos:

‘Quer dizer: tanto pode ser ad corpus a venda de trinta alqueires de

terra, como pode ser ad mensuram. Tudo depende da intenção das partes. Se no contrato não houve elementos para apurar qual foi essa intenção, entende-se que a venda foi feita ad mensuram pois contra o vendedor deve ser interpretado o contrato, consoante o entendimento de melhor doutrina.

‘Como venda ad corpus, porém, deve ser considerada a que é feita com a determinação da área, com o esclarecimento das divisas exatas do imóvel, pois aí se deduz que a intenção das partes foi comprar e vender, respectivamente, a quantidade de terra que dentro daquelas divisas fosse encontrada, figurando a enunciação de quantidade apenas para melhor caracterizar o objeto do contrato (...). Nesse sentido, já foi decidido que ‘a transferência de um imóvel com as confrontações e divisas determinadas em um sítio, segundo a nossa expressão costumeira, é um contrato de compra e venda ad corpus. As referências ao número de alqueires são meramente enunciativas’ (Rev. Supr. Tribunal, vol. 21, pág. 70)’ (‘Código Civil Brasileiro Interpretado’, vol. 16, pág. 154).

“Venda ad corpus. Lote de terreno. Medidas laterais puramente enunciativas. Imóvel perfeitamente individuado. Irrelevância do erro havido quanto à exata distância das linhas de frente aos fundos. Área excedente pertencente ao comprador, a quem foi deferida a posse. Direito à retificação da aquisição. Ação procedente. Artigo 1.136 do Código Civil.

“Na venda ad corpus, como se verifica naquela em que não se estipulou preço por medida de extensão, po-

de-se dizer que ‘a referência à metragem ou à extensão superficial é meramente accidental e o preço é global, pago pelo todo, abrangendo a totalidade da coisa’ (1ª CC — TASP — RT 331/340).”

Evidencia-se nos autos que a realização do negócio jurídico era a de alienar o imóvel para possibilitar que os compradores formalizassem doação ao Estado, visto que o ato negociado externava tal finalidade, sendo inequívoca a conclusão de que as tratativas referiam-se à transferência do imóvel como um todo, não o restringindo à referida metragem.

Inconcebível que a alienação ressalvasse o trecho referente à servidão de acesso cuja forma de constituição a fez equiparar-se ao conceito acessório/principal, como se afere do documento de fls. 56, que evidencia o vínculo permanente à coisa, reservada ao comprador e seus sucessores. A imprecisão terminológica desta última expressão é capaz de gerar controvérsia, mas a interpretação conforme o art. 85 do Código Civil permite a ilação de que a sucessão a que se refere o enunciado do cartório há de ser entendida lato sensu, indicando aquele que suceder o comprador na aquisição.

No dizer de Clóvis Beviláqua:

“Sendo um direito real, a servidão predial adere, permanentemente, aos prédios, gravando o serviente, favorecendo o dominante e os acompanha em TODAS as mutações, por que passem, de uns para outros donos. É aos prédios que ela se refere e não aos proprietários.” (Código Civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado, 11ª edição, vol. III, 1958, pág. 201).

Disso eram sabedores os apelados, tanto que o negócio realizou-se no ano de 1967 e somente quinze anos depois, em 1982, os alienantes propuseram a ação indenizatória pela desapropriação referente à própria área alienada.

O articulado preambular balizou a pretensão dos apelados à indenização pela área de 3.315,55m<sup>2</sup>, descabida, ante a evidência de que a venda celebrou-se "como coisa certa e discriminada" (art. 1.136 do Código Civil). Inviável a transmutação para actio quantiminoris, por inexistir formulação expressa a respeito.

Portanto, o decisório recorrido é extra petita, pois concede bem jurídico diverso do pleiteado, ou seja, os apelados pleitearam indenização com base em alegado desapossamento de terreno e obtiveram, por sentença, indenização por desapossamento de servidão, que não integrou o pedido.

Leciona Ernane Fidélis dos Santos:

"Não pode o juiz declarar sobre objeto diverso do que foi pedido, nem condenar ou constituir sobre o que não foi demandado. É julgamento extra petita. E, se condena em quantidade superior, faz julgamento ultra petita." (Manual de Direito Processual Civil, vol. 1, 4ª ed., pág. 324).

Assim, é mister restringir-se o decisum aos limites impostos pelo pedido.

Desnecessária, porém, a anulação do decisório, segundo precedente deste colendo órgão fracionário, enunciado na ementa do acórdão

que julgou a Apelação Cível n. 96.002061-6, relator o signatário deste recurso:

"...O fato de a sentença ser proferida além do que a parte pediu, dita ultra petita, não implica em nulidade absoluta, quando o excesso pode ser objeto de reforma em outra instância. 'De regra, por economia processual, os tribunais, em caso de sentença ultra petita (sentença além do pedido), evitam sua anulação, reformando-as para adequá-las aos limites corretos, pois assim evitam o retorno à instância inferior, com prejuízo do próprio vencedor da demanda' (RTJ 112/373)".

O mesmo raciocínio aplica-se à sentença extra petita.

A reforma do dispositivo condenatório suprime o prejuízo.

Diante do exposto, dá-se provimento ao recurso voluntário e à remessa, para declarar improcedente o pedido inicial, invertendo-se os ônus da sucumbência.

Presidiu a sessão, com voto, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar e participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu. Lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 30 de abril de 1997.

*João José Schaefer,  
Presidente para o acórdão;  
Francisco Borges,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009717-4, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Contribuições assistencial e confederativa. Cobrança. Pressupostos básicos.*

*“Não sendo a contribuição assistencial de natureza tributária, ou seja, aquela prevista no art. 149 da CF, e sim aquela do art. 8º, IV, da Lei Magna, onde a base de cálculo ou o valor é fixado em assembléia de entidade sindical, esta não alberga as características da compulsoriedade. Tal contribuição decorre do acordo de vontade na filiação facultativa que, incomprovada, não se pode exigir o seu recolhimento” (RT 739/256).*

*Ademais, compete à Justiça do Trabalho apreciar litígio sobre a contribuição assistencial decorrente de dissídio coletivo (Lei n. 8.984/95, art. 1º).*

*“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento o postulado constitucional que garante a liberdade de associação, consagrou o entendimento de que a contribuição confederativa a que se refere o art. 8º, IV, da Carta Política — precisamente por não se revestir de caráter tributário — somente se revela exigível daqueles que se acham formalmente filiados à entidade sindical. Precedentes” (STF — RE 173.907-0/MG, rel. Min. Celso de Mello).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009717-4, da comarca da Capital (2ª Vara), em que é apelante Sindicato dos Empregados do Comércio de Florianópolis, sendo apelada Bencz & Fogaça Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

O Sindicato dos Empregados do Comércio de Florianópolis ajuizou ação de cobrança contra Bencz & Fo-



gaça Ltda., objetivando compelir a ré ao pagamento de contribuição assistencial referente aos anos de 1989, 1990 e 1991, instituída em assembleias gerais extraordinárias da categoria e em conformidade com dissídio coletivo e sentença normativa do egrégio Tribunal Superior do Trabalho e Convenção Coletiva do Trabalho, e da contribuição confederativa referente aos anos de 1991, 1992 e 1993, também estabelecida em AGE da entidade, nos moldes do inciso IV do art. 8º da CF/88, indicando valores, multa e demais cominações que entende de direito.

A ré contestou e, em preliminar, arguiu a incompetência absoluta do Juízo para apreciar o feito e ilegitimidade passiva ad causam, pois nenhum de seus empregados estava filiado ou autorizou sua filiação ao Sindicato-autor, portanto incabível a cobrança de contribuição confederativa.

No mérito, disse não ter recolhido as contribuições referentes aos anos de 1991 e 1992, e que no ano de 1993, após entendimento com seus empregados, recolheu a taxa assistencial, ao contrário do afirmado pelo autor, além de inexistir qualquer fundamentação ou demonstração de cálculo utilizado para pagamento dos valores pretendidos.

Juntou os documentos de fls. 37/198.

Na réplica, após rebater as preliminares suscitadas, o Sindicato afirmou que a instituição da contribuição está prevista na Constituição Federal, recaindo sobre toda a categoria, e que a ré confessou o inadimplemento quanto às parcelas alegadas na ini-

cial, demonstrando apenas o pagamento parcial em 1993, o que não quita as demais parcelas postuladas.

Disse que os cálculos foram efetuados com base no art. 600 da CLT, impugnando os documentos apresentados.

Na audiência de conciliação, instrução e julgamento, as partes desistiram da produção de outras provas, arrazoando oralmente.

A seguir, o Dr. Juiz julgou improcedente o pedido, aduzindo que não restou comprovada a filiação ao Sindicato, sendo impertinente a cobrança das verbas descritas na inicial, e, por isso, condenou o autor a pagar as custas processuais e os honorários advocatícios de 15% sobre o valor dado à causa.

Inconformado, o Sindicato apelou, insistindo que a contribuição assistencial é devida pelos empregados da empresa apelada, porquanto a ela não se opuseram, nos termos do Precedente Normativo n. 74 do TST.

Quanto à contribuição confederativa, sustenta que a norma inserta no inciso IV do art. 8º da CF/88 independe de regulamentação e devido o recolhimento de todos os integrantes da categoria, não contendo caráter tributário e, portanto, não está sujeita à norma do art. 149 da CF.

Argumenta que a apelada não comprovou a resistência de seus empregados ao desconto, discorrendo, ao final, acerca da importância das entidades sindicais de trabalhadores perante a sociedade, pleiteando a reforma da sentença, com a consequente condenação da apelada ao pagamento das contribuições assistencial

e confederativa, invertidos os ônus da sucumbência.

Nas contra-razões, a apelada alegou estar o recurso deserto, pleiteando que, caso conhecido, seja ele desprovido.

Cumpridas as formalidades legais, os autos alçaram a este grau de jurisdição.

É o relatório.

Quanto à preliminar de deserção, não há qualquer informe de que o recurso tenha sido interposto sem a comprovação do preparo, embora o Magistrado, ao recepcionar a apelação, tenha determinado que o apelante provasse o cumprimento do art. 511 do CPC.

Cumpre assinalar, no entanto, que o preparo foi efetivado no dia da interposição do apelo e a guia de recolhimento judiciário encontra-se anexada aos autos, grampeada no verso do instrumento de fls. 222, substabelecendo poderes exatamente a um dos advogados subscritor do apelo.

Com efeito, o artigo 511 do CPC determina que "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".

Porém, a norma em tela deve ser analisada e interpretada em conjunto com o disposto no artigo 519 do CPC, que estabelece que, "Provando o apelante justo impedimento, o juiz relevará a pena de deserção, fixando-lhe prazo para efetuar o preparo".

Sobre a matéria, a lição do Prof. Cândido Rangel Dinamarco, comentando o art. 519 do CPC:

"A juntada da guia de recolhimento, desde que feito este no prazo, pode ocorrer depois, excepcionalmente, em prazo que o juiz concederá ao recorrente, quando razoavelmente se justificar a omissão de juntada".

E arremata:

"...Esse dispositivo parece destinado diretamente a disciplinar a relevação da deserção em casos nos quais o próprio depósito de preparo não haja sido feito (art. 511), mas também se aplica, a fortiori, para permitir que o juiz conceda prazo para que o recorrente exiba a guia de preparo já recolhido" (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros Editores, 1996, págs. 164 e 167).

Vale aqui citar a orientação jurisprudencial:

"Efetuado, no prazo, o preparo, a juntada da guia nos autos, após, não acarreta, por si só, a deserção." (STJ, 3ª Turma, REsp. 4.864-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 2/10/90, DJU de 12/11/90, pag. 12.870, 2ª col.).

Por certo ser relevante o fato de não ter o apelante comprovado o preparo, juntando a "GRJ", quando interpôs a apelação, porém, no caso em exame, não se vislumbra o menor indício de má-fé e é inegável que o preparo foi efetivado em tempo hábil, conforme demonstra o documento reproduzido a fls. 225 e juntado a fls. 222-verso, atingindo, assim, a finalidade do preceito contido no art. 511 do CPC.

Neste sentido, já se decidiu:

"Al 10.349, São José. Des. Trindade dos Santos: 'No exercício da missão judicante, recomenda o princípio constitucional assegurado da am-

pla defesa a todos, evite o magistrado a excessividade de rigorismo formal. Se as formalidades ditadas no digesto procedimental puderem ser contornadas em proveito das partes, impõe-se ao julgador que aceite, encampe e prestigie essa contornação, sob pena de, mesmo em situações simplistas, impedir a busca da verdade, desideratum precípua da Justiça' (DJ 4/9/96/13)" (in Alexandre Rosa, Código de Processo Civil Anotado, ed. Obra Jurídica, pág. 110).

Superada tal questão, oportuno distinguir, ab initio, as espécies de contribuição sindical lato sensu, delimitando-se a abrangência e especificidade inerente a cada uma delas, para facilitar a elucidação e análise do polêmico tema em debate.

Para tanto, lúcida a lição de Arion Sayão Romita:

"Antes da Constituição de 1988, havia três tipos de contribuições sindicais: 1º) o imposto sindical previsto, inicialmente, pelo Dec.-lei n. 2.377, de 8/7/1940, incorporado à Consolidação das Leis do Trabalho (arts. 548, a, e 578 e segs.) e mais tarde denominado 'contribuição sindical' (Dec.-lei n. 27, de 14.11.1966, que acrescentou o art. 218 à Lei n. 5.172, de 25/10/1966 — Sistema Tributário Nacional); 2º) a contribuição dos associados na forma estabelecida nos estatutos (CLT, art. 548, b); 3º) a chamada 'contribuição assistencial', prevista por convenção coletiva ou sentença normativa.

"A Constituição de 1988 criou um quarto tipo de contribuição sindical, que vem sendo denominado 'contribuição confederativa'. O inciso do artigo 8º estabelece os parâmetros

fundamentais dessa contribuição, ao declarar: 1º) que será fixada pela assembléia geral (supõe-se que se trata de assembléia geral de sindicato, e não de federação ou confederação); 2º) que, tratando-se de categoria profissional, será descontada em folha; 3º) que se destinará ao custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva.

"Ao contrário das três primeiras modalidades de contribuição, que existiam à Constituição, a denominada 'contribuição confederativa' representa inovação do Texto Fundamental de 1988. Ela não se confunde com a 'contribuição sindical' a que se referem os arts. 578 e segs. da CLT, nova denominação do antigo 'imposto sindical'. Também se distingue da mensalidade estatutária, pois esta só pode ser cobrada dos associados, enquanto a contribuição confederativa se impõe a toda categoria (associados ou não). E também se estrema da 'contribuição assistencial', porque esta é prevista por convenção coletiva ou sentença normativa, enquanto a contribuição confederativa prescinde de instrumento normativo que a estabeleça" (Os Direitos Sociais na Constituição e Outros Estudos, LTR, 1991, págs. 233/235).

Amauri Mascaro Nascimento, acerca da contribuição confederativa, afirma que:

"Difere da mensalidade dos sócios porque recai sobre toda a categoria, enquanto a referida mensalidade é restrita aos filiados dos sindicatos. Distingue-se da contribuição sindical porque esta é disciplinada pela lei, enquanto a nova receita é aprovada pela assembléia do sindicato. Diferen-

cia-se do desconto ou taxa assistencial porque esta resulta de convenções normativas, o mesmo não ocorrendo com a contribuição fixada pela assembléia uma vez que não resulta de negociação nem de decisão judicial.

“Portanto, trata-se de uma quarta e nova fonte de receita do sindicato, facultativa, não-oficial, de valor a ser decidido pela assembléia, e de periodicidade de pagamento também. Compete à assembléia sindical fixá-la e estabelecer a sua disciplina normativa, não há óbice legal à sua identificação com a taxa assistencial, caso a assembléia do sindicato entenda mais adequado para a categoria essa identificação, destinada a não onerar os trabalhadores” (Direito Sindical, Saraiwa, 1989, pág. 221).

Cumpra salientar, apenas neste ponto, a controvérsia doutrinária e jurisprudencial acerca da compulsoriedade da contribuição confederativa, em razão da qual se estenderia sua cobrança também aos não filiados, matéria a ser tratada oportunamente.

Assim, pode-se dizer que existem hoje quatro espécies de contribuição:

1) Contribuição Sindical, anteriormente denominada Imposto Sindical, prevista nos arts. 548, a, e 578 e segs., da CLT, de caráter eminentemente tributário, eis que compulsória a todos os integrantes da categoria, independentemente de filiação a sindicato;

2) Contribuição dos Associados, prevista nos respectivos estatutos das entidades sindicais, amparada pelos arts. 548, b, e 513, e, da CLT, exigível apenas dos filiados aos sindicatos;

3) Contribuição Assistencial, decorrente de convenção coletiva ou sentença normativa (negociação ou decisão judicial);

4) Contribuição Confederativa, destinada ao custeio do sistema confederativo da respectiva representação sindical, sendo aprovada pela assembléia do sindicato, inovação prevista no inciso IV do art. 8º da Constituição Federal de 1988.

No presente caso, discute-se a possibilidade de cobrança das contribuições assistencial e confederativa.

Quanto à primeira, destaca-se a incompetência absoluta da Justiça Comum para apreciar a matéria, eis que, como informou o apelante na petição inicial, a contribuição assistencial referente ao ano de 1989, instituída em assembléia geral, foi objeto de dissídio coletivo na Justiça do Trabalho, assim como idêntica contribuição, relativa aos anos de 1990 e 1991, foi objeto de convenção coletiva do trabalho, incidindo, portanto, os arts. 625 e 643 da CLT.

Ademais, com a edição da Lei n. 8.984, de 7/2/95, pacificou-se o debate, dispondo o art. 1º que “Compete à Justiça do Trabalho conciliar e julgar os dissídios que tenham origem no cumprimento de convenções coletivas de trabalho ou acordos coletivos de trabalho, mesmo quando ocorram entre sindicatos ou entre sindicatos de trabalhadores e empregador”.

E, versando sobre competência em razão da matéria, de caráter absoluto, a lei tem aplicação imediata aos processos em curso, consoante o princípio emanado do art. 87 do CPC. Destarte, tratando-se de contribuições assistenciais, instituídas a partir de

dissídio coletivo do trabalho e convenção coletiva do trabalho, a competência para apreciação do feito é da Justiça do Trabalho, mormente a partir do advento da Lei n. 8.984, de 7/2/95.

Neste sentido:

“Competência. Contribuição sindical após a edição da Lei n. 8.984/95.

“1. Compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas à cobrança sindical prevista em lei ou em convenções ou acordos coletivos de trabalho homologados ou não na Justiça Obreira.

“2. Conflito conhecido para declarar competente a Vigésima Oitava Junta de Conciliação e Julgamento de São Paulo—SP” (CC n. 13.630-0 — SP, STJ, in DJU de 21/8/95, pág. 25.245, rel. Min. Peçanha Martins).

Ou ainda:

“De acordo com a Lei n. 8.984/95, compete à Justiça do Trabalho processar e julgar as ações relativas a cobrança da contribuição sindical prevista em lei ou em convenções ou acordos coletivos homologados ou não na Justiça Obreira” (Ap. Cív. n. 44.497, de Joinville, rel. Des. Solon d’Eça Neves, DJ de 14/5/96).

Todavia, havendo pedido a ser apreciado pela Justiça Comum, segundo orientação do egrégio Superior Tribunal de Justiça, cabe conhecer do pedido afeto a esta jurisdição, restando à parte pleitear no Juízo competente o direito não discutido, conforme denota-se do seguinte julgado:

“Tratando-se de pretensão vindicando direitos próprios do regime de emprego e estatutário, compete ao Juízo onde primeiro foi ajuizada a cau-

sa dela conhecer dentro dos limites de sua jurisdição, reservando-se à parte o direito de promover, no Juízo próprio, a ação remanescente” (RSTJ 91/97).

Esposando o mesmo entendimento, as Apelações Cíveis ns. 97.002722-2 e 97.002896-2, ambas da Capital, com julgados da lavra do eminente Des. Pedro Manoel Abreu, publicados no DJ de 9/9/97, assim como a Apelação Cível n. 96.002169-8, da Capital, relatada pelo eminente Des. Wilson Guarany, publicada no DJ de 16/6/97.

Feitas tais considerações, cumpre analisar o pedido referente à contribuição confederativa.

A par da controvérsia, por certo prevalece o posicionamento, inclusive desta Corte, de que a contribuição confederativa é tributo, por incidir indistintamente sobre todos os integrantes da categoria profissional, independentemente de filiação a sindicato, e, via de consequência, a norma insculpida no inciso IV do art. 8º da CF necessita de regulamentação por lei complementar para sua instituição, nos moldes dos arts. 146, III, a e b, c/c 149, caput, e 195, § 6º, todos da Carta Magna.

Dispõe o texto constitucional:

“Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

“(…)”

“IV — a assembléia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindi-

cal respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei”.

Como se vê, a Carta da República atribui expressamente à assembléia geral do sindicato a competência para fixar tal contribuição, sem ressaltar condição para instituí-la. Ao contrário, deixou claro a possibilidade de ser cobrada independentemente daquela fixada em lei, ou seja, a contribuição sindical, prevista nos arts. 548, a, e 578 e segs., da CLT.

Neste sentido:

“O legislador constituinte deixou claro, ao elaborar esse dispositivo (art. 8º, IV, da CF), que a competência para fixar a contribuição federativa pertence à assembléia geral de cada sindicato e não ao legislador ordinário. Não se exigiu a edição de lei complementar para regular a matéria” (RT 683/82).

Ademais, o § 1º do art. 5º da CF estipula que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, sendo a contribuição federativa um direito fundamental pertencente ao capítulo dos “Direitos Sociais”, que se enquadra entre os direitos e garantias fundamentais, portanto auto-aplicável também pela dispensabilidade de norma regulamentadora, eis que suas diretrizes serão tomadas em assembléia geral.

Considere-se, também, que, por ser instituída em assembléia, e não por lei, destituída então de caráter tributário e compulsório, a contribuição confederativa é, tal qual a contribuição dos associados, prevista nos arts. 548, b, e 513, e, da CLT, exigível apenas dos formalmente filiados a entidade sindical.

Nessa trilha de entendimento, embora denominando diversamente a contribuição em tela, encontra-se o seguinte julgado:

“Não sendo a contribuição assistencial de natureza tributária, ou seja, aquela prevista no art. 149 da CF, e sim aquela do art. 8º, IV, da Lei Magna, onde a base de cálculo ou o valor é fixado em assembléia de entidade sindical, esta não alberga as características da compulsoriedade. Tal contribuição decorre do acordo de vontade na filiação facultativa que, incomprovada, não se pode exigir o seu recolhimento” (RT 739/256).

O Supremo Tribunal Federal, não obstante decisões divergentes, recentemente decidiu:

“Recurso extraordinário — Contribuição confederativa — CF, art. 8º, IV — Auto-aplicabilidade — Necessidade de filiação à entidade sindical — Princípio constitucional da liberdade de associação — Recurso em parte conhecido e nela provido.

“O preceito inscrito no art. 8º, IV, da Constituição — que versa sobre o tema da confederativa —, dispõe de eficácia plena e reveste-se de aplicabilidade direta, imediata e integral, não dependendo, em consequência, para incidir juridicamente, de qualquer complementação normativa ulterior. Precedentes.

“A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento o postulado constitucional que garante a liberdade de associação, consagrou o entendimento de que a contribuição confederativa a que se refere o art. 8º, IV, da Carta Política — precisamente por não se revestir de caráter tributário — somente se revela

exigível daqueles que se acham formalmente filiados à entidade sindical. Precedentes" (STF — RE n. 173.907-0/MG, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 15/8/97, pág. 37.085).

Ainda:

"Contribuição confederativa. Art. 8º, IV, da Constituição Federal.

"Ambas as Turmas desta Corte (assim, nos RREE 178.927 e 198.092) têm entendido que a contribuição confederativa de que trata o art. 8º, IV, da Constituição Federal, só é compulsória para os filiados do sindicato.

"Dessa orientação não divergiu o acórdão recorrido.

"Recurso Extraordinário não conhecido" (STF — RE n. 211.835-4/SC, rel. Min. Moreira Alves, DJU de 15/8/97, pág. 37.074).

Por fim:

"Art. 8º, IV, da Constituição Federal. Contribuição para custeio do sistema confederativo da representação sindical de categoria profissional.

"Norma cuja eficácia não depende de lei integrativa, havendo estabelecido, de pronto, a competência para fixação da contribuição, a destinação desta e forma do respectivo recolhimento.

"Encargo que, por despido de caráter tributário, não sujeita senão os filiados da entidade de representação profissional. Interpretação que, de resto, está em consonância com o princípio da liberdade sindical consagrado na Carta da República.

"Recurso conhecido e provido, em parte" (STF — RE n. 177.216-6/SP, rel. Min. Ilmar Galvão, DJU de 15/8/97, pág. 37.046).

Nesta Casa, dentre outros:

"Contribuição confederativa — Art. 8º, inc. IV, da CF — Auto-aplicabilidade — Cobrança — Ausência de prova de vínculo dos empregados à entidade representativa — Inadmissibilidade.

"Consoante entendimento firmado pelo Pretório Excelso, a contribuição confederativa instituída pelo art. 8º, inc. IV, da CF, não se reveste de caráter tributário, prescindindo de regulamentação através de Lei Complementar.

"Todavia, referida contribuição é devida apenas pelos empregados filiados à entidade sindical, competindo a esta a prova do vínculo.

"Não comprovada a filiação, inviável a cobrança" (Ap. Cív. n. 97.002417-7, de Araranguá, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 9/9/97). E do mesmo relator as Apelações Cíveis ns. 97.002896-2 e 97.002722-2, ambas da Capital, e a de n. 97.007753-0, de Araranguá, publicadas no DJ de 9/9/97.

Da lavra do eminente Des. Eder Graf:

"Sindicato — Servidores estaduais — Contribuição confederativa instituída por assembléia geral — Art. 8º, IV, da CF/88 — Compulsoriedade apenas para os filiados.

'A contribuição confederativa, instituída pela Assembléia Geral — CF, art. 8º, IV — distingue-se da contribuição sindical, instituída por lei, com caráter tributário — CF, art. 149 — assim compulsória. A primeira é compulsória apenas para os filiados do sindicato' (STF — Min. Carlos Velloso)" (Ap. Cív. n. 97.002682-0,

da Capital, in DJ de 22/7/97, pág. 21).

Deste órgão fracionário e da lava deste relator, cita-se:

“Contribuições assistencial e confederativa. Cobrança. Pressupostos básicos.

‘Não sendo a contribuição assistencial de natureza tributária, ou seja, aquela prevista no art. 149 da CF, e sim aquela do art. 8º, IV, da Lei Magna, onde a base de cálculo ou o valor é fixado em assembléia de entidade sindical, esta não alberga as características da compulsoriedade. Tal contribuição decorre do acordo de vontade na filiação facultativa que, incomprovada, não se pode exigir o seu recolhimento’ (RT 739/256).

“Ademais, compete à Justiça do Trabalho apreciar litígio sobre a contribuição assistencial decorrente de dissídio coletivo (Lei n. 8.984/95, art. 1º).

‘A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, tendo por fundamento o postulado constitucional que garante a liberdade de associação, consagrou o entendimento de que a contribuição confederativa a

que se refere o art. 8º, IV, da Carta Política — precisamente por não se revestir de caráter tributário — somente se revela exigível daqueles que se acham formalmente filiados à entidade sindical. Precedentes’ (STF — RE 173.907-0/MG, rel. Min. Celso de Mello)“.

Ainda que viável a cobrança da contribuição confederativa, desde que regularmente instituída em assembléia geral do sindicato, todavia, como amplamente exposto, pode ser cobrada apenas daqueles associados ao respectivo sindicato e, in casu, tal fato não restou comprovado pelo recorrente, ônus que lhe incumbia satisfazer (CPC, art. 330, I).

Por tais fundamentos, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 23 de abril de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.007932-7, DE FRAIBURGO**

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Ação de restituição de valores pagos. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência.*

*Não se constitui em cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide quando o deslinde desta é satisfeito com o conjunto documental constante dos autos, nos termos do art. 330, I, do CPC.*



*Contrato de empreitada. Quitação comprovada nos autos através de notas promissórias assinadas pelo representante da parte contrária. Presunção de pagamento.*

*A entrega de notas promissórias ao contratante da avença de empreitada comprova a presunção do pagamento, nos moldes do art. 945 do CC. Ou seja, havendo a assinatura da parte ex adversa no verso dos títulos, comprovado está o adimplemento da obrigação firmada.*

*Arras confirmatórias. Perda em favor da outra parte. Necessidade de previsão no contrato. Inocorrência in casu.*

*Nas palavras de Orlando Gomes, “arras é a quantia dada por um dos contraentes ao outro como sinal de conclusão do contrato. Nesta acepção, é sinônimo de sinal, termo que, além de ser mais usado na prática, evita confusões”. Entretanto, a existência de arras (ou sinal) confirmatórias, para o fim de tornar possível a sua perda em favor da outra parte, depende de previsão expressa no contrato.*

*Arras penitenciais. Perda de todas as prestações pagas em decorrência de inadimplemento. Cláusula penal (multa contratual). Distinção. Caracterização desta. Ofensa, entretanto, ao art. 1.092 do CC. Impossibilidade de cobrança da multa.*

*Não há confundir arras penitenciais com cláusula penal, porquanto as arras são sinônimo de sinal, que tornam obrigatória a avença, podendo ser estipulada sua perda em virtude do direito de arrependimento de uma das partes. Ao contrário, se o contrato prevê que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e os subsequentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, cláusula penal que não é ilimitada, pois prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual “O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal”.*

*Em suma, a cláusula penal pode ser prevista para a “inexecução do contrato”, ou para a “infração de uma de suas cláusulas”. Por outro lado, não pode uma parte exigir o adimplemento de outra antes de cumprir com a sua quota. É o disposto no art. 1.092 do CC: “Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumpri-la a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro”. Comprovado o pagamento da quantia de R\$ 15.000,00, se a ré sequer deu*

*início à construção da obra que lhe cabia, impossível é o reconhecimento do seu direito à cláusula penal.*

*Código de Defesa do Consumidor. Aplicabilidade. Inteligência do seu art. 51. Contrato de adesão. Restituição de todos os valores pagos.*

*Existindo no contrato de empreitada verdadeira avença de cunho adesivo à outra parte, que paga quase que a integralidade do contrato e não tem a seu favor sequer o início da construção da obra contratada, tem ela direito à restituição de todas as parcelas efetivamente pagas, sob pena de configurar-se o enriquecimento ilícito daquela que retém a integralidade do quantum adimplido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.007932-7, da comarca de Fraiburgo, em que é apelante Empreiteira de Mão de Obra Vila Rica Ltda., sendo apelado Valdomiro Justino Perondi:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Valdomiro Justino Perondi ajuizou ação ordinária de restituição de valores pagos contra Empreiteira de Mão de Obra Vila Rica Ltda., alegando, em síntese, que firmou contrato escrito com a ré, em maio de 1995, objetivando a construção de uma sala comercial, no valor de R\$ 24.000,00. Disse que, inicialmente, em data de 5/7/95, pagou R\$ 7.000,00 sem que lhe fosse dado recibo, e mais dez prestações de R\$ 1.500,00. Argumentou que, mesmo não tendo sido iniciada a obra, efetuou o pagamento de R\$ 22.000,00. Requereu, pois, a restitui-

ção da quantia, fazendo menção, inclusive, ao Código de Defesa do Consumidor.

A ré contestou, requerendo, preliminarmente, a declinação da competência, porquanto o contrato previa como foro de eleição a comarca de Joaçaba. Salientou que o autor deveria pagar o valor integral previsto no contrato e que o valor de R\$ 2.000,00, não reclamado, foi dado como arras, não sendo restituível; o valor de R\$ 7.000,00 foi pago com cheque de terceiro, sem fundos; e dos R\$ 15.000,00, referentes às notas promissórias, pagou somente R\$ 8.500,00. Por fim, disse que o autor é que se arrependeu do contrato, e requereu sua condenação na pena de litigância de má-fé.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito julgou parcialmente procedente o pedido, decretando a rescisão do contrato e condenando a ré a devolver ao autor as quantias pagas, que somam R\$ 15.000,00, com correção monetária a partir do desembolso, em 5/7/95, acrescidos dos juros legais. Condenou-a, ainda, ao pagamento das custas e honorários advo-

catícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.

Irresignada, apela a ré, argüindo, preliminarmente, cerceamento de defesa, uma vez que indispensável a realização de prova testemunhal, ainda mais em se tratando de procedimento ordinário. No mérito, diz que o contrato trata de empreitada global, mediante o qual o autor/apelado é responsável pelo fornecimento do terreno, alinhamento e confrontações, e como não o fez, não pode exigir o implemento da condição do outro. Argumenta, também, que não houve notificação e, no tocante ao mérito da rescisão contratual propriamente dita, reedita os argumentos anteriores. Reafirma que o apelado agiu de má-fé e requer o provimento do recurso.

Contra-arrazoado o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

## II — Voto

1 — Preliminar de cerceamento de defesa

Improcede a proemial de cerceamento de defesa argüida pela apelante. Tratam os autos de ação de restituição de valores pagos relativamente à construção de uma sala comercial no valor de R\$ 24.000,00, sendo que nenhuma das partes nega a existência do contrato, controvertendo-se a demanda, primordialmente, no que toca aos valores efetivamente pagos e adimplidos.

Assim, tem-se como despicienda prova testemunhal, porquanto os autos ilustram prova documental suficiente e certa à solução da lide. Outrossim, mesmo que admitida fosse a

ouvida de testemunhas, o processo possui suporte escrito e fático suficiente para a decisão, conforme se vislumbrará na análise do mérito. Da mesma forma, também, se verá que, quanto ao valor de determinada quantia que não foi comprovadamente paga através de prova escrita, a prova testemunhal não pode ser admitida, a teor do disposto nos arts. 401 e 402 do CPC, pois ausente, nesta hipótese, início de prova por escrito.

Nelson Nery Júnior, in “Comentários ao Código de Processo Civil”, Ed. RT, 1996, pág. 796, ensina:

“Se o juiz aceitar suficientes as provas documentais apresentadas e dispensar as orais, a tendência é de que a lide seja julgada antecipadamente (CPC, 330, I). O exame do caso concreto é que fornecerá ao juiz, nos termos do CPC, 131, condições de avaliar a conveniência ou não da dispensa da prova a ser realizada em audiência”.

A propósito já se decidiu:

“Tratando-se de questão de mérito, de direito e de fato, sem necessidade de prova em audiência, a entrega da prestação jurisdicional nos termos do item I, do art. 330, CPC, não caracteriza cerceamento de defesa” (JC 60/188, Rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Assim, afasta-se esta prefacial.

2 — Mérito

No mérito, o recurso é desprovido.

Necessária se faz, a princípio, uma explanação dos fatos para melhor compreensão da demanda.

As partes não negam, em absoluto, a existência de contrato de cons-

trução de uma sala comercial, de fls. 13 dos autos, denominado de empreitada global e fixado no valor de R\$ 24.000,00. Entretanto, controverte-se acerca do quantum efetivamente pago pelo autor, sendo que este requer, em sua petição inicial, a devolução de R\$ 22.000,00. Às fls. 17/18, acostou o requerente dez notas promissórias, cada uma no valor de R\$ 1.500,00, constando do verso do título a assinatura do representante da ré, o que conclui pela existência do valor de R\$ 15.000,00 efetivamente pagos e quitados em data de 5/7/95.

A ré, a seu turno, reconhece o pagamento da quantia de R\$ 8.500,00 e mais R\$ 2.000,00, entretanto alega que este último valor seria irrestituível, a título de arras. Segundo o autor, também, o quantum de R\$ 7.000,00 teria sido pago igualmente na data de 5/7/95, mas, se assim o foi, deveria ter sido acostado aos autos o respectivo recibo e/ou nota promissória referente, tal como ocorreu com os outros valores comprovadamente quitados. A ré, novamente, diz que esse valor foi pago com cheque de terceiro sem provisão de fundos e, portanto, não poderia ser liberado da obrigação. Dessa forma, não pode ser considerado o adimplemento dos R\$ 7.000,00, pois inexistente início de prova por escrito do pagamento, e tal diligência caberia ao requerente. Nesta seara, também, é que se torna aplicável a restrição contida nos arts. 401 e 403 do CPC, que admite a prova exclusivamente testemunhal quando o valor do contrato não exceda o décuplo do salário mínimo.

A entrega das notas promissórias ao postulante, no valor total de R\$ 15.000,00, comprova a presunção do

pagamento, nos moldes do art. 945 do CC. Sílvio Rodrigues, em sua obra Direito Civil, vol. 2, Parte Geral das Obrigações, 1995, pág. 148, é enfático:

“Princípio universalmente aceito, funda-se no pressuposto de que se o credor devolve ao devedor o título, que constitui a prova da relação jurídica, é porque remitiu a dívida ou recebeu a prestação devida.

“Isso é o que ordinariamente acontece, sendo mesmo estranho que um documento, que interessa diretamente a uma parte, seja entregue à outra, sem causa razoável que justifique o ato. Portanto, a posse do documento comprobatório do crédito pelo devedor faz supor o resgate do mesmo (...).

“Aliás, a lei não fala apenas em posse do título, mas em sua entrega ao devedor, donde decorre que se o documento não veio parar em poder do devedor por deliberação do credor, mas por meio ilícito, a presunção legal também pode ser contornada. Tal prova incumbe ao credor”.

Destarte, a ré não comprovou qualquer das excludentes desta presunção, quais sejam, de que o débito não foi resgatado mesmo com a entrega do título ou que as cópias foram obtidas fraudulentamente. In casu, efetivamente, nenhuma das duas hipóteses restaram evidenciadas.

Aliás, no que se refere à perda do valor de R\$ 2.000,00, alegada pela apelante, o art. 1.097 do CC é expresso ao rezar que, “se o que deu arras der causa a se impossibilitar a prestação, ou a se rescindir o contrato, perdê-las-á em benefício do outro”. Ora, é sabido que a existência de arras ou sinal confirmatório depende de previ-

são expressa no contrato, o que não ocorreu no caso sub *judice* e, por isso, torna inaplicável a sua perda em favor da parte ex adversa.

Orlando Gomes explica:

"No Direito das Obrigações, (arras é) a quantia dada por um dos contraentes ao outro como sinal de conclusão do contrato. Nesta acepção, é sinônimo de sinal, termo que, além de ser mais usado na prática, evita confusões.

"O sinal tem cabimento apenas nos contratos bilaterais translativos ao domínio. Há de provir de cláusula acessória do contrato, expressamente estipulada" (in *Contratos*, 13ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 1994, pág. 99).

Nesse sentido, a Apelação Cível n. 41.979, de São José, rel. Des. Paulo Gallotti, publicada DJE de 30/10/95:

"Para a existência das arras confirmatórias exige-se estipulação expressa em cláusula acessória, não sendo de reconhecê-la com o mero emprego das expressões 'sinal e princípio de pagamento' constantes de contratos de adesão".

No que toca à cláusula terceira, parágrafo terceiro, do contrato em exame, que previa a perda, em favor da ré, das prestações pagas, a título de arras penitenciais, é totalmente nula, porque abusiva e unilateralmente fixada, tomando-se em vista a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Ademais, não há confundir arras penitenciais com cláusula penal, porquanto as arras, como já salientado, são sinônimo de sinal, que tornam obrigatória a avença, podendo ser estipulada sua perda em virtude do direito de arrependimento de uma das par-

tes. Evidentemente, não é o caso presente, pois dizendo o contrato que, em caso de rescisão por inadimplemento, o comprador perderá o pagamento inicial e os subseqüentes, essa disposição constitui, no conjunto dos valores abrangidos, cláusula penal que não é ilimitada, pois prevalece, no caso, o disposto no art. 920 do Código Civil segundo o qual "O valor da cominação imposta na cláusula penal não pode exceder o da obrigação principal".

É certo que as partes têm a liberdade de estipular a cláusula penal, fixando-a em valor representativo das perdas e danos, entretanto tal liberdade não é irrestrita, porquanto não pode exceder o valor da obrigação principal, o que ocorreu na questão ora em litígio.

Em suma, a cláusula penal pode ser prevista para a "inexecução do contrato", ou para a "infração de uma de suas cláusulas". De qualquer forma, não pode a ré, no caso, exigir o adimplemento do autor antes de cumprir com a sua quota-parte. É o disposto no art. 1.092 do CC: "Nos contratos bilaterais, nenhum dos contraentes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da do outro". Ora, se o autor comprovou o pagamento de R\$ 15.000,00, quitados em uma só data, e a ré sequer deu início à construção da obra, não tem direito a qualquer cláusula penal, porquanto a inexecução do contrato é de sua parte. Só para argumentar, a cláusula quarta, em seu parágrafo primeiro, ao dispor que o atraso no cumprimento da sua obrigação não pode ser justificativa ao retardamento do pagamento por parte do autor, é só mais um exemplo das arbitra-

riedades do contrato em questão, tipicamente de adesão.

Outrossim, sobre a restituição das parcelas efetivamente pagas, como já salientado, aplicável o Código de Defesa do Consumidor, que dispõe em seu art. 51:

“São nulas de pleno direito, entre outras, as cláusulas contratuais relativas ao fornecimento de produtos e serviços que:

“(…)

“II - subtraíam ao consumidor a opção de reembolso da quantia já paga, nos casos previstos neste Código;

“(…)

“IV - estabeleçam obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada ou sejam incompatíveis com a boa-fé”.

Nelson Néry Jr., comentando o tal dispositivo do Código de Defesa do Consumidor (in: Grinover, Ada Pellegrini et alii. Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto. Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1991), preleciona:

“Cláusula abusiva é aquela que é notoriamente desfavorável à parte mais fraca na relação contratual, que, no caso de nossa análise, é o consumidor, aliás, por expressa definição do art. 4º, I, do CDC. A existência de cláusula abusiva no contrato de consumo torna inválida a relação contratual, pela quebra do equilíbrio entre as partes, pois normalmente se verificam nos contratos de adesão, nos quais o estipulante se outorga todas as vantagens em detrimento do aderente, de quem são retiradas as vantagens e a

quem são carreados todos os ônus do contrato.

“(…)

“Sempre que verificar a existência de desequilíbrio na posição das partes no contrato de consumo, o Juiz poderá reconhecer e declarar abusiva determinada cláusula, atendidos os princípios da boa-fé e da compatibilidade com o sistema de proteção ao consumidor.

“(…)

“Como as normas do CDC são de ordem pública e interesse social, não se empresta validade à cláusula de renúncia ou disposição de direitos pelo consumidor, pois isso enseja quebra do equilíbrio contratual”.

Relativamente ao reembolso das quantias pagas, ensina o mesmo autor:

“Em vários dispositivos o Código confere ao consumidor o direito de ser reembolsado das quantias pagas, total ou parcialmente, dependendo do caso. As cláusulas contratuais que subtraem do consumidor esse direito são inválidas conforme estabelece a norma comentada. Quando, exempli gratia, o consumidor exercitar o direito de arrependimento previsto no art. 49, parágrafo único, do CDC, tem o direito de ver-se reembolsado das quantias eventualmente pagas, imediatamente e monetariamente atualizadas, de acordo com os índices oficiais.

“A regra incide quando o direito de reembolso ou devolução das quantias pagas estiver assegurado pelo Código. Veda-se a cláusula, também, por importar disposição de direitos (Art. 51, I, CDC)”.

Diante desses argumentos, nega-se provimento ao recurso.

### III — Decisão

Isso posto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011180-0, DE TANGARÁ

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Processual civil. Cautelar obstativa de inscrição do nome do devedor no SPC e Serasa. Admissibilidade. Respeito ao princípio constitucional do contraditório. Dever do Judiciário de expungir do ordenamento efeitos de diplomas legais notoriamente ditatoriais. Recurso provido.*

*Ofende o princípio constitucional do contraditório, previsto no art. 5º, LV, da CF/88, a inscrição unilateral do nome dos devedores no cadastro do Serasa enquanto pendente ação de revisão de contrato e declaratória em que se discutem cláusulas abusivas da relação obrigacional.*

*Não se desconhece que tal lançamento, feito de forma unilateral, tem como finalidade única coagir o devedor a pagar a conta apresentada — também unilateralmente — com índices que somente as casas bancárias sabem manipular e, com razão, dizem que há um contrato assinado pelas partes. O Judiciário deve cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas, infelizmente aí incluídos os banqueiros — pois estes mandam mais que aqueles devido à simbiose que há entre ambos —, acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos se submeta aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.*

*Estando o débito sendo discutido em Juízo é de ser concedida a medida cautelar para determinar a exclusão do nome do devedor dos cadastros de proteção ao crédito pela respectiva dívida.*

*Processual civil. Cautelar obstativa de inscrição do nome do devedor no Serasa e SPC. Fumus boni juris e periculum in mora comprovados.*

*Presente o fumus boni juris à discussão do débito em Juízo é de se conceder a medida cautelar para impedir que o nome do devedor figure nos cadastros de proteção ao crédito pela respectiva dívida ante o risco de abalo da eficácia da sentença final.*

*Exibição de documentos. Possibilidade.*

*Havendo legítimo interesse em examinar documentos em poder de terceiro, como no caso de correntista de banco que mantém relação jurídica justificadora, pode ele requerer diretamente em Juízo, prescindindo o esgotamento da esfera administrativa, porquanto a Constituição Federal garante o amplo acesso à Justiça (art. 5º, XXXV).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011180-0, da comarca de Tangará, em que é apelante Augustinho Nilvo Reineher, e apelado Banco do Brasil S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, dar provimento ao recurso do autor. Vencido o eminente Des. Newton Trisotto, que votou em sentido adverso.

Custas legais.

## **I — Relatório**

Augustinho Nilvo Reineher ajuizou ação cautelar inominada contra o Banco do Brasil S/A, aduzindo, em síntese, que possui conta corrente no referido banco e assinou um contrato de abertura de conta corrente (cheque

ouro), não tendo sido definida a taxa de juros, a qual incidiria sobre o limite calculado.

Disse que estão sendo cobrados valores superiores aos devidos, principalmente com aplicação da taxa de juros sobre o quantum cobrado, caracterizando verdadeiro flagrante de abuso unilateral.

Requer, ao final, a concessão da liminar inaudita altera parte, alegando estarem presentes seus requisitos, a fim de se excluir ou evitar o envio de seu nome aos órgãos controladores de crédito, sob pena de multa diária; a intimação do Serasa para abster-se de inscrevê-lo em seus registros e sua citação para integrar o pólo passivo da demanda como litisconsorte necessário; outrossim, determinar a apresentação de documentos requisitados.



Indeferido o pedido liminar conforme fls. 116/117.

O réu contestou e, em seguida, o autor manifestou-se sobre a preliminar argüida e a matéria de direito.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito declarou o autor carecedor de ação relativamente ao Sersa, por ilegitimidade passiva ad causam. Julgou procedente em parte o pedido, no sentido de determinar ao réu a apresentação dos documentos relacionados na letra c de fls. 11, referentes ao contrato de abertura de conta corrente (cheque ouro) do autor; aos extratos relativos aos meses de: 7/8/9 e 10 de 1994, 4/8/9/10/11 e 12 de 1995, 1/2/3/4/8/ e 10 de 1996, todos da conta n. 3.339-1, agência n. 0737-4. Por fim, condenou o autor ao pagamento total das custas e dos honorários advocatícios.

Irresignado, apela o autor, afirmando que houve erro por parte do Magistrado, pois estando em curso a ação principal e a consignatória deveria a cautelar ter sido apensada a estes para julgamento em conjunto, evitando decisões conflitantes. No mérito, ressalta a presença dos requisitos da cautelar, ou seja, o periculum in mora e o fumus boni juris, requerendo, então, a não inclusão de seu nome nos serviços de proteção ao crédito e o deferimento do pedido para que o requerido apresente qualquer aditivo ou novo contrato que tenha sido assinado, bem como demonstrativos dos valores, cálculos e índices do mesmo período. Requer, pois, o provimento ao reclamo.

Contra-arrazoado o apelo, alçaram os autos a esta Superior Instância.

## II — Voto

### 1 — Preliminarmente

Compete-me analisar a preliminar argüida pelo requerente no sentido de que a ação cautelar deve ser julgada em conjunto com a principal, para evitar decisões conflitantes.

Theotonio Negrão, em sua obra Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 28ª ed., Saraiva, 1997, nota 2ª, pág. 581, cita precedente jurisprudencial no sentido de que:

“A lei processual não exige o julgamento simultâneo da ação cautelar e da principal. Quando a providência cautelar já foi concedida initio litis, geralmente não há inconveniente em que a instrução e a sentença de ambas sejam unificadas; mas não deve o Juiz sobrestar o andamento do processo cautelar, para aguardar a marcha da causa principal, quando esta se encontra retardada em relação ao processo acessório (RJTJESP 110/299, 110/318)”.

Assim, a preliminar deve ser afastada.

### 2 — Mérito

a) Da comunicação aos órgãos de proteção ao crédito

Estamos cansados de saber que tal lançamento unilateral tem como finalidade única coagir o devedor a pagar a conta apresentada — também unilateralmente — com índices que somente as casas bancárias sabem manipular e, com razão, dizem que há um contrato assinado pelas partes. Isso acontece somente no Brasil, onde vigorou uma ditadura imposta por generais mandatários até a eleição de Tancredo Neves e, de lá para cá,

persistem os ranços ditatoriais que estão impregnados na precária cultura brasileira, pois os que mandam continuam entendendo que o povo se mantém em sua prolongada passividade. Temos que romper com essa letargia e isso só acontecerá se o Judiciário cumprir rigorosamente seu papel, que é o de expurgar das leis e dos costumes referidos atos ditatoriais, determinando que as autoridades públicas — infelizmente aí incluídos os banqueiros, pois estes mandam mais que aqueles devido à simbiose que há entre ambos — acordem para o fato de que a grande transformação social por que passa o mundo não permite que a maioria numérica com direitos democráticos se submeta aos poucos que ainda estão impregnados de conceitos da monarquia absolutista.

Acredito firmemente que o Poder Judiciário está perdendo o bonde da história ao fechar os olhos nas inúmeras vezes que chancela os atos do Executivo, e aí incluídos os banqueiros e poderosos, pois os membros daquele são meros fantoches nas mãos destes. O Judiciário está se renovando através de seus novos membros e temos que pensar seriamente que há uma pequena parcela que deposita confiança nas decisões judiciais, pois tem a certeza de que um dia os dirigentes brasileiros trabalharão a favor: a) dos trinta milhões que passam fome no seu território; b) da criação de postos de trabalho; c) de segurança, habitação, saúde e educação. Mas, para isso, é necessário que todos sejam tratados igualmente e não como vemos atualmente, dirigentes massacrando empresários e/ou comerciantes em favor de maiores taxas de juros

e privilégios legais e jurisprudenciais em favor dos bancos, fazendo com que o povo continue a acreditar que são estes que realmente governam o Brasil.

Todos sabemos que o governo, para favorecer os bancos, é o responsável pelo fechamento de milhares de fábricas — exemplo Santa Catarina e notadamente o Vale do Itajaí —, que nada mais representa que o fechamento de milhares de postos de trabalho e o conseqüente empobrecimento dos catarinenses. A recessão está instalada no sul do Brasil há três anos somente porque o dirigente maior do Executivo nacional pretende reeleger-se com a bandeira da estabilização da moeda e/ou eliminação da inflação.

Sobre o assunto este Tribunal, por acórdão da lavra do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, prolatado nos autos do Agravo de Instrumento n. 96.004288-1, da Capital, publicado no DJE de 7/11/96, já decidiu que:

“Sub judice a quaestio, enquanto inexistir o trânsito em julgado, inadmissível é o lançamento do nome do devedor no SPC/Serasa, cujo ato configura instrumento de apoio visando a percepção do crédito controvertido, independente do desfecho da demanda”.

Também, no Agravo de Instrumento n. 96.011525-0, de Tubarão, DJE 10/9/97, da lavra do eminente Des. Orli Rodrigues:

“Enquanto persistir discussão litigiosa relativa ao quantum debeatur, inadmissível é a utilização pelo credor dos cadastros de proteção ao crédito, como forma de compelir o devedor ao pagamento do débito questionado”.

E ainda o Agravo de Instrumento n. 96.011646-0, de Videira, relator Des. Orli Rodrigues, publicado no DJE 31/10/97:

"1. (...)

"2. O cadastramento de alguém como cliente negativo traz prejuízo ao interessado, pois hoje importa, praticamente, no corte de seu crédito pessoal (RJTJRGs 133/256)".

A inclusão do nome de clientes no cadastro de devedores inadimplentes do Serasa somente é possível após o trânsito em julgado da sentença.

Sempre que se pretender questionar a relação obrigacional, ou estiver sendo discutida, e, portanto, sobre ela estiver pendendo dúvida, não se pode admitir que o devedor seja lançado como inadimplente de modo a sofrer todo o tipo de discriminação e indiscutível abalo de crédito no meio empresarial e social, comprometendo, sobremaneira, sua atividade financeira.

Não raro, o devedor admite quitar débito que sabe indevido apenas para não ter seu nome inscrito nos órgãos de proteção ao crédito. Não se desconhece que existem maus pagadores, todavia não se pode sacrificar o bom pagador por causa deles. E somente se saberá quem é mau ou bom pagador ao final da ação principal, motivo pelo que ad cautelam deve-se determinar que se exclua o seu nome da lista de inadimplentes sob pena de se estar retirando-lhe o direito ao contraditório garantido constitucionalmente.

Dessa forma a inscrição no cadastro do Serasa somente será possível após o trânsito em julgado da sen-

tença que dissipe qualquer dúvida que paira sobre o quantum debeatur e principalmente sobre o an debeatur. Até porque, não havendo certeza a respeito de algum desses aspectos, a informação contida no cadastro se apresentaria falsa, constituindo verdadeiro ato ilícito.

Ada Pelegrini Grinover, et alii, é enfática ao afirmar, in Teoria Geral do Processo, 10ª ed., Malheiros, pág. 57, que:

"A Constituição de 1988 previu contraditório e ampla defesa num único dispositivo, aplicável expressamente aos litigantes em qualquer processo, judicial ou administrativo, e aos acusados em geral (art. 5º, inc. LV (...)).

"O contraditório não admite exceções: (...).

"Em virtude da natureza constitucional do contraditório, deve ele ser observado não apenas formalmente, mas sobretudo pelo aspecto substancial, sendo de se considerar inconstitucionais as normas que não o respeitem".

Não é outra a orientação estabelecida pelo Provimento n. 6/98 do eminente Des. Francisco Oliveira Filho, Corregedor-Geral da Justiça deste Estado, que determina a suspensão dos efeitos do Provimento n. 7/91:

"Considerando os termos daquele ato administrativo cujos efeitos têm resguardado os interesses de entidades comerciais, instituições financeiras e sindicatos, em detrimento dos direitos de vários seguimentos da sociedade em geral e em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa (art. 5º, LV, CF);

“Considerando também os precedentes de Órgãos Correcionais de unidades da Federação, que vedam o fornecimento de ‘...relações de distribuições, protestos e processos às entidades de proteção ao crédito, associações de classe ou instituições financeiras, sob qualquer pretexto’ (Código de Normas da Corregedoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, Capítulo 2, Seção 1, item 2.1.6); e

“Considerando ainda as diretrizes fixadas na Medida Provisória n. 1.638, de 14/1/98, publicada no Diário Oficial da União de 15/1/98,

“Resolve:

“1. Suspender, temporariamente, os efeitos do Provimento n. 7/91, de 27/6/91, desta Corregedoria-Geral da Justiça, no que se refere apenas aos Cartórios de Distribuição Judicial, ressalvadas as regras ditas no art. 10, daquela Medida Provisória;

“2. Perdem eficácia, por ora, as disposições em contrário”.

Ora, se mesmo no caso de haver ação em curso, onde se reconheceu, ainda que provisoriamente, o interesse de agir, os cartórios judiciais ficaram vedados de informar aos órgãos protetivos do crédito a tramitação de ação contra o devedor, com o fim claro de evitar situações vexatórias, com muito mais razão o será quando essa informação advier, como in casu, da própria instituição financeira credora.

Interpretação diversa geraria a situação paradoxal de o Serasa não poder obter informação do cartório de distribuição judicial, mas poder obtê-la, extrajudicialmente, do próprio credor, burlando, por vias transver-

sas, o preceituado neste novel Provimento.

Convém dizer que a jurisdição idealizada pelo Estado liberal-burguês deveria, no sentido da palavra, apenas dizer o direito, nunca efetivar o direito, pois não poderia se macular com atos de império, motivo pelo que se erigiu o chamado processo de conhecimento (ou de cognição), livre de qualquer atividade executiva, onde verdadeiramente o Juiz cumpria o seu papel de *bouche de la loi* conforme orientação traçada pelo liberalismo exacerbado.

Ovídio Batista da Silva, in *Curso de Processo Civil*, 2ª ed., Safe, pág. 67, citando Michele Taruffo, diz que o “processo de conhecimento reduzido apenas ao momento declarativo do direito, como hoje se sabe, esteve sempre comprometido com uma concepção liberal-burguesa, em que a atividade do juiz não deveria ir além da função de um simples oráculo da lei. Essa concepção que foi adequada para a sociedade burguesa, especialmente no apogeu do capitalismo moderno a partir da 2ª Guerra Mundial, entrou em franca decadência não só nos sistemas jurídicos da Europa continental, como até mesmo nas regiões da *common law*...”.

Complementando, Luiz Guilherme Marinoni, apud *Reforma do Código de Processo Civil*, Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 122, relata que, “como é sabido, na linha do pensamento iluminista do século XIX, nos países onde o pensamento de Montesquieu era mais vivo, proibir ao juiz a interpretação da lei. O procedimento ordinário é comprometido com a idéia de que o juiz deveria

apenas atuar a vontade da lei. O mito dá suporte à figura do juiz como bouche de la loi, sem qualquer poder criativo ou de imperium, é o da neutralidade supondo, de um lado, ser possível um juiz despido de vontade inconsciente, e, de outro, ser a lei — como pretendeu Montesquieu — uma relação necessária fundada na natureza das coisas".

O magistrado, nessa concepção, não poderia conceder liminares, porque era considerado como um funcionário público ao qual cabia tão-somente repetir leis — e isso interessava à sociedade burguesa detentora do Legislativo —, pois constituía-se em sujeito inerte, não podendo interferir no âmbito concreto. Essa idéia está ultrapassada e, cada vez mais, vem-se conferindo ao julgador poderes para fazer atuar o direito, entretanto os velhos princípios e concepções impedem uma rápida assimilação desse novo horizonte da atividade judicante. Com efeito, o juiz deve ser, na feliz expressão de Marinoni, o verdadeiro braço da lei, deixando de lado a inércia ante as arbitrariedades, equilibrando as partes para fazer atuar o direito.

Assim, é de se reconhecer o direito ao Poder Judiciário de determinar a exclusão do nome de devedor dos cadastros do Serasa, seja quando essa inclusão se dê pela informação fornecida pelos cartórios, agora proibidos, seja quando se dê por informação prestada extrajudicialmente pelo agente financeiro, quando a dívida está sendo contestada em Juízo.

Não se pode admitir que o fato de existir convênio entre as instituições financeiras e o Serasa possa

subtrair ao Judiciário o poder-dever de, em aplicando o preceito constitucional alhures mencionado, determinar a exclusão do nome do devedor daquele cadastro ou mesmo impedir que o credor informe a existência desse débito se isso está sendo discutido ou em vias de sê-lo.

Portanto, procede a irrisignação recursal do requerente com relação ao envio ou à manutenção do seu nome no cadastro do Serasa. É que a inscrição do nome do devedor neste cadastro abala a frutuosidade do processo principal, trazendo prejuízo ao seu crédito.

Despachando caso semelhante ao presente no Agravo de Instrumento n. 96.004673-9, de Tijucas, em 26/6/96, o eminente Des. Gaspar Rubik com muita clareza decidiu que:

"...o SPC e o Serasa constituem-se em organizações privadas, que, em resumo, têm por fim lançar anátema sobre aqueles que, inadvertidamente, deixam de cumprir com alguma obrigação ligada ao sistema financeiro. E, por certo, a inscrição do nome de alguém em tais instituições causa muito mais prejuízos ao cadastrado do que a sua não inclusão às empresas de crédito. Com o registro do nome do devedor, o crédito, muitas vezes mantido incólume anos a fio, desfaz-se da noite para o dia, passando uma pessoa ou uma empresa por inveterada caloteira, sem que se lhe ofereçam meios de defesa ou se lhe apresente uma sentença judicial condenatória. Não se admite a contestação do débito ou qualquer escusa. Sobre ela é lançado o opróbrio de inadimplente, que somente é levantado após burocrático e moroso proces-

so. O fato é que o crédito do cadastrado fica aniquilado, enquanto que se for ele excluído da nominata nenhum prejuízo se mostra evidente para o sistema financeiro, até porque o fato de não ter alguém honrado com um compromisso aqui, não é indicativo certo de que vá fazê-lo acolá. Portanto, configurada está a probabilidade do direito invocado, bem como o fundado receio de que a demora da prestação jurisdicional definitiva possa gerar lesão grave e de difícil ou incerta reparação ao direito da agravante".

O Superior Tribunal de Justiça vem acolhendo essa pretensão. No ROMS 0008091-RS, DJU 9/12/1997, Min. Carlos Alberto Menezes Direito, assim equacionou o problema:

"1. A liminar concedida por Juiz de Direito, impeditiva do registro do nome do devedor nos arquivos do Serasa, não acarreta prejuízo irreparável ou de difícil reparação ao credor, sendo incabível o mandado de segurança, nesse caso, para conceder efeito suspensivo a agravo de instrumento. Precedentes.

"2. Eventual prejuízo a terceiros não satisfaz, no presente caso, o requisito do periculum in mora. A possibilidade de dano irreparável deve referir-se ao próprio impetrante.

"3. Recurso ordinário improvido".

No AI n. 139.278-RS, relatado pelo Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira — 4ª Turma, julg. 28/5/97, lê-se:

"Discutindo-se o serviço da dívida de vários contratos, mostra-se razoável determinar a evitação do protesto de cambiais e proibição de ins-

crição no SPC, Serasa, Cadin e outros.

"A inscrição nos cadastros de maus pagadores, no período em que se debate justamente o quantum, assume caráter aflitivo e perfeitamente dispensável, o mesmo acontecendo com o protesto, em face de nódoa que representa a negativação".

Também, no AI n. 0186 139.285-RS, relator Min. César Asfor Rocha — 3ª Turma, julg. 28/5/97:

"É razoável decisão que obsta o credor de anotar o nome do devedor em cadastro de inadimplentes enquanto a ação tramita, pois a proibição repõe a igualdade processual, afastando da parte mecanismo de pressão que pode levar à injustiça".

O Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível 405.511-6, relatada pelo Juiz Antônio de Pádua Ferraz Nogueira, in RT 643/124, decidiu:

"Inadmissível no curso de execução cambial embargada a inclusão do nome do executado no Serviço de Proteção ao Crédito—SPC, artifício reprovável usado pelo exequente para mediante coação apressar o pagamento do título executado, é de se deferir medida cautelar incidental proposta pelo devedor visando a vetá-la até decisão final da contenda. Irrelevante, na hipótese, o fato de ter sido confessada a dívida, uma vez que não se cuida de saber ou declarar que o devedor é mau pagador, mas de preservar a ordem processual, evitando soluções precipitadas".

Agravo de Instrumento n. 276.072-1 — Santos, 1ª Câmara de Direito Privado, relator Laerte Nordi, 9/2/96 :

“Agravado de instrumento. Liminar concedida em medida cautelar, para excluir o nome do requerente do cadastro do Serasa. Restrição ao crédito que não se justifica em razão da existência de ação consignatória. Alegações do Banco Itaú S/A, agravante, que não elidem os motivos da concessão. Recurso não provido”.

A 11ª conclusão aprovada pelo CETARGS — Centro de Estudos do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul — afirma que: “não ofende direito do credor liminar obstativa da inscrição do nome do devedor em banco de dados de consumo, assim como impeditiva de que o credor comunique a terceiros registro de inadimplência que haja procedido em seu cadastro interno, durante a pendência de processos que tenham por objeto a definição da existência do débito ou seu montante”.

Seguindo essa orientação, é forte a jurisprudência do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul, como se percebe nas ementas abaixo:

Agravado de Instrumento n. 197029630, Quarta Câmara Civil, Novo Hamburgo, TARGS, 1997, apud Ajuris:

“Havendo discussão acerca do quantum debeatur em embargos à execução, configura-se abusiva a inscrição do nome do devedor, ou sua manutenção, em cadastros de maus pagadores. Agravado improvido”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“É certo que a agravada é devedora para o agravante, em virtude do acordo celebrado, pelo qual comprometeu-se a pagar determinado débito em trinta e cinco parcelas mensais (fls. 20/22). Pretende, toda-

via, revisar a cláusula que estabeleceu juros compensatórios de 4% ao mês, invocando norma constitucional. Se admitida a arguição de nulidade da cláusula, haverá excesso de execução. Ninguém pode ser compelido a pagar além do devido. O recebimento dos embargos implica na suspensão do pagamento. Nenhuma medida pode ser praticada em virtude do não pagamento. Por isso, é considerada abusiva a inscrição, ou sua manutenção, do nome da parte devedora em cadastros de maus pagadores, na pendência da lide, até ser definido o quantum debeatur. In casu, ainda, tratando-se de embargos à execução, a totalidade de dívida reclamada está garantida pela penhora. Merece ser mantida, assim, a decisão agravada. São motivos pelos quais improvejo o agravo”.

Agravado de Instrumento n. 196159636, Quarta Câmara Civil, São Borja, TARGS, 1996, apud Ajuris:

“A discussão judicial da avença tem a propriedade de afastar os efeitos da mora, descabendo, assim, lançar o nome do devedor em cadastros das centrais de restrição do crédito, bem como levar a aponte títulos decorrentes do contrato”.

Do corpo do acórdão extrai-se:

“A justificativa reside no fato de que a contratação — um mútuo garantido por nota promissória — está sendo objeto de revisão judicial, onde as devedoras, ora agravadas, buscam afastar a TR, reduzir a taxa de juros, expurgar a comissão de permanência, bem como buscar a nulidade de outras cláusulas ofensivas à lei e ao entendimento de boa parte da jurisprudência.

“Nestas circunstâncias, não é possível que sofra os efeitos da mora — situação ainda não caracterizada, tendo seu nome positivado em centrais de restrição. A mora, diga-se, somente estará configurada quando a responsabilidade de cada parte for definida, e isto irá ocorrer por ocasião do julgamento final, quando serão declinados os critérios pelos quais o débito poderá, então, ser quantificado. Até lá não há que se falar em mora.

“A inscrição nas centrais de restrição do crédito constitui decorrência da mora, devendo, assim, ser refutada, observando-se, ainda, que importa em abuso por constranger o devedor a pagar o indevido, incidindo com adequação o art. 42 da Lei 8.078/90”.

Agravo de Instrumento n. 197012610, Quarta Câmara Civil, em regime de exceção, Esteio, TARGS, 1997:

“Tendo sido promovida ação de revisão de contrato bancário, não está caracterizada a inadimplência dos contratantes. Descabe, portanto, ao banco credor inscrever os nomes dos devedores em cadastros de inadimplentes”.

Do corpo extrai-se:

“Em primeiro lugar, insurgem-se os recorrentes contra a decisão que deixou de deferir a pleiteada medida liminar, no sentido de que fosse cancelada a inscrição dos nomes do autores do SPC e do Serasa. Ora, como se verifica, os agravantes intentaram ação revisional de contrato bancário — embora denominada ação declaratória, pretendem eles, na verdade, uma revisão de cláusulas contratuais, com a conseqüente redução

do valor do débito. Em tais condições, não podem ser considerados devedores inadimplentes, já que estão discutindo judicialmente os termos do contrato.

“Assim sendo, é perfeitamente cabível a concessão da liminar pleiteada, obstando-se a inscrição dos nomes dos devedores no SPC e no Serasa e cancelando-se a inscrição já efetivada. A esse propósito, a jurisprudência desta Corte tem-se pacificado no sentido de que tal decisão não ofende direito do credor, enquanto estiver em discussão a existência ou o montante do débito”.

Retira-se do corpo do acórdão do Agravo Regimental em Agravo de Instrumento n. 196720411 e 196229470, Quarta Câmara Cível, Vacaria, TARGS, 1997, apud Ajuris:

“O agravo incidental, portanto, não merece conhecimento, além de estar prejudicado pela solução que se antevê ao julgamento do agravo de instrumento, conforme segue. Ainda que não se evidenciassem vícios no contrato que merecessem revisão judicial, o desconhecimento do modo de execução ou cobrança, contratual ou não, do negócio, é razão suficiente para excluir medidas de coação extraprocessual desnecessárias sobre o direito de ação, contraditório e ampla defesa, das quais resulta dano certo e de difícil reparação, como o que ínsito na negatização para o crédito, pela inclusão em cadastros de inadimplentes. Isto tanto mais que não juntou o agravante cópia da inicial da ação de revisão de contrato para que se pudesse aquilatar, com melhor conhecimento, a plausibilidade do pedido.



"Assim sendo, resta em questão a própria existência da mora e do inadimplemento, enquanto não se afasta a possibilidade de exigências excessivas na cobrança do crédito, como, lamentavelmente, é correntio em negócios com entidades financeiras, normalmente, de pouca transparência.

"Com efeito, a mora e o inadimplemento somente se caracterizam pelo descumprimento de obrigação vencida, na forma devida, como resulta dos artigos 955 e 1.056 do Código Civil, o que, naturalmente, não ocorre na hipótese de cobrança abusiva".

Agravo de Instrumento n. 196253447, Quarta Câmara Cível, em regime de exceção, São Borja, TARGS, 1997:

"Tendo sido promovida ação de revisão de contrato bancário, não está caracterizada a inadimplência da contratante. Descabe, portanto, ao banco credor inscrever o nome da devedora em cadastros de inadimplentes".

Do corpo extrai-se:

"2. Antes de mais nada, impõe-se esclarecer que o agravo se volta apenas contra a decisão que impediu a inscrição do nome da autora, ora agravada, nos cadastros de inadimplentes, já que, como está dito na decisão preambular, não está o agravante impedido de promover qualquer medida judicial ou extrajudicial no sentido de recuperar seu crédito, ao contrário do que afirma.

"Com efeito, como se verifica, a agravada intentou ação revisional de contrato de abertura de crédito firmado com o agravante, através da qual pretende a declaração de nulidade de

cláusulas contratuais, com a conseqüente redução do valor do crédito.

"Em tais condições, não pode ser considerada devedora inadimplente, já que está discutindo judicialmente os termos do contrato.

"Conseqüentemente, acertada se acha a decisão agravada, ao obstatar a inscrição do nome da agravada no SPC, no Serasa e no Cadin e ao determinar o cancelamento de tal inscrição, se já tiver sido feita. A esse propósito a jurisprudência desta Corte tem-se pacificado no sentido de que tal decisão não ofende direito do credor, enquanto estiver em discussão a existência ou o montante do débito".

b) Da exibição de documentos

O digno Togado singular obstaculizou parcialmente a pretendida exibição de documentos feita pelo requerente, argumentando que o pedido não tem caráter cautelar, por ser mais próprio de ação de prestação de contas.

Nesta parte, o ato judicial atacado merece reparo.

A respeito desse tema, nossa egrégia Corte de Justiça, por decisão que teve como relator o eminente Des. Alcides Aguiar, na ACV n. 35.104, de Tubarão, DJE de 22/5/91, afirma:

"Uma vez que alguém tenha interesse legítimo em ver, ou ver e examinar documentos que se acham em poder de outra pessoa, pode exigir a exibição, se há relação jurídica entre o interessado e outra pessoa. Tal qual sucede em relação ao correntista de banco que, mesmo não provando que tivesse pela via administrativa solici-

tado os documentos, poderá judicialmente exercer direitos de exibição”.

O requerente assevera que os documentos destacados na exordial da medida cautelar e cuja exibição é almejada são sumamente necessários ao deslinde da demanda ordinária a ser aforada para discutir os gravames contratuais a que estão atrelados.

A ação cautelar de exibição, na lição de Humberto Theodoro Júnior, apud Processo Cautelar, LEUD, 1976, n. 238, páginas 286/287, “só é admitida como preparatória de ação principal. O que caracteriza a exibição como medida cautelar é servir ela para evitar o risco de uma ação mal proposta ou deficientemente instruída tal como ocorre nas antecipações de prova, de maneira geral. Com ela evita-se a surpresa ou risco de deparar-se, no curso do futuro processo, com uma situação de prova impossível ou inexistente”.

Com efeito, a jurisprudência mais consentânea à espécie em exame vem admitindo que a instituição bancária, que, por certo, mantém registros mais organizados, e pelo fato, ainda, de que, como consabido, os contratos e documentos são microfilmados, artifício este que possibilita a busca de peças mais remotas, tem a obrigação de fornecer os documentos relativos à contratação.

Agravo de Instrumento n. 197012537, Quarta Câmara Cível, Canoas, TARGS, 22/5/97:

“Cumpre atender pretensão de que o Banco exhiba documentos de

que tem a guarda, pelo fato de que apresenta melhores condições por manter registros mais organizados, possuindo, ainda, a microfilmagem de documentos mais remotos. Inépcia da inicial afastada”.

O requerente necessita ter conhecimento de toda a documentação, da qual somente dispõe a perfeita organização bancária, sendo até uma das hipóteses de inversão do ônus da prova.

Para isso, necessária a sua análise, porquanto os documentos constituem, por excelência, a prova de que irá se valer para pleitear o que entende de direito.

O TARGS, na Apelação Cível n. 196022495, 3ª Câmara Cível, apud JTARGS, vol. 99/239:

“A ação de exibição de documentos tem caráter satisfativo. Tem cabimento e procedência, no objetivar a apresentação dos contratos bancários e seus aditivos, pendendo débito decorrente de respectivas renegociações, inclusive em cobrança judicial. Apelo improvido”.

### III — Decisão

Ante ao exposto, dá-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues; vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 19 de junho de 1998.

Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 97.012833-9, DE SÃO JOSÉ

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Sentença. Decisão ultra petita. Inocorrência. Julgamento que não se afastou dos limites da pretensão da autora.*

*Não se caracteriza julgamento ultra petita a sentença que concede a reintegração de posse, decorrente de esbulho em área de servidão administrativa, de área superior à descrita no pleito inicial, porquanto tomando-se como base a perícia judicial, não se pode exigir do advogado do autor as diligências próprias de perito quando da formulação do pedido.*

*Ação de reintegração de posse. Servidão administrativa. Construção na faixa serviente. Prescrição aquisitiva. Inocorrência. Cláusula expressa proibindo qualquer edificação no local.*

*Embora a prescrição aquisitiva seja passível de discussão como matéria de defesa, tem como requisitos, dentre outros, a posse justa e de boa-fé. Se os réus, a par de cláusula expressa no contrato de servidão impedindo a edificação no local serviente, efetivamente construíram sobre tal faixa, sua posse é efetivamente precária, ou seja, adquirida por abuso de confiança, porquanto o proprietário foi devidamente indenizado pela expropriação da área e consentiu, assim, em restringir seus poderes sobre a gleba alvo da servidão. Assim, ocupada a área de má-fé, não faz jus ao reconhecimento da prescrição aquisitiva ou qualquer indenização ou retenção no que tange às benfeitorias realizadas no local.*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

### I — Relatório

Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A — Eletrosul ajuizou ação de

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.012833-9, da comarca de São José (2ª Vara), em que são apelantes Pedro José Lohn e sua mulher, sendo apelada Eletrosul — Centrais Elétricas do Sul do Brasil S/A:

reintegração de posse c/c desfazimento de construção contra Pedro Lohn e Ana de Melo Lohn, alegando, em síntese, que, em 1963, a empresa Sotelca, de quem é sucessora, contratou com Domingos Pedro Hermes o gravame para instituição de servidão administrativa sobre alguns imóveis deste. Todavia, realizando inspeção de rotina, constatou que os réus construíram uma casa dentro do limite de seu domínio, construção esta de 35,30 m<sup>2</sup>. Argüiu que os réus foram notificados judicialmente em 4/3/95, sem que, entretanto, qualquer medida tivesse sido efetivada no sentido de desfazer a construção.

Citados, os réus aduziram, preliminarmente, carência de ação, por não haver a requerente provado sua anterior posse sobre o imóvel, além da prescrição aquisitiva sobre a área pretendida, por estarem os contestantes na posse mansa e pacífica da área por mais de vinte anos, inclusive construindo duas residências. No mérito, em resumo, descreveram as condições que lhes seriam favoráveis para o acolhimento da prescrição aquisitiva mencionada e disseram que teriam direito à retenção do imóvel em virtude das benfeitorias realizadas. Requereram a improcedência do pedido.

Apresentada réplica, seguiu-se audiência de conciliação e efetivação de perícia.

Sentenciando, o meritíssimo Juiz de Direito julgou procedentes os pedidos expendidos na inicial, reintegrando a autora na posse de 69,18m<sup>2</sup>, relativos à área esbulhada pelos réus e descrita pelo laudo pericial. Determinou o desfazimento da construção voluntariamente, no prazo de 30 dias

contados do trânsito em julgado da decisão, e imputou-lhes o pagamento das custas processuais e honorários, fixados em R\$ 500,00.

Irresignados, apelam os réus, argüindo a existência de julgamento ultra petita, pois na peça inaugural o pedido de reintegração de posse se referia a 35,30 m<sup>2</sup>, e a respeitável sentença reintegrou à autora uma área de 69,18 m<sup>2</sup>. No mais, reiteram os termos da contestação.

Contra-arrazoado o recurso, os autos alçaram a esta Superior Instância.

## II — Voto

Tratam os autos de ação de reintegração de posse movida por empresa concessionária de energia elétrica contra os ora apelantes, vencidos em Primeira Instância, e que versa sobre construção efetivada por estes em área declarada de utilidade pública, através de instituição de servidão administrativa, com a efetiva instalação de rede transmissora de energia elétrica.

Os apelantes, em seu recurso, repisam, em síntese, as matérias contidas na peça contestatória. De qualquer forma, embora as preliminares se confundam com o mérito, a sentença merece ser mantida na sua integralidade.

Primeiramente, no tocante à alegada prescrição aquisitiva, não se olvidando da possibilidade de discussão como matéria de defesa, deve ter como requisitos, dentre outros, a posse justa e de boa-fé. Ou seja, para ser justa, conforme reza o art. 489 do CC, deve a posse não ser violenta, clan-

destina ou precária. In casu, do contrato de servidão administrativa, firmado entre as partes, constou cláusula expressa (a fls. 17v.) proibindo a parte ou seus sucessores de efetuar qualquer construção sobre as linhas, nem no espaço de 15m para cada lado do eixo central delas ou das estruturas pertencentes às linhas, bem ainda construções de mais de 7m de altura, no espaço compreendido entre 15 e 25m para cada lado do eixo central. Somente permitia a avença, em sua cláusula sétima, a manutenção de plantações ausentes de qualquer prejuízo para a servidão, o que não é, efetivamente, o caso dos autos.

Como bem ressaltou o douto Togado sentenciante, a posse dos réus é efetivamente precária, ou seja, adquirida por abuso de confiança, porquanto o proprietário foi devidamente indenizado pela expropriação da área e consentiu, assim, restringir seus poderes sobre a gleba alvo da servidão. Assim, ocupada a área de má-fé, não faz jus a qualquer indenização ou retenção no que tange às benfeitorias realizadas no local.

Ademais, o fato de não estar a servidão averbada no Registro de Imóveis não tem o condão de impedir a outorga da medida possessória, porquanto a servidão sub examen é contínua e aparente.

Nesse sentido, ao se referir à servidão de passagem de linha de transmissão de energia elétrica, verte a Apelação Cível n. 50.537, de São José, rel. Des. Eder Graf:

“Esta servidão administrativa, aparente e contínua, instituída anteriormente à Lei dos Registros Públicos, deve ser respeitada pelos posteriores

adquirentes do imóvel, independentemente da formalidade do Registro Imobiliário, sendo passível de proteção possessória”.

Outrossim, resta evidente, pelas fotos e laudo pericial acostado a fls. 98/112, que parte da construção dos réus está sob a linha destinada à servidão administrativa. A fls. 101, em resposta a quesito da autora sobre a possibilidade de existir alguma edificação pertencente aos réus sob os limites da faixa de domínio da Linha de Transmissão de Florianópolis—Ilhota, o perito foi enfático: “Sim. Conforme levantamento topográfico realizado pela empresa Toposul para a autora, em janeiro de 1994, e constatação realizada in loco, existe parte da edificação pertencente aos réus que se encontra sob a faixa de domínio da linha de transmissão LT FL-IL”.

Outrossim, a alegada existência de sentença ultra petita não pode prosperar, porquanto a perícia judicial concluiu, a fls. 102, que a área de edificações que se encontra sob a área de domínio da LT FL-IL é de 69,18 m<sup>2</sup>. Ora, a pretensão da autora, efetivamente, era a reintegração de posse da área efetivamente esbulhada e que se encontrava amparada pela servidão administrativa. Aliás, não se pode exigir de um advogado, como foi o caso da requerente, conhecimentos técnicos e precisos sobre o assunto, quando tal mister, nestas ações, cabe ao perito nomeado pelo Juízo.

Isto posto, nega-se provimento ao recurso.

**III — Decisão**

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 45.231, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Embargos de terceiro. Oposição em defesa de imóvel penhorado, embasada em compromisso particular de compra e venda não registrado. Possibilidade. Súmula 84 do STJ. Inépcia da inicial afastada. Caracterização, contudo, de fraude à execução. Bem que havia sido alienado ao marido da devedora através de compromisso particular quitado, irrevogável e também não registrado, porque não matriculado em nome dos alienantes. Matrícula aberta só após o pedido de penhora, com concomitante registro de escritura pública passada em favor do filho do promitente comprador. Falta de inscrição da constrição que, no caso concreto, não beneficia o embargante que, ademais, compromissou a compra após a publicação pela imprensa dos editais de praxeamento do bem. Aquisição contaminada pela fraude. Sentença de procedência dos embargos reformada. Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 45.231, da comarca da Capital (5ª Vara), em que é apelante Vidal Mendes Filho, sendo apelado Eduardo Kalinowski:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso.

Custas legais.

Na comarca da Capital, perante o Juízo da 5ª Vara Cível, Eduardo Ka-

linowski opôs Embargos de Terceiro com o objetivo de liberar da penhora, procedida nos autos da Execução promovida por Vidal Mendes Filho contra Maria Helena Silveira de Souza Jorge, 25% (vinte e cinco por cento) de um terreno alodial com a área de 4.113,50 m², situado no distrito da Lagoa da Conceição, com as características de confrontações que descreve, matriculado sob o n. 28.758 do CRI do 2º Ofício, do qual se disse senhor e possuidor, em razão de aquisição feita a Edson de Moura Ferro, Arlete Maria

Rocha e Jader Calabresi Capela Jorge através de “Contrato de Compromisso de Compra e Venda” particular, firmado em caráter irrevogável e irreatável, cujo registro imobiliário está sendo processado.

Aduziu que, juntamente com o alodial referido, é possuidor também da área de marinha a que corresponde, com 14.618,50 m<sup>2</sup>, ambos desmembrados da área maior com 104.788,15 m<sup>2</sup>, objeto da matrícula n. 13.584 do mesmo Cartório, e que a penhora questionada efetivou-se a pedido expresso do embargado, que se baseou em cópia precaríssima e sem autenticação, e por isso imprestável para fazer prova em Juízo, de um compromisso particular de compra e venda que teria sido celebrado pelo marido da executada, como comprador, mas cujo negócio, por não ter sido levado a registro, certamente foi desfeito antes de completar-se, sem que tivesse a executada, portanto, entrado na propriedade ou posse do imóvel respectivo.

Finalizou, após invocar o direito aplicável, por requerer a procedência do pedido, que instruiu com documentos para prova do alegado.

Recebidos os embargos com suspensão da execução, foi citado o embargado que, em contestação tempestivamente ofertada, alegou, preliminarmente, inépcia da petição inicial, ao argumento de não ser o embargante parte legítima ativa, porque, segundo afirmou e procurou demonstrar através de detida análise cronológica do registro imobiliário trazido com a inicial e que abriga o imóvel em discussão, era ele, ao adquirir o imóvel, conhecedor dos fatos que levam à ca-

racterização da fraude contra credores, fraude à execução e crime contra a administração da justiça. No mérito, aduziu que a alegação de imprestabilidade do compromisso particular de compra e venda celebrado entre Edson, Arlete e Luiz Felipe é matéria que compete ser argüida pelos referidos contratantes, enquanto que a de falta de autenticação da cópia do referido documento não é suficiente para invalidá-lo, já que as assinaturas nele apostas não foram negadas, sendo, ademais, fácil verificar suas autenticidades pelo confronto com as lançadas no compromisso firmado com o embargante e em mandado intimatório existente nos autos da execução. Acrescentou, de outra parte, que tanto o fato de ter constado, do pedido e sentença que homologou a separação de Edson e Arlete, que o imóvel objeto dos embargos permanecia em condomínio com Luiz Felipe Jorge, como o de que mais tarde foi ele transmitido, mesmo assim, diretamente por aqueles ao filho legítimo deste, são demonstrações mais que evidentes de que improcede a alegação de que o compromisso tenha sido desfeito sem que a executada tenha entrado na sua posse e propriedade.

Finalizou por requerer a produção ampla de provas, e a improcedência dos embargos.

Em manifestações que se sucederam, embargado e embargante requereram, respectivamente, o desentranhamento da réplica à contestação e da petição apresentada em complemento a esta, por reputarem ambos intempestivas tais peças.

Sobre a prova documental, em seguida produzida pelo embargado,

pronunciou-se o embargante, sobre- vindo, ao silêncio das partes ao despacho de especificação de provas, sentença conforme o estado do processo, pela qual o MM. Juiz de Direito acolheu integralmente o pedido vestibular.

Anulado o decisum nesta instância, por força de recurso interposto pelo vencido, os autos retornaram à origem para, em saneamento ao cerceamento de defesa que se entendeu caracterizado, ser oportunizada a produção das provas requeridas.

Foi feito, então, requisição de documentos, que por sinal já existiam nos autos, e realizada audiência de instrução e julgamento que se restringiu aos debates orais, nos quais os patronos das partes reeditaram suas argumentações anteriores, na pugna, respectivamente, pela procedência e improcedência dos embargos.

Nova sentença, proferida em seguida, adotou a ratio decidendi da anterior e concluiu, de igual modo, por julgar procedentes os embargos opostos, condenando o embargado nas verbas sucumbenciais.

Este, inconformado, interpôs novo e tempestivo apelo, sustentando, em preliminar, a inépcia da inicial, ao argumento de ser o apelado parte ilegítima, por não indicarem, os títulos em que se alicerça, a sua condição de titular no pleno exercício do domínio do imóvel adquirido. Prosseguindo na busca pela reforma do julgado reprimou, no tocante ao mérito, em poucas linhas, a sua argumentação no sentido de que salta aos olhos a fraude contra credores e à execução praticada em benefício do embargante.

Contra-arrazoado o apelo e formalizado o preparo, os autos tornaram a alçar a este grau de jurisdição.

É o relatório.

A preliminar articulada não procede, eis que a questão de fundo que traz em seu bojo, alhures controvertida, restou pacificada com a edição da Súmula 84 pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, a enunciar que "é admissível a oposição de embargos de terceiro fundados em alegação de posse, advinda de compromisso de compra e venda de imóvel, ainda que desprovido de registro".

É, pois, rejeitada sumariamente por essa razão.

No que pertine ao mérito, melhor, contudo, é a sorte que está a bafejar o recorrente, posto que os elementos reunidos nos autos estão a revelar, até indisfarçavelmente, a manobra subreptícia engendrada pela executada Maria Helena e por seu marido Luiz Felipe Jorge para fugir ao pagamento de suas dívidas, fraudando, com isso, a execução em que houve a constrição que os embargos visam desconstituir, para a qual, presumivelmente não ignorada do embargante, como se demonstrará, contaram com a imprescindível aquiescência de Edson de Moura Ferro e sua ex-esposa Arlete.

Segundo se infere de uma breve retrospectiva que se faz, com destaque para datas, pela relevância de que se revestem para a demonstração desse vício, a execução referida (autos apensos), para cobrança de um cheque sem fundos, de emissão de Maria Helena Silveira de Souza Jorge em 15 de maio de 1987, mereceu despacho inaugural em 9 de novembro do



mesmo ano, tendo sido ela citada já em 20 do mesmo mês, com certidão do meirinho passada em 26 seguinte, dando conta da inexistência de bens penhoráveis em seu nome.

Daí surgiu o pedido do credor/embargado e apelante, formulado só em 25 de março de 1988, após já terem sido arquivados administrativamente os autos e após, certamente, várias diligências por ele empreendidas, visando a localização de bens passíveis de constrição, pelo qual requereu a penhora de 25% (vinte e cinco por cento) de uma área contendo 18.732,00m<sup>2</sup> entre terras de marinha (14.618,50m<sup>2</sup>) e alodial (4.113,50m<sup>2</sup>), com base em cópia que lhe chegou às mãos de um "contrato de compromisso de compra e venda" firmado em 9/3/87 entre Edson de Moura Ferro e Arlete Maria Rocha de Moura Ferro, como compromitentes, e Luiz Felipe Jorge, marido da devedora, com quem era casado pelo regime de comunhão universal, como compromissário, pelo qual aqueles prometiam vender a este 50% (cinquenta por cento) da referida área, situada no distrito da Lagoa da Conceição.

Evidentemente que a falta de registro do referido compromisso no cartório competente, o que se deveu, naturalmente, a motivos de ordem particular do compromissário/adquirente, dentre os quais se pode incluir o de não se achar o imóvel matriculado em nome dos alienantes, e não se pode descartar completamente aquele aludido pelo apelante, de que a razão determinante seriam inúmeras dívidas do casal Luiz Felipe/Maria Helena, não pode, principalmente por isso, ser erigida à categoria de fator determinante de sua imprestabilidade,

até porque, se assim o fosse, por imprestável seria de se ter, por igualdade de tratamento, o contrato de compromisso em que foram anco-rados os embargos, porque também realizado por instrumento particular e não registrado na época, conforme dito e reconhecido pelo próprio embargante, que anexou, inclusive, protocolo de apresentação ao cartório para aquela finalidade.

Não procede, ainda e neste passo, o argumento de que a cópia em questão seja precaríssima, nem, tampouco, de que a falta de sua autenticação, aliada à falta do registro mencionado, traduziria a não concretização do negócio e a não entrada do compromissário/comprador e esposa na posse e domínio respectivo. E não procede, a uma porque não se pode ter por precaríssima a cópia de um documento que seja perfeitamente legível, como o é a criticada, e a duas porque, além de não ter o apelado produzido qualquer prova para demonstrar que não houve apossamento por parte do compromissário, não é a autenticação ou o registro que caracterizam a transferência do exercício da posse ou do domínio sobre o bem adquirido. Este, aliás e a rigor, só se dá através do registro ou abertura de nova matrícula, atos dos quais certamente não só se desinteressou o compromissário pelas razões óbvias apontadas pelo embargado e acima referidas, mas até porque, como igualmente consignado, viu inviabilizadas suas lavraturas, por não se achar o imóvel matriculado em nome dos compromitentes/alienantes.

De outra banda, não se pode perder de vista que, conforme anota Theotonio Negrão ("CPC", art. 365,

n. 6), a falta de autenticação de documento público ou particular, consoante a orientação da mais abalizada jurisprudência, "só é relevante se a parte, fundamentadamente, impugna a veracidade de que estão investidos (JTA 117/448)".

E no caso não houve essa impugnação fundamentada, eis que o embargante limitou-se a apontar aquela deficiência formal da cópia, sem negar ou contestar a sua correspondência com o original de que teria partido, e muito menos a autenticidade das assinaturas nela lançadas, o que, se tivesse feito, em nada lhe aproveitaria, haja vista que pelo confronto daquelas tidas como dos compromitentes vendedores no referido documento (fls. 20 dos autos da execução) com as que lançaram eles no compromisso firmado com o embargante (fls. 10 destes autos), como igualmente entre a atribuída ao compromissário na cópia referenciada com a que grafou nos mandados intimatórios às fls. 34v. e 65v. dos mesmos autos de execução, quando intimado da designação das datas de praxeamento do bem, facilmente se constata, mesmo a olho nu, o que, por sinal, não passou despercebido ao apelante, a identidade ou autenticidade das firmas referidas que, no mais, foram reconhecidas por tabelião, tanto em um como em outro documento.

De resto, a circunstância de que o preço da transação, ao contrário do que se registra no compromisso firmado pelo embargante/apelado, foi integralmente pago e quitado no ato de sua celebração, tendo-se dado a esta, por isso, e com muito mais razão do que sucedeu com aquela, o caráter de irrevogabilidade, conforme fazem

certo as respectivas cláusulas 1ª e 4ª daquele instrumento particular, está a demonstrar, como que insofismavelmente, que, ao reverso do que também sustentou aquele na inicial dos embargos opostos, o negócio não foi desfeito, mas sim perfeitamente concluído. Aliás, faz prova exuberante e irretorquível disso, como bem observado pelo apelante, o procedimento dos compromitentes/alienantes por ocasião de sua separação judicial, acontecida 6 (seis) meses após terem firmado aquele instrumento, quando declararam e ressalvaram, no rol de bens a serem partilhados, que eram proprietários em condomínio com Luiz Felipe Jorge, cada qual com 25% do imóvel em questão, totalizando, pois, 50%, a cujas partes, por sinal, atribuíram individualmente o valor de Cr\$ 500.000,00, o que atinge exatamente o preço pelo qual comprometeram àquele a venda de igual metragem.

Diante dessa avalanche de evidências, naturalmente que sucumbem todas as críticas feitas pelo apelado, na tentativa de descaracterizar o compromisso irrevogável, representado pelo citado documento, de alienação ao marido da executada de 50% do referido terreno, que, é oportuno aqui observar, trata-se indiscutivelmente e a toda evidência do mesmo que veio de lhe ser totalmente compromissado bem mais tarde, como, aliás, o reconheceu ele inequivocamente ao utilizar-se dos embargos para, na qualidade de proprietário e possuidor que, embora também sem título registrado, e, portanto, sem guardar coerência com o que afirmou em relação a Luiz Felipe Jorge, dele se intitulou, defendê-lo de uma turbação que diz causada pela penhora em 25% (1.028,37

m<sup>2</sup>) da área alodial (4.113,00m<sup>2</sup>), que se acha registrada em nome de Jader, e 25% (3.654,63m<sup>2</sup>) da área de marinha (14.618,50m<sup>2</sup>), que, por óbvio, não é objeto de transcrição imobiliária.

Logicamente que, ante o quadro amostrado, era perfeitamente viável a efetivação da penhora pretendida pelo credor, que, a princípio e a rigor, teria que recair sobre os direitos que o compromisso de compra e venda conferiam à devedora mulher do compromissário/adquirente, não obstante do fato de ter recaído diretamente sobre o imóvel não decorra qualquer nulidade, senão que simples irregularidade que, no caso, era até justificável, para não se premiar o compromissário, que maliciosamente não quis ou teve inviabilizada a transcrição em seu nome por culpa dos compromitentes/alienantes.

Ora, quando do pedido de penhora de 25% do referido imóvel compromissado, o que, como antes destacado, aconteceu em 25 de março de 1988, a situação, pelo que estão a revelar os documentos encontrados nos autos, continuava inalterada, ou seja, continuava ele sendo objeto exclusivo de um compromisso inscrito em nome de Edson de Moura Ferro no livro 4-B, fls. 74 e 75, sob n. 1.468, datado de 1974, e da averbação n. 2 e registro n. 5, constantes ambos da matrícula n. 13.584, fls. 1, 1-v. e 2 do livro n. 2 do Cartório do 2º Ofício do CRI (cf. fls. 12/14). Obviamente que a inexistência de matrícula em nome de Edson, e certamente o próprio desconhecimento do credor/apelante de que a parte alodial do imóvel comprometido por aquele à venda ao marido da executada era objeto daqueles

atos, excetuada a inscrição no livro 4-B, como também da própria matrícula em que se achavam lançados, e até e principalmente do nome de quem em que esta fora aberta, não só lhe dificultou descobrir mais cedo a existência daquele compromisso, mas até lhe dificultava ou mesmo impedia de, no momento seguinte, providenciar a inscrição da constrição no registro imobiliário à margem da respectiva matrícula, de forma a dar não só amplo, mas efetivo conhecimento a terceiros, ainda mais quando, segundo esclareceu no requerimento que formulou, ao descobrir a existência daquele compromisso, tivera informação dando conta de que o imóvel estaria sendo passado para o nome do filho do compromissário comprador.

E foi, para mais complicar a situação para o lado do credor/apelante, o que realmente aconteceu, como o comprova a cópia da matrícula n. 28.758 do mesmo Cartório, com que instruídos os embargos (fls. 7), aberta, segundo se constata, em nome de Edson só após aquele requerimento e pouco mais de um mês antes de ser efetivada a penhora (25/5/88), ou seja, em 12 de abril de 1988, especialmente, como fácil é perceber, para abrigar o registro, já que lavrado na mesma data (12/4/88), da transferência, em favor de Jader Calabresi Capela Jorge, dos 50% do imóvel que havia sido comprometido para seu pai, o que foi feito por meio de Escritura Pública de Compra e Venda datada de 16 de março de 1988, exatos nove dias antes do pedido de penhora.

A manobra, como se observa, foi extremamente esperta e ágil, tendente, obviamente, a ocultar ou mesmo subtrair dos credores, ou pelo me-

nos do apelante, qualquer possibilidade de descobri-la ou, em última hipótese, de penhorar a área, o que decorre até do fato de que aconteceu tão-só após efetivada a citação da devedora e passados apenas 5 (cinco) meses desta, acontecida em 20 de novembro de 1987.

E não obstante a cláusula 4ª (quarta) do aludido pacto (fls. 19 dos autos de Execução) firmado pelos alienantes com o pai do adquirente os autorizasse a escriturar os 50% em nome de quem ele lhes indicasse, tanto essa destreza e pressa na lavratura e conseqüente registro, para a qual, por óbvio, concorreram o compromissário e sua consorte, como especialmente a circunstância de ter figurado como adquirente o próprio filho deles, que naturalmente não pode ser considerado terceiro desconhecedor dos fatos, posto que seu endereço lançado no registro referido — Rua Deodoro, n. 46, apto. 501 — continuava sendo o mesmo de seu pai (vide qualificação de sua madrasta na inicial da execução), não podem ser invocadas, como aliás não o foram, para salvaguardar ou legitimar aquela operação sob a alegação de boa-fé de seu adquirente, mas antes estão a caracterizar, como evidente, a sua má-fé, a burla e a fraude de execução, de acordo com a clara dicção do art. 593, inc. II, do CPC, e a melhor exegese que lhe tem sido emprestada, uma vez que acontecida, volte-se a insistir, quando já instaurada a demanda e após dela já citada a demandada que, sem outros bens para garanti-la, segundo certificado pelo oficial de justiça, estaria reduzida à insolvência.

A propósito, em situação que, guardadas as devidas distinções, tem aplicação à hipótese, assim se pronunciou a colenda Corte Superior de Justiça:

“Separação judicial por mútuo consentimento. Partilha dos bens. Doação ou promessa de doação. Estabelecido que o imóvel seria doado aos filhos, com reserva de usufruto, a homologação do acordo pelo juiz não efetivou a doação, que estava na dependência de outros atos, inclusive e principalmente o registro, aqui para ter efeito erga omnes. Fraude de execução. Realizada a citação para a ação antes da escritura de doação e do seu conseqüente registro verificou-se a fraude de execução, a teor do art. 593-II do CPC” (STJ — 3ª Turma, REsp. 23.507-1-SP, rel. Min. Nilson Naves, j. 26/4/93, DJU 21/6/93, pág. 12.367, 1ª col. em., apud “CPC”, Theotonio Negrão, 27ª ed., Saraiva, art. 593, nota 19a).

A situação estampada, como se vê, por essas peculiaridades de que se reveste, difere em muito daquelas em que a alienação acontece após já formalizada a penhora de bem que se acha registrado em nome do devedor, de maneira que não se lhe aplica a orientação, hoje predominante, por força da inovação ao art. 659 do CPC, com a introdução do § 4º pela Lei n. 8.953/94, ainda não vigente à época, de que “somente após o registro a penhora faz prova quanto à fraude de qualquer transação posterior”, tendo, sim, melhor incidência a doutrina de que, no caso, a intenção fraudulenta está in re ipsa.

Destarte, a transferência, porque concretizada, como dito, por inter-

médio de operação que exala, por todos os poros, o mau cheiro manifestamente característico da intenção fraudatória da execução, resultou, não nula ou inválida, mas apenas ineficaz em relação ao apelante/exequente, de modo que não havia necessidade, consoante majoritário entendimento doutrinário/jurisprudencial, de ser anulado, de imediato, o registro imobiliário referido.

E essa ineficácia, de conformidade, ainda, com valiosa construção pretoriana brotada naquela Superior Corte de Justiça, estendeu-se à que sucessivamente veio de ser feita ao apelado, sem que a falta da inscrição da constrição junto à referida matrícula, não exigível na época, o pudesse beneficiar de alguma forma ante tal textura (cf. STJ — 3ª Turma, REsp. 34.189-2-RS, rel. Min. Dias Trindade, j. 14/3/94, DJU 11/4/94, pág. 7.641, 2ª col. em., em “CPC anotado”, ob. referida, art. 593, nota 16e). Aliás, não invocou ele em seu prol tal motivo, sequer alegando ignorar completamente os fatos, os quais, presume-se por isso, certamente eram de seu conhecimento, de modo que não agiria com sinceridade se os negasse. Com efeito, pois pelo menos os indícios e circunstâncias, e não poderia ser de outra forma, levam à crença inequívoca de que os conhecia e se prestou para o negócio fraudulento, até porque, na pior das hipóteses, não perderia todo o imóvel, incluído o alodial e de marinha, mas tão-só e apenasmente a sua quarta parte (25%).

E na verdade elementos existentes nos autos estão a apontar para essa direção, pois, segundo se apalha, a aquisição que teria ele feito de

Edson, Arlete e Jader deu-se através de compromisso particular de compra e venda celebrado em 1º de agosto de 1990, ou seja, muito após publicação na imprensa escrita, em diário de ampla circulação — *Jornal de Santa Catarina* (fls. 45/48 dos autos de Execução), em duas datas diferentes — 30 de maio e 12 de junho/89 —, dos editais de praça do imóvel em questão, sendo coincidentes as respectivas metragens e localização, de cujas datas, aliás, também foram pessoalmente intimados a devedora e seu marido, consoante se infere pelas assinaturas que lançaram às fls. 34-v. dos autos referidos. Ora, se embargou porque tomou conhecimento da penhora e de publicação posterior de editais no mesmo diário, como alega no item “7” da petição inicial, não se concebe que não tivesse tomado conhecimento das primeiras e anteriores publicações, feitas justamente para ciência ampla do público em geral. Demais disso, a circunstância de que Luiz Felipe Jorge e a executada Maria Helena, embora já passados dois anos do registro dos seus 50% em nome do filho Jader, ainda firmaram o compromisso com o embargante na qualidade de testemunhas (fls. 10), se traduz em demonstração mais que evidente de que aquela transferência fora fictícia, de amplo conhecimento de todos que dela participaram, com o único e exclusivo escopo de fraudar os credores e especificamente a execução movida pelo apelante, tentando impedir por todos os meios, inclusive, volte-se a insistir, a inscrição da constrição efetivada.

Diante de tal cenário, os embargos opostos não poderiam ter prosperado, quer porque, como demonstra-

do, o embargante não alegou, nem poderia alegar, ignorância dos fatos, quer porque o terceiro de quem adquiriu, terceiro não pode ser considerado, muito menos de boa-fé, de maneira que não parece justo que, em tal contexto, arque o apelante sozinho com todo o prejuízo, já que a não se reconhecer eficaz a penhora realizada, não terá de quem se cobrar, ao passo que ao embargante, se é que efetivamente comprou e pagou, fica ressaltado o direito a haver perdas e danos não apenas de uma pessoa, como no caso do apelante, mas sim de todos que participaram do ato fraudulento, o que lhe dá a garantia de haver o que hipoteticamente desembolsou.

Daí por que, por todas as razões amplamente expostas, é que se dá provimento ao recurso para, em reforma à douta sentença recorrida, julgar improcedentes os embargos, invertidos os ônus sucumbenciais.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, que presidiu a sessão, e Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 20 de agosto de 1996.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.696, DE SÃO MIGUEL DO OESTE**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Dano moral. Consorciados que tiveram seus nomes inscritos no Serviço de Proteção ao Crédito. Legitimação, contudo, do lançamento. Existência de erro material no recibo comprobatório do pagamento. Débito pendente. Sentença de improcedência confirmada. Apelo desprovido.*

*“(...) Recibo de quitação é um instrumento que se vaza em palavras, e, por isso, comporta interpretação para determinar-lhe o alcance. Divergência no texto, entre a cifra efetivamente solvida, porém com enunciação de um período de prestações pagas, ultrapassante daquele que se encontrava na cobrança judicial, e que satisfaria o indigitado pagamento. Não pode o erro material prevalecer sobre o conteúdo real do recibo” (TACRJ, Ap. Cível n. 67.651 da 7ª Câm., rel. Juiz Paulo Roberto de Freitas, j. 14/10/81).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 50.696, da comarca de São Miguel do*

*Oeste (2ª Vara e Feitos da Fazenda Pública), em que são apelantes Decio Wesendonck e José Ignácio Scholl,*

*sendo apelada Comercial Moto Máquinas Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

Na comarca de São Miguel do Oeste, perante a 2ª Vara e Feitos da Fazenda Pública, Decio Wesendonck e José Ignácio Scholl ajuizaram "ação de indenização por abalo de crédito" contra Comercial Moto Máquinas Ltda., alegando, em síntese, que tiveram seus nomes inscritos no Serviço de Proteção ao Crédito (SPC), em razão de débito oriundo do consórcio firmado entre o primeiro autor e a ré, da qual o segundo requerente é avalista.

Aduziram, entretanto, que nada devem em relação àquele contrato, já que, notificados em abril de 1991 para pagar a importância relativa a 8 (oito) prestações, em contranotificação que promoveram em seguida, comprovaram, com os recibos de pagamento, que não havia débito algum, solicitando, inclusive, a imediata liberação do bem que continuava gravado com alienação fiduciária.

Salientaram que a inclusão dos seus nomes no cadastro do referido órgão das cidades de Guaraciaba e Chapecó, por irresponsabilidade e negligência da ré, causou-lhes enormes prejuízos de ordem moral, principalmente por ser o primeiro assessor da 13ª Coordenadoria Regional da Fazenda Estadual, e o segundo, comerciante e Diretor do SPC, como também de ordem material, posto que deixaram de obter empréstimos financeiros e de concretizar vários negó-

cios, como a compra de materiais de construção e venda de um veículo.

Requereram, assim, a procedência do pedido inicial com a condenação da ré ao pagamento de indenização por danos morais, a ser fixada em sentença, bem como por danos materiais que valoraram em CR\$ 6.576.000,00.

Concomitantemente à ação principal, ajuizaram ação declaratória de inexistência de débito, que foi processada em apenso simultaneamente.

Citada, a ré ofereceu resposta, em forma de contestação, arguindo, preliminarmente, a incompetência do Juízo, já que fora eleita pelo contrato a comarca de Chapecó para dirimir as controvérsias oriundas do pacto.

No mérito, asseverou a existência do débito, o que justificava a inscrição do nome dos autores no SPC, dizendo que o recibo anexado aos autos, como prova da quitação das parcelas do plano de consórcio, não retrata a realidade, pois, apesar de ali constar que o lance dado foi de 30 (trinta) parcelas, na verdade, corresponde ele a 25 (vinte e cinco), fato facilmente comprovado pela análise dos valores pagos naquela época.

Arguiu, ainda, em apartado, exceção de incompetência, sob o mesmo fundamento da preliminar retrocitada, a qual, processada em apenso, foi inacolhida por interlocutório irrecorrido.

Após a réplica, realizou-se audiência de instrução e julgamento, tendo as partes apresentado suas alegações finais por memoriais.

Exarou, em seguida, o Dr. Juiz de Direito Substituto sentença única, pela qual julgou improcedentes os pedidos formulados pelos autores, condenando-os ao pagamento das custas dos processos e honorários fixados em 10% sobre os valores dados às causas.

Estes, inconformados, interpu- seram o presente apelo, que se fez acompanhar da prova do pagamento do preparo, sustentando, em suma, que a sentença não apreciou corretamente a lide, já que, comprovada a inexistência do débito pelo pagamen- to de todas as prestações do plano, indevida foi a inclusão dos seus nomes no SPC.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Corte.

É o necessário relatório.

Nega-se provimento ao recur- so, porquanto com indiscutível acerto se houve o duto Magistrado a quo ao julgar improcedentes os pedidos for- mulados pelos apelantes.

A questão fulcral da controvér- sia, como se observa, gira em torno da existência, ou não, do débito indi- cado na inicial, que estaria a justificar, ou não, a inclusão dos seus nomes no referido órgão de proteção ao crédito.

Como é consabido, e unânime é o entendimento a esse respeito, se indevidamente lançado o nome de al- gum cidadão no referido sistema, a lhe trazer prejuízos de ordem moral e/ou material, impõe-se o reconheci- mento da responsabilidade indeniza- tória.

A tal respeito, já decidiu este Tribunal:

“(…) Cabe indenização por da- no moral pela inscrição indevida no Serviço de Proteção ao Crédito, que gera indubitavelmente o abalo credití- cio, e o quantum reparatório depende do prudente arbítrio e do livre conven- cimento do Magistrado, quando da apreciação fática (...)” (Ap. Cível n. 96.002740-8, da Capital).

No caso vertente, entretanto, há prova inconcussa da existência do débito, pois devidamente comprovado o erro no preenchimento do recibo acostado à fl. 14, documento este no qual os apelantes sustentaram o pedi- do que formularam, posto que estaria ele a comprovar o pagamento de 30 (trinta) parcelas que, adicionadas às demais pagas, finalizaria o plano.

Ocorre que, examinando minu- ciosamente tal documento e confron- tando-o com a argumentação das par- tes, verifica-se facilmente o evidente erro de cálculo que contém, já que em vez de expressar o pagamento de so- mente 25 (vinte e cinco) parcelas, co- mo seria correto, consignou erronea- mente como correspondendo o valor pago a 30 (trinta) prestações.

Ora, como bem registrou o dig- no e atento Sentenciante, se a primei- ra parcela, paga em 27 de março de 1989, importava em CR\$ 159,50, o pagamento de mais 30 (trinta), dois dias após, 29 de março, jamais pode- ria ser feito com a quantia de CR\$ 3.987,59, porque dificilmente, ainda mais naquela época de alta inflação, o valor da prestação diminuiria.

Neste passo, importante desta- car que o raciocínio não só é lógico, como encontra perfeita sintonia com o documento de fl. 43, datado do mes- mo dia 29 de março, não contestado



pelos recorrentes, onde consta que o lance dado corresponderia a 26 (vinte e seis) parcelas, a primeira paga em 27 de março, e as demais 25 (vinte e cinco) naquela data, que, por sinal, conforme afirmado pela recorrida, já não mais seria de CR\$ 159,50 como foi cobrada, mas sim de CR\$ 176,00.

Incontornável, assim, a evidência do erro cometido, no particular, na confecção do recibo, esboroa-se completamente a tese dos apelantes que, talvez, por isso, por não conseguirem um outro argumento relevante e capaz de dar guarida a sua pretensão, insistem, pura, simples e casmurramente, em querer fazer valer a sua interpretação que dá pela liquidação do débito.

Impende salientar, por fim, que o recibo de pagamento não faz prova insofismável de pagamento, mas apenas induz presunção *juris tantum*, que, por isso, pode ser desconstituída quando comprovado o seu erro, este que, in casu, como visto, está demonstrado por simples apuração aritmética.

A jurisprudência assentou em caso semelhante ao dos autos:

“Recibo de quitação. Erros materiais. Recibo de quitação é um instrumento que se vaza em palavras, e, por isso, comporta interpretação para determinar-lhe o alcance. Divergência no texto, entre a cifra efetivamente solvida, porém com enunciação de um período de prestações pagas, ultrapassante daquele que se encontrava na cobrança judicial, e que satisfaria o indigitado pagamento. Não pode o erro material prevalecer sobre o conteúdo real do recibo” (TACRJ, Ap. Cível

n. 67.651 da 7ª Câm., rel. Juiz Paulo Roberto de Freitas, j. 14/10/81).

E *mutatis mutandis*:

“(…) Destituída de valor jurídico revela-se a quitação plena e total passada pelo segurado à seguradora desde que, por erro substancial, aquele vem a receber indenização bem menor que a realmente devida” (Ap. Cível n. 50.024, de Balneário Camboriú, rel. Des. Alcides Aguiar).

Tendo restado, portanto, comprovado o débito, jurídica e correta tornou-se a atitude da apelada em inscrever os nomes dos apelantes no SPC.

É da jurisprudência:

“Inexiste ilegalidade ou abusividade na inscrição do devedor nos cadastros de órgãos controladores, como o SPC ou SERASA, cuja atividade, tendente a proteção e segurança do sistema creditício, é autorizada regularmente, com previsão, inclusive, no Código de Defesa do Consumidor (art. 43)” (AI n. 97.013955-1, da Capital, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

E ainda:

“Não tem direito a reclamar indenização por danos morais quem age de forma reprovável, ensejando as medidas contra si tomadas e que deram suporte à postulação, porquanto foram praticadas pelo lesado no exercício regular de um direito” (Ap. Cível n. 97.002636-6, de Joinville, rel. Des. Eder Graf).

Pelo exposto, conhece-se do recurso, negando-se-lhe provimento.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 24 de setembro de 1998.

Anselmo Cerello,  
Presidente com voto;  
Gaspar Rubik,  
Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 52.088, DE XANXERÊ

Relator: Des. Gaspar Rubik

*Investigação de paternidade. Prova testemunhal comprobatória da honestidade da mãe do investigante e de seu namoro exclusivo com o investigado, que consta do registro de batismo como sendo o pai. Evasivas e recusa deste em se submeter ao exame DNA, com que havia concordado inicialmente, e à prova fotográfica. Presunção do relacionamento sexual alegado, e indício contundente e comprometedor da paternidade, próximo da ficta confissão. Ação procedente. Recurso desprovido.*

*Em tema de investigação, quem nega a paternidade a si imputada e o próprio relacionamento sexual com a mãe do investigante não teme sujeitar-se a exames como prova fotográfica ou mais sofisticados como o DNA ou HLA, determinadores genéticos de reconhecimento prestígio científico, posto que aptos a respaldar a sua negativa e a excluí-lo de toda e qualquer suspeita. Furtar-se ou recusar-se a eles, porém, sob os mais variados pretextos, ainda que algum com aparente respaldo legal, pode não só revelar insegurança, mas falseamento com a verdade, que por isso se erige em presunção praticamente segura do relacionamento sexual, como indício poderoso e comprometedor da paternidade, próximo da ficta confissão, que somente pode ser desprezado se os demais elementos reunidos na prova depõem altamente contra a mãe do investigante, não quando comprovam ter ela mantido namoro exclusivo com o seu suposto pai, que como tal figura no registro de batismo, bem como conduta ilibada ao tempo da concepção.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Cível n. 52.088, da comarca de Xanxerê, em que é apelante P.D.R., sendo apelado L.C.P.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

Na comarca de Xanxerê, L.C.P. ajuizou ação de investigação de paternidade c/c petição de herança contra P.D.R., alegando, em apertada síntese, que nasceu em 2/7/55 e que somente cerca de 30 dias antes do ajuizamento da ação veio a saber, revelado que lhe foi por seu padrinho R. C., que seu pai, até então desconhecido, era o requerido. Procurando, então, maiores esclarecimentos com sua mãe, contou-lhe ela que guardara silêncio para preservar acordo celebrado em 5/3/55, quando o pai dela, A. P., recebeu dinheiro para, em presença de testemunhas, firmar declaração de que sua gravidez era decorrente de relação sexual mantida com outro homem, de nome O. P. Em melhor investigando os fatos, veio a saber que um dia antes da assinatura da malsinada declaração sua mãe pedira abertura de inquérito policial contra o demandado, acusando-o de tê-la seduzido. Por cópia da mencionada declaração fornecida por sua mãe, constatou que, não obstante registrada no Cartório de Registro Civil de R. S., as assinaturas das testemunhas foram reconhecidas inexplicavelmente em Florianópolis. Já na Paróquia de Bom Jesus obteve certidão de batismo, da qual consta ser seu pai o requerido. Por fim, logrou obter certidão de óbito de O. P., pela qual verificou que falecera ele em 8/7/1954, ou seja, 11 (onze) ou mais meses antes de seu nascimento, o que revela que não podia ser seu pai e, conseqüentemente, a falsidade da declaração.

Requeru, assim e a final, a procedência do pedido, que instruiu com os documentos referidos para prova do alegado.

Devidamente citado, apresentou o réu tempestiva contestação, requerendo, preliminarmente, a extinção do processo, pela prescrição do direito do autor. No mérito, pugnou pela improcedência do pedido, aduzindo ser falsas as alegações da inicial, uma vez que jamais manteve qualquer relação sexual com a mãe do autor que a pudesse conduzir a estado gravídico. Se disse surpreso com a audácia do investigante em vir a Juízo atribuir-lhe a paternidade quando já passadas mais de três décadas de seu nascimento, por não se conceber que sua genitora pudesse ter "guardado segredo" por tantos anos, nem que ele, como é curial em toda criança, não se mostrasse curioso em saber durante esse tempo quem era seu pai. Asseverou, ainda, que a declaração de fls. 11, em que o avô do autor desistiu da abertura de inquérito policial, não o compromete, pois foi feita unilateralmente, não constando dela qualquer assinatura sua. Por fim, sustentou que, muito embora conste da certidão de batismo o seu nome como pai do investigante, não faz ela prova idônea e suficiente para, por si só, caracterizar a referida paternidade, ainda mais quando é o próprio autor quem afirma não ter certeza de quem seja seu pai, ao dizer no item 13, da exordial: "Deduz-se que o sr. P. D. R. na realidade é o verdadeiro pai do expoente...".

Replicada a defesa, sobreveio despacho saneador, irrecorrido, no qual o digno Magistrado a quo rejeitou a alegada prescrição, com base na Súmula 149 do STF, e designou audiência de conciliação, que restou inexitosa, ficando acertado entre as partes a realização de exame de DNA, com o rateio das despesas. Deixou,

contudo, de ser realizada a prova porque, não obstante tivesse o autor efetuado o depósito da sua cota-participação nas despesas para tanto, o réu a ela se furtou, ora alegando não dispor de tempo, ora de dinheiro, e, por fim, calçado no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal, ao argumento de não estar a ela obrigado, recusando-se expressamente à feitura do exame e, inclusive, interpondo agravo de instrumento da decisão prolatada em audiência de instrução que, diante das peculiaridades do caso, determinou ex officio a produção da prova (fls. 53).

Em nova audiência designada em prorrogação, na qual foi concluída a instrução, com a inquirição de quatro testemunhas do autor e duas do réu, determinou o Togado a quo, de ofício, a realização de prova fotográfica, com o que também não se conformou o réu que, irresignado, interpôs recurso de agravo. Após, apresentaram as partes suas alegações em forma de memorial, reeditando seus argumentos e pleitos anteriores.

Instado a manifestar-se, o nobre representante ministerial opinou pela procedência da peça introital.

Sentenciando, o MM. Juiz julgou procedente, em parte, o pedido, declarando a paternidade e indeferindo o pleito de petição de herança, por se tratar de réu não falecido.

Contrariado com o desfecho dado à causa, recorreu o vencido, reportando-se ao mesmo enredo utilizado na peça contestatória, aduzindo, ainda, que a prova testemunhal não é categórica em comprovar a exclusividade das relações íntimas que teria

mantido com a genitora do investigante.

Formalizado o preparo e contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a este Sodalício, tendo-se manifestado, aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, através do Dr. Wlaumar Alves da Silva, adotando o parecer do seu representante de Primeiro Grau, pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O apelo não está a merecer agasalho nesta Corte, eis que os autos estão a fornecer fartos elementos de prova contra o recorrente, que conduziram o douto prolator da sentença objurgada, indeclinavelmente, ao reconhecimento da paternidade que lhe foi imputada.

Consta do caderno processual, com efeito, que a mãe e o avô do apelado firmaram declaração na presença de duas testemunhas, isentando o apelante da responsabilidade "por crime de defloramento" de que o haviam acusado, e atribuindo-a a outro homem, Sr. O. P., já falecido à época do nascimento do autor. De tal pacto ressalta aspecto relevante, uma interrogação de certo modo inexplicável, para o qual chamou a atenção o apelado, ou seja, de que, apesar de confeccionado na cidade de Xanxerê, as firmas foram reconhecidas, estranhamente, na comarca da Capital. Mas o que mais impressiona nesse contexto, a traduzir suspeita sobre a verdade dos termos da declaração, é o que contém as duas certidões, também trazidas com a inicial, uma de casamento do investigante, da qual consta a data de seu nascimento como 2/6/55, e outra, de óbito do Sr. O.

P., como tendo falecido a 2/6/54, porque por esses dados percebe-se claramente que era impossível atribuir-se a paternidade do apelado ao Sr. O. P., como tal apontado na declaração em questão, pois já havia ele falecido alguns meses antes da concepção do investigante.

A essa não bem esclarecida exclusão do apelante de responsabilidade pelo "crime de defloramento" e conseqüente gravidez da mãe do apelado, que, por óbvio, milita como indicio em seu desfavor, acode a prova testemunhal, idônea, até porque não contraditada, da qual se infere perfeita coincidência entre a época do relacionamento e a da concepção.

A. B. (fls.62), testemunha arrolada pelo autor, relatou que "pode afirmar que o requerido namorou com a mãe do requerente por bastante tempo, não podendo precisar exatamente qual o tempo (...) à época em que a mãe do autor engravidou, ouviu pela própria boca do pai dela de que estava grávida do requerido". Mas não parou por aí, porque em perfeita harmonia também atestaram a existência daquele namoro e atribuíram a paternidade ao investigado, corroborada pela própria mãe do investigante, as testemunhas C. A. C. e P. P. (fls. 62-verso/63).

Já as duas testemunhas trazidas pelo réu, não obstante dissessem que a genitora do apelado namorou com O. P., não negaram que também tenha ela namorado com ele.

Sintomático é que o apelante, quiçá por vencido pelo cansaço, apesar de ter negado por ocasião da peça contestatória qualquer relacionamento com a mãe do investigante, nas

derradeiras alegações, de certa forma contradizendo-se, reconheceu que o namoro que com ela manteve foi por curto espaço de tempo, sua gravidez tendo ocorrido quando já o havia rompido.

Aliam-se, por fim, a todos esses elementos que lhe são desfavoráveis não só o fato de figurar como pai no registro de batismo, mas principalmente por se consubstanciar em poderosos e valiosos indícios que apontam na sua direção como sendo efetivamente pai do apelado a sua negativa em submeter-se ao exame de DNA que de comum acordo requereu em audiência, inclusive comprometendo-se a arcar proporcionalmente com as despesas, sob as infundadas justificativas de falta de tempo e de dinheiro para o custeio de sua parte, em que pese revelarem os autos ter ele condições financeiras para tanto.

É certo que ninguém pode ser forçado à realização do referido exame pericial, como de qualquer outro. Contudo, os elementos de prova carreados ao processo, totalmente favoráveis ao pleito do apelado, somados àquelas constantes evasivas do apelante, apenas confirmam o receio dele de que a verdade viesse à tona. Ainda mais em se tratando de exame pericial de análise e confrontação da bagagem genética armazenada na estrutura DNA, que se tem demonstrado de extrema eficiência, que, diante da incrível evolução da ciência, conduz à verdade objetiva e real acerca da paternidade, possibilitando ao julgador uma decisão firme e segura, até mesmo quando se alega a *exceptio plurimum concumbentium*.

A importância de tal exame, por sinal, ficou muito bem explicitada pelo eminente Des. Napoleão Amarante, quando do julgamento da Apelação Cível n. 36.643, de Anchieta:

" (...) Hoje, apesar da vida desregrada da mulher, o filho por ela concebido pode buscar a identificação paterna através do sistema do DNA, cuja conclusão, quando positiva, passa a ser cientificamente incontestável. A identificação digital genética do DNA constitui valiosíssimo recurso na distribuição da justiça rápida e justa, possibilitada mediante considerável economia de tempo e dinheiro. (...)" (in DJ n. 8.347, de 27/9/91, pág. 12).

Teria perfeito cabimento, aqui, diante do comportamento do apelante, o sábio adágio popular "quem não deve, não teme". E é consabido, com efeito, que a resistência do investigado em se submeter ao exame de DNA, quando aliada a outros elementos probatórios, enseja, irrefragavelmente, a presunção da paternidade.

A respeito já decidiu este Areópago:

" (...) Não havendo o exame hematológico comum, excluindo a paternidade, lícita a presunção da reclamada paternidade indesmentida pelo conjunto probatório, diante da recusa do indigitado pai em submeter-se ao DNA, determinador genético de reconhecido prestígio científico (...)" (Apelação Cível n. 41.920, de Rio do Sul, rel. Des. Xavier Vieira, j. em 21/12/93).

E mais:

"Investigação de paternidade. Prova testemunhal. Recusa do réu em submeter-se ao exame hematológico. Consequências. Indício. Presunção.

Exceptio plurium concumbentium. Prova insuficiente. Procedência da ação. Apelo desprovido.

" (...) A recusa do investigado à realização da prova pericial sanguínea, se não equivale de per si à confissão da paternidade, robustece a convicção do laço familiar que lhe é irrogado, uma vez convergentes nesse sentido os demais elementos probantes." (Apelação Cível n. 43.750, de Itajaí, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJ de 7/7/94, pág. 9).

Ressalte-se que este Tribunal, quando as partes não realizam qualquer exame ou submetem-se apenas à perícia hematológica simples — RH —, tem-se orientado pela necessidade de maior investigação através de exames técnicos mais avançados e seguros, porque a perícia referida, se não descarta a paternidade, não é apta a afirmá-la. Assim é que, nesses casos, este Areópago tem convertido o julgamento em diligência, com fundamento no art. 130 do Cânone Processual Civil, para o fim específico da confecção do exame de DNA, como se observa da Apelação Cível n. 42.072, de Capinzal, da lavra do eminente Des. Anselmo Cerello:

"Investigação de paternidade — Não submissão das partes aos exames técnicos pertinentes na busca da verdade real — Investigação incompleta — Conversão do julgamento em diligência para tal fim.

"Se em tema de investigação de paternidade se pode prosseguir na perquirição a fim de se aprimorar um estado de consciência quanto à busca da verdade real, impõe-se a conversão em diligência para esgotar se pos-

sível os meios probatórios que se conta." (j. em 4/11/93).

Em outras ocasiões, anulou-se o processo a partir da sentença, para a realização do referido exame, tudo na mais fiel observância do princípio da verdade real, segundo o qual se busca, na medida do possível, a verdade absoluta dos fatos, valorando-se a prova e não a contando, simplesmente. Noutros casos, inclusive, mesmo tendo sido requerido somente em grau recursal, entendeu-se conveniente a conversão do julgamento em diligência, em face, também, da necessidade da observância daquele princípio, pois o juiz, visando uma apreciação justa e equânime da questão que lhe é posta, tem o direito de formar sua livre convicção.

Assim, tem entendido este Sodalício que, ainda que se admita o reconhecimento da filiação com base em indícios e circunstâncias, porque está em jogo o direito da personalidade e do nome a que tem direito todo cidadão, a investigação de paternidade faz merecer tratamento excepcional e muito diferenciado em relação às demais ações no tocante à produção de provas, que deve ser a mais ampla possível para o mais completo esclarecimento da verdade, como defluiu cristalino de aresto da lavra do eminente Des. Napoleão Amarante, assim ementado:

"A paternidade, como laço de parentesco que une imediatamente a pessoa a um ascendente, constitui, sem sombra de dúvida, núcleo fundamental da origem de direitos a se agregarem ao patrimônio do filho, sejam eles direitos da personalidade ou até mesmo direitos de natureza real.

Como direito da personalidade a paternidade não pode deixar de ser investigada da forma mais ampla possível." (Agravo de Instrumento n. 8.137, de Chapecó, in DJ n. 9.309, de 30/8/95, pág. 5).

Entretanto, como acentua o doutrinador Arnaldo Medeiros da Fonseca:

"Formando livremente o seu convencimento na apreciação da prova, mas devendo ter em vista os fatos e circunstâncias constantes do processo, goza o juiz, em nosso sistema judiciário, que é de persuasão racional motivada, dos mais amplos poderes, que deverá, entretanto, exercer com prudência, de modo a não se fazer instrumento de aventuras audaciosas e não falhar também à alta missão social que lhe incumbe de amparar pretensões justas, não obstante a extrema dificuldade de comprovação do fato da paternidade ilegítima." ("Investigação de Paternidade", 3ª ed., Rio de Janeiro: Forense, pág. 399).

Humberto Theodoro Júnior, na mesma linha, leciona:

"É claro que nunca, ou quase nunca, se pode exigir uma prova direta e específica do próprio ato sexual, dada a natural clandestinidade com que se realiza o encontro de um casal, mas a prova indiciária e circunstancial, na espécie, deve partir de fatos certos e demonstráveis, para induzir a convicção a respeito da prática do coito entre o investigado e a genitora do investigante, ao tempo da concepção deste (...)." ("Direito de Família", vol. II, LEUD, pág. 251).

Assim, em ações desta natureza, em que quase sempre a prova é circunstancial e presuntiva, o juiz não

deve apreciá-la com demasiado rigor, utilizando-se de regras rígidas, sob pena de, objetivando estrita observância dos princípios reguladores da prova, impedir o reconhecimento, quando emergirem elementos que geram a certeza da paternidade.

Na hipótese sub examen não se pode negar que os elementos indiciários e presuntivos, conforme acima analisados, que autorizaram o digno Togado a quo a julgar procedente o pedido são indiscutivelmente bastante fortes e estavam inelutavelmente a ensejar a conclusão a que chegou, com a certeza relativa da paternidade, dispensando, até por se tomar inadmissível no caso, em face da negativa do apelado, a realização do exame DNA, posto que em tais condições, coagindo-o a ele se submeter, ferir-se-ia o princípio da intangibilidade pessoal insculpido na Constituição Federal, sob o título “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Nesse sentido decidiu o colendo Supremo Tribunal Federal:

“Investigação de paternidade. Exame DNA. Condução do réu ‘debaixo de vara’. Discrepa, a mais não poder, de garantias constitucionais implícitas e explícitas — preservação da dignidade humana, da intimidade, da intangibilidade do corpo humano, do império da lei e da inexecução específica e direta da obrigação de fazer — provimento judicial que, em ação civil de investigação de paternidade, implique determinação no sentido de o réu ser conduzido ao laboratório, ‘debaixo de vara’, para coleta do material indispensável à feitura do exame DNA. A recusa resolve-se no plano jurídico-instrumental, consideradas a dog-

mática, a doutrina e a jurisprudência, no que voltadas ao deslinde das questões ligadas à prova dos fatos” (STF, HC n. 71.373-4-RS, rel. Min. Marco Aurélio, in Informativo Consulex, ano IX, n. 25, pág. 727).

Dentro desse parâmetro de raciocínio, tem-se como certo que a não realização do exame do DNA, diante das incessantes recusas do investigado, aliada ao farto conjunto probatório e à não alegação da *exceptio plurium concumbentium*, não tem o condão de excluir a paternidade que lhe foi atribuída. Antes e ao contrário, erige-se em forte presunção do seu relacionamento sexual com a mãe do apelado e em indícios contundentes e comprometedores da paternidade, que chegam próximo da ficta confessio. Ainda mais quando pretende furta-se à realização de qualquer tipo de prova, pois nem a fotográfica, determinada *ex officio* pelo digno Sentenciante, foi por ele acatada.

Sobre a prova fotográfica, a propósito, vale reproduzir manifestação deste Tribunal, da lavra do eminente Des. Norberto Ungaretti:

“Ação de investigação de paternidade. A identidade de traços físicos, por si só, não constitui prova inarredável de laço consangüíneo, pois existem pessoas fisicamente parecidas que não têm qualquer parentesco, ocorrendo freqüentemente a hipótese inversa. Mas a semelhança fisionômica, aliada a outros elementos disponíveis nos autos, é fato a apontar convincentemente no sentido da procedência de ação de investigação de paternidade ou maternidade. Sentença confirmada” (Apelação Cível n. 27.936, da Capital, j. em 10/5/88).



Em suma, a prova, no caso vertente, acabou por restringir-se quase que exclusivamente à palavra das testemunhas, aos documentos juntados com a exordial e à própria recusa ou conduta furtiva do apelante em submeter-se a provas, levando de maneira candente à conclusão indisfarçável de que pelo menos o Sr. O. P. não poderia ser o pai do investigante, porque faleceu muito antes da época provável de sua concepção e que o investigado realmente namorou com a genitora daquele, engravidando-a.

Já a recusa do réu em submeter-se ao exame de DNA e à produção de prova fotográfica, provas mais seguras que tanto o poderiam comprometer terminantemente como isentá-lo para todo o sempre de toda e qualquer suspeita, acoplada aos depoimentos das testemunhas, que comprovaram a idoneidade da mãe do apelado e o seu namoro exclusivo com o apelante, constituem-se em indícios fortíssimos e certos que levam à presunção de certeza subjetiva de ser ele indubitavelmente o pai daquele, em consequência merecendo a r. sentença objurgada permanecer incólume.

Ao arremate, consigna-se que em situação análoga decidiu esta colenda Corte de Justiça:

“Investigação de paternidade — Alegado rompimento do namoro meses antes da concepção — Ausência de prova — Presunções e indícios

suficientes à comprovação do liame sanguíneo — Sentença mantida.

“Impossível de ordinário a prova direta das relações sexuais de uma mulher com um homem, urge extrair-se por meio indireto ou de indícios, presunções e até conjecturas, a sua comprovação. Comprovados o namoro — sério, longo e ostensivo entre a mãe da investigante e o suposto pai, que, inclusive, admite encontrar-se anos após e por mais de uma vez a fim de conhecer aquela que é tida por sua filha, e bem assim a concepção desta na mesma época, emerge satisfeito o juízo de convencimento que há de levar à procedência da ação de investigação de paternidade” (Apelação Cível n. 26.588, de Curitiba, rel. Des. Alcides Aguiar, in DJ n. 8.091, de 17/9/90).

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento com voto vencedor os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello e Eládio Torret Rocha, tendo exarado parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 14 de maio de 1996.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 97.003241-2, DE RIO DO SUL****Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Arrendamento mercantil. Reintegração de posse cumulada com perdas e danos. Julgamento antecipado da lide. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Multa contratual. Honorários advocatícios. Cobrança do valor residual juntamente com as prestações.*

*“A via própria para o credor obter a posse direta do bem, no contrato de leasing, é a ação reintegratória. Considerado rescindido o negócio, pelo não atendimento, pelo devedor, da obrigação de colocar em dia as prestações no prazo concedido, e não conseguindo o arrendador a restituição voluntária do bem locado, assiste-lhe o direito de reaver a posse direta, pelo uso do interdito de reintegração” (Ap. Cív. n. 51.826, de Brusque, rel. Des. Pedro M. Abreu).*

*“O inadimplemento do arrendatário, pelo não pagamento pontual das prestações autoriza o arrendador à resolução do contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse dos bens objeto do leasing, e cláusulas penais contratualmente previstas, além do ressarcimento de eventuais danos causados por uso anormal dos mesmos bens” (RSTJ 50/217).*

*“Sendo o valor residual garantido uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir ao arrendador, ao final do contrato, o recebimento de uma quantia mínima a título de depreciação pela utilização do bem, nada impede que seja cobrado juntamente com as prestações mensais.*

*“Tal proceder jamais poderá importar em transformação do arrendamento mercantil em compra e venda a prazo, porquanto não se confunde com a opção de compra estabelecida em favor do arrendatário, que somente poderá ser exercida ao término da vigência do contrato” (JC 77/174, rel. Des. Eder Graf).*

*Em vista da rescisão do contrato de arrendamento mercantil, é abusiva a cláusula contratual que prevê a exigência de pagamento das prestações vincendas.*

*A multa contratual ajustada há de incidir sobre o saldo devedor, excluídas as prestações vincendas, a teor do disposto no art. 924 do Código Civil.*

*Cuidando-se de interdito de reintegração cumulada com perdas e danos, a sentença que acolhe integralmente traz conteúdo condenatório, ensejando a aplicação do art. 20, § 3º, do CPC.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.003241-2, da comarca de Rio do Sul (1ª Vara), em que são apelantes e apeladas Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A — Grupo Itaú e Comércio e Representações Fachini Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento a ambos os recursos.

Custas legais.

1. Cia. Itauleasing de Arrendamento Mercantil S/A — Grupo Itaú ajuizou ação de reintegração de posse contra Comércio e Representações Fachini Ltda., pretendendo a restituição da posse de veículo Topic Panel, da Asia Motors, chassi KN4FAK2AORCO51544, placas LWY 7962, objeto de contrato de arrendamento mercantil firmado entre as partes, pelo prazo de 24 meses.

Alegou que a ré passou a descumprir o avençado a partir de 16/1/96, o que redundou no vencimento antecipado do débito, gerando, como consectário, a obrigação de devolver o bem no prazo de 5 dias.

Após o cumprimento da liminar concedida, a demandada apresentou resposta, sob a forma de contestação, suscitando, preliminarmente, a falta de interesse de agir e a impossibilidade jurídica do pedido. No tocante à primeira questão vestibular, aduziu que, não possuindo mais condições financeiras para cumprir o concertado,

notificou a autora, cientificando-a de que o automóvel estava a sua disposição. Quanto à segunda preliminar, embasou sua configuração no argumento de que não houve comprovação do esbulho e que inexistia, no contrato, cláusula resolutiva expressa.

No mérito, sustentou a impossibilidade de cumular-se a reintegração do bem e a obtenção dos valores em atraso. Pontuou que, antes de postular-se a reintegração, impedia buscar-se a rescisão contratual e, por fim, que a cobrança das prestações vincendas e da cláusula penal é leonina.

Manifestação da autora acerca da contestação às fls. 39/45.

Na audiência de oblação, frustrada a tentativa de conciliação, o Juiz julgou procedente o pedido formulado na exordial, confirmando a liminar deferida e condenando a ré ao pagamento das perdas e danos a serem comprovadas em liquidação de sentença, das prestações vencidas (excluindo as vincendas), devidamente corrigidas e com juros de mora contratuais, salvo os juros flutuantes, acrescidas de multa de 10%, além das despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 15% sobre o valor da condenação.

Irresignada com o decisum exarado em Primeiro Grau de jurisdição, a autora interpôs recurso de apelação, postulando sua reforma, porquanto as prestações vincendas não foram incluídas na condenação. De outro vértice, ponderou que a multa

contratual deveria incidir sobre o valor do contrato e não apenas sobre as parcelas vencidas, como determinou o ilustre Sentenciante. Por derradeiro, pugnou pela majoração dos honorários advocatícios ao percentual de 20% sobre o valor da causa, ao revés do estipulado pelo Juízo monocrático (15% sobre o valor da condenação).

Igualmente insatisfeita, a ré apelou, aventando, de início, o cerceamento de defesa ante o indeferimento da produção de prova pericial. Arguiu, ademais, a preliminar de carência de ação, por não ter havido prévia rescisão do contrato.

No que respeita à questão de fundo, observou que a instituição foi notificada da incapacidade da ré de saldar as prestações devidas e que, pelas cláusulas pactuadas, houve desvirtuamento do instituto do arrendamento para compra e venda a prazo, por conta da cobrança antecipada do valor residual de garantia (VRG). Acrescentou, ainda, que o contrato firmado viola preceitos do Código de Defesa do Consumidor, encerrando cláusulas leoninas relativas à fixação de juros, reajuste monetário e VRG.

Por último, obtemperou inexistirem perdas e danos a ser indenizados, tendo em vista o perfeito estado de conservação da coisa arrendada.

Autora e ré apresentaram contra-razões, ratificando os argumentos lançados na inicial e na contestação, respectivamente.

Preparados, os autos foram alçados à Segunda Instância.

2. Nega-se provimento a ambos os recursos, como se demonstrará.

2.1. O recurso da autora imerece acolhimento.

Insurge-se a acionante contra a não inclusão das prestações vencidas no montante da indenização pelo inadimplemento contratual. Nesse ponto revela-se insubstancial o inconformismo. Efetivamente, a jurisprudência tem-se revelado absolutamente refratária à exigência das prestações vencidas no caso de descumprimento do contrato de leasing, mesmo havendo disposição contratual indigitando serem devidas tais parcelas.

Acerca da matéria versa o seguinte excerto:

“Ação de reintegração de posse cumulada com perdas e danos. Leasing. Pretensão da arrendatária ao recebimento das prestações vencidas a título de indenização previamente estipulada. Inadmissibilidade. Cláusula leonina. Aplicação do art. 924 do Código Civil...” (TJSC, 3ª CC, Ap. Cív. n. 96.008784-2, de Itajaí, rel. Des. Paulo Gallotti).

Fosse admitida a percepção das prestações vencidas, por certo estar-se-ia dando azo ao enriquecimento sem causa da demandante. Colhe-se do corpo do aresto precitado:

“Acolher o entendimento de que são devidos os aluguéis vencidos, a título de perdas e danos, quando a arrendatária não pretende o cumprimento do contrato, mas sua rescisão e a retomada do bem, seria consagrar o locupletamento ilícito, com a incidência de dupla penalidade, sem o correspondente prejuízo efetivo”.

É também desta Corte de Justiça:

“Ação de reintegração de posse com pedido de liminar, cumulada com perdas e danos. Leasing. Prestações não pagas pela arrendatária. Contrato rescindido antes de vencido o prazo. Devolução do bem à arrendadora. Procedência da cobrança das prestações vencidas enquanto o bem esteve com a arrendatária. Inadmissibilidade da cobrança das prestações vincendas. Recurso parcialmente provido.

“ — ‘Rescindido o contrato de leasing pelo não pagamento das prestações, o débito deve corresponder ao período em que o bem esteve com o arrendatário, sendo inadmissível a exigência de pagamento das prestações vincendas’ (in Ap. Cív. n. 39.385, de Biguaçu, rel. Des. Nestor Silveira)” (3ª CC, Ap. Cív. n. 51.997, de Itajaí, rel. Des. Wilson Guarani).

Ainda:

“Ação monitória. Contrato de arrendamento mercantil. Inadimplemento do arrendatário. Cobrança de prestações vincendas. Falta de individualização de parcelas. Inadmissibilidade. Cláusula leonina. Recurso não provido...” (TAMG, 2ª CC, Ap. Cív. n. 216.549-3, rel. Caetano Levi Lopes, j. 24/5/96).

Externando idêntico posicionamento, Arnaldo Rizzardo preleciona:

“Quanto aos aluguéis vincendos, não configurando o leasing um mútuo ou financiamento propriamente dito, onde se dá a entrega pura e simples de certa importância em dinheiro, para ser devolvida após determinado lapso de tempo, é incabível a pretensão da arrendante em pleitear o rece-

bimento de prestações ou aluguéis vincendos, após a rescisão do contrato e a reintegração na posse do bem.

“Como já foi abordado, é o arrendamento mercantil um contrato complexo ou misto, onde tem a proeminência dois elementos: a locação da coisa e o financiamento. Mas as prestações mantêm o caráter de aluguéis até o momento em que se dá a manifestação de vontade de adquirir. Daí, pois, enquanto perdura esta natureza da relação contratual, ou seja, de locação, não se admite a cobrança de valores como se o devedor estivesse adquirindo o bem” (Leasing. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1996, pág. 158).

No que concerne à multa contratual, há de incidir sobre o saldo devedor, excluídas as prestações vincendas, até pelo fato da rescisão contratual, conforme entendeu corretamente o ilustre Sentenciante, a teor do disposto no art. 924 do Código Civil.

De todo o modo, frente ao Código de Defesa do Consumidor, a cláusula penal pode ser considerada abusiva e, portanto, nula de pleno direito (art. 51), quando tornar excessivamente onerosa a obrigação, sendo relevante o fato de a multa, hoje, estar limitada a 2% do valor da prestação, para a hipótese de inadimplemento (art. 52, § 1º).

Abordando-se a questão atinentemente aos honorários advocatícios, mostra-se infundada a pretensão recursal da autora de ver majorada a mencionada verba. A estipulação da verba de advogado com base no valor da causa só encontraria respaldo jurídico fosse a sentença despida de na-

tureza condenatória. Efetivamente, extrai-se do escólio de Yussef Said Cahali:

“Tratando-se de ação possessória cumulada com pedido de perdas e danos, a sentença que a acolhe integralmente traz conteúdo condenatório, ensejando a aplicação do art. 20, § 3º, do Código, tomando-se como base o valor da condenação para a incidência do percentual advocatício nos limites da lei...” (Honorários Advocatícios. 2ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 554).

O numerário de 15% sobre o valor da condenação, por sua vez, à luz dos critérios elencados no § 3º do art. 20 do Código de Processo Civil, revela-se adequado.

2.2. Nega-se provimento ao recurso da ré.

Sustentou a ré/apelante que, ao julgar antecipadamente a lide, obstaculizando a produção da prova pericial requerida, o ilustre Sentenciante cerceou sua defesa. Tal alegativa, entretanto, não merece respaldo, uma vez que a realização de perícia era dispensável, estando o Magistrado munido dos elementos suficientes para prestar a tutela jurisdicional, des-trinçando o litígio.

Sobre o tema em enfoque já se decidiu:

“Sentença — Julgamento antecipado — Dispensabilidade da prova pericial requerida — Cerceamento inocorrente.

“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. Tal proceder se justifica ainda mais se a perícia pretendida pela parte serviria apenas para esclarecer fatos já documentalmente comprovados, mostrando-se perfeitamente dispensável...” (TJSC, 3ª CC, Ap. Civ. n. 97.006777-1, de São Domingos, rel. Des. Eder Graf).

O julgado trazido à colação menciona outros arestos pertinentes:

“Julgamento antecipado — Art. 330, I, do CPC — Requisitos presentes — Impertinência das provas requeridas — Cerceamento inexistente.

“Pode o Juiz, à luz dos elementos constantes nos autos, entender desnecessária a produção de outras provas e julgar antecipadamente a lide, evitando a prática de atos inúteis no processo e atendendo ao princípio da economia processual.

“Tal proceder, salvo demonstração de imprescindibilidade das provas pretendidas pela parte, não configura cerceamento” (Ap. Civ. n. 97.000321-8, de Itapiranga, j. 25/5/97).

Da mesma sorte, não se encontra configurada a carência da ação por falta de prévia rescisão contratual, porque suficientemente demonstrada a intenção de rescindi-lo, o que se infere da notificação promovida por intermédio do Cartório de Títulos e Documentos, acostada a fls. 7.

Nesse mesmo diapasão pronunciou-se esta Câmara, em acórdão relatado pelo signatário:

“...A via própria para o credor obter a posse direta do bem, no con-

trato de leasing, é a ação reintegratória. Considerado rescindido o negócio, pelo não atendimento, pelo devedor, da obrigação de colocar em dia as prestações no prazo concedido, e não conseguindo o arrendador a restituição voluntária do bem locado, assiste-lhe o direito de reaver a posse direta, pelo uso do interdito de reintegração..." (Ap. Cív. n. 51.826, de Brusque).

Também enfocando a questão:

"...Em contrato de leasing, caracterizada a inadimplência do devedor, e não satisfeitas as parcelas em atraso, ocorre a rescisão negocial; e, rescindido o negócio, a permanência do arrendatário na posse do bem transmuda essa posse em injusta, ensejando à arrendadora o uso das vias possessórias para reaver a posse direta do objeto contratual" (1ª CC, AI n. 9.370, de Blumenau, rel. Des. Trindade dos Santos).

"O esbulho em contrato de leasing só se caracteriza quando exaurido o prazo da interpelação ou da notificação, sem pagamento por parte do arrendatário. A cláusula resolutiva expressa, em contrato de leasing, opera a resolução do ajuste pelo inadimplemento absoluto do arrendatário, que se configura quando exaurido o prazo da interpelação ou notificação, sem pagamento (TACívSP, 4ª CC, AI n. 412.624/8, rel. Amauri Lelo, in JB 152/229)".

Na doutrina de Arnaldo Rizzardo, comentando a ação reintegratória, "Uma vez considerado rescindido o negócio, o que se verifica com o não atendimento, pelo devedor, da obrigação de colocar em dia as prestações, no prazo concedido, e não conseguin-

do o arrendador a restituição voluntária do bem locado, assiste-lhe o direito de reaver a posse direta, pelo uso da ação em epígrafe" (op. cit., pág. 153).

Insurgiu-se a ré, ademais, tocadamente à cobrança antecipada do valor residual garantido (VRG), entendendo que o contrato de arrendamento, por esse motivo, foi desvirtuado.

Haure-se de precedente deste Sodalício:

"...Leasing — Ação de revisão de cláusulas contratuais — Cobrança do VRG juntamente com as prestações — Possibilidade — Descaracterização do arrendamento mercantil para compra e venda a prazo — Inocorrência.

"Sendo o valor residual garantido uma obrigação assumida pelo arrendatário, quando da contratação do arrendamento mercantil, no sentido de garantir ao arrendador, ao final do contrato, o recebimento de uma quantia mínima a título de depreciação pela utilização do bem, nada impede que seja cobrado juntamente com as prestações mensais.

"Tal proceder jamais poderá importar em transformação do arrendamento mercantil em compra e venda a prazo, porquanto não se confunde com a opção de compra estabelecida em favor do arrendatário, que somente poderá ser exercida ao término da vigência do contrato" (Ap. Cív. n. 96.005929-6, de Abelardo Luz, rel. Des. Eder Graf, in JC 77/174).

O debate acerca dos juros e índices, por seu turno, é inoportuno, como tem acenado a jurisprudência:

“A discussão a respeito das cláusulas contratuais relativas aos juros e aos índices de correção monetária adotados não tem cabimento no âmbito estreito da ação de reintegração de posse” (TJSC, 3ª CC, Ap. Cív. n. 97.006777-1, de São Domingos, rel. Des. Eder Graf).

E mais:

“Tocante às alegações expendidas pela apelante, de ser o contrato típico de adesão e de ilegalidade de cláusulas que estão a exigir taxa de juros superior a 12% ao ano, capitalização mensal de juros, bem como comissão de permanência c/c correção monetária, como bem salientou a apelada, constituem matérias estranhas à lide possessória, devendo, pois, ser analisadas em ação específica, que não a via interdital, cujo âmbito é assaz restrito” (TJSC, 3ª CC, Ap. Cív. n. 97.005975-2, de Criciúma, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra, j. 26/8/97).

Por último, recorta-se este fragmento:

“No que pertine à discussão dos encargos financeiros contratados, a douda sentença afastou consistentemente a discussão intentada. De qualquer sorte, deveria a ré discutir tais encargos em ação própria, antes de ser constituída em mora, e, portanto, quando ainda não operada a resolução do contrato” (TJSC, 4ª CC, Ap. Cív. n. 51.826, de Brusque, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, j. 26/9/96).

A ré apelante afirmou, também, que a demandante fora notificada de que aquela não poderia adimplir a obrigação avençada, pondo à disposição desta o bem sob litígio. Contudo, como bem anotou o digno Prolator do

decisum vergastado, “...segundo o contrato, o pagamento das prestações locatícias mensais deveria ocorrer na agência da autora, em Rio do Sul, como se pagou até o momento da inadimplência, de modo que outro não poderia ser o local para a entrega do veículo, senão a agência da autora, em Rio do Sul, onde se firmou o contrato. Ocorreu, portanto, o esbulho denunciado na exordial, de acordo com as disposições contratuais, pela permanência do veículo em poder da requerida, além do prazo fixado na notificação, justificando-se a propositura da ação de reintegração de posse” (fls. 51).

Por derradeiro, a assertiva de que é indevida a condenação em perdas e danos porque o bem encontra-se em bom estado de conservação não há de ser abrigada, tendo em vista que não tem como suporte o estado de conservação do bem e sim eventuais danos por uso anormal da coisa.

Nessa senda:

“O inadimplemento do arrendatário, pelo não pagamento pontual das prestações autoriza o arrendador à resolução do contrato e a exigir as prestações vencidas até o momento da retomada de posse dos bens objeto do leasing, e cláusulas penais contratualmente previstas, além do ressarcimento de eventuais danos causados por uso anormal dos mesmos bens...” (RSTJ 50/217; grifou-se).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.



Florianópolis, 12 de fevereiro de 1998.

*João José Schaefer,  
Presidente com voto;  
Pedro Manoel Abreu,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.003250-1, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Reivindicatória. Pressupostos. Posse de automóvel, fundada em contrato de compra e venda. Tradição operada. Ausência de titularidade dominial. Resolução do concerto como antecedente lógico da reivindicação. Improriedade da reivindicação.*

*Tendo havido a tradição, operando a transferência do domínio, é descabida a ação reivindicatória, uma vez que brandida por quem já não mais figura como proprietário do automóvel em disputa. Ressabido que, sem a titularidade dominial, é inviável a demanda.*

*A ação de reivindicação tem por fundamento um direito real e, no caso ora perscrutado, este deixou de existir no momento em que se operou a tradição. Entre o autor e o réu há, exclusivamente, um direito de natureza pessoal, oriundo do acordo verbal entabulado pelas partes, absolutamente inservível para estribar a pretensão deduzida.*

*Cumpra ao demandante optar por uma das sendas que o ordenamento jurídico lhe oferta: ou propunha ação de cobrança, atinente às parcelas não pagas ou manejava ação de resolução contratual, postulando, cumulativamente, a restituição do bem.*

*A resolução do concerto no qual se alicerça a posse do réu impõe-se como antecedente lógico da reivindicação, conforme corrente orientação jurisprudencial da Corte.*

*Ação cautelar de busca e apreensão. Veículo objeto de compra e venda. Tradição operada. Inadimplemento da obrigação. Improriedade da medida.*

*A ação cautelar de busca e apreensão não se presta a garantir futura ação de rescisão contratual e nem desta é sucedâneo; não se*

*presta ela, em síntese, para a composição de conflitos que digam respeito à posse e à propriedade de bens, em decorrência de contrato (AI n. 96.006793-0, rel. Des.Trindade dos Santos).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.003250-1, da comarca de Blumenau (3ª Vara), em que é apelante Gatehouse — Comércio de Importação e Exportação Ltda., representada por Percy João de Borba Neto, sendo apelado Rui Jorge Manske:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas legais.

1. Gatehouse — Comércio de Importação e Exportação Ltda., pessoa jurídica de direito privado, representada por seu sócio-gerente, Percy João de Borba Neto, ingressou em juízo com ação reivindicatória contra Rui Jorge Manske narrando, na exordial, que, com o intuito de negociar o automóvel Ford/Del Rey Belina L, ano 1987, modelo 1988, chassis n. 9BFBXXLD2HBS30629, placas EB 9633, de propriedade da acionante, emprestou-o ao réu para que verificasse seu estado de conservação.

No entanto, quando instado a devolver o bem, o réu recusou-se a fazê-lo, razão pela qual o autor promoveu ação cautelar de busca e apreensão, medida que restou concedida in limine litis. Na ação principal, reivindicou a coisa, alicerçado no art. 524 do Código Civil.

Encartou documentos a fls. 6 usque 13, com destaque para o certificado de registro de veículo, emitido pelo Detran.

Contestando a pretensão externada na peça preambular o réu Rui Jorge Manske alegou que, na realidade, adquirira um veículo Ford Escort Guarujá, ano e modelo 1992, placas UB 5551, chassis n. 8AFZZZ54ZENJO54517, tendo efetuado o pagamento das parcelas avençadas até ser informado que o automóvel não poderia ser transferido por estar alienado a Florianópolis Veículos S/A.

Em face disso, contou que o representante da autora, Percy João de Borba Neto, ofereceu-lhe outro automóvel (Ford/Del Rey, descrito na inicial), para que a negociação não fosse desfeita. Assim, sustentou não estar configurada a injustiça da posse exercida sobre o veículo Del Rey.

Juntou documentos às fls. 23/26, entre os quais recibos relativos ao pagamento do veículo Escort, mencionado na peça contestatória.

Manifestando-se acerca da contestação, a demandante averbou, primeiramente, que Percy João de Borba Neto, com quem o réu teria celebrado o contrato verbal concernente ao automóvel Del Rey, é pessoa alheia à relação jurídico-processual enfocada. Afirmou, outrossim, não ter ocorrido a alegada permuta dos bens (Escort/Del Rey) e que o Escort fora devolvido pelo acionado espontaneamente, por não ter logrado adimplir a obrigação. Por derradeiro, observou que a prova exclusivamente testemunhal não se presta para atestar a existência do contrato verbal entre as par-

tes, uma vez que seu valor excede o décuplo do salário mínimo.

Na audiência preliminar não houve conciliação.

Na instrução do feito foram colhidos os depoimentos pessoais do réu e do representante da autora.

Sentenciando, a DD. Magistrada julgou improcedente o pedido embutido na ação principal, obtemperando que a titularidade dominial é questionável e que restou indemonstrada a posse injusta do réu. Da mesma sorte, julgou improcedente o pedido formulado na ação cautelar de busca e apreensão, cassando a liminar nela concedida e determinando, desarte, a restituição do bem ao acionado.

Insatisfeita com o decisum exarado no Primeiro Grau de jurisdição, a autora interpôs recurso de apelação, sustentando que a posse injusta do réu encontra-se devidamente caracterizada, por conta do inadimplemento da obrigação contraída. Afirmou, ao depois, que somente anuiu com a troca do automóvel objeto da venda por crer que, com a substituição do veículo Escort Guarujá pelo Del Rey Belina L, de valor inferior, o demandado pudesse efetuar o pagamento das parcelas devidas. Portanto, defende ter sido induzida em erro, tendo conspurcada sua manifestação de vontade, de modo a macular, igualmente, o negócio jurídico celebrado.

O réu, embora regularmente intimado, deixou transcorrer in albis o prazo para contra-arrazoar.

Contados e preparados, os autos ascenderam a este Sodalício.

2. Desprovê-se o recurso.

A ação reivindicatória é o instrumento fornecido pelo ordenamento jurídico ao proprietário, para ser esgrimido em face de quem exerça posse injusta sobre seu bem.

Efetivamente, os direitos de usar, gozar e dispor da coisa, que servem ao dono, pouco valeriam se não estivessem alentados pela vindicatio, razão por que compõem os “elementos essenciais positivos” da propriedade. Essa ação “Funda-se no direito de seqüela, armando o titular do domínio de meios para buscar o bem em mãos alheias, retomá-lo do possuidor e recuperá-lo do detentor. Visa o proprietário à restituição da coisa, seja imóvel ou móvel, eis que perdido se encontra o jus possessionis, pedindo que se apanhe e retire a mesma, que se encontra no poder ou na posse de outrem, sem um amparo jurídico” (Arnaldo Rizzardo, *Direito das Coisas*. Rio de Janeiro, Aide, 1991, pág. 292).

Dessome daí, portanto, que a reivindicatória é a propriedade em movimento, na esteira da preleção de Barassi, que identifica nesta última um elemento estático e outro dinâmico. “O estático consistiria no uso e gozo da coisa; o dinâmico implicaria a capacidade de reação contra qualquer pretensão alheia, relativamente a ela. A propriedade colocar-se-ia em estado dinâmico sempre que fosse perturbada, reagindo através da ação de reivindicação, ou de outros instrumentos técnicos adequados, como o são as medidas reipersecutórias em geral, isto é, aquelas que se destinam à perseguição da coisa, no interesse do direito dominical” (apud Darcy Bessone, *Direitos Reais*, 2ª ed. São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 237).

Para lograr êxito na demanda, há que se fazer prova da propriedade da coisa, bem como da posse injusta do réu. No entanto, emerge do conjunto probatório, com clareza indisfarçável, que os requisitos elencados não estão presentes.

Muito embora tenha negado, a princípio, a existência do contrato verbal pelo qual se pactuou a venda do automóvel Ford Del Rey, exsurge do depoimento pessoal do representante da autora (fls. 55/6), bem como dos recibos colacionados pelo réu (fls. 24/5) e da tradição invidiosa do veículo, que, como bem pontuado pelo Juízo monocrático, a posse do demandado é justa, porquanto lastreada em causa jurídica.

Ressalte-se que, na audiência de instrução e julgamento, o representante legal da autora declarou que "O requerido comprou então o veículo Del Rey Belina objeto da demanda, por R\$ 8.500,00, as parcelas pagas pela aquisição do Escort foram repassadas pela aquisição do Del Rey Belina, ficando, todavia, um saldo devedor...". Confessa, pois, às escâncaras, ter celebrado o referido acordo, alienando o bem sob litígio.

Na doutrina de Paulo Tadeu Haendchen e Rêmolio Letteriello, "...a posse injusta é a detenção ou a posse sem título de propriedade ou sem caráter de posse direta adquirida por meio das vias adequadas" (Ação Reivindicatória, São Paulo, Saraiva, 1980, pag. 36).

Anote-se que, tendo havido a tradição, operando a transferência do domínio, é descabida a ação reivindicatória, uma vez que brandida por quem já não mais figura como proprie-

tário do automóvel em disputa. Ressabiado que, sem a titularidade dominial, é inviável a demanda.

A ação de reivindicação, repita-se, tem por fundamento um direito real e, no caso ora perscrutado, este deixou de existir no momento em que se operou a tradição. Entre o autor e o réu há, exclusivamente, um direito de natureza pessoal, oriundo do acordo verbal entabulado pelas partes, absolutamente inservível para estribar a pretensão deduzida pelo acionante.

Cumpria à autora optar por uma das sendas que o ordenamento jurídico lhe oferta: ou propunha ação de cobrança, atinente às parcelas não pagas ou manejava ação de resolução contratual, postulando, cumulativamente, a restituição do bem.

A resolução do concerto no qual se alicerça a posse do réu impõe-se como antecedente lógico da reivindicação, entendimento, aliás, já externado por esta Corte de Justiça:

"Ação reivindicatória cumulada com reintegração de posse e indenização — Transação de veículo — Inadimplemento.

"No caso de inadimplemento de contrato de compra e venda de veículo, faz-se mister a sua rescisão para, só depois, ocorrer a restituição do veículo alienado..." (3ª CC, Ap. Cív. n. 50.148, de São Bento do Sul, rel. Des. Eder Graf, j. 12/9/95).

Em decisão semelhante registrou-se:

"Ação reivindicatória — Posse do imóvel reivindicando, fundada em contrato de permuta — Perda da posse do imóvel pelo reivindicante —

Injustiça da posse afastada — Necessidade da prévia rescisão do pacto que originou a posse do réu — Carência de ação — Sentença confirmada.

“Pressupondo a reivindicatória, um proprietário não possuidor que atua contra um possuidor não proprietário, o seu sucesso reclama a reunião de dois elementos: o domínio do autor e a posse injusta do réu. Não se confunde a posse injusta do art. 524 do Código Civil, com a referida no art. 489 do mesmo diploma. Sendo exercida a posse por força de permuta, inadmissível a reivindicatória, contra um dos permutantes, sem a prévia ou simultânea rescisão do contrato, haja vista que, enquanto não desfeito o negócio jurídico, injusta não pode ser considerada a posse do que se propôs a efetivar a transação” (4ª CC, Ap. Cív. n. 37.792, de Joinville, rel. Des. Anselmo Cerello, j. 29/9/94).

De outro acórdão prestado ao deslinde da questão extrata-se o seguinte magistério:

“Ação reivindicatória. Posse das rés em razão de contrato de compra e venda por instrumento particular. Não desconstituição do instrumento. Improcedência da ação. É inadmissível a reivindicatória baseada no art. 524 do Código Civil, contra o promitente com-

prador imitado na posse, sem prévia ou simultânea rescisão do compromisso de compra e venda ou desconstituição deste, com base em vícios de origem” (4ª CC, Ap. Cív. n. 35.252, de São José, rel. Des. Cláudio Marques, j. 19/3/92).

No que concerne à ação cautelar, em face da transferência da titularidade dominial, também era, como foi, de ser julgada improcedente. Observe-se, ainda, que “A ação cautelar de busca e apreensão, registre-se, não se presta a garantir futura ação de rescisão contratual e nem desta é sucedâneo; não se presta ela, em síntese, para a composição de conflitos que digam respeito à posse e à propriedade de bens, em decorrência de contrato” (1ª CC, AI n. 96.006793-0, da Capital, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 27/5/97).

3. Por todo o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 5 de fevereiro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.013136-4, DE TIMBÓ**

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Embargos à execução. Cédula de crédito industrial. Cláusula penal. Limitação da multa contratual em 2%. Aplicação do art. 52,*

*§ 1º, do CDC. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Anatocismo. Possibilidade. Súmula 93 do STJ. Juros. Limitação a 12%. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da Constituição Federal. Recurso parcialmente provido.*

*A jurisprudência mais recente, até mesmo 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.*

*Cláusula penal. Multa contratual. Limitação em 2%. Cuidando-se de matéria de ordem pública, a multa moratória é de ser minorada, ex officio, de 10 para 2% do saldo devedor, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor.*

*A teoria da imprevisão tem incidência em situações excepcionalíssimas, em que contingências extraordinárias tenham desfigurado a avença. As vicissitudes da economia brasileira são fenômenos ordinariamente observados, sendo ínvia a pretensão de esquivar-se do adimplemento do concerto sob o argumento tépido de que imprevisíveis os malogros econômicos.*

*Nada obstante seja de aplicação correntia a Súmula 121 do Supremo Tribunal Federal, consubstanciando vedação ao anatocismo, o Decreto-Lei n. 413/69 admite a capitalização dos juros em se tratando de cédula de crédito industrial, o que é da dicção do art. 16, inc. V, daquele texto legal. Não bastasse a expressa previsão em lei, a viabilidade da aplicação de juros sobre juros nos débitos representados por cédulas de crédito comercial, agrícola e industrial é apontada pela Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça.*

*“As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. (...) o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica.*

*“É o caso da ‘taxa de juros reais’ inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional” (RTJ 147/816, Min. Carlos Velloso).*

*A limitação constitucional aos juros reais é medida de importância socioeconômica invulgar, significando, na lição de MacPher-son, que “...as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado impessoal ou pelo menos resistir a eles”.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.013136-4, da comarca de Timbó, em que são apelantes Americana Granitos do Brasil Ltda. e Ernest Ulrich Prill, sendo apelado Banco do Brasil S/A:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, prover, em parte, o recurso.

Custas legais.

1. Americana Granitos do Brasil Ltda. e Ernest Ulrich Prill opuseram embargos à execução que lhe move Banco do Brasil S/A, estribada em cédula de crédito industrial, reputando abusivos os índices de correção monetária e taxas de juros aplicados, censurando, ainda, a cumulação destes. Ao depois, evocaram a teoria da imprevisão para justificar a necessidade de revisão das cláusulas contratuais.

Impugnando os embargos, a instituição financeira sustentou que os juros e índices de correção monetária foram pactuados e coadunam-se com a legislação em vigor. Sustentou, também, a possibilidade de capitalização dos juros e a eficácia contida do art. 192, § 2º, da Constituição Federal.

Em seguida foi entregue a prestação jurisdicional, julgando-se improcedentes os embargos.

Insatisfeitos com o decisorio monocrático, os embargantes interpu- seram recurso de apelação, sustentando a aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor à espécie, pugnando pela redução dos juros ao limite constitucional (art. 192, § 2º), combatendo sua capitalização e a multa contratual exigida.

Redarguindo ao apelo, o em- bargado afirmou que o Código de De- fesa do Consumidor não se presta a reger os negócios bancários, que o dispositivo constitucional limitador dos juros não é auto-aplicável e que é ca- bível a capitalização dos juros em se tratando de cédula de crédito.

Após, os autos ascenderam a este grau de jurisdição.

2. Provê-se, em parte, o recur- so.

2.1. Nada obstante seja de apli- cação correntia a Súmula 121 do Su- premo Tribunal Federal, consubstan- ciando vedação ao anatocismo, o Decreto-Lei n. 413/69 admite a capita- lização dos juros em se tratando de cédula de crédito industrial, o que é da dicção do art. 16, inc. V, daquele texto legal. Não bastasse a expressa previ- são em lei, a viabilidade da aplicação de juros sobre juros nos débitos repre- sentados por cédulas de crédito co- mercial, agrícola e industrial é aponta- da pela Súmula 93 do Superior Tribunal de Justiça.

Nessa trilha já houve decisões desta Corte de Justiça, como as prolatadas na Apelação Cível n. 96.008375-8, de São Miguel do Oeste, relatada pelo ilustre Des. Nelson Schaefer Martins (in DJ n. 9.952 de 17/4/98), e na Apelação Cível n. 46.908, de Timbó, em acórdão da lavra deste relator (j. 13/12/94).

Portanto, a insurgência dos embargantes, nesse particular, não é de ser confortada.

2.2. Salientam os recorrentes, outrossim, que as mudanças econômicas tornaram as cláusulas insculpidas na cédula industrial por demais onerosas, impondo-se, assim, sua revisão.

No entanto, a teoria da imprevisão é inaplicável ao caso sub judice, cabendo sua incidência em situações excepcionálistimas, em que contingências extraordinárias tenham desfigurado o que se avençara. Com efeito, as vicissitudes da economia brasileira são fenômenos ordinariamente observados, sendo ínvia a pretensão de esquivar-se do adimplemento do concerto sob o argumento tépido de que imprevisíveis os malogros econômicos.

É da jurisprudência:

"...Teoria da imprevisão

"Tem-se suscitado a teoria da imprevisão, sempre que surge necessidade de se reequilibrar o contrato, ou resolvê-lo, em hipóteses tais que se torne impossível o seu cumprimento, frente a excessiva onerosidade a que estará sujeita uma das partes. Isto em decorrência de fato absolutamente inevitável e inesperado, o que não se aplica à edição de um novo plano econômico, conside-

rando-se a conjuntura nacional, marcada pela instabilidade" (Ap. Cív. n. 88.061801-9, de Rio do Sul, rel. Des. Eládio Torret Rocha).

"...Na teoria da imprevisão exige-se que a alteração das circunstâncias seja de tal ordem que a excessiva onerosidade das parcelas não possa ser prevista. 'A imprevisão há de ocorrer do fato de ser a alteração determinada por circunstâncias extraordinárias. As modificações por assim dizer normais do estado de fato existente ao tempo da formação do contrato devem ser previstas, pois constituem uma das razões que movem o indivíduo a contratar, garantindo-se contra as variações que trariam insegurança as suas relações jurídicas' (Orlando Gomes, Teoria Geral dos Contratos, Rio de Janeiro, Forense, 1979, pág. 43)" (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.003115-7, de Palhoça, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, j. 16/9/97).

2.3. Sustentam os apelantes que a cédula de crédito industrial que instrui a execução encerra cláusulas abusivas, pelo que postulam sua adequação aos ditames do Código de Defesa do Consumidor.

A orientação que imperava nesta Corte de Justiça era de que o referido Codex não se prestava a reger instituições financeiras, porque o produto negociado pelo banco não seria entregue ao destinatário final, incidindo, por isso, a legislação bancária.

No entanto, jurisprudência mais recente vem consagrando que mesmo os bancos devem pautar-se pelas diretrizes do Código de Defesa do Consumidor. Nesta senda:

"...A orientação jurisprudencial tem evoluído no sentido de possibilitar



o controle judicial dos contratos de adesão, aplicando-se o Código de Defesa do Consumidor, ainda que se trate de pacto de crédito bancário..." (Ap. Cív. n. 49.970, de Blumenau, relatado pelo signatário, j. 16/5/96).

Em precedente do Tribunal de Apelação do Rio Grande do Sul, assentou-se:

"O conceito de consumidor, por vezes, se amplia, no CDC, para proteger quem 'equiparado'. É o caso do art. 29. Para o efeito das práticas comerciais e da proteção contratual, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas, determináveis ou não, expostas às práticas neles previstas'.

"O CDC rege as operações bancárias, inclusive as de mútuo ou de abertura de crédito, pois relações de consumo.

"O produto da empresa de banco é o dinheiro ou o crédito, bem juridicamente consumível, sendo, portanto, fornecedora; e consumidor o mutuário ou creditado" (RT 697/173).

O Superior Tribunal de Justiça também tem dado mostras da nova tendência jurisprudencial:

"Código de Defesa do Consumidor. Bancos. Cláusula penal. Limitação em 10%. 1. Os bancos, como prestadores de serviços especialmente contemplados no art. 3º, § 2º, estão submetidos às disposições do Código de Defesa do Consumidor. A circunstância de o usuário dispor do bem recebido através da operação bancária, transferindo-o a terceiros, em pagamento de outros bens ou serviços, não o descaracteriza como consumidor final dos serviços prestados pelo banco..." (REsp. n. 57.974, do Rio

Grande do Sul, rel. Ruy Rosado de Aguiar Júnior, in DJU de 29/5/95, pág. 15.524).

Por conta disso, a multa moratória, embora devida, é de ser minorada para 2%, de sorte a amoldar-se ao § 1º do art. 52 do Estatuto do Consumidor.

2.4. Por derradeiro, acerca da limitação constitucional das taxas de juros reais, cumpre observar que, apesar de majoritário o entendimento de que o § 3º do art. 192 da Constituição Cidadã carece de auto-aplicabilidade, a orientação contrária vem-se fortalecendo, angariando a simpatia desta Câmara (Ap. Cív. n. 97.015457-7, de São Miguel do Oeste, relatada pelo subscritor, j. 23/4/98), outrora defensora de posicionamento diverso.

Apesar de vencido, o Min. Paulo Brossard, na ADIn. n. 004—DF, teve o ensejo de sustentar a eficácia imediata da norma prefalada, comentando em seu voto:

"Tenho para mim que o § 3º do art. 192 tem em si mesmo elementos bastantes para imperar desde logo e independentemente de lei complementar, até porque esta, querendo ou não o legislador, não poderá ter como juro máximo 12% ao ano, incluídas nessa taxa que, aliás, não é nova entre nós, toda e qualquer comissão ou tipo de remuneração direta ou indiretamente referida à concessão do crédito. Isto porque, como é sabido, como a chamada lei de usura prescrevesse como limite máximo a taxa de juros de 12%, instituições financeiras, sob pressão do fenômeno inflacionário, passaram a cobrar outras taxas sob rótulos distintos.

“Querendo ou não querendo o legislador ele não poderá autorizar a cobrança de qualquer remuneração seja a que título for, direta ou indiretamente ligada à concessão de crédito, além do juro, juro este que será de até 12% e em caso algum superior a essa taxa” (RTJ 147/830).

Perfilhando esse entendimento, o Ministro Carlos Velloso, ao perscrutar o tema em discussão, consignou tratar-se de norma proibitória ou vedatória, de aplicabilidade imediata, salientando que “As normas constitucionais são, de regra, auto-aplicáveis, vale dizer, são de eficácia plena e de aplicabilidade imediata. Já foi o tempo em que predominava a doutrina no sentido de que seriam excepcionais as normas constitucionais que seriam, por si mesmas, executórias”. E arrematou: “...o que deve o intérprete fazer, diante de um texto constitucional de duvidosa auto-aplicabilidade, é verificar se lhe é possível, mediante os processos de integração, integrar a norma à ordem jurídica.

“É o caso da ‘taxa de juros reais’ inscrita no § 3º do art. 192 da Constituição, que tem conceito jurídico indeterminado, e que, por isso mesmo, deve o juiz concretizar-lhe o conceito, que isto constitui característica da função constitucional” (RTJ 147/816).

Muito embora o caput do art. 192 da Constituição de 1988 aluda à feitura de lei complementar, o § 3º, em sua primeira parte, é de completitude indisputável, desvelando a fragilidade e inutilidade das circunlocuções que se tem construído para negar a auto-aplicabilidade do preceito (Roberto W. Amarante, *Contratos Bancários — De Quem é a Mora?*, in *Revista Jurídica*,

ca, verbete 226, pág. 47). Por conta disso, vincular a exequibilidade da regra do art. 192, § 3º, CF/88, à edição de lei complementar que a regulamente equivaleria a render preito ao tautológico. Cultuar-se a redundância é, per se, conduta censurável, exasperando sua reprovabilidade quando, como na matéria em tela, importar sério gravame a quem recorre a instituições financeiras, bem como a manutenção de nefasta benesse a esses entes.

Não se olvide, outrossim, que, mesmo com a superveniência de lei complementar, pondo em foco os juros reais, em hipótese alguma — e isso é indubitável — admitir-se-á o estabelecimento de taxas excedentes aos 12% anuais, por plasmar evidente afronta ao texto constitucional. Aliás, foi nesse sentido a profícua advertência do ilustre Des. Carlos Prudêncio, ao relatar acórdão proferido na Apelação Cível n. 96.006262-9, da Capital, averbando:

“A norma que regulamentará referido parágrafo jamais poderá firmar juros superiores aos 12%; poderá, sim, estabelecer um limite menor. E, neste caso, qual a necessidade de lei regulamentadora se esta nunca poderá fixá-los acima de 12% ao ano. Por isso, o § 3º do art. 192 da CF tem eficácia plena e imediata, já que veda expressamente a cobrança de juros superior ao limite nele fixado, além de assegurar direito dos operadores do mercado financeiro de vê-lo aplicado. Ou seja, com ou sem lei complementar, a taxa de juros reais não poderá ser mais que 12% ao ano; a lei a ser elaborada é que estará subordinada ao § 3º do art. 192, e não este subordi-

nado àquela; não há necessidade de repetir o que já está na Constituição.

“Em verdade, o parágrafo em questão é auto-aplicável pelo simples argumento de que tudo que prescreverá a lei complementar está e deverá estar de acordo com a norma constitucional, ou então será inconstitucional; a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já firmado na Constituição, muito menos impor-lhe limites” (1ª CC, j. 24/9/96).

Na refinada intelecção do Des. Trindade dos Santos, “Por insculpir uma norma essencialmente restritiva, o art. 192, § 3º, da Lei Maior, erigiu um direito auto-exercitável no âmbito do sistema financeiro pátrio, já que delimitou, com plenitude, a taxa máxima de juros reais a ser praticada no território nacional. A não ser por puro protecionismo aos economicamente mais fortes, verdadeiramente detentores do monopólio financeiro, é que se poderá admitir possa o legislador ordinário contrapor-se, em norma regulamentadora, à realidade implantada constitucionalmente, instituindo, então, uma taxa superior a 12% anuais” (1ª CC, Ap. Cív. n. 97.010947-4, de Maravilha, j. 4/11/97).

No mesmo diapasão, conquanto em voto vencido, o destacado Des. Nelson Schaefer Martins comentou:

“A limitação constitucional da taxa de juros é aplicável de imediato. Entende-se por juro real o juro nominal deflacionado, ou seja, o juro excedente à taxa inflacionária.

“As normas constitucionais que contenham vedações, proibições ou que declarem direitos são, de regra,

dotadas de eficácia jurídica plena e auto-aplicáveis.

“A decisão contida na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 004—DF, Supremo Tribunal Federal, não possui caráter vinculativo. A idéia de que o § 3º do art. 192 da Carta Magna esteja a depender de lei complementar importa em verdadeiro atentado à soberania do poder constituinte até porque, é evidente, a legislação infraconstitucional não poderá negar vigência ao dispositivo já esculpido na Constituição, nem impor-lhes limites” (2ª CC, Ap. Cív. n. 97.000272-6, de São Carlos, rel. Des. Newton Trisotto, j. 8/5/97).

O Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul também tem sido manancial de considerável número de julgados sobre a matéria, a saber:

“Juros remuneratórios — Limitação a 12% ao ano — Norma constitucional — Auto-aplicabilidade.

“Entre mais de uma solução possível no ordenamento jurídico, escolhe-se aquela ditada por critério valorativo e político, no sentido de que os juros remuneratórios são limitados a 12% ao ano, tanto pelo entendimento da auto-aplicabilidade da norma constitucional, quanto pela incidência da legislação infraconstitucional” (TARS, 3º Gr. Cív., Emb. 196080501, de Planalto, rel. Carlos Alberto Alves Marques, in Adcoas n. 8157524).

“Juros — Limite constitucional — Art. 192, § 3º, da CF — Norma que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação.

“Fixada a taxa de juros no limite máximo de 12% em texto expresso da Constituição Federal, a redução a esse limite dos juros cobrados em opera-

ções de crédito é imposição constitucional que dispensa regulamentação para sua imediata aplicação” (Ap. Cív. n. 5.560, j. 21/8/90, rel. Des. Renato Mareschy).

“Juros reais. Artigo 192, § 3º.

“Dispositivo não sujeito a regulamentação. Aplicabilidade imediata. A remuneração do capital e a remuneração de serviço referido à concessão do crédito constituem juros reais e não podem superar a 12% ao ano. Apelação desprovida” (Julgados do TARGS 76/298).

Extrai-se do corpo de acórdão exarado na Apelação Cível n. 196082648, de Passo Fundo, o seguinte fragmento:

“O dispositivo constitucional, saliente-se, é auto-aplicável, pois somente os incisos do art. 192 é que dependem de lei regulamentadora, enquanto o limite dos juros é dado no § 3º, só remetendo para lei complementar a definição da sanção penal ao crime de usura. Ocorre, como ficou asentado na Apelação Cível n. 189078439, da 1ª Câmara do egrégio Tribunal de Alçada, que a norma já contém, em seu enunciado, todos os elementos necessários à sua aplicação. Logo, é auto-executável, de incidência imediata (BIM 153/36, JTARGS 75/156, 78/356, 79/200, 80/200 e 357, 83/246 e 273), aderindo-se, enfim, à corrente que teve como precursores no Estado os acórdãos mencionados em JTARGS 79/320” (3ª CC).

Vale atentar, ainda, para as Apelações Cíveis ns. 191.122.019, da Capital, rel. Juracy Vilela de Sousa, j. 14/8/92, e 196.130.710, de Passo Fundo, do mesmo Sodalício.

O egrégio Tribunal de Alçada de Minas Gerais já decidiu:

“Juros — CF/88 — Auto-aplicabilidade. É auto-aplicável o § 3º do art. 192 da CF, que proíbe a cobrança de juros acima de 12% do valor atualizado do débito, pelo que exerce agiotagem quem infringe a regra” (3ª CC, Ap. Cív. n. 115.947-3, rel. Juiz Ximenes Carneiro, in DJ de 13/6/92).

No magistério de José Afonso da Silva, “Está previsto no § 3º do art. 192 que as taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão do crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima desse limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

“Esse dispositivo causou muita celeuma e muita controvérsia quanto à sua aplicabilidade.

“Pronunciamos-nos, pela imprensa, a favor de sua aplicabilidade imediata, porque se trata de uma norma autônoma, não subordinada à lei prevista no caput do artigo. Todo parágrafo, quando tecnicamente bem situado (e este não está, porque contém autonomia de artigo), liga-se ao conteúdo do artigo, mas tem autonomia normativa. Veja-se, por exemplo, o § 1º do mesmo art. 192. Ele disciplina assunto que consta dos incs. I e II do artigo, mas suas determinações, por si, são autônomas, pois uma vez outorgada qualquer autorização, imediatamente ela fica sujeita às limitações impostas no citado parágrafo.

“Se o texto, em causa, fosse um inciso do artigo, embora com nor-

matividade formal autônoma, ficaria na dependência do que viesse a estabelecer a lei complementar. Mas, tendo sido organizado num parágrafo, com normatividade autônoma, sem referir-se a qualquer previsão legal ulterior, detém eficácia plena e aplicabilidade imediata. O dispositivo, aliás, tem autonomia de artigo, mas a preocupação, muitas e muitas vezes revelada ao longo da elaboração constitucional, no sentido de que a Carta Magna de 1988 não aparecesse com demasiado número de artigos, levou a Relatoria do texto a reduzir artigos a parágrafos e uns e outros, não raro, a incisos. Isso, no caso em exame, não prejudica a eficácia do texto” (Curso de Direito Constitucional Positivo, 12ª ed., São Paulo, Malheiros, 1996, pág. 758).

Ainda com esteio na doutrina, tem-se que a norma enfocada “a)...é auto-aplicável, bastando-se por si na qualidade de diretiva material permanente...; b) admitindo-se, para argumento, a necessidade de regulamentação, deve-se obter perar que a Constituição delimitou clara e explicitamente o percentual de 12% anuais, vinculando o legislador, julgador e os particulares nesses limites; c) também ad argumento, ainda que programático, o dispositivo tem conteúdo limitativo e eventual lei complementar regulamentadora não poderia ultrapassar a taxa estipulada, sob pena de declaração de inconstitucionalidade” (Gustavo Saad Diniz, Juros nos Contratos Particulares de Mútuo e Financiamento Bancário de Crédito, in Revista Jurídica, v. 240, pág. 27).

Ante a explicitude do § 3º do art. 192 da Lex Fundamentalís, contestar a auto-aplicabilidade daquele

preceptivo seria obsequiar as instituições financeiras com emolumento imoderado.

Determinando a Constituição Federal que os juros reais não podem desbordar o linde de 12% ao ano, inexplicável conservar-se a orientação de que agrilhado à edição de lei complementar. É mesmo imponderável a sanha com que se tem sinalizado favoravelmente às instituições bancárias, postergando direitos garantidos pela Carta Constitucional.

Tolher garantias fundamentais, alardeando a carência de auto-aplicabilidade das normas que as prevejam, é tendência perniciosa, capaz de derruir o que Konrad Hesse nomearia “vontade de constituição”, fazendo esboroar, por conseguinte, a força normativa da Carta Fundamental.

Nesse contexto, é atilada a conclusão de Édís Milaré, ao consignar que “...no Estado Social de Direito, à extrema facilidade com que novos direitos são declarados, contrapõe-se a minguada atuação prática desses direitos” (apud Sílvio Dobrowolski, A Necessidade de Ativismo Judicial no Estado Contemporâneo, in Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 164).

A limitação constitucional aos juros reais é medida de importância socioeconômica invulgar, significando, na lição de MacPherson, que “...as normas sociais e os valores éticos devem prevalecer sobre os valores do mercado impessoal ou pelo menos resistir a eles” (apud César Pasold, A Função Social do Estado Contemporâneo e o Poder Judiciário, in Revista de Escola Superior da Magistratura do

Estado de Santa Catarina, vol. 2, pág. 37).

Enfatize-se que prostrar a efetivação do balizamento constitucional dos juros importaria volatilizar a Lex Mater, tornando-a letra morta, mera solenidade, tendo por cicerones um constituinte desprecitado — por descurar da clareza do texto constitucional — e um Judiciário complacente com a voracidade dos bancos.

3. Por todo o exposto, dá-se provimento, em parte, ao recurso, para determinar seja respeitado o baliza-

mento constitucional das taxas de juros reais (12% ao ano) e reduzir a multa moratória para 2% do saldo devedor.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 4 de junho de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 50.817 (88.087654-0), DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Consignação em pagamento. Isenção de correção monetária. Art. 47 das Disposições Constitucionais Transitórias. Pleito formulado pelo avalista. Limite da obrigação subsidiária não excedente a 5.000 OTNs. Direito do coobrigado à anistia constitucional. Sentença reformada. Reclamo recursal provido.*

*— Inquestionavelmente, o limite a que se refere o art. 47, item IV, § 3º, das Disposições Transitórias da Lex Mater, para a obtenção do benefício da denominada anistia constitucional, há que considerar, não os empréstimos bancários isolados, mas o somatório de todos eles.*

*— Alcançando referido benefício não só o obrigado principal, como também os garantidores subsidiários, em relação a estes o que deve ser considerado é, não o somatório dos débitos contraídos pela devedora, mas o valor da obrigação ou da soma dos empréstimos avalizados. Assim, se o consignante figurou como garante subsidiário em um único financiamento, não extrapolante este ao limite máximo de comprometimento previsto na disposição constitucional pertinente, faz jus ele, incontestavelmente, à benesse legal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*88.087654-0 (50.817), da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível, Infância e*

*Juventude), em que é apelante Márcio Benetton de Souza, sendo apelado o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, prover o recurso, invertidos os encargos sucumbenciais.

Custas legais.

Márcio Benetton de Souza, na condição de Sport-Cross Indústria e Comércio de Calçados Ltda., aforou ação de consignação em pagamento contra o Banco do Estado do Rio de Janeiro S/A — Banerj.

Aduziu que a citada empresa contraiu empréstimo com o também mencionado banco em dezembro de 1986, na ordem de Cz\$ 500.000,00, através de Cédula de Crédito Comercial, a qual é objeto da Execução n. 199/87 contra si intentada, na condição de avalista.

Relatou que a firma passou por períodos de dificuldades, requerendo concordata e, posteriormente, falência.

Sustentou que preenche os requisitos para a concessão dos benefícios do disposto no art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, onde não se aplica a correção monetária nos empréstimos concedidos por bancos ou instituições financeiras, sendo que o banco não admite esse entendimento, não aceitando o pagamento da dívida nessas condições.

Requeru a aceitação do depósito (Cz\$ 620.000,00), acolhendo seus argumentos e julgando procedente o pedido.

Oferecendo contestação, o Banerj arguiu a impossibilidade de o avalista beneficiar-se da anistia constitucional; insurgiu-se quanto à não-integralidade do depósito, entendendo por integral o valor principal, juntamente com a correção monetária, os juros pactuados e os encargos moratórios previstos no contrato; quanto à ausência do requisito legal do tempo e do enquadramento da falida nos pressupostos legais; bem como a inexistência de recusa de sua parte; e a falta de interesse de agir por não estar demonstrado que propôs pagamento extrajudicial e porque a execução do débito é anterior à ação consignatória. Salientou também a nulidade da citação.

Pugnou pela improcedência do pedido portal com as cominações de estilo.

Impugnação à contestação às fls. 48 a 56.

Após audiência, na qual a proposta conciliatória restou inexitosa, apresentaram os litigantes alegações finais.

Sentenciando, o MM. Juiz de Direito monocrático declarou o autor carecedor de direito referente à ação consignatória, condenando-o ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 15% do valor depositado. Isso porque o valor da dívida superou o disposto no § 3º, IV, do art. 47 do ADCT.

Inconformado, o vencido apelou, objetivando a reforma da sentença, alegando para tanto que o valor do empréstimo era de Cz\$ 500.000,00, inferior a 5.000 OTNs, tanto que o valor dado à execucional também é de Cz\$ 5.000,00.

Certo é que existiam outros dois empréstimos, porém nesses contratos os avalistas são outros, sendo que a anistia constitucional deverá incidir em cada empréstimo isoladamente.

Com a resposta recursal, alçou o caderno processual a este Tribunal de Justiça.

É o relatório.

A insurgência apelatoriamente manifestada pelo consignante está a merecer agasalho.

O pleito consignatório do recorrente teve como fulcro o art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que introduziu no ordenamento jurídico pátrio, ainda que para vigência temporária, a denominada "anistia constitucional".

A insigne Julgadora singular decretou, entretanto, após cumprida a ritualística processual indicada, a carência de ação, porquanto, no seu respeitável entendimento, incidia, no caso, a vedação do art. 47, § 3º, inc. IV, das Disposições Constitucionais Transitórias, vez que os débitos bancários de responsabilidade da obrigada principal — a Sport-Cross Indústria e Comércio de Calçados Ltda. — ascendiam, no seu somatório, à quantia superior a 5.000 OTNs, limite máximo previsto na norma constitucional para que se viabilizasse a anistia em questão.

Certo faz-se esse entendimento, porquanto:

"Anistia constitucional de correção monetária. Art. 47 do ADCT, da Constituição Federal de 1988. Limite.

"— Se o limite a que se refere o item IV do par. 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitó-

rias da Constituição Federal de 1988 deve ser considerado em relação a todas as obrigações contraídas pelo micro ou pequeno empresário em dado estabelecimento de crédito, ou de referência a cada empréstimo isoladamente, é questão que não se fez pacífica.

"— Nesta Corte, tem predominado a orientação de que o limite é considerado em relação a todos os empréstimos, e não em relação a cada um isoladamente, na linha, aliás, de decisões do Excelso Pretório, como a do RE 136.117, rel. o eminente Ministro Octávio Gallotti, DJU de 13/12/91: 'O limite a que se refere o item IV do par. 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para a consecução do benefício concedido no caput do dispositivo, refere-se à soma dos valores correspondentes aos diversos títulos ou contratos e não a cada um deles, isoladamente'.

"— Na verdade, o benefício constitucional foi instituído como socorro aos empresários e produtores rurais que, por sua condição financeira mais modesta, sentiram com mais intensidade os reflexos de planos econômicos malogrados, sendo o valor de 5.000 OTNs o nível máximo de endividamento que a Constituição considerou compatível com o benefício.

"— Apelo provido" (Ap. Cív. n. 41.391, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

Enfatizou, a propósito, a nossa Corte Suprema:

"O limite a que se refere o item IV do par. 3º do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para a consecução do benefício con-



cedido no caput do dispositivo, refere-se à soma dos valores correspondentes aos diversos títulos ou contratos e não a cada um deles, isoladamente” (RE 129.699, DJU de 3/4/92, rel. Min. Marco Aurélio).

O tema, considere-se, não é pacífico, já tendo decidido esta Casa de Justiça que:

“Se cada empréstimo, isoladamente, não ultrapassa o limite de cinco mil Obrigações do Tesouro Nacional, está preenchido um dos requisitos indispensáveis à concessão da anistia da correção monetária prevista nas Disposições Transitórias da Constituição Federal” (Ap. Cív. n. 31.712, de Orleans, rel. Des. Nestor Silveira).

Entretanto, na hipótese destes autos, o recorrente aforou o pleito consignatório na condição de avalista da Cédula de Crédito Comercial n. 288.00306-46, no valor de Cz\$ 500.000,00, objeto da execução n. 0199/87, único débito da obrigada principal por si avalizado.

E o débito avalizado é inferior ao nível máximo de endividamento que corresponde, como precedentemente exposto, a 5.000 OTNs, posto que, tendo a OTN da época o valor de Cz\$ 106,40, atingia o débito de co-responsabilidade do apelante a pouco mais de 4.690 OTNs.

Sabe-se que:

“Avalista — O legislador constituinte ao dispor que ‘não existirá correção monetária’ desejou, certamente, extingui-la de vez, tanto para o emitente do título como para o avalista” (STJ, AI 3.117/SP, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU de 3/5/90).

Nesta Corte, já se acentuou:

“Anistia constitucional. Ação de consignação em pagamento proposta pelo avalista. Admissibilidade. Recurso provido. Sentença anulada.

“O benefício da isenção da correção monetária instituído pelo art. 47 do ADCT da CF/88 alcança também o avalista, que tem legitimidade para propor ação de consignação em pagamento” (Ap. Cív. n. 35/5/91, de Criciúma, rel. Des. Nestor Silveira).

Ainda:

“A concessão do benefício da anistia constitucional previsto no art. 47 das Disposições Transitórias da nova CF alcança tanto o devedor principal como qualquer garantidor subsidiário que esteja vinculado ao mesmo empréstimo” (ADCOAS de 30/4/90, pág. 179).

No meu entendimento, aqui secundado pelo órgão fracionário julgador, se referentemente ao obrigado principal o valor de 5.000 OTNs deva ser resultante do somatório de seus débitos bancários, com relação ao avalista este quantum há que levar em consideração, apenas e somente, o importe do título avalizado.

E não alcançando o débito avalizado, portanto, patamar superior a 5.000 OTNs, impunha-se deferida em favor do avalista consignante a benesse constitucional almejada.

Se apenas o avalista tem direito à chamada “anistia constitucional”, com esta não se estendendo à obrigada principal, o credor, uma vez extinta a obrigação do avalista, poderá habilitar os valores resultantes da isenção deferida ao apelante, nos autos da

concordata ou falência da emitente da cártula.

Pelos motivos alinhados é que se empresta provimento ao recurso agitado pelo consignante, invertem-se os encargos sucumbenciais.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 20 de outubro de 1998.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente com voto;  
Trindade dos Santos,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.008407-0, DE PINHALZINHO**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Odontólogo. Cumulação indevida de cargos públicos no Estado e no Município. Superposição de horários. Vedação constitucional, ademais, incidente. Ressarcimento devido. Apelo voluntário e remessa providos.*

— *A acumulação de cargos, funções e empregos públicos, constituindo-se em uma exceção ao princípio da igualdade e implicando em um privilégio a determinadas categorias funcionais, deverá ser sempre alvo de interpretação restritiva, vedada qualquer ampliação ao texto constitucional que a autoriza. Dessa forma, vulnera o texto constitucional qualquer entendimento que vise interpretar a exceção pertinente a dois cargos de médico, como se referindo a dois cargos da área médica, a ponto de beneficiar-se com o direito à acumulação permitida odontólogos, veterinários e outros profissionais da área médica ou da saúde.*

— *Mesmo que fosse admitida, com total afronta ao texto constitucional, a cumulação de dois cargos públicos de odontólogo, ela somente se faria legítima acaso houvesse compatibilidade de horários, considerada essa compatibilidade como a possibilidade de cumprir o servidor o número de horas regulamentares de cada atividade, em horários diversos. E não há cogitar de horários compatíveis, quando o servidor cumpre horários superpostos para duas esferas administrativas públicas, atendendo, num mesmo horário, a carga horária a que estava obrigado em cada uma dessas esferas. Tal forma de agir é ilegal e, mais do que isso, imoral, obrigando o servidor à devolução dos valores inconstitucionalmente auferidos*

*com seus acréscimos legais.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.008407-0, da comarca de Pinhalzinho, em que é apelante o município de Pinhalzinho, sendo apelado Anildo Aimi:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso voluntário e ao reexame necessário.

Custas legais.

Tratam os autos de ação de ressarcimento integral de perdas e danos intentada pelo município de Pinhalzinho contra Anildo Aimi, argumentando o autor, em síntese, que o demandado culposamente acumulou cargos públicos, em detrimento da norma do artigo 37, XVI, da Carta Constitucional, percebendo dupla remuneração no período compreendido entre 1º de abril de 1991 e 30 de dezembro de 1992.

Pleiteou a citação e depoimento pessoal do requerido, além da produção de todas as provas em direito admitidas.

Citado, o acionado apresentou contestação (fls. 81 a 84), aduzindo não ter agido unilateralmente nem lesado o patrimônio público, eis que seus vencimentos foram pagos mediante a efetiva prestação de serviços ao Município e ao Estado, bem como que, a partir de 1990, quando foi aprovado em concurso municipal, passou a exercer ambas as funções trabalhando 20 horas em cada qual.

Sustentou ter assim agido em face de pedido verbal e expresso de

representante da Municipalidade e por falta de equipamentos, passando, então, a exercer ambas as atividades no mesmo período, atendendo o dobro de pacientes.

Acostou documentos e requereu a improcedência da ação.

O Dr. Promotor de Justiça, na manifestação que exarou, opinou pela improcedência do pleito indenizatório formulado pelo Município.

Sentenciando, o douto Magistrado a quo desacolheu o pedido exordial, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios.

Irresignado, o Município autor interpôs recurso de apelação, repisando in totum os argumentos contidos na peça inicial.

Houve resposta ao reclamo recursal, com a Promotoria de Justiça manifestando-se pelo desprovimento do apelo.

Nesta Instância, a colenda Procuradoria-Geral de Justiça pronunciou-se pelo desacolhimento da insurgência.

É o relatório.

A reprovação apelatória manifestada pelo município de Pinhalzinho ao douto provimento jurisdicional prolatado em seu detrimento, resta ver, está a merecer acolhimento.

Refulge dos autos que, com efeito, no período mencionado na exordial, o apelado, odontólogo que estava obrigado a prestar 40 horas de serviço ao Estado de Santa Catarina, no Posto de Saúde, e 20 horas ao Município recorrente, por força de con-

curso público prestado, exercia cumulativamente ambos os cargos, englobando, em um único período, o matutino, as vinte horas a que estava obrigado a, individualmente, prestar a cada uma das pessoas jurídicas de direito público às quais estava vinculado funcionalmente.

O demandado confirma essa situação, alegando, entretanto, ter assim agido em vista de pedido verbal e expresso do administrador municipal de então e, mesmo porque, a Prefeitura Municipal não dispunha de equipamentos suficientes que lhe possibilitassem prestar adequadamente seus serviços profissionais.

Em que pese isso, acentua o recorrido, passou ele a atender o dobro de pacientes, atendendo, não os oito a que estava obrigado, mas sim dezesseis.

Inconcebível, no plano legal, contudo, tal assertiva, vez que, consoante deflui dos autos, o concurso a que se submeteu o apelado, e, em decorrência, as suas atividades funcionais, previa o atendimento em horário certo — 20 horas — e não por número de pacientes.

Havia, claro está, acumulação indevida de cargos, por incompatibilidade de horários.

E, reiterando o teor do art. 37, XVI, da Carta Política Federal, expressa a nossa Constituição Estadual, em seu art. 24:

“É vedada a acumulação remunerada de cargos públicos, exceto quando houver compatibilidade de horários:

“I — a de dois cargos de professor;

“II — a de um cargo de professor com outro técnico ou científico;

“III — a de dois cargos privativos de médico”.

Esse preceito constitucional encontra-se transcrito, in verbis, pelo art. 150 do Estatuto dos Servidores Públicos Municipais de Pinhalzinho.

Colacionando ensinamentos de Manoel Gonçalves Ferreira Filho (Comentários à Constituição Brasileira) e de Carlos Borges de Castro (Regime Jurídico da CLT no Funcionalismo), acentua o douto Edmir Neto de Araújo:

“Em qualquer caso, a ocorrência dessas exceções à proibição de acumular só é possível quando existe a compatibilidade de horários (arts. 37, XVI, da CF; 118, § 2º, da Lei 8.112/90; 171, § 1º, do estatuto estadual; 58, § 1º, do municipal). A correlação de matérias não é mais exigida e a norma constitucional revogou implicitamente esse requisito dos estatutos funcionais que o adotavam, pois é explícita ao vedar a acumulação exceto quando houver compatibilidade de horários.

“Essa compatibilidade é exigência que dispensa maiores comentários. Se o agente público tem até como deveres funcionais a obrigatoriedade de comparecimento ao serviço e o cumprimento integral de jornada de trabalho, e não possuindo o ser humano a capacidade de estar em dois ou mais lugares ao mesmo tempo (!), é claro que deve ser respeitada a compatibilidade de horários, para que uma das atividades, ou ambas, não resultem prejudicadas. Por essa razão, existem normas legais prescrevendo horários especiais para

o desempenho dessas funções ou cargos de médico.

“Compatibilidade de horários é, portanto, a possibilidade de cumprir o número de horas regulamentares de cada atividade, em horários diversos” (Responsabilidade Funcional: Disciplinar e Penal, págs. 80 e 81).

Observa, de modo igual, o festejado Diógenes Gasparini:

“A proibição de acumular cargos, funções ou empregos públicos remunerados na organização central ou descentralizada de qualquer nível de governo está prevista no art. 37 da Lei Maior (...).

“Embora a regra seja a não-acumulação de cargos, funções ou empregos públicos, a Constituição Federal elenca as exceções possíveis. De fato, combinando-se os incs. XVI e XVII do art. 37 da Lei Maior, pode-se dizer que a acumulação é possível se se tratar de dois cargos, empregos ou funções de professor; de um cargo, emprego ou função de professor e outro técnico; de dois cargos, empregos ou funções privativos de médico. Além dessas, a Constituição permite a acumulação de um cargo de Juiz com outro de professor (art. 95, parágrafo único, I), de um cargo do Ministério Público e outro de professor (art. 128, § 5º, II, d) e de dois cargos privativos de profissionais de saúde que à época da promulgação da Constituição Federal já eram ocupados, embora inconstitucionalmente, pelo mesmo servidor, isto é, acumuladamente (art. 17, § 2º, do ADCT da CF).

“Atente-se que para a constitucionalidade dessas acumulações há que haver compatibilidade de horários, isto é, nem em parte podem so-

brepor-se, como ocorre, por exemplo, nos períodos diurno, os horários das 8 às 18h30min, e noturno, das 18 às 22 horas, em que há superposição no horário das 18 às 18h30min. Nesse exemplo a acumulação é inconstitucional. Assim, a acumulação pode ocorrer quando o servidor ocupa cargos em entidades diversas (à noite, das 20 às 23 horas, é professor municipal; de dia, das 8 às 18 horas, é professor de autarquia estadual), ou na mesma entidade (à noite, das 20 às 23 horas, é professor; durante o dia, das 9 às 18 horas, exerce o cargo técnico de Secretário Municipal de Educação), se inquestionável for a compatibilidade de horários” (Direito Administrativo, São Paulo, Saraiva, 4ª ed., 1995, págs. 123 e 124).

Desta forma:

“Embora possível o exercício cumulativo de dois cargos ou empregos privativos de profissionais da saúde, impõe-se que haja entre eles compatibilidade de horário” (MS n. 6.766, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

Na ótica do Pretório Excelso, também:

“Servidor público — Acumulação de empregos — Vedação constitucional.

“Tanto sob a égide da Carta anterior — art. 99, § 2º —, quanto da atual — art. 37, inc. XVII —, a regra proibitiva da acumulação alcança empregos, ainda que mantidos com empresas públicas ou sociedades de economia mista” (RE n. 130.539-8/DF, DJU de 18/12/92, rel. Min. Marco Aurélio).

Na situação aqui sob apreciação, conforme já vimos, não havia compatibilidade de horários que legiti-

masse a cumulação exercida pelo recorrido, posto que, como ele próprio reconhece, as vinte horas para o Estado de Santa Catarina e as vinte horas para o município de Pinhalzinho eram prestadas num único turno de 20 horas: o matutino.

Ou, mesmo que houvesse compatibilidade de horários, o recorrido não os compatibilizava; tanto que, insistimos, cumpria ele as duas cargas horárias — as duas de 20 horas — num único período: das 8 às 11 horas.

Falado e refalado no processo que, conquanto a infringência constitucional havida, o apelado prestou efetivos serviços ao Município, posto que, num mesmo horário, atendia os pacientes do Município e do Estado.

Mas o que resultou positivado é que o recorrido atendia 16 pacientes por dia, ignorando-se se para o Estado ou para o Município.

Demais disso se, consoante documentalmente provado nos autos, cumpriu ele integralmente o expediente para o Estado no Posto de Saúde, no interregno delimitado na exordial, evidentemente não poderia, no mesmo espaço de tempo, prestar serviços ao Município.

Assevere-se, de outro lado, que ao apelado, na condição de odontólogo, não era dado acumular dois cargos da mesma área, um na esfera estadual e outro na municipal; ou seja, a ele estava vedada constitucionalmente a acumulação que fazia, mesmo que, ao contrário do ressaltado, compatíveis fossem seus horários e ainda que os cumprisse ele com rigor.

Acumular cargos e empregos públicos, pondere-se, constituindo-se em uma exceção ao princípio da igual-

dade, é e sempre será um privilégio. E, como privilégio, como exceção que é, a acumulação deverá, sempre e incontestavelmente, ser interpretada restritivamente e não, ampliativamente, como aqui se pretende.

Assim, no nosso entendimento particular, vulnera o texto constitucional qualquer entendimento que vise interpretar a exceção pertinente a dois cargos de médico, como se referindo a dois cargos da área médica, beneficiando com o direito a acumulação permitida odontólogos, veterinários e outros profissionais da área médica ou da saúde.

Conforme frisou o colendo Tribunal de Justiça do Paraná:

“Servidor público — Acumulação de cargos — Médico e dentista — Distinção.

“Tratando-se da pretensão em acumular cargos de Cirurgião Dentista, alegando-se ser da área médica, a interpretação constitucional que se deve dar às exceções da isonomia no campo de acumulação de cargos e empregos públicos deve ser restrita. A acumulação de dois cargos de médico não significa a acumulação de dois cargos privativos da área médica” (ADCOAS 1000168, Ap. e Reex. Necessário n. 30.980-2, de Curitiba, rel. Des. Negi Calixto).

O que ressalta dos autos, nesse contexto, é que o recorrido percebeu vencimentos por uma cumulação indevida de cargos, devendo, por isso, prestar o correspondente ressarcimento aos cofres municipais.

Como acentua, a propósito, o emérito Ivan Barbosa Rigolin:

“Qualquer acumulação de cargo, emprego ou função que exceda a estes permissivos constitucionais sujeitarão os responsáveis, beneficiários ou não, ao ressarcimento ao erário das importâncias inconstitucionalmente recebidas, o que se pode dar por ação popular” (O Servidor Público na Constituição de 1988, São Paulo, Saraiva, pág. 184).

À vista das razões assim expostas é que se dá provimento ao recurso voluntário e à remessa, para, revertendo-se o teor do decisum monocrático, julgar-se procedente o pedido portal, invertidos os encargos sucumbenciais.

O montante a ser devido deverá ser apurado em liquidação de sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, tendo lavrado parecer, pela colenda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Wlaumar Alves da Silva.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.008328-9, DE ITAPIRANGA**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Execução. Duplicata aceita e protestada. Embargos do devedor. Acolhimento em face da prova testemunhal produzida. Não acostamento, aos autos, das notas fiscais comprobatórias da transação. Irrelevância. Sentença reformada. Reclamo recursal agasalhado.*

— *Notificado para o protesto de duplicata aceita, o silêncio do sacado, que não se insurge contra o ato notarial, empresta legitimidade total ao saque, pelo que não lhe é dado posteriormente, em sede de embargos à execução, alegar tratar-se de duplicata destituída de origem e aceita em branco.*

— *A duplicata é título causal por excelência, já que a sua emissão vincula-se sempre a uma transação de compra e venda a prazo. Entretanto, aceita pelo sacado, desvincula-se ela da transação que lhe deu origem, posto que, com o ato do aceite, o devedor não apenas lhe reconhece a exatidão, como também a obrigação de equacioná-la na data aprezada para o seu vencimento. O aceite confere à duplicata o caráter de liquidez e certeza, pelo que é defeso ao aceitante, na tentativa de revogar ou restringir os efeitos da assinatura lançada, invocar a falta de causa para a emissão, posto que já*

*reconhecida, pelo próprio aceite, a existência de causa debendi.*

*— Encontrando-se aceita a duplicata, inócua faz-se a exigência do encartamento aos autos, pelo credor, da nota fiscal que, emitida em razão da transação de compra e venda ajustada entre as partes, deu azo à emissão do título, como também em nada afeta a liquidez, certeza e exigibilidade da cártula a inexistência da prova da efetiva entrega da mercadoria, prova essa só cabível quando se tratar de título não aceito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.008328-9, da comarca de Itapiranga, em que é apelante Minuano Materiais de Construção Ltda., sendo apelado Marino Schmitz:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao apelo.

Custas legais.

Resistindo à execução contra si intentada por Minuano Materiais de Construção Ltda., Marino Schmitz opôs embargos, sustentando, em preliminar, a existência de carência da ação, posto possuir a duplicata exequenda duas datas de vencimento, afirmando, por isso, fazerem-se ausentes os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade. Alegou, de outro lado, em abono à mesma proemial, a indispensabilidade do carreamento da respectiva nota fiscal, esta não trazida com a vestibular execucional.

No mérito, aduziu ter assinado em branco a duplicata questionada, isso em 1994, não sendo verdadeiro o fato narrado na exordial pela exequente, pois os materiais de construção cuja aquisição teria dado origem ao título foram adquiridos em data bem anterior, nada devendo o embar-

gante à exequente, apresentando-se a duplicata em cobrança como título destituído de origem.

Pugnou, então, pelo acolhimento dos embargos, com a condenação da exequente ao pagamento dos encargos da sucumbência, além do pagamento em dobro do valor.

Em impugnação, alegou a embargada que os embargos deduzidos impõem-se rejeitados, posto que a emissão de uma duplicata pode representar várias notas fiscais, silenciando a lei quanto à necessidade de ser emitido um título cambial a cada aquisição de mercadorias, acentuando, no mais, que às duplicatas formalmente emitidas confere a lei os atributos de liquidez, certeza e exigibilidade.

Em audiência, inexitosa a proposta conciliatória, o MM. Julgador singular deferiu a produção de provas documental e testemunhal, determinando a juntada das notas fiscais oriundas da transação comercial ajustada entre os litigantes.

Interpôs a exequente agravo, alegando que, no caso, a execução embasa-se em duplicata aceita, o que faz desnecessária a produção de outras provas, argumentando, mais, que a comprovação de emissão de notas fiscais ou da entrega de mercadorias



somente é exigível nos casos expressos em lei, conforme art. 15, inciso II, da Lei n. 5.474/68.

Na audiência de instrução e julgamento (fls. 37 a 42), inquiridas três testemunhas do embargante e colhidos os depoimentos pessoais das partes, estas apresentaram alegações finais, através de memoriais (fls. 43 a 46 e fls. 47 a 49).

Ato contínuo, sentenciou o MM. Juiz de Direito a quo, acolhendo os embargos deduzidos, por entender inexistente o negócio mercantil originador da duplicata sob execução, impondo à embargada o pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, estes fixados em 20% sobre o valor atualizado da execução.

Inconformada com a decisum exarado, apelou a exequente, pugnando pela reforma integral do ato decisório, para o que reeditou os argumentos expendidos na peça impugnatória.

Respondidos os termos da insurgência, alçaram os autos a esta Corte.

É o relatório.

A insurgência apelatória promovida pela exequente está a merecer acolhimento, com a reforma, em decorrência, da douda sentença atacadada.

Ora, a execucional resistida respaldou-se, consoante se tem de fls. 4 dos autos de execução, em uma duplicata revestida de todas as formalidades em lei previstas, duplicata essa protestada em 29/4/96, sem que a esse protesto se opusesse o apelado.

A propósito, não se olvide que:

“O sacado que é notificado pelo Oficial de Protestos de Títulos a aceitar e pagar e nada responde, cria contra si uma presunção de legitimidade do saque e não pode em Juízo, quando executado, espancar a execução, alegando que não fez o pedido e não recebeu a mercadoria” (Ap. Cív. n. 32.649, rel. Des. João Martins).

No caso vertente, somente através de embargos, uma vez ajuizada a execucional objetivando a cobrança do questionado título, é que veio o sacado a defender-se, via embargos do devedor, alegando, então, que a questionada cártula havia sido assinada em branco, no início do ano de 1994, correspondendo à aquisição de mercadorias já pagas, posto que jamais adquiriu ele mercadorias da exequente, no início do ano de 1996 e que justificasse a emissão do título sob execução.

Para comprovar a versão na qual se estribam os embargos que opôs, valeu-se o executado de prova exclusivamente testemunhal, com as testemunhas por ele indicadas assegurando, em linhas gerais, que o apelado nada construiu no início do ano de 1996 e sim, apenas, em 1994, não tendo elas presenciado a entrega de qualquer mercadoria a ele, pela insurgente, em época contemporânea à da emissão do título em questão, bem como que o recorrido paga pontualmente os débitos de sua responsabilidade.

Dessas circunstâncias, e apenas delas, tirou-se a ilação de não ser o apelado devedor da duplicata em execução.

A prova testemunhal colhida, bem como a ilação dela aproveitada, não convence.

Em casos tais, impõe-se ressaltado que:

“É preciso sempre, entretanto, prova convincente para que se destrua a presunção de liquidez e certeza de título formalmente perfeito” (Ap. Cív. n. 24.946, da Capital, rel. Des. Norberto Ungaretti).

Ora, o fato de nada ter o executado construído no início do ano de 1996, aliado ao fato de não terem as testemunhas ouvidas presenciado qualquer entrega de mercadoria a ele, pela exequente, não equivalem à afirmação de que não tenha ele, efetivamente, adquirido as mercadorias que, faturadas, renderam ensejo à emissão da duplicata em cobrança, bem como não conforta essa conclusão a circunstância de os testigos inquiridos não haverem presenciado, na mesma época, a entrega de mercadorias ao executado.

Mesmo porque, segundo entendemos, as testemunhas ouvidas certamente não teriam permanecido o tempo todo observando se mercadorias foram ou não entregues ao executado, ou acompanhado sempre toda e qualquer transação comercial por ele efetuada, de forma a poderem precisar que, efetivamente, não adquiriu mercadorias da apelante, de modo a autorizar a emissão da duplicata exequenda.

Ainda mais quando o executado, embora afirme ter sido a duplicata por si aceita em branco, nos idos de 1994, correspondendo, pois, à aquisição de mercadorias naquele ano, não comprovou haver pago o débito resultante das aquisições reconhecidas, ou, pelo menos, da expressiva maioria dessas aquisições.

Certo está que a duplicata é título essencialmente causal; todavia, em que pese isso, quando aceita, desvincula-se ela totalmente da transação que lhe deu origem, tornando-se plenamente exigível.

A respeito, assinala o festejado Waldemar Ferreira:

“Quando, com efeito, recebida a duplicata, o comprador a aceita, assinando-a e devolvendo-a ao vendedor, subscreve título representativo do contrato de compra e venda, que celebrou, obrigando-se a pagar o preço respectivo no dia do vencimento da duplicata. Tem-se nela o ato jurídico perfeito e acabado” (Tratado de Direito Comercial, 1963, vol. 10, pág. 241).

Por seu turno, expõe o brilhante Fran Martins:

“A duplicata, título causal, pois nascido sempre de uma compra e venda a prazo, com a assinatura do comprador desprende-se da causa que lhe deu origem, já que o comprador não apenas reconheceu a exatidão da mesma, como a obrigação de pagá-la, na época do vencimento. A obrigação torna-se, desse modo, líquida, o que dá maior segurança de recebimento não apenas ao sacador-vendedor como a qualquer outra pessoa a quem o título seja transferido” (Títulos de Crédito, 1988, 4ª ed., vol. II, pág. 198).

No mesmo sentido, ensina o emérito Darcy Arruda Miranda Jr.:

“É afirmação de Theóphilo de Azeredo Santos, em sua monografia *Do Aceite*, pág. 50, que: O aceite cria obrigação de pagar o título, com completa abstração da causa ou relação

jurídica e, por outro lado, não cria direitos cambiários para o aceitante.

"(...)

"O sacado não é obrigado a aceitar, mas se o faz, deve pagar o título. É de se assinalar o antigo brocardo: quem aceita paga, pois que aceitar quer dizer obrigar-se a pagar, segundo regra mercantil.

"Embora tal regra não seja de direito absoluto, traduz, entretanto, inegável estreitamento nas possíveis alegações para se opor à cobrança executiva do título aceito" (Jurisprudência da Duplicata, São Paulo, RT, 1988, 2ª ed., pág. 176).

Ou, conforme leciona o ilustrado Antônio Carlos Costa e Silva:

"O importante a assinalar é que, sendo da substância da obrigação, o recebimento da mercadoria, pelo comprador, a prova da recepção do objeto do contrato teria que valer, naturalmente, como a prova da existência do contrato, acreditando-se com o mesmo valor do aceite lançado no lugar próprio, a assinatura do comprador no rodapé da Nota Fiscal ou do Conhecimento de Transporte. Isto é o bastante para que fique comprovado o an debeat, o que torna líquida a importância aludida no documento" (A Cobrança e o Procedimento Executivo da Duplicata, Forense, Rio, 1983, 2ª ed., pág. 29).

Também acerca do assunto, oportuno é transcreverem-se os acórdãos seguintes, deste Pretório:

"Constitui presunção absoluta de efetiva entrega da mercadoria o aceite da duplicata, que se torna título líquido e certo" (Ap. Cív. n. 28.064, rel. Des. Eralton Viviani).

"Com o aceite confere-se à duplicata o caráter de liquidez e certeza, de modo a não poder o comprador ou o beneficiário de serviços revogá-lo ou restringi-lo quanto aos seus efeitos e nem mesmo atacá-lo com apoio na falta de causa, posto que já reconheci-da esta em virtude daquele mesmo ato" (Ap. Cív. n. 33.158, rel. Des. Napoleão Amarante).

"Execucional — Embargos do devedor — Duplicata aceita — Aval — Decisum confirmado — Reclamo inacolhido.

"Aceita a duplicata, esta passa a circular como título literal, com as características de documento cambial..." (Ap. Cív. n. 33.159, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).

Por igual, a inércia da credora, não trazendo aos autos as notas fiscais que, emitidas, deram margem à duplicata exequenda, descumprida, pois, a determinação judicial a respeito, não é de molde a, ao contrário do entendido pelo ilustrado Decisor monocrático, firmar dúvidas a respeito da efetividade da cártula questionada.

Ocorre que, consoante se tem dos autos, a duplicata em cobrança foi aceita pelo recorrido.

A lei não erige, em absoluto, como condição essencial da execução de duplicata aceita, que esta se faça acompanhar da respectiva nota fiscal, pelo que não estará o credor obrigado a exibi-la e sem que possa essa falta de exibição, ainda que determinada judicialmente, vir em prejuízo dele.

Como também, em se tratando de título aceito, desnecessário faz-se o encartamento, aos autos, do comprovante da entrega das mercadorias faturadas, pois que, na forma da lei, tal so-

mente se torna indispensável em se tratando de título não aceite, quando, então, aliada ao protesto da cártula, a comprovação da efetiva entrega da mercadoria é pressuposto inderrogável da formação do título executivo.

A respeito, já enfatizou este Pretório, por acórdão da lavra do insigne Des. João José Schaefer:

“— Embargos de devedor. Duplicata aceita.

“Desnecessária na execução de duplicata aceita a exibição da nota fiscal que deu origem ao negócio entre as partes.

“Também não há necessidade, no caso, de prova da entrega da mercadoria, só exigível juntamente com o protesto, para suprir a falta de aceite.

“Aplicação do art. 15, II, da Lei 5.474/68” (Ap. Cív. n. 31.859, de Braço do Norte).

Pelas razões assim expostas é que se empresta provimento ao apelo interposto, reformando-se a sentença proferida, invertidos os encargos da sucumbência, prejudicado, em decorrência, o exame do agravo retido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 16 de junho de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011438-9, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Responsabilidade civil. Cirurgião dentista. Tratamento incompleto. Causação de danos à cliente. Obrigação ressarcitória inarredável, inclusive no referente a danos morais. Quantificação exacerbada destes. Redução. Apelo provido em parte.*

*Relativamente a seus clientes, a obrigação do cirurgião dentista é obrigação, não só de meio, mas também de resultado. Contêm os contratos de prestação de serviços odontológicos, ademais, implícita a cláusula de incolumidade do paciente, consubstanciada no dever de cumprimento do tratamento necessário sem o acarretamento de danos ou o agravamento da situação ostentada pelo cliente. Nesse contexto, inarredável é a culpa do odontólogo e, pois, a sua obrigação de compor os danos causados, inclusive os morais, que realiza tratamento incompleto na cliente, não removendo fragmento de instrumental endodôntico que confirma ter detectado em um dos canais radiculares do dente afetado, levando-a a um estado doloroso e traumático que só posteriormente vem a ser sanado por outro profissional.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011438-9, da comarca da Capital (1ª Vara), em que é apelante Jair Rogério Marcelino, sendo apelada Kátia Léa Gevaerd Rocha:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação majoritária, dar provimento parcial ao apelo, vencido o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto, que provia integralmente o recurso.

Custas legais.

Kátia Léa Gevaerd Rocha aforou, contra Jair Rogério Marcelino, ação de reparação de danos, relatando que, no início do ano de 1996, acometida de dores de dente dirigiu-se à Clínica Odontológica 24 Horas, pois os serviços dos quais podia dispor (Serviço Odontológico do Tribunal de Justiça de Santa Catarina) encontrava-se com suas atividades suspensas em virtude das férias forenses, sendo, então, submetida a tratamento de canal no dente 46 pelo cirurgião-dentista requerido.

Notícia a postulante que, decorrido aproximadamente um mês, voltou a sentir dores na mesma região, procurando, então, o Serviço Odontológico do TJSC, onde lhe foi informado, após exame radiográfico, que o dente 46 apresentava endodontia incompleta e instrumental endodôntico (lima) fraturado em um dos seus canais radiculares, decorrendo as dores de abscesso periodontal agudo, obrigando-se a tomar remédios para combater a infecção dentária instalada.

Diante desse quadro, a postulante foi submetida a nova interven-

ção cirúrgica para remover a raiz mesial do dente 46, tendo que arcar com os respectivos gastos, uma vez que o departamento odontológico do TJSC não realiza tal serviço. Em virtude dessa extração, terá a demandante que implantar uma prótese no local, o que ainda não teve ela condições de fazer, devido ao alto custo do serviço.

Outrossim, arremata a acionante, em razão do uso dos medicamentos para o controle da inflamação dentária, ocasionada esta pela imperita atuação do demandado, contraiu ela lesões agudas na mucosa gastroduodenal.

Clamou, por fim, pela condenação do demandado ao pagamento de uma indenização pelos danos materiais e morais que lhe foram infligidos, com os danos materiais correspondendo à quantia de R\$ 1.851,00, referente às despesas com a malfadada intervenção odontológica, com os custos das cirurgias reparadoras e com a implantação de prótese dentária, com o arbitramento, nos moldes do art. 1.533 do Código Civil, dos danos morais.

Em contestação, aduziu o demandado ter atendido a postulante em regime de urgência, praticando corretamente todos os atos que a profissão e a técnica lhe impunham, advertindo-a, logo no primeiro exame, da presença de um corpo estranho em um dos canais do dente 46.

Argumentou, na continuidade, que a realização de endodontia incompleta deveu-se à impossibilidade das condições mecânicas do canal afetado, bem como pela impossibilidade de repletamento completo do con-

duto radicular, do que deu ele conhecimento à demandante.

De outra banda, a extração de uma das raízes do dente 46 não modificou o planejamento da reabilitação protética, indicada independentemente do processo agudo sofrido a posteriori pelo mesmo dente, em face da extensa perda da porção coronal do elemento 46, circunstância essa igualmente do conhecimento da autora.

Esta, conclui o contestante, não logrou evidenciar qual teria sido a ação violadora do dever de cuidado a que estava ele adstrito, pugnando, então, pelo desacolhimento da ação deflagrada.

A requerente impugnou o teor da peça contestatória introduzida nos autos, realizando-se, na sequência, audiência de conciliação, a qual resultou inexitosa.

Após diversos adiamentos, realizou-se a audiência de instrução e julgamento, sendo ouvidas as testemunhas indicadas, feito o que as partes, por memoriais, produziram alegações finais.

Equacionando o litígio, o MM. Julgador monocrático, analisando as provas colhidas, entendeu como comprovada a imperícia e a negligência com que se houve o demandado, em razão de ele haver fraturado um instrumento endodôntico no interior de um dente, dando por finalizado um tratamento de canal incompleto, a par de não ter alertado a acionante sobre a necessidade da complementação dos serviços, para a feitura, em tempo adequado, da restauração definitiva. Expôs Sua Excelência, mais, que do ato imperito e negligente do demandado resultaram imensos aborrecimen-

tos e transtornos no cotidiano da postulante, vendo-se ela compelida, além da dor e sofrimento causados, a enfrentar mais sessões de tratamento, para a correção daquilo que, por culpa exclusiva do acionado, foi mal executado. Considerando todos esses pormenores, acolheu o pedido pòrtico, condenando o requerido ao pagamento de uma indenização equivalente a R\$ 1.851,00 a título de danos materiais, acrescido tal valor de juros legais a contar da data da citação inicial e com atualização monetária a partir da data do efetivo desembolso ou do respectivo orçamento, fixados os danos morais em 50 (cinquenta) salários mínimos. Impôs, ainda, ao acionado a responsabilidade pelas custas do processo e honorários advocatícios, estes na ordem de 20% do valor atribuído à causa.

Inconformado com o teor do decisum exarado, apelou o demandado, argumentando não haver prova de que o instrumento encontrado no canal do dente da recorrida tenha sido fraturado no tratamento por ele realizado, sustentando, com base em literatura técnico-científica, que a extração efetuada foi motivada, não pela presença de elemento estranho no canal do dente tratado, e sim por lesão de furca, resultando disso a ausência de nexo causal entre a conduta que lhe foi atribuída e os danos suportados pela acionante, postulando, então, pela reforma da sentença objurgada, em face da ausência dos pressupostos necessários à configuração da obrigação de indenizar.

Em sua resposta, observa a recorrida, em preliminar, a ocorrência de ofensa aos arts. 302 e 303 do CPC, vez que pretende o apelante encetar

discussão sobre fato não alegado na inicial nem na contestação, qual seja a lesão de furca, pelo que pede a não apreciação desse fato, em razão de ofender ele a imutabilidade da contenda.

No mais, aduz que os depoimentos tomados foram conclusivos no sentido de que o real motivo da extração do dente 46 foi a inflamação aguda causada pelo instrumental fraturado na raiz do dente, decorrente da atitude negligente e imperita do recorrente.

Requeru, ante isso, o não conhecimento do recurso interposto, em face da ausência do pressuposto do interesse recursal ou, então, o desprovimento, com a incursão do apelante nas sanções dos arts. 17 e 18 do CPC.

Observadas as cautelas de estilo, os autos alçaram a este Tribunal.

É o relatório.

A porfia recursal instaurada pelo demandado, impende observar, não está a merecer provimento integral e sim, apenas, parcial, referente à quantificação dos danos morais.

Consoante acentua Maria Helena Diniz:

“O dentista assume, em regra, uma obrigação de resultado, no que diz respeito aos problemas de ordem estética, principalmente em matéria de prótese, p. ex., na colocação de um pivô, na feitura de uma jaqueta. Todavia, o dentista, na cirurgia da gengiva, no tratamento de um canal, na obturação de uma cárie, situada atrás do dente, terá uma obrigação de meio, a de aplicar toda sua perícia, todo seu

zelo, no tratamento do cliente. Há hipóteses em que se aliam a questão da cura e da estética, devendo-se, então, apreciar cada caso concreto para verificar se agiu adequadamente” (Curso de Direito Civil Brasileiro, São Paulo, Saraiva, 1992, 6ª ed., 7º vol., pág. 210).

Linhas após, observa a insigne civilista:

“Violará os deveres profissionais o dentista que:

“1) omissis;

“2) omissis;

“3) Errar no tratamento, se: a) escolher tratamento impróprio; b) tratar mal o canal e a cárie; c) empregar instrumentos inadequados nas intervenções ou materiais impróprios, nas obturações e trabalhos de prótese; d) colocar mal o pivô e as jaquetas; e) utilizar prótese com defeituosa confecção técnica; f) empregar remédios perigosos ou trocados; g) extrair dente leviana, imprudente ou desnecessariamente; h) usar, com imperícia, aparelhos radiológicos e fisioterápicos; i) interpretar erroneamente radiografias claras; j) omitir providências, cautelas e conselhos que devam acompanhar o tratamento.

“4) omissis;

“5) omissis;

“O dentista só não será responsabilizado se o evento danoso se deu por erro escusável, em face do estado da ciência, por culpa da vítima, por caso fortuito ou força maior e se ele agiu sem culpa e de conformidade com as normas norteadoras do exercício de sua profissão” (págs. 210 e 211).

Acerca do assunto, enfatiza o Des. Pedro de Alcântara da Silva Leme:

“Seja ou não a melhor solução do problema da responsabilidade civil no campo da medicina, a verdade é que a teoria objetiva, ou de risco, é, hoje em dia, acertadamente, a meu ver, a preferida dos tribunais, que até bem pouco optavam decididamente pela subjetiva ou da culpa, considerando caracterizada a responsabilidade civil do médico apenas em face de erro grosseiro ou indesculpável negligência. Prevalece, agora, o reverso da medalha, incorrendo responsabilidade do facultativo somente quando inexistente nexo de causalidade ou comprovadamente presentes atos de terceiros, força maior ou culpa do próprio paciente” (O Erro Médico e suas Implicações Penais e Cíveis, in Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 1, pág. 121).

In casu, pretendeu a apelada, por via da ação intentada, responsabilizar o recorrido, profissional da odontologia, pelos danos materiais e morais que lhe foram causados, quando do tratamento do canal do dente 46, ao argumento básico de que, havendo o recorrente submetido tal dente a uma “endodontia”, cerca de um mês após a intervenção cirúrgica, voltou ela a sentir fortes dores; então, atendida no Serviço Odontológico deste Tribunal de Justiça, restou constatado que o serviço fora feito de maneira incompleta, encontrando-se, outrossim, em um dos canais radiculares do mesmo dente, um instrumental fraturado.

O apelante, quer na contestação que aforou, quer em suas razões

recursais, furta-se ao reconhecimento da responsabilização que lhe foi aco- metida, afirmando ter advertido a recorrida, logo no primeiro exame, da presença de um instrumental endodôntico em um dos canais, com a endodontia incompleta que realizou fazendo-se plenamente justificável pelas condições mecânicas em que se encontrava o canal em questão e pela impossibilidade de obter-se o repletamento completo.

Ora, refoge à nossa compreensão poder um profissional odontológico, procurado para sanar um problema dentário que estava afetando a postulante, fazer um tratamento incompleto, deixando um pedaço de instrumental endodôntico em um dos canais, quando não podia ter ele desconhecimento dos problemas que à demandante seriam causados; ainda que não tenha sido ele a deixar tal material ali, quando menos constatou ele a sua presença em um dos canais, deixando, entretanto, de removê-lo.

Mas, em que pese isso, limitou-se ele a advertir a autora sobre essa situação, fazendo, então, um repletamento incompleto.

É, sem dúvida, um belo exemplo da negligência com que certos profissionais tratam a saúde do nosso POVO!

A prova da existência, em canal de um dos dentes da apelada, de fragmento do instrumental fraturado encontra-se na radiografia de fls. 17, atestada, outrossim, na ficha de fls. 16, por profissional do Departamento Odontológico deste Tribunal.

O Dr. Eduardo Dutra, profissional odontológico desta Casa, assegura às fls. 90 que “no caso da autora o



que levou a mesma a sentir dores foi o tratamento de canal, provavelmente em decorrência do fragmento instrumental lá encontrado, o que levou à não completa extirpação do nervo, decorrendo uma inflamação muito grande e, daí, as dores".

Desse contexto dimana, como irrefutável, que a inflamação dentária que acometeu a apelada, conduzindo-a a um estado doloroso, decorreu essencialmente do tratamento incompleto do canal afetado, motivado pela existência do fragmento de instrumental que ali se encontrava por fato atribuível ao insurgente, pelo menos por não tê-lo erradicado, ainda que, consoante pelo mesmo confirmado, tenha constatado a sua indevida presença no canal em questão.

No mesmo sentido, o Dr. Dante Valcanaia (fls. 92 e 93), igualmente vinculado ao setor odontológico deste Tribunal, diz que:

"Pela radiografia de fls. 17, pode-se afirmar que o canal tratado não foi repletado até a altura ideal, até em função do instrumental que ali se encontrava, sendo que, além desses sintomas já havia uma expressão radiográfica, levando a crer na existência de uma infecção".

Havia, evidente faz-se nos autos, uma anterior lesão de furca na situação odontológica da demandante.

Contudo, como assinala o Dr. Eduardo Dutra da Silva, às fls. 90, "inexiste relação entre uma lesão de furca e o tratamento de canal", observando o mesmo profissional, às fls. 93, que "esta lesão provavelmente não tem ligação com o estado do canal".

Enfatize-se, no quadro assim pincelado, que, como com total propriedade salientou o culto Julgador singular:

"Não há, como pretende o réu, forma de fugir à responsabilidade. Sob os vários aspectos por onde abordados os fatos, exsurge cristalina a imperícia ou negligência com que se houve. Foi dito de início que em casos tais o dentista assume uma obrigação de meio, qual seja, de aplicar toda a sua perícia, todo o seu zelo, no trato do cliente. Aqui não ocorreu; não há se reconhecer perícia em que fratura um instrumental no interior de um dente dando por finalizado tratamento de canal que se apresentava incompleto, e a tudo alheio dá por cumprida a sua tarefa sem sequer alertar da necessidade de complementação dos serviços com a feitura da obturação definitiva em tempo adequado".

Houve, na hipótese vertente, saliente-se, um contrato de serviços profissionais entre os litigantes, contrato esse materializado pelo tratamento feito, pelo que incumbiria ao reclamante recursal realizar esse tratamento a contento e não de maneira incompleta como feito, pois a sua obrigação, como profissional da odontologia que é, sem deixar de ser uma obrigação de meio, é também uma obrigação de resultado.

O emérito J. Guimarães Mene-gale, no estudo "Responsabilidade profissional do cirurgião dentista", deixou observado que:

"Figura-se-nos, todavia, que, entre o profissional e o cliente, se articula um vínculo contratual, de que são elementos: a prestação de serviços

profissionais e a satisfação dos honorários.

"(...)

"Releva, porém, caracterizar a rigor o objeto do contrato assim estabelecido. Nas profissões sanitárias, como a medicina e a odontologia, é evidente que o compromisso contratual do profissional não pode consistir em restaurar a saúde agravada, mas em empregar todos os recursos disponíveis com esse fim. Por isso, diz-se que é uma obrigação de meio e não de resultado, ou — para adotarmos a definição da jurisprudência francesa — consiste em prodigalizar ao cliente 'cuidados conscienciosos, atenciosos, e, salvo circunstâncias excepcionais, conforme aos dados adquiridos pela ciência'.

"(...)

"No concernente à profissão cirúrgico-dentária, acreditamos que o compromisso profissional é menos de meio que de resultado. Efetivamente, à patologia das infecções dentárias corresponde etiologia específica e seus processos são mais regulares e restritos, sem embargo das relações que podem determinar com desordens patológicas gerais; conseqüentemente, a sintomatologia, a diagnose e a terapêutica são muito mais definidas, — e é mais fácil para o profissional comprometer-se a curar" (Revista Forense, outubro de 1939, vol. LXXX, fascículo 436, pág. 53).

Destaquem-se, a respeito da matéria aqui ventilada, os acórdãos assim ementados:

"Responsabilidade civil — Dentista — Ortodontista — Necessidade de habilitação especial — Contrato de prestação de serviços — Cláusula

contratual implícita de incolumidade do paciente — Processo disciplinar — Absolição — Irrelevância.

"(...)

"Nos contratos de prestação de serviços odontológicos e médicos, considera-se implícita a cláusula de incolumidade do paciente, consistente no dever de cumprimento da obrigação sem produção de dano ou agravamento de sua saúde, ressaltando-se as hipóteses em que tal risco seja necessário, desde que haja prévia anuência daquele ou de seus familiares. (...)" (TAMG, Ap. Cív. n. 148.230-4, de Juiz de Fora, rel. Juiz Brandão Teixeira, DJMG, II, 28/6/94, pág. 4).

"Indenização — Responsabilidade civil — Dentista — Execução insatisfatória dos serviços, obrigando o autor a refazê-los, bem como a pagá-los novamente a outro profissional — Condenação do réu na devolução da quantia recebida — Embargos rejeitados" (JTJ-LEX 159/250).

"Indenização — Responsabilidade civil — Serviços físicos e estéticos decorrentes de sua má prestação — Alegada falta de higiene e cuidados por parte da autora — Inadmissibilidade — Hipótese de obrigação de resultado — Ademais, dever da dentista orientar sua cliente sobre os devidos cuidados — Irrelevância, ademais, quanto à predisposição à doença — Verba devida, inclusive a título de dano moral — Improcedência — Recurso provido" (TJSP, 2ª Câm. Cív., Ap. Cív. n. 190.301-1, de São Paulo, julg. em 22/6/93, rel. Des. Urbano Ruiz).

Oportuno é trazer-se à baila, ainda, o seguinte aresto:

"A culpa é a falta de diligência na observância da norma de conduta, isto é, o desprezo, por parte do agente, do esforço necessário para observá-la, com resultado, não objetivado, mas previsível, desde que o agente se detivesse na consideração das consequências eventuais de sua atitude. A lei somente exclui a culpa diante do caso fortuito ou de força maior, cujas causas estão localizadas na imprevisibilidade do evento e cujos efeitos não era possível evitar ou impedir. Apenas e exclusivamente os fatos inevitáveis, imprevisíveis, necessários, dão consistência ao fortuito ou à força maior, como eximentes da obrigação ressarcitória, bastando uma parcela mínima de culpa por parte daqueles que os invoquem para excluir quaisquer daquelas causas exonerativas da obrigação de indenizar" (TAMG, Ap. Cív. n. 20.980, rel. desig. Juiz Lellis Santiago, ADV n. 31, ano II, pág. 490, Ementa n. 5.597).

Pertinentemente aos danos morais, resta ver incidirem eles em hipóteses como a dos autos, aparadas de muito as arestas que geravam dúvidas acerca da sua indenizabilidade concomitantemente com os danos materiais advindos de atitudes dolosas ou meramente culposas.

De conformidade com o escólio de Maria Helena Diniz:

"Na reparação do dano moral, o dinheiro não desempenha a função de equivalência, como no dano material, porém concomitantemente a função satisfatória e a de pena. Se a responsabilidade civil constitui uma sanção, não há por que não se admitir o ressarcimento do dano moral, misto de pena e de compensação. Portanto, há

danos cujo conteúdo não é dinheiro, nem uma coisa comercialmente redutível a dinheiro, mas a dor, a emoção, a afronta, a aflição física ou moral, ou melhor, a sensação dolorosa experimentada pela pessoa" (obra cit., 46 e 47).

Na mesma obra, realça a insigne civilista:

"A reparação do dano moral cumpre, portanto, uma função de justiça corretiva ou sinalagmática, por conjugar, de uma só vez, a natureza satisfatória da indenização do dano moral para o lesado, tendo em vista o bem jurídico danificado, sua posição social, a repercussão do agravo em sua vida privada e social e a natureza penal da reparação para o causador do dano, atendendo a sua situação econômica, a sua intenção de lesar (dolo ou culpa), a sua imputabilidade etc..." (pág. 75).

Evidentemente, em estados dolorosos como aquele experimentado pela postulante, o ser humano passa por diversos desses estágios, sofrendo, automaticamente, aflições físicas várias, emoções diversas, modificações no estado de espírito, dores e outros que, interligados ou não, se integram como componentes do dano moral.

Considerando todos os dissabores acarretados à apelada, os transtornos que, por certo, foram causados em sua vida pessoal e familiar, é que entendemos caracterizada a ocorrência, também, de danos morais.

Entende a Câmara, entretanto, que o valor de 50 (cinquenta) salários mínimos estabelecidos na sentença vergastada mostra-se um tanto alto e equidistante da realidade econômica

atravessada, na atualidade, pelo País e, por isso, utilizados os parâmetros normalmente usados em julgamentos anteriores, reduz-se o quantitativo dos danos morais para 25 (vinte e cinco) salários mínimos.

Mesmo porque, não se olvide que:

“A vítima de lesão a direitos de natureza não patrimonial (Constituição da República, art. 5º, incisos V e X) deve receber uma soma que lhe compense a dor e a humilhação sofridas, e arbitradas segundo as circunstâncias. Não deve ser fonte de enriquecimento, nem ser inexpressiva” (RJTJESP 137/187).

Nesse aspecto, portanto, dá-se provimento parcial ao apelo deduzido, mantendo-se, no mais, o douto decisor combatido.

Participou do julgamento, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto.

Florianópolis, 16 de junho de 1998.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente com voto vencedor;  
Trindade dos Santos,  
Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Newton Trisotto:

1. O Dr. Dante Del Valle Valcaña disse que a autora o procurou relatando que se submetera a um tratamento de canal, realizado pelo réu, e que dias depois passou a sentir fortes dores. Examinando-a, constatou que no canal do dente tratado (primeiro molar permanente inferior direito, n. 46) fora deixado fragmento de um instrumental fraturado, o que levou a um

abscesso. Por isso, encaminhou a paciente a um especialista, Dr. Eduardo Dutra da Silva.

O nominado, depondo em Juízo, narrou que constatou dois problemas: a) uma lesão de furca (“que significa perda óssea entre as duas raízes”); b) existência de um instrumento fraturado na raiz mesial (a primeira das duas raízes) do dente.

Admito que o réu tenha deixado o instrumental fraturado no dente da autora. Ainda sendo, impõe-se perquirir se há relação de causalidade entre esse fato e a extração da raiz mesial.

O Dr. Eduardo Dutra da Silva afirmou que “inexiste relação entre uma lesão de furca e tratamento de canal”.

Aos dois dentistas que trataram da autora não foi perguntado qual a causa determinante da extração da raiz mesial: se a lesão de furca ou o canal mal obturado.

José Nazareno Gil, também dentista, limitou-se a declarar que “teve uma conversa telefônica com o doutor Eduardo Dutra da Silva e, em meio desta, veio à baila a questão ora discutida, quando então, lembra, o mesmo afirmou que teria feito a cirurgia de remoção de uma das raízes por causa da lesão de furca ou periodontal” (os grifos não constam do original).

Se não há relação entre a lesão de furca e o instrumental fraturado e se aquela foi a causa da extração da raiz, forçoso concluir que um dos pressupostos da responsabilidade civil não está comprovado: nexos de causalidade (RODRIGUES, Silvío. Direito civil, Saraiva, vol. 4, 13ª ed., 1993).

2. A autora postula indenização por dano moral, este resultante de dano estético.

Conforme já referido anteriormente, o réu tratou do primeiro molar permanente inferior direito (n. 46). Esse dente permanece oculto e com o "núcleo" a ser implantado haverá ple-

na correção da arcada dentária. O abalo emocional não restou demonstrado. Nessas circunstâncias, tenho que não há se falar em dano estético ou moral a ser indenizado.

3. Pelas razões expostas, disenti da douda maioria.

*Newton Trisotto.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001176-0, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Trindade dos Santos**

*Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS) — Nulidade da sentença — Prefacial arredada — Obrigação do Estado ao fornecimento dos medicamentos indispensáveis à contenção do progresso do mal — Sentença confirmada — Apelo e remessa desprovidos.*

*— Não é nula a sentença, pelo fato de haverem sido julgadas unificadamente a ação principal e a cautelar preparatória a ela apensada, quando esta não fora ainda apreciada. O julgamento conjunto dos dois processos, aliás, sempre foi praxe utilizada e consentida no Judiciário.*

*— Fundamentação escassa não se confunde com ausência de fundamentação. E somente a completa ausência de fundamentação é que conduz à nulidade da sentença. Se, conquanto sucinta, fundamentação há, inacolhível é a nulidade invocada.*

*— Mesmo que as normas constitucionais que inscrevem a saúde como um direito de todos e dever do Estado sejam de ordem programática, posto que não delimitado o seu objeto nem fixada a sua extensão, carecendo, pois, de norma integrativa que as complemente, encontram elas essa integração e complementação, quanto aos portadores da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida, na Lei n. 9.313, de 13/11/96.*

*Tornando refalado diploma legislativo obrigatório o fornecimento, pelo Sistema Único de Saúde, de toda a medicação indispensável ao tratamento da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida e sendo o Estado integrante do mesmo Sistema, a este compete forne-*

*cer os medicamentos indispensáveis a, na pior das hipóteses, deter a progressão da moléstia.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001176-0, da comarca da Capital (Vara da Fazenda e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado P. C. J.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, desprover a remessa e o apelo voluntário.

Custas legais.

P. C. J. interpôs ação ordinária de reconhecimento de direito cumulada com obrigação de fornecimento de medicamento contra o Estado de Santa Catarina, informando ser portador da Síndrome de Imunodeficiência Adquirida — AIDS —, encontrando-se em grave estado de saúde e sem condições financeiras de adquirir os remédios necessários para o tratamento da doença.

Asseverou o requerente que os medicamentos AZT e DDI, fornecidos pelo Sistema Único de Saúde (SUS), não produzem mais os efeitos almejados, sendo necessária a utilização de novas drogas denominadas de inibidores de protease e inibidores da transcriptase reversa, as quais associadas a outros remédios formam o chamado “coquetel de medicamentos”, diminuindo em até 90% o nível viral, aumentando, conseqüentemente, a expectativa de vida dos soropositivos, razão pela qual necessita ingerir diariamente o remédio INVIRASE (SAQUINAVIR), os quais possuem

custos incompatíveis com os poucos recursos que recebe.

Estribou sua pretensão nos arts. 153 a 155 da Constituição Estadual c/c os arts. 2º, 5º, 6º e 7º da Lei 8.080/90, alegando, outrossim, a desnecessidade de licitação para a compra dos medicamentos requeridos, conforme arts. 24 e 25 da Lei n. 8.666/93.

Requeru a citação do Estado de Santa Catarina, e a procedência do pedido exarado, com a declaração do direito de receber o medicamento SAQUINAVIR, condenando-se o Estado a adquirir e entregar imediatamente a droga enquanto for útil e necessária para o seu tratamento.

Na contestação que apresentou, o Estado de Santa Catarina argüiu, em preliminar, inépcia da inicial por impossibilidade jurídica do pedido, vez que é defeso a ele obter medicamentos sem observância das exigências contidas na Lei n. 8.666/93, que trata das licitações, postulando, assim, a extinção do processo, aduzindo, no mérito, estar cumprindo o seu dever constitucional de fornecer a medicação, através do SUS, conforme afirmou o próprio autor na inicial.

Alegou que o postulante não comprovou a adequação dos remédios pretendidos ao estado clínico em que se encontra, asseverando, ainda, o caráter experimental das drogas em questão, não se podendo, por isso, afirmar a eficácia do tratamento.

Destacou, ainda, não dispor de autonomia para determinar a compra dos medicamentos pretendidos, haja

vista que o SUS tem gerenciamento e centralização de recursos em nível federal, cabendo, então, ao Ministério da Saúde a aquisição e distribuição dos medicamentos.

Postulou, por isso, a extinção do processo por impossibilidade jurídica do pedido ou a improcedência do pleito, em face da ausência de comprovação da eficácia das drogas reclamadas, por estarem em fase experimental.

Tendo o requerente se manifestado sobre a contestação ofertada, o Dr. Promotor de Justiça opinou pela procedência da ação.

Julgando antecipadamente o feito, o MM. Juiz de Direito a quo rejeitou a preliminar suscitada, ao entendimento de que a licitação pode ser dispensada no caso sub judice, conforme exceção prescrita no art. 24, IV, da Lei n. 8.666/93. No mérito, sustentou que o Ministério da Saúde repassa verbas para os Estados-membros adquirirem os medicamentos e que, além disso, existem os recursos arrecadados através do CPMF. afirmou que os documentos trazidos pelo autor, em especial aqueles acostados na medida cautelar, demonstraram de forma inequívoca a necessidade dos remédios, asseverando, ainda, que o direito do requerente tornou-se indiscutível com o advento da Lei n. 9.313, de 13/11/96. Por esses motivos confirmou a liminar concedida, julgando procedentes a medida cautelar autuada em apenso e a ação principal, reconhecendo o direito do autor de receber gratuitamente o medicamento SAQUINAVIR, enquanto útil e necessário ao seu tratamento. Condenou o vencido no pagamento das

custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 600,00, englobando ambas as ações.

O Estado de Santa Catarina, não se conformando com o decisum exarado, interpôs recurso de apelação, alegando, em síntese, a nulidade da sentença, por ter sido decidido, numa única peça, duas ações de procedimentos distintos (cautelar e ordinário) e, também, por ausência de fundamentação específica em relação à ação principal.

Aduz, ainda, equívoco na decisão, porquanto fundada no art. 153 da Constituição Estadual, mas prolatada à luz do art. 196 da Carta Magna, reeditando, no mais, seus argumentos contestatórios.

Respondido o apelo deduzido, o Ministério Público, em ambas as instâncias, pronunciou-se pela confirmação do decisum prolatado.

É o relatório.

À insurgência apelatoriamente deflagrada pelo Estado de Santa Catarina, bem como à remessa obrigatória a que está sujeita a sentença prolatada nos autos presentes, impõe-se negado provimento.

De início, há que se descartar as preliminares invocadas pelo recorrente, objetivando marcar de nulificação o duto provimento judicial prolatado.

Diz o Estado de Santa Catarina estar eivada de nulidade a sentença impugnada, em razão de haver ela englobado, para fins decisórios, a lide principal e a ação cautelar preparatória intentada pelo apelado.

O argumento em foco, no entanto, não se faz passível de acolhi-

mento, uma vez que não gera qualquer nulidade o fato de o Julgador singular ter unificado o ato decisório, equacionando numa única sentença a ação principal e a acessória.

Por acórdão da pena do brilhante Des. Eder Graf, já disse este Sodalício, acerca da matéria:

“Se a cautelar preparatória não foi julgada antes da ação principal, convém que sejam apreciadas unificadamente” (Ap. Cív. n. 36.705, da Capital).

Do corpo do transcrito acórdão colhe-se:

“A preliminar de cerceamento de defesa em face do apensamento da medida cautelar inominada à ação principal e julgamento conjunto não pode ser acolhida, posto que adequadamente instruída, o que levou o magistrado a torná-la definitiva. Aliás, constitui praxe longeva o julgamento conjunto da cautelar preparatória e respectiva ação principal, da qual é sempre dependente”.

Essa solução mostra-se de todo adequada, quando se tem que, com o julgamento de mérito da demanda principal, esvaziado por completo resultou o conteúdo da medida cautelar preparatória interposta pelo apelado!

Identicamente, não há como se acatar a prefacial da nulidade da sentença vergastada, ao argumento de ausência de fundamentação específica quanto à matéria versada na lide principal.

Ora, in casu, o douto Sentenciante singular declinou, com total suficiência, os fundamentos legais que o levaram a acolher a proposição do re-

corrido, respaldando-se ele nos aspectos principais do questionamento, pelo que não estava obrigado a responder, com especificidade, a cada um dos argumentos contestatórios desfilados pelo Estado insurgente.

Ainda que se entendesse, como quer o apelante, ser escassa ou sucinta a fundamentação utilizada pelo Julgador monocrático, ainda assim a pretensa nulidade impor-se-ia afastada.

Ocorre que:

“O que gera a nulidade da sentença não é a escassez de fundamentação, mas a sua absoluta ausência. Assim, se, embora sucinta, a fundamentação existe, não é de se acolher a nulidade argüida” (JM 105/144).

No mesmo sentido, enfatize-se:

“Na composição da lide, por operação dialética, basta ao órgão julgador reunir os pontos relevantes, sobre os quais, fundamentadamente, se deve pronunciar, não havendo exigência alguma de responder argumento por argumento da parte” (RJTJRS 130/243).

É argüição que, portanto, se descarta!

Quanto aos autos em si, evidentemente, não havia como ser acolhida a prefacial argüida pelo Estado de Santa Catarina, quando, na busca da extinção do feito sem apreciação do mérito, invocou a sua impossibilidade de adquirir medicamentos independentemente do indispensável procedimento licitatório ou de prévia existência de dotação orçamentária a respeito.

No concernente à indispensabilidade de licitação para a aquisição



dos medicamentos pretendidos pelo recorrido, tem-se que a própria Lei de Licitações — Lei n. 8.666/93 — dispensa a necessidade de licitação, sempre que caracterizada a urgência da situação.

É o que ressalta da dicção do art. 24, inciso IV, do referido Pergaminho Legal, quando diz:

“ (...) é dispensável a licitação nos casos de emergência ou de calamidade pública, quando caracterizada urgência de atendimento de situação que possa ocasionar prejuízo à segurança da pessoa”.

Tecendo seus comentários a respeito, diz Marçal Justen Filho:

“O dispositivo enfocado refere-se aos casos onde o decurso de tempo necessário ao procedimento licitatório normal impediria a adoção de medidas indispensáveis para evitar danos irreparáveis. Quando fosse concluída a licitação, o dano já estaria concretizado. A dispensa de licitação e a contratação imediata representam uma modalidade de atividade acautelatória do interesse público” (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos, 4ª ed., Aide Editora, pág. 152).

E resta caracterizada a extrema necessidade e urgência, em se tratando de reclamo de doente a quem o Estado deve atendimento, pena de, relegado esse atendimento, estar contribuindo, e talvez decisivamente, para a aceleração de um desenlace fatal.

Incorre na hipótese dos autos, há que se concluir, a vedação de que cogitou o Estado em sua peça contestatória, pelo que era mesmo de ser arredada a invocada preliminar.

Irrelevante, de outro lado, mostra-se a falta de prévia dotação orçamentária que possibilite a aquisição, pelo Estado, da questionada medicação.

Consoante enfatiza João Angélico:

“Durante a execução orçamentária, o Poder Executivo pode solicitar ao Legislativo, e este conceder, novos créditos orçamentários. Eles serão adicionados aos créditos que integram o orçamento em vigor. Por essa razão, denominam-se créditos adicionais.

“Os créditos adicionais aumentam a despesa pública do exercício, já fixada no orçamento.

“A fim de não prejudicar o equilíbrio do orçamento em execução, a lei determinará que cada solicitação de crédito adicional será acompanhada da indicação de recursos hábeis (art. 43).

“São considerados recursos hábeis: (...); III — os resultantes de anulação parcial ou total de dotações orçamentárias ou de créditos adicionais, autorizados em lei; (...) (art. 43).

“A Lei n. 4.320, de 17.3.64 (Lei Orçamentária), em seu título V, regula os créditos adicionais, classificando-os em suplementares, especiais e extraordinários (incisos I, II, III, do art. 41).

“No caso presente, trata-se de crédito pessoal, eis que os créditos especiais destinam-se a amparar programas novos que não figuram no orçamento” (Contabilidade Pública, Ed. Atlas, pág. 35).

De total aplicabilidade à hipótese in judicio, por isso mesmo, o acór-

dão assim ementado, da lavra do eminente Des. Francisco Borges:

"...Ademais, 'Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida' (Min. Celso de Mello, despacho Petição 1.246-1/SC).

"Deparando-se o Julgador com caso como o revelado nos autos, em que a agravada, pessoa pobre, acometida desse dramático e funesto mal que é a AIDS, necessitada de tratamento inadiável e em uso no momento atual, de considerável eficácia na preservação da vida dos portadores do vírus do HIV, não seria justo exigir-lhe outra conduta, senão a de impor ao Poder Público a obrigação de fornecer os medicamentos capazes de minorar o sofrimento e evitar a morte do paciente, até porque é dever do Estado assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde (CF, arts. 6º e 196)" (AI n. 96.010901-3, da Capital).

Ressalte-se, de outro lado, não ter influência alguma na solução do litígio em questão o fundamento buscado pelo Estado acerca da não comprovação da utilidade e eficácia do tratamento pretendido pelo apelado, prova essa que, aliás, incumbia ao demandado, que nenhuma prova produziu a propósito.

De reportagem levada a efeito com dois portadores do mal em referência e, mormente quanto ao otimismo deles em relação ao controle da moléstia, colhe-se o seguinte:

"O otimismo dos dois só é possível graças às descobertas de pesquisadores em todo o mundo e, sobretudo, aos efeitos positivos do coquetel de medicamentos apresentado pelo pesquisador chinês David Ho, em julho de 1996, na conferência de Vancouver, no Canadá, diante de 15.000 participantes. Essas combinações, formadas na maioria dos casos por duas drogas antivirais e uma inibidora de protease (atuante na fase final de reprodução do vírus), foram colocadas no mercado de vários países do mundo a partir de 1996. O Brasil foi um dos primeiros países do mundo a distribuir gratuitamente essas combinações aos soropositivos, a partir do início de 1997" (Isto É, n. 1.486, pág. 92).

Da mesma matéria, destaque-se os seguintes trechos:

"No País, o sucesso do primeiro ano da 'geração coquetel' é evidente. (...) O Ministério da Saúde ainda faz contas, mas os primeiros dados apontam uma redução média de 40% nos óbitos em todo o País. (...) 'Nos anos 80, um soropositivo tomado por uma doença oportunista grave normalmente não resistia mais de um ano. Hoje, 60% dos usuários do coquetel vivem pelo menos cinco anos', atesta o infectologista André Lomar, do hospital paulistano Albert Einstein".

Pertinentemente à matéria de fundo, por igual improsperável faz-se a remessa oficial, posto que os argumentos de que se utilizou o Estado de

Santa Catarina para ilidir a sua obrigação constitucional a respeito são por demais frágeis.

Ora, a nossa Carta Magna, após claramente inscrever, em seu art. 6º, ser a saúde um direito social de todo e qualquer cidadão, dispõe incisivamente, no art. 196, reproduzido integralmente pela Constituição Estadual, que “A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantida mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”.

Firmou, entretanto, o colendo Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Min. Demócrito Reinaldo:

“O direito à saúde — direito de todos e dever do Estado — é norma constitucional programática, protege um interesse geral, todavia, não confere aos beneficiários desse interesse o poder de exigir a sua satisfação, pela via do procedimento jurisdicional, eis que, não delimitado o seu objeto, nem fixada a sua extensão, carece de que o legislador exerça o múnus de completá-la através de legislação integrativa. Essa e outras normas (arts. 195, 196, 204 e 227 da Constituição Federal) são de eficácia limitada, ou, em outras palavras, não têm força suficiente para desenvolver-se integralmente, ou não dispõem de eficácia plena, pois que dependem, para ter incidência sobre os interesses tutelados, de legislação complementar” (RMS 6.564).

Em seus comentários sobre o assunto, observa o emérito Pinto Ferreira:

“A saúde, por definição constitucional (art. 196), é um direito de todos e dever do Estado. Tal direito à saúde, na realidade, é bastante inócuo, pois não cabe a determinada pessoa uma ação para exigir do Estado o cumprimento de tal direito. Apesar de o Código Civil estabelecer, em seu art. 75, que a todo direito corresponde uma ação que o assegure, não há nenhuma ação conferida à pessoa para tornar completo o direito à saúde. Um direito sem ação a assegurá-lo nada é; também uma ação sem direito que a fundamente é nada. Assim sendo, o direito à saúde é uma mera ilusão constitucional caso não esteja estatuído como um direito público subjetivo acionável contra o Estado ou o Poder Público” (Comentários à Constituição Brasileira, vol. 7, pág. 17).

Adverte, em igual sentido, o douto José Cretella Júnior:

“Na regra jurídica constitucional que dispõe ‘todos têm direitos e o Estado tem dever’ — dever de saúde — na realidade ‘todos não têm direito’, porque a relação jurídica entre o cidadão-credor e o Estado-devedor não se fundamenta em vinculum juris gerador de obrigações, pelo que falta ao cidadão o direito subjetivo público, oponível ao Estado, de exigir em juízo as prestações prometidas, a educacional e a da saúde, a que o Estado se obrigara por proposição ineficaz dos constituintes, representantes do povo. O Estado deve, mas o debet tem conteúdo ético, apenas, conteúdo que o bônus administrador procurará proporcionar a todos, embora a tanto não

seja obrigado” (Comentários à Constituição de 1988, vol. VIII, pág. 4.334).

Em suas críticas ao art. 196 da Magna Carta, enfatiza o brilhante Wolgran Junqueira Ferreira:

“Inicia este artigo com uma hesitação no campo jurídico ao afirmar que ‘a saúde é direito de todos’.

“Estabelece o Código Civil no artigo 75 que ‘A todo direito corresponde uma ação que o assegura’. Decorre daí que não há direito sem ação. E o artigo 76 afirma que ‘para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral’.

“Portanto, passou despercebido aos juristas constituintes que a saúde não é um direito, pois a este direito não corresponde nenhuma ação.

“O que na realidade existe é o direito de assistência pelo Estado. Tem este o direito-dever de assistir aos doentes e estes, direito de receber assistência.

“Mas, dizer-se que a saúde é direito de todos é assinar a Constituição demonstrando ao país o nível de conhecimento jurídico dos constituintes e se eles teriam a capacitação para elaborá-la e subscrevê-la” (Comentários à Constituição de 1988, Julex Livros Ltda., 1989, 1ª ed., vol. 3, pág. 1.038).

Manifestando-se acerca do assunto, proclamou esta Corte de Justiça:

“No confronto das disposições constitucionais e de ordem infraconstitucional que o caso concreto suscita e que irá presidir a final a solução da controvérsia, devem prevalecer por ora e para o fim de autorizar a defla-

gração da ação aquelas que erigem a saúde como direito social a cargo do Estado (arts. 6º e 196, CF/88; 153, CE/89). Em complemento a esses preceitos ou de forma a ensejar-lhes a necessária eficácia, sobressai a norma prevista no artigo 198 da Lei Maior — revivida na Carta Estadual, art. 155, que prevê o Sistema Único de Saúde, integrado pelo Estado, objetivando o atendimento integral nessa área.

“Enfim, no âmbito da liminar — o que deve prevalecer é a salvaguarda do direito natural e nele se insere o direito à vida” (AI n. 96.007056-7, da Capital, rel. Des. Alcides Aguiar).

Ainda que se tenha que as normas constitucionais previsoras do direito à saúde possam ser programáticas, especificamente quanto ao mal ostentado pelo recorrido, têm elas como legislação integrativa a Lei n. 9.313, de 13/11/96, que, de modo claro, preceitua, in litteris:

“Art. 1º — Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

“Art. 2º — As despesas decorrentes da implementação desta lei serão financiadas com recursos do orçamento da seguridade social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento”.

A respeito, disse este Tribunal, por acórdão da lavra do ínclito Des. Alcides Aguiar:

“(…)”

“De qualquer sorte, o direito do agravado ao tratamento gratuito, com o recebimento de toda a medicação necessária, está amparado em lei federal, com a edição da Lei n. 9.313, de 13/11/96.

“Por tal diploma assegurou-se aos portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes da AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) o recebimento gratuito, do Sistema Único de Saúde, de toda a medicação necessária ao tratamento (art. 1º)” (AI n. 96.012549-3, de Criciúma).

Outrossim, acentuou o insigne Des. Eder Graf:

“(...) as normas programáticas da Constituição Federal nele questionadas adquiriram a adequada densidade normativa com o advento da Lei n. 9.313 de 13/11/96 (DOU n. 222, de 14/11/96, pág. 1), que preceitua expressamente:

“Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento” (AI n. 96.010064-4, de Criciúma).

Ou, como com total propriedade expressou o aplaudido Des. Xavier Vieira, no corpo do acórdão referente ao Agravo de Instrumento n. 96.012721-6, da comarca de Aranguá:

“Sendo a saúde direito de todos e dever do Estado (CF, art. 196, CE, art. 153), torna-se o cidadão credor desse benefício, ainda que não haja serviço oficial ou particular no País para o tratamento reclamado. A exis-

tência de previsão orçamentária própria é irrelevante, não servindo tal pretexto como escusa, uma vez que o executivo pode socorrer-se de créditos adicionais.

“A vida, dom maior, não tem preço, mesmo para uma sociedade que perdeu o sentido da solidariedade, num mundo marcado pelo egoísmo, hedonista e insensível. Contudo, o reconhecimento do direito à sua manutenção (...), não tem balizamento caritativo, posto que carrega em si mesmo o selo da legitimidade constitucional e está ancorado em legislação obediente àquele comando”.

Não se esqueça de que, consoante acentua Zanobini:

“Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político. As pessoas doentes representam ônus e perigo contínuo para a sociedade: ônus, na medida em que não lhe trazem nenhu-

ma contribuição de trabalho e exigem cuidados e assistência que comprometem meios econômicos e atividades de outras pessoas; perigo, pela possibilidade da propagação da doença a outras pessoas e, em alguns casos, à propagação rápida, de caráter epidêmico” (Cretella Júnior, ob. cit., pág. 4.331).

Inaceitável também o argumento de não deter o Estado qualquer autonomia para a aquisição de medicamentos fora do orçamento do Sistema Único de Saúde (SUS), sistema esse que, nos termos da contestação ofertada, está sob o gerenciamento do Ministério da Saúde.

Essa não aceitabilidade da alegação em apreço decorre da circunstância de sequer haver provado o Estado demandado a falta de verbas orçamentárias que permitam a aquisição imediata dos medicamentos necessários ao combate e à minoração dos drásticos efeitos da Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, não sendo de ignorar-se que o Ministério da Saúde repassa recursos para tal finalidade, sendo de incumbência do Estado, todavia, a obrigação da aquisição de medicamentos a fim de viabilizar os seus programas de saúde pública.

Nem há como se argumentar a existência de falta de recursos para o atendimento pleno à saúde da população, uma vez que, para tanto, é arrecadado, na forma que foi imposta ao povo brasileiro, o espoliativo CPMF, com destinação exclusiva, pelo menos nos termos da publicidade política justificatória do aumento da carga tributária daí advinda.

Em que pese a sempre crescente espoliação do nosso povo, o irritantemente acintoso é que no mar de rosas que é o País, pelo menos na propaganda governamental, os programas de saúde e de assistência médica, ambulatorial, hospitalar e farmacêutica prosseguem cada vez mais sucatados, com as autoridades públicas mostrando-se cada vez mais incompetentes ou negligentes a respeito, não sendo dado ao cidadão enfermo outro caminho que não a busca de guarida judicial, na tentativa de obter aquilo que, pelo menos em países mais sérios, seria de pronto atendimento: a preservação de sua saúde.

Como com total propriedade acentuou o culto Dr. Luiz Carlos Freyeseleben, Procurador de Justiça, em parecer proferido nestes autos:

“Vergonha é saber que em países — como Cuba — tão chargeada, tão boicotada pelo mundo capitalista, capitaneado pelos EEUU, a saúde pública é uma das melhores do planeta, proporcionando ao cidadão atendimento pleno e gratuito, sem contar que a medicina lá é exercida comunitariamente, a despeito de ser mantida por uma economia claudicante, mantida, fundamentalmente, com os dólares do turismo”.

Diletantismos à parte, ressalte-se que a pretensão posta em juízo pelo demandante encontra o mais amplo respaldo nos arts. 155 e 196 da nossa Lei Maior, bem como, ainda, na preceituação contida no art. 153 da Carta Política Estadual, dispositivos esses que asseguram aos brasileiros e aos catarinenses o direito à saúde e o dever de prestação pelo Estado, garantia essa que não pode

nem deve permanecer apenas no plano do utópico, do sonho, até que o nosso País e os nossos governantes venham a se levantar, de vez, do berço esplêndido no qual, ao contrário do nosso Hino Nacional, não podem permanecer eternamente deitados.

Não suficientes fossem os preceitos constitucionais antes mencionados, a assistência integral e total aos portadores do vírus da AIDS e da própria AIDS é assegurada sem reservas e sem ressalvas pela Lei n. 9.313, de 13/11/96, quando enfatiza, em seu art. 1º:

“Os portadores de HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento”.

No encerramento, fazemos nossas as palavras do ilustrado Promotor de Justiça antes referido, quando disse no parecer aqui exarado:

“Ora, se há direito aos remédios que forem precisos, por que recalçitra tanto o Estado? Não será sua a obrigação de impedir os avanços das

doenças endêmicas e epidêmicas? Não será de seu interesse preservar a vida e a saúde dos seus cidadãos, que lhe dão riqueza com seu trabalho e sua contribuição em dinheiro, enchendo seus cofres com tantos e tão variados impostos? Será, sim. Pois que cumpra o Estado com sua obrigação e deixe de viver da sociedade para viver para ela, pois como se sabe não é ele um fim em si mesmo, mas um meio para o atingimento dos fins sociais”.

Pelas razões assim expostas é que, por unanimidade, se nega provimento à remessa obrigatória.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exm. Sr. Des. Newton Trisotto, tendo lavrado parecer, pela egrégia Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Carlos Freyesleben.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Trindade dos Santos,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.011178-9, DE TAIÓ**

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Ação civil pública ajuizada contra o prefeito municipal e particulares, em razão de atos de improbidade administrativa. Desapropriação considerada superfaturada.*

*Recurso da Câmara Municipal. Terceira interessada. Ausência de legitimação e interesse recursal.*

*Para recorrer como terceiro interessado é indispensável a demonstração do liame existente entre a decisão e o prejuízo que esta lhe causou, o que na hipótese dos autos não restou configurado.*

*Não tem a Câmara Municipal, por outro lado, interesse em recorrer, pois a decisão judicial em tela não a colocou em situação jurídica pior do que aquela que tinha antes do processo, ou seja, a decisão não lhe produziu efeitos desfavoráveis.*

*Apelação da empresa que figurou como parte na relação processual. Condição de terceira interessada não configurada. Intempestividade.*

*Quando duas ou mais empresas possuem ligação estreita e visceral, ou seja, quando não se pode fugir à constatação de que se trata de um único organismo, é possível, pela aplicação da teoria da aparência e da doutrina do disregard, tê-las como uma única empresa, ainda que do ponto de vista formal sejam pessoas jurídicas distintas.*

*Recurso interposto pelos sócios das pessoas jurídicas que, como estas, figuraram no pólo passivo da relação processual. Condição de terceiro não demonstrada. Intempestividade.*

*Ocorrendo a integração espontânea à lide, os novos figurantes passam a integrar o processo, na qualidade de partes, defendendo interesses próprios, não podendo ser considerados terceiros.*

*Recurso não conhecido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.011178-9, da comarca de Taió (Vara Única), em que são apelantes o Poder Legislativo Municipal de Taió, Lorenzetti Química Ltda., José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann, sendo apelado o Ministério Público do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual contra Nelson Goetten de Lima — então Prefeito do município de Taió — e Lorenzetti Indústria Química Ltda., representada por seus sócios — José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann —, buscando a reparação de danos causados ao erário, em razão de atos de improbidade administrativa.

O Parquet estadual alegou, na preambular, que o Prefeito Municipal “mancomunado com demais sócios da empresa demandada” providenciou,



em agosto de 1994, que a empresa Lorenzetti Química Ltda. adquirisse um imóvel com área total de 70.531m<sup>2</sup>, de propriedade de Roberto Ricardo Becker, no valor de R\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil reais), sendo o imóvel posteriormente escriturado por valor inferior, R\$ 26.866,00 (vinte e seis mil oitocentos e sessenta e seis reais).

Aduziu que em 3/4/95, pretendendo doar a área a empresários, o Prefeito assinou o Decreto n. 1.935-4/4/95 declarando o imóvel de utilidade pública, para fins de desapropriação, e conseguindo que o Legislativo Municipal aprovasse a Lei n. 2.251, de 18/4/95, autorizando o Executivo a adquirir o referido imóvel.

Denunciou o superfaturamento na operação, pois em período inferior a um ano, com a inflação em patamares baixos, ocorreu incrível valorização do imóvel, já que este veio a ser desapropriado, "amigavelmente", por R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Argumentou que a "Indústria Lorenzetti Química Ltda.", notoriamente, pertence ao próprio Prefeito demandado, muito embora nos atos de constituição e demais alterações contratuais conste pertencer ao sócio Paulo Uhlmann e ao irmão do Alcaide Municipal, José Goetten de Lima; que esse fato é comprovado através da declaração de bens que o réu Nelson Goetten de Lima fez juntar na Justiça Eleitoral, quando candidato, informando que fazem parte de seu patrimônio cotas da empresa demandada.

Terminou dizendo que diante desses fatos, causadores de prejuízo ao erário e enriquecimento ilícito aos particulares demandados, ingressa

com a presente ação civil pública, para se determinar como valor do imóvel aquele apontado na transação inicial entre "Lorenzetti Química Ltda." e o antigo proprietário, ou seja, R\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil reais), não devendo o Município pagar qualquer diferença entre o valor apurado como justo para a desapropriação e o previsto no decreto; o que porventura já tiver sido pago a mais ao demandado deverá ser ressarcido aos cofres públicos; ocorrendo na espécie a cominação nas demais sanções previstas na Lei n. 8.492/92.

Foi deferida liminar, determinando que o município de Taió absteinha-se de pagar à empresa "Lorenzetti Química Ltda." qualquer valor superior a R\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil reais).

A empresa "Lorenzetti Indústria Química Ltda." contestou, alegando, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, pois a ação foi movida contra "Lorenzetti Química Ltda.". Sustentou que, conforme demonstram as declarações de imposto de renda, desde o exercício de 1991, não mais movimentou suas atividades e, inclusive, não tem em seu patrimônio o imóvel em discussão. Ademais, assevera que são inverídicas as afirmações apontando Nelson Goetten de Lima como sócio da empresa "Lorenzetti Química Ltda." (fls. 199/200).

O réu Nelson Goetten de Lima apresentou sua defesa, alegando, preliminarmente, a ilegitimidade ativa ad causam do Ministério Público. No mérito, afirmou que as acusações são levianas; que inexistente prova de que é sócio da empresa demandada; que o

processo de desapropriação seguiu todos os procedimentos legais.

Às fls. 245/247, Paulo Uhlmann e José Goetten de Lima integraram-se à lide, espontaneamente, alegando, inicialmente, que são partes ilegítimas para figurar no pólo passivo. Asseveraram que a transação efetuada entre o município de Taió e a empresa da qual são os únicos sócios foi uma compra e venda que atendeu a todas as formalidades legais; e que são inverídicas as alegações do Ministério Público quando afirma que Nelson Goetten de Lima participava do quadro associativo da empresa "Lorenzetti Química Ltda.".

O processo seguiu sua regular tramitação e, após a oitiva de testemunhas e apresentação de memoriais, o Togado a quo julgou parcialmente procedente o pedido, estabelecendo como preço justo de aquisição através de ato expropriatório o valor de R\$ 67.000,00 (sessenta e sete mil reais), e, em consequência, condenando Nelson Goetten de Lima na suspensão de seus direitos políticos, pelo prazo de 8 (oito) anos, e perda da função pública. Determinou, ainda, a proibição de os demandados e de os sócios da empresa ré contratarem com o poder público e receberem benefícios e incentivos fiscais ou creditícios, direta e indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica, da qual o ex-prefeito seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 (dez) anos.

Nelson Goetten de Lima e "Lorenzetti Indústria Química Ltda." apelaram do decisum, contudo, não sendo o recurso recebido.

Desta decisão foi interposto o Agravo de Instrumento n. 97.009111-7, de Taió, ao qual foi negado provimento.

Apresentando-se como terceiros interessados, o Poder Legislativo Municipal, "Lorenzetti Química Ltda.", José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann, conjuntamente, interpuseram recurso de apelação, alegando que o Ministério Público não é parte legítima, e que o Prefeito Municipal e a "Empresa Lorenzetti Indústria Química Ltda." são partes ilegítimas passivas, ad processum e ad causam.

Sustentaram que há nulidade na sentença porque: 1) a empresa Lorenzetti Química Ltda., apesar de condenada, não integrou a relação processual; 2) não poderiam ter sido condenadas as pessoas físicas representantes legais da empresa participante, não proprietária do imóvel, e da proprietária, mas não participante do processo, à minguada de regular citação de todas; 3) o Poder Judiciário não pode substituir o critério da conveniência e oportunidade do Poder Legislativo pelo seu próprio critério, dispensada, no mais, a avaliação submetida ao crivo do contraditório e a incidência de correção monetária; 4) sem a formação do litisconsórcio passivo necessário, a sentença perde sua eficácia, sendo inexecutável, no particular, extra petita; 5) houve invasão da esfera de competência do Poder Legislativo do Município.

Alegaram, ainda, que a hipótese circunscreve-se aos quadrantes da ação popular, diante da falta de configuração de direito substantivo a confortar ação civil pública; que a sentença foi prolatada por equidade, em detrimento do direito material preexis-

tente, aplicável a um fato igualmente inocorrente, mesmo porque o que poderia ocorrer seria a anulação do ato e não a parcial revogação implícita.

Terminaram requerendo a suspensão dos efeitos do provimento liminar, que suspendeu o pagamento do imóvel objeto da desapropriação amigável.

O recurso foi recebido, tendo-se manifestado o Ministério Público, em contra-razões, preliminarmente, pelo seu não conhecimento, pois com relação aos apelantes Lorenzetti Química Ltda., José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann é ele intempestivo. No tocante ao Poder Legislativo Municipal, sustentou que padece de legitimidade para recorrer e ausência de interesse recursal. No mérito, pugna pela manutenção do decism.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo não conhecimento da apelação.

O município de Taió, "Lorenzetti Química Ltda." e Nelson Goetten de Lima juntaram requerimento para que fossem, neste Grau de Jurisdição, admitidos como litisconsortes passivos necessários unitários. Formulado, também, pedido de assistência litisconsorcial de "Lorenzetti Química Ltda." e de Nelson Goetten de Lima.

Ambos os pedidos foram indeferidos pela decisão monocrática irrecorrida deste relator, de fls. 553/554.

É o relatório.

O presente recurso de apelação foi interposto, incredivelmente, em conjunto, pelo Poder Legislativo Municipal, "Lorenzetti Química Ltda.", José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann. No entanto, os requisitos de

admissibilidade deverão ser analisados separadamente, pois existem situações particulares relacionadas aos apelantes.

Inicialmente, é indispensável e oportuno frisar que, pela leitura da apelação, nota-se, nas razões recursais, verdadeira confusão entre os "interesses" do Poder Legislativo do município de Taió e os dos particulares, pessoas jurídicas e físicas, envolvidos na dita negociata, que figuraram no pólo passivo da relação processual.

Causa perplexidade e espanto a simbiose entre os interesses, quando se constata que a Câmara de Vereadores, por seu presidente, outorgou procuração ao patrono dos particulares e, conjuntamente, todos recorreram da sentença prolatada na ação civil pública, que objetiva resguardar o interesse coletivo e proteger o erário, evitando, assim, uma desapropriação "amigável", imoral, fraudulenta e flagrantemente superfaturada.

Diante desse quadro, pode-se afirmar, sem medo de cometer injustiça, que nos fatos noticiados nos autos o Poder Legislativo Municipal, ou pelo menos os vereadores que aprovaram o decreto desapropriatório, não exerceram uma de suas nobres funções institucionais, ou seja, a de fiscalização dos atos praticados pelo governo municipal — art. 29, XI, da Constituição Federal.

A fiscalização, neste processo, acabou sendo exercida pelo Ministério Público, que tem como uma de suas funções institucionais a defesa do patrimônio público e social — art. 129, III, da Carta Federal.

A confusão entre o público e o privado fica mais clara quando, no fi-

nal da peça recursal, os recorrentes e “especialmente a Câmara Municipal de Taió” pedem a suspensão da liminar que impede o pagamento dos valores referentes ao imóvel desapropriado.

Ora, se anteriormente era possível afirmar que houve negligência de alguns vereadores na fiscalização do Executivo, agora se ousa até sustentar que pode ter ocorrido dolo, especialmente do vereador Ademir Dalprá, presidente da Câmara Municipal de Taió, que outorgou ao procurador dos réus, na ação civil pública, procuração para recorrer da sentença.

Esquece o representante da Câmara Municipal que “O fim primeiro do Poder é proteger os interesses coletivos em contrariedade aos interesses privados, que devem, contudo, ser garantidos, mas subordinados” (Petrônio Braz, *Direito Municipal na Constituição*, Ed. Livraria de Direito, 1994, pág. 178). E não o contrário.

Convém observar, igualmente, sem sombra de dúvida, que a presente apelação busca somente reverter a situação processual desfavorável ao réu Nelson Goetten de Lima, Prefeito Municipal à época dos fatos, que condenado na ação civil pública teve o seu recurso não recebido pelo Togado a quo.

Dito isso, passa-se à análise dos pressupostos de admissibilidade do recurso, com relação a cada apelante:

1 — Com relação ao Poder Legislativo Municipal de Taió, o recurso não pode ser conhecido, pois lhe falta legitimação e interesse para recorrer.

A Câmara Municipal não figurou em nenhum momento na relação

processual, e recorre dizendo-se terceira interessada, argumentando que pretende defender sua competência legiferante, e manter hígido o processo legislativo, que resultou na Lei n. 2.251, de 18/4/95, autorizadora da malfadada desapropriação, sustentando, inclusive, que deveria ter sido citada para compor a lide, como litisconsorte passiva necessária.

Razão não lhe assiste.

Terceiro prejudicado é aquele que tem interesse jurídico em impugnar a decisão, isto é, aquele que poderia ou deveria ter ingressado no processo como assistente simples ou litisconsorcial, o que não é o caso da apelante.

Barbosa Moreira observa que “a legitimação do terceiro, na verdade, pressupõe o prejuízo que lhe tenha causado a decisão, e implica, pois, a existência de um interesse na remoção de um prejuízo” (*Comentário ao Código de Processo Civil*, v. V, Forense, 1998, Rio de Janeiro, pág. 287).

Portanto, seria necessário que a sentença recorrida causasse efetivo prejuízo, de fato ou jurídico, aos interesses da Câmara de Vereadores daquela próspera comunidade. Tais interesses, obviamente, não se confundem com os dos particulares ou agentes políticos envolvidos na desapropriação causadora de toda a controvérsia.

Por outro lado, envolvendo a ação civil pública atos de improbidade administrativa, praticados pelo então Prefeito de Taió, a Câmara Municipal também não é litisconsorte passiva necessária ou assistente, e sua citação não era obrigatória. Até porque, não possui personalidade jurídica, muito embora tenha capacidade pro-

cessual, ativa e passiva. A doutrina reconhece essa capacidade de estar em Juízo como excepcional, e somente a admite quando a Câmara Municipal for titular de direitos subjetivos suscetíveis de proteção judicial. Aceita-se a capacidade da Câmara Municipal para figurar na relação processual, nas hipóteses em que há dissídio entre os Poderes, ou seja, uma verdadeira contenda interna corporis. Portanto, são admitidos a litigar (a Câmara de Vereadores, o Tribunal de Justiça e a Assembléia Legislativa) quando na defesa de interesses peculiares, o que não é a hipótese dos autos.

Ao discorrer sobre o assunto, Hely Lopes Meirelles assevera:

“O que não se admite é que a Câmara ingresse em juízo em nome do Município ou a pretexto de defendê-lo em demandas com terceiros, relativas a negócios administrativos da competência privativa do Executivo local” (Direito Municipal, 6ª ed., Malheiros, 1993, pág. 445).

Observa-se, por outro lado, que a situação pensada pelo ilustre publicista — defesa do Município pelo Legislativo — não é bem a hipótese dos autos. É claro que, apesar de seu brilhante conhecimento jurídico, não poderia imaginar e exemplificar um fato tão inusitado como o que está em julgamento. In casu, pretende aquela Edilidade ingressar na relação processual, e recorrer da sentença, não para defender o erário, ou seja, os interesses do Município, mas sim para tutelar os interesses de particulares — prefeito, pessoas jurídicas e seus sócios —, estes sim atingidos pela deci-

são recorrida, que certamente os prejudicou.

Sobre o assunto, mutatis mutandis, já decidiu esta Terceira Câmara Civil, em acórdão da lavra do eminente Des. Eder Graf:

“Ação popular — Aumento de remuneração dos Vereadores, Prefeito e Vice-Prefeito, dentro da mesma legislatura — Citação da Câmara de Vereadores — Desnecessidade.

‘Na ação popular, visando declaração de nulidade de Resolução da Câmara Municipal, que fixou remuneração dos Vereadores, Prefeito e Vice-Prefeito para a mesma legislatura, é suficiente a citação dos beneficiários do ato e do Município. Em tal caso, dispensável a citação da Câmara Municipal, pois esta carece de personalidade jurídica’ (STJ — Min. Antônio de Pádua Ribeiro)” (ACV n. 96.012538-8, de Joinville, JC 79/130).

Outrossim, não socorre a apelante o argumento de que pretende defender a sua competência legiferante e manter hígido o processo legislativo, pois no processo civil quem atua como fiscal da lei não é o Poder Legislativo, mas o Ministério Público.

Assim, entendendo-se que não há legitimação e interesse recursal da Câmara de Vereadores, não se conhece do recurso por ela interposto.

2 — Com relação à apelante “Lorenzetti Química Ltda.”:

A exordial da ação civil pública, em seu frontispício, aponta como ré somente “Lorenzetti Indústria Química Ltda.”. No entanto, o imóvel objeto da desapropriação era de propriedade de “Lorenzetti Química Ltda.” — empresa várias vezes mencionada na inicial —,

contra quem, na realidade, também foi dirigido o pedido, apesar desse equívoco formal. Nota-se, inclusive, que o pedido de liminar para obstar o pagamento foi realizado pelo autor e deferido pelo Magistrado, exatamente com relação a “Lorenzetti Química Ltda.” (fls. 61-64).

Por outro lado, é certo que as duas pessoas jurídicas possuem CGCs diferentes. Porém, pelo que restou demonstrado nos autos, este fato não tem qualquer relevância, já que na realidade “Lorenzetti Química Ltda.” é sucessora de “Lorenzetti Indústria Química Ltda.”, e há indubitosa certeza e comprovação de que ambas possuem o mesmo endereço e telefone, semelhança na atividade econômica, e os mesmos sócios.

Neste ponto é oportuna a transcrição de trecho da sentença proferida pelo Togado a quo, Dr. Luiz Cláudio Broering, ressaltando que pelo depoimento de Nelson Goetten de Lima “fica claro que este deu início às atividades da empresa Lorenzetti Química Ltda., através da antecessora Lorenzetti Indústria Química Ltda., que hoje na prática não existe, e, segundo depoimento do Sr. Nelson, está só no papel, inclusive detém cotas da empresa Lorenzetti Química Ltda., conforme declaração que está acostada às fls. 382”.

Ora, eventual equívoco no frontispício da exordial, que omitiu o nome de “Lorenzetti Química Ltda.”, não causou prejuízo algum à defesa da ora apelante. Inclusive, foi ofertada contestação por seus sócios e pela empresa “Lorenzetti Indústria Química Ltda.”, tendo eles defendido a legalidade do ato expropriatório.

São inúmeras as decisões deste Tribunal que, em hipóteses semelhantes, aplicam a teoria da aparência, quando duas ou mais empresas possuem ligação estreita e visceral, ou seja, quando não se pode fugir à constatação de que se trata de um único organismo.

Decisão da Quarta Câmara Civil deste Tribunal estabeleceu:

“Aplica-se a teoria da aparência e a doutrina do disregard na hipótese de apresentarem-se ao público e à clientela duas ou mais empresas como única empresa, ainda que do ponto de vista técnico-jurídico sejam pessoas jurídicas distintas, não se confundindo (STJ, REsp. 24.557-0-RS)” (ACV n. 47.154, Des. Pedro Manoel Abreu).

Nessas hipóteses, verificado o equívoco formal, tem-se dispensado a citação, litisdenuciação e anulação de atos já praticados, pois evidenciado que não houve prejuízo algum, principalmente para a defesa. Sem dúvida, o excessivo formalismo processual acabaria por tornar lenta, fatigante e custosa a atividade jurisdicional.

Conclui-se, assim, que a apelante “Lorenzetti Química Ltda.” não é terceira interessada, pois figurou no pólo passivo, muito embora o equívoco formal no frontispício da exordial, e que sendo sucessora de “Lorenzetti Indústria Química Ltda.” — que de fato não existe mais — o oferecimento de contestação por parte desta e dos sócios daquela supriu qualquer nulidade que pudesse ser alegada, já que de fato elas são a mesma empresa.

Pelo exposto, não se conhece do recurso da apelante, pois foi intimada da sentença em 30/6/97 (fls.

409), sendo que a apelação foi ajuizada somente em 23/7/97, portanto fora do prazo legal.

3 — No tocante ao recurso de José Goetten de Lima e Paulo Uhlmann, sócios das pessoas jurídicas demandadas, nota-se que embora não tenham sido apontados como réus na exordial, apresentaram contestação (fls. 245/248), ocorrendo, portanto, a integração espontânea à lide.

Assim, os novos figurantes passaram a integrar o processo, na qualidade de partes, defendendo interesses próprios, não podendo ser considerados terceiros.

Da mesma forma que a pessoa jurídica, da qual são sócios, foram intimados da sentença, por intermédio de seu procurador, em 30/6/97, e o recurso foi interposto somente em 23/7/97, portanto a destempo.

4 — Não fossem esses fatos, mesmo que não considerássemos os apelantes "Lorenzetti Química Ltda.", Paulo Uhlmann e José Goetten de Lima como integrantes do pólo passivo da relação processual, e os tivésse-

mos como terceiros interessados, igualmente o recurso não atenderia aos pressupostos de admissibilidade.

Consolidado nesta Corte que o "prazo para o terceiro prejudicado recorrer é o mesmo das partes" (AI n. 8.881, Des. Amaral e Silva), e, como já foi frisado, a intimação da sentença ocorreu em 30/6/97 e a apelação foi atravessada somente em 23/7/97, tendo o prazo terminado em 15/7/97.

Diante do exposto, não se conhece do recurso do Poder Legislativo Municipal, pois lhe falta interesse e legitimação recursal, e não se conhece do recurso de "Lorenzetti Química Ltda.", Paulo Uhlmann e José Goetten de Lima, por ser intempestivo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer, e lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schafer Filho.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.006946-7, DE JARAGUÁ DO SUL****Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Apelação cível. Conversão de separação judicial em divórcio com partilha de bens.*

*Processual civil. Sucumbência recíproca. Honorários advocatícios. Art. 21, caput, do CPC, e art. 23 da Lei n. 8.906/94 — Estatuto da Advocacia e da OAB. Compensação. Inadmissibilidade. Direito autônomo do advogado.*

*Sendo a verba honorária um direito autônomo do advogado, não é viável a compensação em razão da sucumbência recíproca, pois ausente requisito básico a sua composição, qual seja, a existência de obrigações e créditos recíprocos entre as mesmas partes.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.006946-7, da comarca de Jaraguá do Sul (1ª Vara), em que são apelantes A. M. A., J. L. da S. e J. P. M., sendo apelado U. V. A.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de conversão de separação judicial em divórcio litigioso com partilha de bens proposta por U. V. A., em que figura como demandada A. M. A.

Após regular tramitação, o Togado a quo julgou parcialmente procedente o pedido, tão-somente para decretar o divórcio do casal e a extinção do vínculo matrimonial, determinando a compensação dos honorários advocatícios em face da sucumbência recíproca.

A demandada interpôs embargos declaratórios, que foram rejeitados.

Irresignados, A. M. A., J. L. da S. e J. P. M., os dois últimos na qualidade de legítimos interessados, interpõem recurso de apelação, insurgindo-se quanto à compensação da verba honorária, pois a sentença contrariou a Lei n. 8.906/94.

Apresentadas as contra-razões, os autos foram remetidos ao Ministério Público que, em ambas as instâncias, manifestou-se pelo desprovisionamento do recurso.

É o relatório.

A sentença hostilizada entendeu que os honorários advocatícios deveriam ser compensados de acordo com a norma inserta no art. 21, caput, do Codex Instrumental, ante a sucumbência recíproca.

Ao rejeitar os embargos declaratórios que versavam sobre a mesma matéria, o Magistrado a quo afirmou não poder a Lei n. 8.906/94 jamais alterar a regra do estatuto processual civil.

Não há como prosperar tal entendimento.



Muito embora o dispositivo processual em questão estabeleça que “se cada litigante for em parte vencedor e vencido, serão recíproca e proporcionalmente distribuídos e compensados entre eles os honorários e as despesas”, com a superveniência da Lei n. 8.906, de 4/7/94 (Estatuto da Advocacia e da OAB) — sendo esta norma federal com mesma hierarquia que o CPC —, há de se entender a parte do dispositivo do artigo 21 que prevê a compensação dos honorários advocatícios como derogada tacitamente pela norma posterior, que cristalizou o princípio do direito autônomo do advogado.

A redação do art. 23 do atual Estatuto da Advocacia e da OAB dispõe que “os honorários incluídos na condenação, por arbitramento ou sucumbência, pertencem ao advogado, tendo este direito autônomo para executar a sentença nesta parte, podendo requerer que o precatório, quando necessário, seja expedido em seu favor”.

Analisando este dispositivo, conclui-se não subsistir mais qualquer dúvida de que pertence ao advogado a verba honorária decorrente da sucumbência. Está o advogado, inclusive, autorizado a propor, autonomamente, a respectiva execução.

Incontrovertida a autonomia da verba não é mais possível a compensação, pois o art. 1.009 do CC estabelece:

“Se duas pessoas forem ao mesmo tempo credor e devedor uma da outra, as duas obrigações extinguem-se até onde se compensarem”.

Discorrendo a esse respeito, ensina Carlos Roberto Gonçalves que

a compensação é o “meio de extinção de obrigações entre pessoas que são, ao mesmo tempo, credor e devedor uma da outra. Acarreta a extinção de duas obrigações cujos credores são, simultaneamente, devedores um do outro. É modo indireto de extinção de obrigações, sucedâneo do pagamento, por produzir o mesmo efeito deste” (Direito das Obrigações, Saraiva, vol. 5, 1998, pág. 108).

Percebe-se claramente que tal conceito pressupõe a identidade de partes, já que exige a existência de obrigações e créditos recíprocos entre elas. Se a verba honorária é um direito autônomo do advogado que laborou na causa, seria um contra-senso compensarem-se os valores apurados a esse título, em face da sucumbência recíproca entre as partes, justamente porque os honorários não são destas, mas sim de seus patronos. Por outro lado, como os advogados dos litigantes não são devedores um do outro, a compensação torna-se inviável.

Colhe-se a respeito do assunto:

“Direito autônomo de o advogado cobrar os honorários impostos na sentença condenatória. Compensação descabida” (RJTJRS 146/333).

Assim, é possível a compensação de eventual crédito que venham a ter, autor e réu, na mesma causa; no entanto, os honorários advocatícios não pertencem a eles, e sim aos seus representantes, traduzindo-se, pois, em crédito de terceiro, o que torna impossível sua compensação.

A propósito:

“Compensação. Crédito de terceiro — Inadmissibilidade. A compensação só é admissível entre as duas pessoas que forem, ao mesmo tem-

po, credor e devedor uma da outra, razão pela qual o crédito e o débito de qualquer delas, perante terceiro, não pode ser validamente invocado para efeito de compensação extintiva das obrigações entre elas existentes” (JM 74/152).

Como a hipótese comporta sentença declaratória, inexistindo condenação, a verba honorária há de ser fixada de acordo com o § 4º do art. 20 do Código de Processo Civil, em observância ao princípio da equidade, atendidas as normas das alíneas a, b, e c do § 3º do mesmo dispositivo.

Diante do exposto, dá-se provimento ao apelo para reformar a sen-

tença na parte que determinou a compensação dos honorários advocatícios, fixando-os, neste momento, em favor dos patronos dos apelantes, em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer, e lavrou parecer, pela Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Áttila Antônio Rothsahl.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 96.006603-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Ação de sonegados — Fraude decorrente da venda de imóveis por interposta pessoa — Arguições alheias ao procedimento — Inventário negativo — Bens e herdeiros não relacionados e falecimento da representante do espólio — Sonegação afastada ante o disposto no art. 1.784 do Código Civil — Ajuizamento do inventário deferido ao credor pelo artigo 988, VI, do CPC — Ausência de interesse processual — Exegese do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil — Extinção do feito mantida — Recurso desprovido.*

*“Só se pode argüir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, e o herdeiro, depois de declarar no inventário que os não possui” (Código Civil, artigo 1.784).*

*“Ação de sonegados é a via judicial destinada a obrigar o inventariante a apresentar os bens que dolosamente ocultar” (Caio Mário da Silva Pereira).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.006603-9, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Posto Irmãos da Estrada Ltda., sendo apelado o espólio de Antônio Atanázio Correia, representado por Bráulia Cabral Correia:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Posto Irmãos da Estrada Ltda. ajuizou, perante a 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, ação de sonogados em face do espólio de Antônio Atanázio Correia, representado por Bráulia Cabral Correia, asseverando que o de cujus, com o falecimento em 27/3/90, deixou esposa, filhos e bens, e, uma vez ajuizado o inventário no qual habilitou seu crédito, a inventariante estaria sonogando bens, apesar de não ter negado a dívida.

Discorreu acerca da transferência de um imóvel realizada pelo falecido a José João Batista Silva que, por meio de procuração pública, teria outorgado poderes ao transmitente e seu advogado.

Disse ainda que Antônio, quando em vida, teria "alienado" a Cesar Alvim Batistoti parte de outro terreno, registrado em nome do intermediário José João, em cuja edificação a família estaria explorando atividade comercial, além de uma malharia.

Requeru a citação da representante do espólio, expedição de ofício à Receita Federal, produção de provas, pensamento aos autos do inventário e a procedência do pedido.

Juntou procuração e os documentos de fls. 6/17.

Foi apensado o inventário e expedida carta de citação da representante do espólio, que retornou por insuficiência de endereço.

Depositado o valor da diligência realizou-se a citação pelo oficial de justiça, sobre vindo a contestação às fls. 30/31.

Na peça, rechaçou as alegações da inicial, afirmando que todos os herdeiros maiores e capazes tiveram seus bens adquiridos com recursos próprios. Colacionou certidões do registro imobiliário.

Na impugnação, o autor acrescentou que o falecido teria transferido o imóvel para um de seus motoristas a fim de fraudar os credores, e que as assertivas da defesa, por serem distorcidas, indicam a procedência da ação.

Deferidas as provas, foi oficiada a Receita Federal e designada audiência para instrução do feito.

A fls. 56, o autor informou o falecimento da representante do espólio e requereu fosse intimado o procurador da ré para informar o substituto, bem como notificada a testemunha que indicou.

Procedidas as intimações, no dia marcado, constatou-se a ausência do representante do espólio e do procurador, determinando a Juíza fossem intimados os herdeiros dos falecidos para regularização da representação processual. À vista da insuficiência de endereços, a diligência deixou de ser cumprida.

Pela sentença de fls. 65/66, o Magistrado julgou extinta a ação com

fulcro no artigo 267, IV, do Código de Processo Civil.

O autor apelou dizendo ter habilitado seu crédito no inventário diante da alegação de existência de bens a partilhar, eis que o falecido, detentor de uma vida comercial tumultuada, foi instruído a transferir imóveis de sua propriedade ao motorista de nome José João Batista Silva a fim de fraudar os credores.

Fazendo breve relato da ação, asseverou que a decisão impossibilitou-o de perseguir seu direito. Requeceu a reforma, extensiva à sentença proferida nos autos do inventário, para que fosse dado prosseguimento normal ao feito.

Preparo a fls. 71.

Decorrido o prazo para a resposta, foram os autos ao Ministério Público, que se manifestou pelo desprovimento.

Neste grau de jurisdição, a doutra Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Exmo. Sr. Dr. Raul Santo Salvador, opinou no sentido de desprover-se o recurso.

É o relatório.

Com o falecimento de Antônio Atanázio Correia em 27/3/90, a viúva Bráulia Cabral Correia ajuizou inventário negativo (autos apensos) afirmando a inexistência de bens a partilhar.

O apelante, dizendo-se credor do de cujus, levantou a inidoneidade das declarações da inventariante ao alegar a existência de imóveis, sonegados naqueles autos.

A representante do espólio relacionou os herdeiros e trouxe certidões informando a existência de imóveis em nome de alguns deles,

sobrevindo, a fls. 56, a comunicação (não corroborada por certidão) de que em junho de 1995 teria falecido.

O inventário negativo não vem expressamente disciplinado no Código, cuidando-se de expediente criado pela praxe forense no intuito de provar que o óbito deu-se sem deixar bens a partilhar, para o fim de possibilitar ao cônjuge sobrevivente contrair novas núpcias, conforme artigo 183, inciso XIII, combinado com artigo 258, parágrafo único, I, do Código Civil.

Caio Mário explica:

"A ausência de bens é a negação do inventário, e, portanto, se a pessoa morre sem nada de seu, caso seria de se não proceder a qualquer medida. Há situações, entretanto, em que é mister demonstrar aquela inexistência de bens. A mais freqüente é a do viúvo ou viúva que tenha filhos do extinto casal, e pretende convolar as novas núpcias, liberto de impedimento e sem se sujeitar ao regime da separação compulsória de bens" ("Instituições de Direito Civil", vol. VI, 10ª ed., 1996).

Inexistia prova de que a viúva pretendia contrair novas núpcias. Como a citação dos herdeiros e oferecimento do rol de bens precedeu a notícia de seu falecimento, o inventário negativo deixou de ser juridicamente possível, como, aliás, reiteradamente tem entendido a jurisprudência, decidindo com acerto a sentença que o extinguiu.

Referidas exigências legais (artigo 991, III, do CPC), aliadas à inexistência de bens (fls. 31/32 daqueles autos), afastam dos sucessores a característica de sonegadores, fulminando a ação, intentada em função de inventário negativo julgado extinto.

O art. 267, inciso VI, da norma processual determina a extinção do feito quando não concorrer qualquer das condições da ação.

O apelante, nos moldes em que propôs a demanda, carecia de interesse processual.

O fator determinante do provimento de Primeiro Grau consubstanciou-se na extinção do inventário, que guardava, para com esta demanda, irrecusável liame jurídico.

Estabelece o artigo 1.784 do Código Civil:

“Só se pode argüir de sonegação o inventariante depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração, por ele feita, de não existirem outros por inventariar e partir, e o herdeiro, depois de declarar no inventário que os não possui”.

Isso porque “ação de sonegação é a via judicial destinada a obrigar o inventariante a apresentar os bens que dolosamente ocultar” (Caio Mário da Silva Pereira, *ob. cit.*), e não o meio pelo qual pudesse o apelante, no caso, levantar questões alheias ao procedimento tais como fraude ou nulidade de ato jurídico.

Desta Corte:

“Inventário — Alegação de inobservância dos arts. 993, 999, 1.024 e 1.026 do CPC — Descabimento — Sonegação de bens — Falta de prova — Sobrepartilha. São insubsistentes as alegações de nulidade processual em face de pequenas irregularidades existentes, não sendo capazes de macular o feito, mormente quando não acarretam prejuízo às partes. Se os recorrentes argüem a sonegação de bens por parte do in-

ventariante, devem fazer inicialmente a prova da existência destes bens, pois a eles compete demonstrar o fato constitutivo de seu direito. Por outro lado, se realmente existem bens que foram sonegados, a qualquer tempo poderão os interessados requerer a sobrepartilha nos termos do art. 1.040, I, do CPC” (Ap. Cível n. 21.049, de Santo Amaro da Imperatriz, rel. Des. Ernani Ribeiro).

A isso acrescente-se que, na omissão dos herdeiros, o credor estava legitimado a promover a abertura do inventário positivo, por força do artigo 988, inciso VI, do Código de Processo Civil, relacionando os bens e provando sua existência.

Vê-se que o inventário foi extinto por impossibilidade jurídica, enquanto esta demanda o foi pelo desaparecimento de uma das condições da ação. O apelante, se pretendia a reforma daquela sentença, deveria ter recorrido conforme faculta a lei de regência, não se estendendo àquela o reexame frente ao princípio *tantum devolutum quantum appellatum*.

Em votação unânime, a Câmara negou provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Vanderlei Romer. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Santo Salvador.

Florianópolis, 28 de abril de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.002411-8, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Embargos de terceiro — Pretensão levantada pelo proprietário de imóvel, indicado em juízo para garantia de dívida assumida pelo cônjuge — Fiança.*

*1) Litispêndência e cerceamento de defesa — Reprodução de ação, reconhecida na demanda que primeiro foi protocolada — Junta de certidão de casamento — Dilação desnecessária — Hipóteses não agasalhadas.*

*2) Casamento com a devedora — Fato admitido pelo cônjuge embargante — Comunicação das dívidas e obrigações — Nulidade da fiança — Questionamento vedado a quem não participou da avença — Verba honorária — Ônus decorrente da sucumbência em pretensão litigiosa de terceiro — Artigo 20 do Código de Processo Civil — Litigância de má-fé — Omissão de informações e documentos relevantes — Artigo 17 do Estatuto Processual Civil — Configuração.*

*3) Sentença confirmada — Desprovemento do recurso.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.002411-8, da comarca de Balneário Camboriú (1ª Vara), em que é apelante Patrício Enrique Decaret Zaror, sendo apelado Nelson de Oliveira Soares:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, repelir as preliminares e desprover o recurso.

Custas na forma da lei.

Perante a 1ª Vara Cível da comarca de Balneário Camboriú, Patrício

Enrique Decaret Zaror ajuizou embargos de terceiro à execução (autos n. 321/94) promovida por Nelson de Oliveira Soares.

Em matéria preliminar, aduziu que Edina Terezinha Brognoli estaria sendo acionada na qualidade de fiadora de Jonas Branco Filho, que, por sua vez, descumpriu cláusulas do contrato de locação firmado com o exequente.

Afirmou ser casado com a fiadora pelo regime da comunhão parcial e que, para garantia do Juízo, teria si-

do penhorado um imóvel de sua propriedade, contra a qual se insurge em face da inexistência de outorga uxória (sic), que deveria ser exigida ante a sua condição de marido.

Defende não só a meação, mas a liberação da totalidade da penhora, dizendo-a nula de pleno direito.

No mérito, discorreu acerca da iliquidez e incerteza do débito e pugnou fosse reduzido o valor da execução.

Requeru a carência da ação em face da nulidade da fiança, a suspensão do processo principal, produção de provas e o acolhimento do pedido.

Juntou procuração e fotocópias de uma escritura pública e termo de nomeação de bens à penhora.

O embargado contestou conforme fls. 12/15, oportunidade em que argüiu a preliminar de prescrição, rechaçou a prefacial invocada na inicial e, no mérito, asseverou que o embargante avançou num campo que a qualidade de terceiro não autoriza.

Houve réplica às fls. 17/19.

A sentença de fls. 21/23 julgou improcedente o pedido inicial, condenando o sucumbente no pagamento das custas, honorários advocatícios e indenização por litigância de má-fé.

Recorreu o embargante, dizendo ser injusta a sentença visto que além de fundamentar a improcedência na ausência de prova de seu estado civil, cominou-lhe pena por litigância de má-fé sem que houvessem provas a respeito, em evidente cerceamento de sua defesa.

Acrescentou que tanto estes quanto os embargos opostos pela

devedora tiveram como embasamento a ciência da fiança, cuja nulidade se impõe; que o casal separou-se, reforçando assim o direito à defesa da meação e que não houve má-fé.

Pugnou fosse reapreciada a decisão, considerado o cerceamento de direito com o julgamento antecipado e, ainda, para que fosse reconhecida a ausência de prova da má-fé, extirpando a indenização deferida a esse título bem como os honorários advocatícios, declarada a nulidade da fiança.

Na resposta, o apelado asseverou, em síntese, que não obstante a inexistência do requisito da constrição jurídica, a sentença foi correta no aspecto da preclusão do prazo para o embargante opor-se na qualidade de terceiro, discorrendo ainda quanto ao acerto do julgado.

Remetidos os autos a esta Corte, o apelante peticionou juntando procuração e argüindo litispendência em relação à Apelação Cível n. 97.002412-6, cuja matéria aduz ser apreciável de ofício. Pugnou a extinção do feito sem julgamento do mérito.

As fls. 47 requereu preferência de julgamento.

É o relatório.

O apelante, proprietário do imóvel descrito a fls. 9 e objeto da constrição de fls. 10, estava legitimado a ingressar em Juízo na qualidade de terceiro, primeiro porque não era parte na execução, e, segundo, por força do disposto no art. 1.046, § 3º, do CPC.

“É parte legítima aquele que, em tese, tem ação, desde que prove

os fatos alegados' (RTFR 133/217)" (in Theotonio Negrão, CPC, 28ª ed., Saraiva, 1997, pág. 74).

#### Da litispendência

Compulsando os embargos ajuizados pelo apelante contra o apelado (Ap. Cív. n. 97.002412-6, de Balneário Camboriú, distribuída a este relator), verifica-se que, além das partes, tanto o pedido como a causa de pedir são idênticos à matéria em exame.

Todavia, enquanto aquela demanda foi protocolada no dia 22/2/96, esta o foi vinte e um dias antes, ou seja, 1º/2/96, fls. 2. Houve, sem dúvida, repetição de ações, onde a segunda delas é que deve ser extinta sem apreciação do mérito (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, in "CPC Comentado", 3ª ed., Editora RT, pág. 531), em face da hipótese do artigo 267, inciso V, do Código de Processo Civil.

#### Do cerceamento de defesa

A preliminar de nulidade da sentença não merece acolhida, porquanto o Magistrado, verificando a desnecessidade de produção de provas, poderia perfeitamente decidir com base nos elementos já constantes dos autos e segundo o seu prudente arbítrio.

A postulação, para que fosse admitida, não desobrigava, senão exigia antecipadamente da parte, a demonstração da condição de terceiro, logo, dispensável a dilação para tal finalidade. Ainda mais quando, inobstante não ter acompanhado a inicial, inexistia impedimento para a juntada posterior da certidão da prova do casamento com a fiadora, independente de disposição expressa, conforme,

aliás, autoriza o artigo 397 do Código de Processo Civil.

Theotonio Negrão registra em nota de rodapé:

"Em matéria de julgamento antecipado da lide, predomina a prudente discricção do magistrado, no exame da necessidade ou não da realização de prova em audiência, ante as circunstâncias de cada caso concreto e a necessidade de não ofender o princípio basilar do pleno contraditório' (STJ — 4ª Turma, REsp. n. 3.047—ES, rel. Min. Athos Carneiro, j. 21/8/90, não conheceram, v. u., DJU 17/9/90, pág. 9.514, 2ª col.)" (in Código Processo Civil, Saraiva, 28ª ed., 1997, pág. 294).

O Supremo Tribunal Federal já decidiu:

"Processo Civil. Fundamentação da sentença. Cerceamento de defesa.

"I — (...)

"II — A necessidade da produção de prova em audiência há de ficar evidenciada para que o julgamento antecipado da lide implique cerceamento de defesa. A antecipação é legítima se os aspectos decisivos da causa estão suficientemente líquidos para embasar o convencimento do magistrado. Recurso não conhecido" (RTJ 115/789).

No mérito, o apelante objetiva afastar sua meação da constrição de imóvel, alegando ser casado pelo regime da comunhão parcial com a fiadora, que teria oferecido o bem sem o seu consentimento, argüindo, para tanto, a nulidade da fiança.

Do casamento do embargante



A questão cinge-se, exclusivamente, à pertinência do oferecimento de bem imóvel em garantia, uma vez que, quanto às demais condições da qualidade de terceiro, dúvidas não se levantam.

À aferição da regularidade do ato constitutivo, basta o cotejo do auto de fls. 10 (49, autos originais), dando conta que o apelante, juntamente com a executada, sua mulher, o subscreveu. O procedimento — em que pese inusitado — não encontra qualquer vedação normativa.

É certo que a lei faculta ao cônjuge ingressar com ação de embargos (art. 1.046, § 3º, do CPC), todavia, a parte corre o risco de, não instruindo devidamente o pedido, ver desprovida sua pretensão.

O apelante, conforme escritura pública de fls. 9, era solteiro à época da lavratura (21/2/85). Em 30/1/96 — data da outorga da procuração do advogado —, consta o estado civil casado, assim também mencionando a inicial (fls. 2 e 8).

Não trouxe certidão mas afirma ter contraído matrimônio com a devedora Edina Terezinha Brognoli. Referido subsídio, ante o contexto da prova, mostra-se irrelevante.

Primeiro, porque situações desse jaez encontram-se amoldadas pelo artigo 226, § 3º, combinado com o § 5º da Constituição Federal, e foi reconhecida pelo próprio apelante. Este o entendimento pátrio:

“...na atualidade, ante o contido no art. 226, § 5º, da CF, existe solidariedade entre marido e mulher, em respeito ao princípio de igualdade entre os cônjuges, fundada num sistema de co-gestão de negócios, e, a regra

geral, é que se comunicam todas as dívidas e demais obrigações contraídas na constância da sociedade conjugal pelo marido ou por ambos os cônjuges. Nestes casos, o ônus da prova, de que não converteu em benefício do patrimônio do casal é da mulher” (TAPR — Ap. Cív. n. 0074189-3-Comarca de Prudentópolis — Ac. 3851 — unân. — 6ª Câm. Cív. — rel.: Juiz Hirose Zeni — j. em 24/4/95 — Fonte: DJPR, 12/5/95, pág. 94) (grifo).

E, segundo, porque subscreveu o termo na condição de “marido da executada”, assim o fazendo livremente. Por outro lado, e mesmo que inexistisse esse vínculo, o apelante não demonstrou a existência de outro, fosse contratual ou de parentesco com a devedora, ou, ainda, que o produto da dívida não reverteu em seu proveito, situações que, em tese, redundariam no reconhecimento do direito que postula.

Cumprе observar-se que “nada impede que o terceiro dê bem à penhora, em decorrência de responsabilidade patrimonial secundária, embora não seja parte na execução” (JTA 123/100).

É inconcebível, existindo, inclusive, oposição da jurisprudência, que o terceiro indique um bem de sua propriedade para garantia de dívida de outrem (cônjuge ou não), e depois venha em Juízo livrar a constrição, utilizando-se da própria torpeza. A respeito:

“...não são considerados terceiros, para fins de oposição de embargos, aqueles que estejam sujeitos à eficácia do ato judicial que pretendem embargar, (...)” (RT 706/135)” (in Nel-

son Nery Júnior e Rosa Maria Andra-de Nery, CPC Comentado, 3ª ed., Editora RT, pág. 1.012).

Da nulidade da fiança

A matéria, como visto, não requer maiores contornos.

É que a discussão acerca do objeto da execução tem âmbito restrito, vedado a terceiro questioná-lo sempre que diga respeito a processo de que não participou, uma vez que esta via, estreita, não comporta fundamentação diversa daquela determinada pelo art. 1.046 do Estatuto Processual Civil.

Cumpre inacolher, pela mesma razão, a assertiva de que o oferecimento do imóvel em Juízo seria nulo por estar baseado “na falta da sua outorga na fiança prestada pela devedora”.

Enfim, não existindo nulidade cominada, não há razão para invalidá-lo, retardando a solução da causa.

Nessa vertente de entendimento, já se decidiu:

“Não é dado ao terceiro embargante fundamentar seu remédio jurídico em vícios porventura configurados em outro processo, no interior do qual se consumou a constrição judicial turbativa ou esbulhadora da sua posse, (...).

“Os embargos de terceiro no direito brasileiro são, em regra, ‘ações defensivas’ da posse, e os seus pressupostos objetivos são os semelhantes aos das ações possessórias: posse e lesão ou possibilidade de lesão à posse’, consoante disserta Clóvis do Couto e Silva em Comentários ao Código de Processo Civil, Revista dos Tribunais, 1982, vol. XI, pág. 450, t. II,

n. 491. Ao embargante é facultado alegar e comprovar que determinado ato judicial acarretou turbação ou esbulho em bem do qual é possuidor e sua reação tem fundamento na circunstância de que o ato judicial não poderia atingir a posse de quem não fosse parte no processo; a reação emerge e parte do fato objetivo da constrição judicial, na medida em que esta extrapolou; não se trata de examinar os antecedentes do ato de constrição impugnado, mas construir os embargos desde a objetividade atual através da qual se revela e se mostra aquele ato e do fato de que este mesmo ato alcança bem do embargante. Entendimento contrário faria com que o embargante se transformasse em fiscal, um controlador da regularidade formal do processo no qual não é parte e com o qual nada tem a ver. Não é este o sentido dos embargos de terceiro. (...) (Ac. un. da 2ª CCv do TARS, de 12/5/87, no AI n. 187.005.079, rel. Juiz Sérgio Gischkow Pereira, JTARS 63/159)” (Darcy Arruda Miranda Jr. e outros, CPC nos Tribunais, vol. XII, 1996, págs.10.139/10.140).

Ou, como ensina Hamilton de Moraes e Barros:

“Os embargos de terceiro são uma ação especial. São o remédio apropriado para pôr fim à constrição judicial que pesa sobre bem de quem não é parte no processo principal. Tem tal ação especial um pedido certo, típico, definidor, que é pretensão do embargante: a de excluir da constrição judicial o bem, material ou não de que é senhor ou possuidor, ou das duas coisas juntas.

“Em embargos de terceiro não pode argüir o embargante nulidade do processo ou do título em que se baseou a apreensão judicial. Seus direitos de proprietário ou de possuidor ou os de outra natureza é que são o escudo contra a constrição judicial. As outras indagações são impertinentes, descaídas aqui. O que lhe toca é mostrar seus direitos sobre a coisa atingida pelo ato de constrição judicial” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 4ª ed., 1993, pág. 232).

Mutatis mutandis, no que diz respeito à possibilidade ou não de discussão da causa debendi, valiosa a lição do brilhante processualista Humberto Theodoro Júnior:

“...a mulher pode agir tanto como parte da execução, como na condição de terceiro. Se pretender discutir a validade ou a eficácia do título firmado pelo marido, estará agindo como parte e suas arguições só poderão ser feitas através de embargos de devedor (art. 736). Se, porém, o que vai discutir é a matéria pertinente à exclusão de sua meação, a condição jurídica da mulher é de terceiro em face da dívida do marido e da relação executiva que em torno dessa obrigação se instaurou. Essa questão, portanto, terá de ser debatida nos embargos de terceiro (art. 1.046, § 3º).

“A circunstância eventual de a mulher, intimada da penhora, alegar a questão pertinente à meação em embargos de devedor, em lugar de embargos de terceiro, é, contudo, irrelevante, por não passar de irregularidade formal, que nenhum prejuízo acarreta à parte contrária. O que não se tolera é o contrário, isto é, usar a mulher os embargos de terceiro fora

do prazo dos embargos do devedor, para discutir o mérito da dívida do marido” (in Curso de Direito Processual Civil, vol. II, Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 107) (grifo).

#### Da verba honorária

A sentença condenou o apelante no pagamento de honorários advocatícios além das demais verbas da sucumbência, em cumprimento ao disposto no artigo 20 do Código de Processo Civil, uma vez que a causa cingia-se à pretensão litigiosa de terceiro.

Mantém-se a condenação nos moldes fixados, porquanto “aplica-se o princípio da sucumbência nos embargos de terceiro, incidindo, portanto, a condenação por honorários advocatícios, a menos que a penhora tenha sido efetivada por iniciativa do meirinho, e o credor-embargado, tomando conhecimento da medida impugnada, através dos embargos, venha a reconhecer prontamente o direito do embargante, pedindo o levantamento da penhora. Nesse caso, pelo princípio da causalidade, não é justo imputar ao credor o ônus da sucumbência, porquanto o incidente decorreu de um ato judicial que não lhe pode ser tributado” (in Ap. Cív. n. 97.001262-4, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).

#### Da litigância de má-fé

A ação foi proposta não só com o intuito de afastar da constrição a meação de um bem oferecido pelo próprio apelante, como também de discutir temas alheios à qualidade de terceiro.

Para tal fim, assim procedeu:

1) Preteriu a juntada da certidão de casamento (ou documento equivalente, tendo em vista sua nacionalidade), para, em seguida, alegar cerceamento do direito de defesa por não lhe ter sido oportunizada a colação.

2) Ajuizou dois pedidos idênticos, em datas diferentes, recolhendo a taxa judiciária muito depois, como se aguardasse providência judicial favorável no primeiro deles, para, só então, e caso fosse negativa, protocolar a segunda petição.

3) Omitiu, ainda, a existência de declaração — usada como referencial na resposta do recurso (fls. 36) e na sentença —, porque contrária ao seu interesse.

Essas circunstâncias, não se duvida, evidenciam tendência maliciosa da parte em persuadir a Justiça, uma vez que as peças, cuja existência ocultou, eram de fácil acesso e de substancial importância na causa. A isso devendo ser acrescentado que a postulação não esteve em harmonia com a verdade dos fatos perfilhados na execução, relativamente à constrição em exame.

Reputa-se litigante de má-fé, diz o artigo 17 do Código de Processo Civil, aquele que “I — deduzir pretensão ou defesa contra (...) fato incontroverso; II — alterar a verdade dos fatos”.

A jurisprudência desta Corte assevera:

“...Deve ser considerado litigante de má-fé aquele que se opõe à marcha regular do processo, que se prolonga em Primeiro Grau por mais

de cinco anos, quando é manifesto o propósito de retardamento e é reclamada a realização de uma prova que não se realizou, por culpa exclusiva da parte requerente” (Ap. Cív. n. 97.009084-6, de Itajaí, rel. Des. Anselmo Cerello).

Ainda:

“...Litigância de má-fé. Apelação com argumentos infundados e confrontantes com jurisprudência pacífica. Resistência injustificada ao andamento do processo. Imposição de pena em 20% sobre o valor da causa. Aplicação dos arts. 14, III, c/c art. 17, IV, e V, e art. 18, § 2º, todos do CPC.

“Age como litigante de má-fé o apelante que traz argumentos infundados e aponta fatos exaustivamente provados nos autos, opondo resistência injustificada ao andamento do processo, merecendo condenação à pena de 20% sobre o valor da causa” (Ap. Cív. n. 97.001351-5, de São José, rel. Des. Carlos Prudêncio, in DJ de 12/5/98).

Incensurável a decisão a quo.

Em votação unânime, a Câmara decidiu repelir as preliminares e negar provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

Silveira Lenzi,  
Presidente;  
Cláudio Barreto Dutra,  
Relator.

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009181-8, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Indenização por dano moral — Moléstia grave em pessoa da família de empregada de instituição bancária — Fato de grande repercussão junto ao meio social, educacional e profissional dos parentes do enfermo — Violação da intimidade e vida privada — Situação de constrangimento e discriminação funcional suficientes ao reconhecimento do direito previsto no artigo 5º, incisos V e X, da Constituição Federal.*

*1) Agravo retido — Ilegitimidade passiva ad causam — Atos ofensivos, praticados por empregados no exercício do trabalho — Responsabilidade da instituição financeira — Artigo 1.521, inciso III, do Código Civil — Preliminar repelida.*

*2) Quantum indenizatório — Arbitramento — Critérios: gravidade e repercussão da ofensa, condições pessoais dos envolvidos antes e depois dos fatos.*

*— Dano patrimonial — Discriminação — Rebaixamento funcional com repercussão remuneratória — Redução do nível de vida e patrimônio — Indenização corretamente arbitrada.*

*3) Honorários advocatícios — Fixação segundo os critérios do artigo 20, § 3º, do Código de Processo Civil, combinado com artigo 11, § 1º, da Lei nº 1.060/50 — Percentual mantido.*

*Manutenção do julgado — Recursos desprovidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009181-8, da comarca da Capital (4ª Vara), em que são apelantes e apelados C. L. N. e BESC — Banco do Estado de Santa Catarina S/A:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, improver os recursos, rejeitando a preliminar de ilegitimidade passiva levantada no agravo retido.

Custas na forma da lei.

Na 4ª Vara Cível da comarca da Capital, C. L. N., qualificada às fls. 3, ajuizou ação de indenização por danos morais e materiais contra o BESC — Banco do Estado de Santa Catarina S/A alegando ser empregada de carreira do réu desde 1979 e que em 1987 tomou conhecimento que seu marido, J. O. N., era portador do vírus HIV (AIDS).

Submeteu-se, então, a exame médico, onde ficou constatado não ser portadora.

Estes fatos se tornaram públicos na agência onde trabalhava, e nas demais, transformando-a em alvo perfeito de boatos e desprezo dos colegas no trabalho.

Com o agravamento do estado de saúde do marido, pediu afastamento de suas atividades, quando o médico da FUSESC, Dr. Valter Araújo, recomendou ao empregador especial apoio dos serviços sociais, médicos e administrativos.

Aduziu que ao retornar e apresentar-se à diretoria, teria sido rejeitada, sendo transferida para outra agência.

Diante de tanta discriminação e percalços, restou escancarado o interesse do banco na demissão voluntária, porquanto existia a probabilidade de estar, também, infectada pelo vírus.

Todavia, continuou trabalhando até que em 20/12/91 — véspera de Natal — verificou uma diferença de caixa no importe de CR\$ 2.000.000,00, que, após minuciosa conferência, constatou tratar-se de documento diverso dos que usualmente preenchia.

Em 18/2/92, após inspetoria interna, foi punida com o afastamento, quando lhe faltavam três meses para completar dez anos de desempenho satisfatório. Em face disso, seu salário foi reduzido pela metade.

Os reflexos econômicos da redução salarial se exteriorizaram com a extrapolação de limite de cheque especial, contas no comércio vencidas, não pagamento de mensalidade de clubes de recreação, mudança de colégio da filha do casal, de particular para estadual, além de outros que persistem nos dias atuais.

Acusada formalmente pelo réu pela prática do crime de apropriação indébita, foi denunciada pelo Promotor de Justiça da 4ª Vara Criminal, de cuja imputação foi absolvida.

Acrescenta que a discriminação não se limitou aos colegas, mas refletiu em toda a sociedade, que passou a qualificá-la de ladra.

Durante o tempo em que aguardava o desfecho da ação penal teve sua vida privada dissecada pelos prepostos do réu, em virtude de ser obrigada a submeter-se a exames periódicos para certificar-se de que não estaria contaminada.

O réu requereu sua avaliação por psiquiatras visando aferir a possibilidade de afastamento das atividades laborativas, e negou-se a participar de uma reunião convocada para esclarecer a situação.

Disse que mesmo absolvida na esfera criminal a mancha não se apagou, visto que apesar de justificar, com atestados, eventuais atrasos, o réu nada tolerava, denotando má-fé e teimosia, já que era obrigada a realizar exames especializados e ao mes-

mo tempo penalizada por descumprimento de horário.

Novamente transferida de agência (Trindade), obteve liminar em ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

Todas as condutas do réu caracterizam a discriminação, calúnia, difamação e injúria de que foi vítima, restando suficientemente demonstrado o abalo moral e patrimonial repercutidos negativamente em sua vida.

Finalizou dizendo buscar, na indenização, uma forma de compensar um direito que viu lesado e que encontra respaldo na legislação de regência.

Requeru a citação do réu, produção de provas, assistência judiciária gratuita e a procedência do pedido, condenando-se o réu no pagamento de importância a ser apurada em liquidação de sentença, a título de indenização por dano moral, além das custas, despesas processuais e honorários advocatícios na base de 20% sobre a condenação.

Juntou instrumento procuratório e farta documentação.

O processo foi remetido ao Juízo Especial, que o devolveu à Justiça Comum em face de pedido expresso da parte.

Citado, o requerido ofereceu defesa, arguindo preliminar de ilegitimidade passiva e rechaçando, no mérito, as ponderações iniciais, ao afirmar que teria dispensado a autora do caixa porque não tinha interesse em mantê-la no cargo, que era de confiança, e pelo fato de inúmeras vezes ter emitido cheques sem provisão de

fundos, em total inobservância do Regulamento de Pessoal.

Disse ainda que não deu publicidade acerca das dificuldades financeira e psicológica da autora, tanto que em diversas ocasiões liberou-a para que pudesse acompanhar seu marido.

Acrescentou que não agiu com culpa, ante a ausência da vontade de prejudicar, e que esta seria condição indispensável para o deferimento da indenização.

No tocante ao dano moral, prejuízos materiais e financeiros, a autora limitou-se a alegar, nada provando.

Requeru o acolhimento da preliminar, ou, no mérito, a improcedência, produção de provas e condenação da parte adversa no pagamento de custas processuais e honorários advocatícios.

A requerente impugnou a contestação.

Sobreveio o saneador de fls. 126, em que o Magistrado determinou que o feito tivesse curso em segredo de justiça, deferiu a assistência judiciária gratuita à autora, afastou de plano a preliminar de ilegitimidade passiva e designou audiência de conciliação.

Foram fixados os pontos controvertidos e deferida a prova emprestada requerida ao Juízo da 4ª Vara Criminal, designando-se nova data para a instrução e julgamento.

O réu agravou na forma retida contra o despacho que afastou a preliminar de ilegitimidade passiva, manifestando-se a autora às fls. 133.

Conforme fls. 144/160, realizou-se a audiência em que foi tomado

o depoimento pessoal da autora e de cinco testemunhas por ela arroladas, sendo concedido o prazo de quinze dias a cada parte para oferecimento de alegações finais.

Em seu arrazoado, a autora ratificou o posicionamento inicial, pedindo o acolhimento com base nas provas.

O réu, por sua vez, reforçou as teses da defesa e a sua ilegitimidade passiva ad causam, requerendo a improcedência do pedido e anexando cópia da decisão proferida na ação trabalhista.

Julgada parcialmente procedente a demanda, recorreram autora e réu.

Em seu recurso, o demandado requereu, em preliminar, a apreciação do agravo retido interposto contra o despacho que repeliu sua ilegitimidade passiva. No mérito, argumentou que a sentença firmou o entendimento no art. 1.521 do Código Civil, atribuindo-lhe a responsabilidade, porém esquecendo que o preceito só tem aplicação em favor de terceiro atingido pela empresa fora do âmbito da relação laboral.

Disse que não houve redução do patrimônio da apelada nem discriminação funcional de sua parte, e que as diferenças salariais estariam sendo discutidas em lide trabalhista.

Discorreu acerca da responsabilidade sem culpa e do excessivo valor a que foi condenado.

Por fim, requereu o provimento do recurso para que o pedido fosse julgado improcedente, ou, se não, reduzida a condenação.

A autora recorreu pedindo a reforma parcial do julgado, a fim de que a verba indenizatória fosse aumentada para R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), ou, alternativamente, para R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais), que correspondem a um quinto do valor proposto, fixando-se os honorários advocatícios no percentual de vinte por cento sobre o total da condenação.

A autora contra-arrazoou o recurso do réu, deixando este de contrapor o da parte adversa conforme certidão de fls. 236.

Os autos foram encaminhados a este Sodalício, quando a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento de ambos os recursos, em parecer da lavra do Dr. Aor Stefens Miranda.

É o relatório.

Trata-se de pedido indenizatório lastreado em dano moral e material sofrido por empregada de instituição bancária, ao argumento de discriminação pessoal e funcional em razão de moléstia grave manifestada em pessoa da família.

Deve-se examinar a preliminar objeto do agravo retido (fls. 133/135).

Investe a autora contra o réu, de quem é funcionária, dizendo-o responsável pelos atos discriminatórios praticados por superiores hierárquicos.

A condição de empregados do banco, tanto da autora quanto daqueles que alega serem os agentes das agressões morais, é incontroversa. Não se pode negar que os fatos ocorreram em uma de suas agências, du-



rante o expediente, ou seja: a autora teria sido discriminada pelos superiores hierárquicos e colegas dentro da repartição e por ocasião de seu trabalho.

Impositivo, para afastar a culpa, seria que os prepostos do réu estivessem, sponte sua, agindo de modo a descaracterizar qualquer interferência funcional, fosse como discriminação, fosse no plano remuneratório ou veiculação de notícia constrangedora sobre a vida da demandante.

Pelo que se viu, ocorreu justamente o inverso. Assim, mesmo que quisesse, seria inconcebível afastar a responsabilidade do banco, pois sua culpa in eligendo resultou da escolha dos prepostos que, nesta qualidade, feriram direito inviolável da autora.

Como enfatizou o Des. Francisco Oliveira Filho:

“A legitimidade passiva resulta de vínculo com obrigação de direito material que se quer fazer valer através de ação, ou como integrante de relação jurídica a ser desconstituída, declarada ou reconhecida inexistente” (Ap. Cív. n. 42.960, da Capital).

Afastada, portanto, a preliminar de ilegitimidade passiva do réu.

No mérito:

#### I — Recurso do réu

Da responsabilidade prevista no art. 1.521, III, do Código Civil:

O requerido pretende desconstituir o fundamento de sua condenação em Primeiro Grau, alegando jamais ter praticado qualquer ato que gerasse a obrigação de indenizar a autora.

É certo que o apelante, como instituição financeira, não poderia levar a efeito os fatos narrados na inicial, que, por sua vez, foi categórica ao relacionar os autores da ofensa. O conjunto da prova sustenta a legitimidade do réu, não sendo demais repisar que o alicerce da obrigação reside no art. 1.521, inciso III, do Código Civil: “são também responsáveis pela reparação civil: (...) III — O patrão, amo ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou por ocasião dele”, que, à luz da Súmula 341, do Supremo Tribunal Federal, dispensa a prova da culpa do empregador.

Humberto Theodoro Júnior, em artigo publicado na Revista dos Tribunais vol. 662, págs. 10/12, leciona:

“...Esse dispositivo trouxe uma grande e fundamental inovação, pois, com ele, a responsabilidade civil do patrão caiu totalmente no regime do Código Civil. Não se cogita mais do tipo de culpa para impor o dever de reparar o dano regulado pelo Direito Comum. Qualquer que seja, portanto, o grau de culpa, terá o empregador de suportar o dever indenizatório, segundo as regras do Direito Civil, sem qualquer compensação com a reparação concedida pela Previdência Social.

“A existência, enfim, de culpa grave ou dolo, até então exigida pela jurisprudência para condicionar a responsabilidade civil paralela à indenização acidentária, foi inteiramente abolida nos termos da inovação trazida pelo artigo 7º, inciso XXVIII, da nova Constituição. Qualquer falta cometida pelo empregador, na ocasião de evento lesivo ao empregado, acarre-

tar-lhe-á o dever indenizatório do artigo 159 do Código Civil mesmo as levíssimas, porque in legi aquilia et levissima culpa venit”.

Da redução do patrimônio da vítima:

Menciona a inicial e o banco não nega que, em decorrência da perda do cargo, houve redução salarial. Este fato, por certo, influenciou no nível de vida que a autora levava, a exemplo das despesas que assumiu, na certeza de que poderia honrá-las, acrescentando-se a isso o aumento dos gastos com a doença do marido.

Experimentou a demandante considerável redução de seu patrimônio, consubstanciada no ajuizamento de processo de execução contra o marido J. O. N., impossibilidade do pagamento das mensalidades de clubes recreativos e transferência da filha do casal de colégio particular para escola pública. A coincidência entre o período da dispensa das funções no banco (18/2/92) e o corte das mencionadas despesas (1992, 1994/96), direciona ao reconhecimento do decréscimo patrimonial, estabelecendo-se, assim, o vínculo ato lesivo/dano, que encontra a proteção normativa no art. 159 do Código Civil.

Ademais, o réu não demonstrou se em período anterior a autora passava por situação idêntica àquela comprovadamente posterior à lesão.

Da discriminação

A prova oral colhida às fls. 145/160 foi uníssona no seguinte aspecto: os prepostos do réu passaram a tratar a autora de forma diferenciada ao tomar conhecimento da doença do marido. Enquanto os médicos atestaram a situação de stress, decorrente,

também, de problemas funcionais, as testemunhas (fls. 153, 156, 157 e 159) esclareceram que, quando não humilhada, a autora recebia a indiferença de colegas os quais, até então, tratavam-na cordialmente.

A gerência, por sua vez, utilizou de meios não recomendáveis: afastou a autora do cargo, passou a tratá-la de forma desumana ao determinar que se desinfetasse com álcool os móveis onde sentava e proibir que tomasse café nas xícaras, além de ter reservado “um cantinho” para que “separasse papéis” (fls. 160).

Esses fatos, como minudenciou o Juiz singular, tipificam a lesão. Demonstram que o desprezo pela funcionária, altamente qualificada, não tinha tão-somente origem funcional, porquanto, em que pese a irregularidade noticiada no caixa onde trabalhava, nenhuma prova se fez no sentido de imputar-lhe a autoria do ilícito, tanto que foi absolvida na esfera penal.

O réu agiu inegavelmente com culpa.

Nada justifica as atitudes perpetradas contra a autora nem as humilhações levadas a efeito dentro da organização e por ocasião do trabalho.

O banco admitiu funcionários visando a consecução das prerrogativas que lhe eram inerentes. Se agiram em desconformidade com seu mister, foi porque ou o setor administrativo deixou a desejar na orientação funcional, ou porque não souberam determinar a exata medida de suas atribuições.

Numa e noutra situação reside a culpa (in eligendo) decorrente da escolha de prepostos não suficientemente habilitados, visto que em tais

circunstâncias assumiu, tacitamente, a responsabilidade perante terceiros, por atos que praticassem na condição de empregados seus.

#### Das diferenças salariais

A questão não exige exame mais apurado, valendo repisar o entendimento trazido pelo banco em seu recurso:

“Ação de indenização por danos morais. Relação de trabalho.

“Reclamatória parcialmente procedente na justiça especializada. Inacolhimento da pretensão indenizatória, àquele título, por se tratar de matéria de natureza civil.

“Ausência de prova válida para legitimar o pleito. Postulação inexistente.

“Recurso desprovido” (Apelação Cível nº 40.541, de Joinville, relator: Des. Xavier Vieira).

Como o exercício de cargo de confiança pressupunha indicação da chefia e tendo esta demonstrado desinteresse na permanência da autora na função, poderia o réu, como fez, dispensá-la incondicionalmente. A redução salarial foi conseqüência lógica do afastamento.

#### Do dano moral

Como cediço, o dano moral é aquele que, não tendo repercussão patrimonial, atinge os direitos da personalidade, os bens de ordem moral relativos à liberdade, à honra, à família etc. Em que pese o subjetivismo que norteia a aferição do dano moral, a matéria vem ganhando espaço na doutrina e jurisprudência.

Imprescindível, ao reconhecimento da lesão, a observância de certos requisitos, quais sejam: gravidade

e repercussão da ofensa, condições pessoais dos envolvidos antes e depois dos fatos.

As provas indicam que apesar do inusitado, a situação requeria especial atendimento, de cunho psicológico, funcional e humanitário por parte do empregador.

A este cumpria, justamente por ser o primeiro caso, o dever de zelar pela inviolabilidade da intimidade da funcionária.

Era seu o ônus de evitar a repercussão da notícia. Só que, inversamente, veiculou a informação como se esta fosse a melhor maneira de evitar o alcance nefasto, hoje irreparável: a discriminação.

Nos dias atuais, a bem da verdade, os familiares e portadores do vírus HIV encontram muitos obstáculos na sociedade. Todavia, esta mesma sociedade, como no caso da entidade bancária, deve ser penalizada sempre que estabelecer diferença de tratamento entre os que lhes são vinculados, para que não se abram precedentes de impunidade e incentivo à lesão de direito fundamental insculpido no artigo 5º da Constituição Federal.

Rui Stoco, na lição de Savatier, ensina:

“Colocando a questão em termos de maior amplitude, Savatier oferece uma definição de dano moral como ‘qualquer sofrimento humano que não é causado por uma perda pecuniária’, e abrange todo atentado à reputação da vítima, à sua autoridade legítima, ao seu pudor, à sua segurança e tranquilidade, ao seu amor próprio estético, à integridade de sua inteligência, a suas afeições etc. (‘Traité

de la responsabilité civile', vol. II, n. 525)" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., pág. 458).

A doutrina disserta sobre o tema:

"A tormenta maior que cerca o dano moral, porém, está em outro aspecto, e diz respeito a como quantificá-lo. Inexistem critérios legislativos gerais, e também não há consenso nos pretórios.

"Certo é que a verba deve ser fixada na própria sentença do processo de conhecimento, nada autorizando a remessa para futura liquidação. No que concerne ao quantum em si, alguns parâmetros têm sido adotados, mas, antes de arrolá-los, devem ser feitas considerações genéricas, para fixar o raciocínio que preside o tema.

"O dano moral, em nosso ordenamento, tem duplo caráter, compensatório e punitivo. Sua fixação tem como 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 benesse para quem padeceu sentimentalmente, implique uma compensação justa" (in "A Responsabilidade Civil Objetiva no Direito Brasileiro", de Guilherme Couto de Castro, Forense, Rio de Janeiro, 1997, pág. 23).

O valor arbitrado na sentença guerreada foi fixado de modo a compensar, pecuniariamente, a discriminação, o sentimento de humilhação e desprezo experimentados pela autora.

Correta a ponderação do Juiz ao afirmar que "na fixação do valor referente ao dano moral, deve-se observar a gravidade do dano, a sua extensão, a intensidade da dor, a condição da ofendida e do ofensor, a natureza da ofensa, o comportamento do ofensor. Sublinhe-se que a indenização relativa ao dano moral não pode, em hipótese alguma, proporcionar o enriquecimento da ofendida, tendo em vista que a isto não se presta este tipo de reparação" (fls. 201).

A indenização de R\$ 250.000,00 parece razoável diante dos aspectos com que se revestiu o dano, diante da posição social da ofendida, intensidade e ânimo de ofender, gravidade e repercussão.

## II — Recurso da autora

Do valor arbitrado na sentença

Pede a autora a majoração para R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais) ou um quinto dessa verba (R\$ 400.000,00), entendendo ser uma destas a importância que melhor aquilata o dano suportado.

Todavia, a fixação é mantida porque se afigura comedida aos parâmetros da condenação, enfatizando-se que o objetivo da indenização é o de compensar, pecuniariamente, o lesado, e não beneficiar ou prejudicar financeiramente qualquer das partes.

Dos honorários advocatícios

A verba honorária foi fixada em 15% sobre o total da condenação, por gozar a autora do benefício da assistência judiciária.

O art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50 diz que o percentual será arbitrado

“sobre o líquido apurado na execução da sentença”.

A respeito:

“Honorários de advogado. Assis-tência judiciária. Base de cálculo.

“Nas causas em que se veri-ficar a concessão do benefício da as-sistência judiciária, os honorários de advogado, no percentual de 15%, incidirão sobre o valor que lhes for atribuído, devidamente atualizado (art. 5º, § 1º, da Lei n. 1.060/50 c/c o art. 20, § 3º, do CPC)” (Ap. civ. nº 37.317, de Araranguá, rel. Des. Eder Graf, DJE nº 8.395, de 10/12/91, pág. 7).

Vê-se, pois, que o percentual de 15% deve incidir sobre a condena-ção, por expressa previsão legal.

Assim, mantém-se irretocável a sentença de Primeiro Grau.

A Câmara decidiu, por unanimi-dade, afastar a preliminar de ilegítimi-dade passiva levantada por ocasião do agravo retido, e, no mérito, despro-ver os recursos.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 29 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004138-4, DE PALHOÇA**

**Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Ação declaratória de inexistência de relação jurídi-co-tributária, cumulada com determinação de restituição de valores depositados em Juízo — Imóvel inserido no Parque Estadual Serra do Tabuleiro, declarado de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação — Aposseamento indireto pelo Poder Público — Fato devidamente comprovado nos autos — Pretensão à inexigi-bilidade da cobrança do IPTU referente àquela área e à restituição de valores pagos — Ações cautelar e de repetição de indébito afora-das anteriormente à ação principal, julgadas procedentes em sen-tença única — Remessa e recurso desprovidos.*

*“A imissão definitiva na posse, em qualquer hipótese, só se dará após o integral pagamento do preço, conforme o fixado no acordo ou na decisão judicial final, que adjudicará o bem ao expro-riante, transferindo-lhe o domínio com todos os seus consecutórios. Mas é de observar-se que desde a imissão provisória na posse o ex-*

*propriante aufere todas as vantagens do bem, e cessa para o expropriado a sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais” (Hely Lopes Meirelles, in Direito Administrativo Brasileiro, 20ª ed., 1995, pág. 524).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004138-4, da comarca de Palhoça (2ª Vara e Fazenda Pública), em que é apelante o município de Palhoça, sendo apelados Amaury Medeiros de Figueiredo e Denise Mendes de Figueiredo:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento à remessa e ao recurso voluntário.

Custas na forma da lei.

Ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária, cumulada com determinação de restituição de valores depositados em Juízo, aforada por Amaury Medeiros de Figueiredo e sua mulher, Denise Mendes de Figueiredo, qualificados a fls. 3, contra o município de Palhoça, objetivando, em síntese, a inexigibilidade da cobrança do imposto predial e territorial urbano — IPTU e a restituição de valores pagos a esse título, nos anos de 1988 a 1991, acerca de uma área de terras situada na localidade de Papagaios, distrito de Enseada de Brito, com 35.764,00m<sup>2</sup> (trinta e cinco mil setecentos e sessenta e quatro metros quadrados), eis que inserida no Parque Estadual Serra do Tabuleiro, declarada de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação pelo Decreto

N-SETMA n. 1.261, de 1º de novembro de 1975.

Alegam que referida área é integrante de uma maior, com 104.475,30m<sup>2</sup> (cento e quatro mil quatrocentos e setenta e cinco metros quadrados e trinta centímetros), adquirida por escritura pública de compra e venda lavrada em 25 de julho de 1974, às fls. 2 e 2 verso, do livro n. 23, devidamente registrada no Cartório de Imóveis, sob o n. 29.788, para ali promover um “loteamento”, com 156 (cento e cinquenta e seis) lotes, não tendo, no entanto, logrado êxito, em face da certidão da Oficiala do Cartório Imobiliário, à época, asseverar encontrar-se dito imóvel em parte dentro do perímetro do Parque Estadual Serra do Tabuleiro, “conforme declaração da FATMA — Fundação de Amparo à Tecnologia e ao Meio Ambiente”, o que os motivou ao ingresso de uma ação para expedição do competente alvará de registro de loteamento, tendo-lhes sido deferida a pretensão apenas no concernente à área não abrangida pelo referido Parque, que passou a denominar-se “Loteamento do Farol”.

Requereram, então, não mais fosse exigido o pagamento do IPTU referente “aos lotes pertencentes ao Parque Estadual”, tendo-lhes sido negada a pretensão, “por falta de expressa autorização do Poder Legislativo Municipal”, razão da propositura da presente demanda, com base no arti-

go 32 do Código Tributário Nacional, pois segundo eles, nenhuma justificativa existe para que o requerido continue a exigir o referido imposto, já que não podem usá-lo, fruí-lo, tampouco aliená-lo.

Postularam a procedência do pedido, juntando os documentos de fls. 9/26.

Citado, o município de Palhoça ofereceu contestação aduzindo que a pretensão merece prosperar, porquanto, inobstante a declaração de utilidade pública e interesse social editadas através do Decreto n. 1.261 de 1º de novembro de 1975, até a presente data o Estado não efetuou as devidas desapropriações, muito menos restou decidida a ação discriminatória proposta que se encontra tramitando na Justiça Federal. Sustentou, ainda, que o referido imposto vem sendo cobrado com supedâneo na Lei Municipal n. 311/77, e tendo como sujeito passivo “o titular de domínio útil ou o possuidor a qualquer título de bem imóvel”, e que “a incidência e cobrança do imposto independe de legitimidade do título de aquisição ou da posse do bem imóvel e do resultado econômico de sua exploração ou do cumprimento de quaisquer exigências legais, regulamentares ou administrativas a ele relativas (art. 9º da citada lei)”.

Réplica às fls. 59/60, na qual suscitam os autores, preliminarmente, a intempestividade da peça defensiva. No mérito, postulam a procedência do pedido pelos motivos anteriores.

O Promotor de Justiça manifestou-se contrariamente à pretensão.

Especificadas as provas, sobreveio o despacho de fls. 66, no qual

foi determinada a manutenção da contestação aos autos, “apenas como peça informativa”.

Às fls. 69 e verso consta a decisão de suspensão do processo, bem como dos autos em apenso, até julgamento proferido na ação indenizatória envolvendo os autores e o Estado de Santa Catarina, que ocorreu conforme se observa às fls. 72/86 e 87/89.

O Juiz de Direito na mesma sentença proferiu a decisão, julgando procedentes as ações: declaratória, cautelar e de repetição de débito.

Apelou o vencido pedindo a reforma do decisum aduzindo, para tanto, os mesmos fatos narrados.

Com as contra-razões e a manifestação do Ministério Público, os autos ascenderam a este Tribunal, e aqui, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. José Antônio Salvadori, opinou pelo provimento da remessa e do recurso voluntário.

É o relatório.

Segundo o disposto no artigo 32 do Código Tributário Nacional, “o imposto, de competência dos Municípios, sobre a propriedade predial e territorial urbana tem como fato gerador a propriedade, o domínio útil ou a posse de bem imóvel por natureza ou por acessão física, como definido na lei civil, localizado na zona urbana do Município”.

Assim, o contribuinte desse imposto vem a ser o proprietário de imóvel, o titular do seu domínio útil ou o seu possuidor a qualquer título.

No caso dos autos, os apelados, inobstante figurarem no Registro Imobiliário como sendo os legítimos proprietários, não puderam exercer o

direito de propriedade conforme determina o disposto no art. 524 do Código Civil, eis que parte considerável foi declarada de utilidade pública e interesse social pelo Decreto Estadual n. 1.261 de 1º de novembro de 1975.

Comprovando tal assertiva, está a contestação à ação de indenização promovida pelos autores contra o Estado de Santa Catarina, cuja Apelação tomou o n. 98.003570-8, de Pailhoça, onde o requerido confirma textualmente que "as terras que descrevem os autores estão, efetivamente, em parte dentro dos limites do Parque Estadual Serra do Tabuleiro, criado pelo Decreto n. 1.260 de 1º de novembro de 1975" (fls. 23).

E não é só. Há também as declarações de Raulino Reitz, Superintendente Adjunto da Fatma, às fls. 15 e de Lídia Araújo Wiethorn, Oficiala do Cartório de Registro de Imóveis da Comarca, às fls. 13, bem como a sentença proferida nos autos de alvará judicial para registro (fls. 17/18).

Embora não tenha havido o decreto de desapropriação, in casu, verificou-se o que comumente se denomina de "apossamento indireto pelo Poder Público".

"...Para que se configure a desapropriação indireta não se exige o apossamento de fato. Basta que a limitação administrativa esvazie o conteúdo econômico da propriedade, tirando-lhe o valor patrimonial. Passa o imóvel a ser coisa fora do comércio. Nele não se permite construir. Ninguém o comprará. O prédio, decorrência da limitação administrativa, perde todo o valor.

"Tal prejuízo, sofrido pelo proprietário, decorre de verdadeira expropria-

ção, dele resultando o direito subjetivo de invocar a tutela jurisdicional para que o Estado recomponha o patrimônio que desfalcou" (Ap. Cív. n. 37.184, de Joinville, rel. Des. Amaral e Silva).

Feitas essas considerações, há de se convir que, desapossado o imóvel pelo Estado de Santa Catarina, não poderia o apelado continuar a exigir o pagamento do imposto, eis que indevido, por se encontrar restrita a fruição da propriedade, tendo, pois, os autores, direito de ação, no caso a declaratória, que, nas palavras de Bernardo Ribeiro de Moraes, "tem por finalidade fazer com que seja judicialmente certificada a existência ou inexistência de uma relação jurídica. Através dela obtém-se a certeza da existência ou inexistência de uma obrigação tributária. Esta ação se destina a criar a certeza jurídica, afirmando a existência de uma relação de direito invocada pelo autor (declaração positiva), ou a sua inexistência (declaração negativa)" (in *Compêndio de Direito Tributário*, ed. 1987, pág. 910).

Hely Lopes Meirelles, em sua obra "Direito Administrativo Brasileiro", 20ª ed., 1995, à pág. 524, leciona:

"A imissão definitiva na posse, em qualquer hipótese, só se dará após o integral pagamento do preço, conforme o fixado no acordo ou na decisão judicial final, que adjudicará o bem ao expropriante, transferindo-lhe o domínio com todos os seus consecutórios. Mas é de observar-se que desde a imissão provisória na posse o expropriante auferirá todas as vantagens do bem, e cessa para o expropriado a sua fruição, devendo cessar também todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais".



Em hipótese semelhante à dos autos, decidiu o 1º Tribunal de Alçada Civil do Estado de São Paulo, em acórdão estampado na Revista dos Tribunais, vol. 645, pág. 104:

“IPTU — Imóvel objeto de desapropriação indireta — Isenção — Admissibilidade — Irrelevância de ainda não ser definitiva a imissão na posse, uma vez incorporado o bem ao patrimônio do expropriante, que dele auferir todas as vantagens desde a imissão provisória, cessando para o expropriado sua fruição e, conseqüentemente, os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais — Inteligência do art. 111 do CTN.

“A isenção do IPTU prevista na legislação municipal para imóveis objeto de desapropriação, referindo-se explicitamente à efetiva ocupação do bem pelo poder expropriante, alcança os casos de ocupação administrativa, em interpretação permitida pelo art. 111 do CTN, dada a singularidade de situações, mesmo que ainda não definitiva a imissão na posse. Desde a imissão provisória o expropriante auferir todas as vantagens do bem e cessa para o expropriado sua fruição, devendo cessar também, todos os encargos correspondentes, notadamente os tributos reais”.

E do Superior Tribunal de Justiça:

“Tributário — Desapropriação — Dívidas fiscais — Imissão na posse — Decreto-Lei n. 3.365/41.

“Desapropriação. Levantamento do depósito. Quitação das dívidas fiscais. Tributos sobre o imóvel. Imissão na posse. Artigo 34 do Decreto-Lei n. 3.365/41.

“Os tributos incidentes sobre o imóvel desapropriado, após a imissão provisória na posse, correm por conta da entidade expropriante (Resp. n. 18.946-9 – SP, rel. Min. Hélio Mosimann, Segunda Turma, unânime, DJ 13/3/95” (in Ementário de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça n. 12, ano 5, pág. 303).

Ante o exposto, confirma-se a sentença por seus próprios fundamentos, desprovendo-se a remessa e o recurso voluntário.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Vanderlei Romer e Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente;*

*Cláudio Barreto Dutra,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.010744-7, DE CHAPECÓ**

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Responsabilidade civil — Homicídio — Indenização — Pensão alimentícia — Termo final — Vinte e cinco anos — Sessenta e*

*cinco anos — Dano moral — Avaliação — Quantum.*

1. *Aquele que comete homicídio, vitimando jovem com dezenove anos de idade que residia com a genitora e lhe prestava assistência material, tem o dever de indenizar os danos morais e de pagar alimentos.*

2. *“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” (AC n. 35.339, Des. Amaral e Silva).*

3. *“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, Min. Antônio de Pádua Ribeiro). Vencido o relator.*

#### Ementa aditiva do Relator

*Os tribunais, atentos à realidade nacional, edificaram jurisprudência admitindo que o autor de homicídio de vítima menor de idade, ainda que esta não exerça atividade remunerada, deve alimentos aos pais dela.*

*Justifica-se que assim seja pois, fundada em dados estatísticos irrefutáveis, há uma presunção de que ela, tão logo adentre no mercado de trabalho, passe a contribuir para a formação da renda familiar. No entanto, é também inegável que esses jovens contraem matrimônio por volta dos vinte e cinco anos de idade e que, constituindo a própria família, não mais terão condições de prestar auxílio material aos genitores.*

*Se a presunção gerada da estatística serve à construção de jurisprudência no sentido de admitir a obrigação alimentar nas circunstâncias expostas, não pode ser ignorada tese restritiva dessa responsabilidade, igualmente nela sustentável.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.010744-7, da comarca de Chapecó (3ª Vara Cível, Infância e Juventude), em*

*que é apelante Humberto Arosi, sendo apelada Elza Maria Sanzanovicz Tonini:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso, vencido parcialmente o relator.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Elza Maria Sanzanovicz Tonini ajuizou “ação de indenização por dano material e moral” contra Humberto Arosi que, no dia 28 de outubro de 1990, matou com um tiro seu filho Nelcir Luiz Tonini.

Apresentada a contestação, o Dr. Gilmar Antônio Conte julgou procedentes os pedidos formulados pela autora, registrando na parte dispositiva da sentença:

“Ante o exposto, julgo parcialmente procedente o pedido inaugural, nos presentes autos de ação de indenização por dano material e moral, promovido por Elza Maria Sanzanovicz Tonini contra Humberto Arosi, ambos já qualificados, para condenar o requerido a pagar para a requerente:

“I) — o valor equivalente a 2/3 dos vencimentos da vítima, da data do evento até que a requerente complete 65 anos de idade, a título de alimentos, vencíveis mês a mês e pagáveis até o dia 5 do mês subsequente ao vencido, como dano material;

“II) — o dobro do valor da condenação por dano material, ou seja, no dobro do valor apurado para a primeira prestação alimentar, multiplicado pelo número de meses computados da data do evento até que a requerente complete 65 anos de idade, exigível desde a data da morte da vítima, atualizada monetariamente e

acrescido de juros de mora, ambos a partir daquela mesma data (morte da vítima — art. 1.554 do CC), a título de dano moral.

“Condeno ainda o requerido ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, que fixo em 10% sobre o valor dos alimentos vencidos, bem como sobre o valor fixado para o dano moral e mais doze prestações dos alimentos vincendos (art. 20, § 3º e § 5º, do CPC).

“Finalmente, condeno o requerido a constituir capital, no montante necessário para garantir o cumprimento da obrigação alimentar (art. 602 do CPC).”

Inconformado, o réu interpôs recurso de apelação. Reclama a reforma da sentença para “reduzir a pensão mensal para 1/3 (um terço) dos rendimentos do apelante à data do evento”, e a “indenização por dano moral, para o montante de 100 (cem) salários mínimos”. Também pretende que a obrigação alimentar tenha como termo final a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos.

A apelada propugna a confirmação do decism.

## II — Voto do Des. Relator

1. Pela morte do filho da apelada, o apelante foi condenado criminalmente. Por isso, sequer é questionada a sua responsabilidade pela reparação dos danos decorrentes do ato ilícito (CC, art. 1.537, II). A controvérsia cinge-se à determinação do quantum debeat.

2. Implicitamente, admite o apelante que é devida a indenização por danos morais.

A lei não fixa parâmetros objetivos para quantificar a indenização. Segundo Carlos Alberto Bittar, "diante da esquematização atual da teoria em debate, são conferidos amplos poderes ao juiz para definição da forma e da extensão da reparação cabível, em consonância, aliás, com a própria natureza das funções que exerce no processo civil (CPC, arts. 125 e 126). Com efeito, como julgador e dirigente do processo, pode o magistrado ter conhecimento direto das partes, dos fatos e das respectivas circunstâncias, habilitando-se, assim, à luz do direito aplicável, a definir de modo mais adequado a reparação devida no caso concreto" (Reparação Civil por Danos Morais, RT, 1993, págs. 205/6).

Destaca o renomado jurista que "a indenização por danos morais deve traduzir-se em montante que represente advertência ao lesante e à sociedade de que se 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 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 quantia economicamente significativa, em razão das potencialidades do patrimônio do lesante" (pág. 220).

Com ele consoa Humberto Theodoro Júnior. Depois de assinalar que "resta, para a Justiça, a penosa tarefa de dosar a indenização, porquanto haverá de ser feita em dinheiro, para compensar uma lesão que, por sua própria natureza, não se mede pelos padrões monetários", acrescenta que "o problema haverá de ser

solucionado dentro do princípio do prudente arbítrio do julgador, sem parâmetros apriorísticos e à luz das peculiaridades de cada caso, principalmente em função do nível socioeconômico dos litigantes e da menor ou maior gravidade da lesão" (Alguns aspectos da nova ordem constitucional sobre o direito civil, RT 662/7-17).

No mesmo sentido são as lições de Wilson Melo da Silva (O Dano Moral e sua Reparação, Forense, 1949, pág. 144) e Antônio Lindbergh Monteiro (Ressarcimento de Danos, Âmbito Cultural, 1984, págs. 134/135).

Delas não discrepa a jurisprudência:

"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 le-

são do direito. Vejam-se nesse sentido as lições de Icílio Vanni ('Lições de filosofia do direito', pág. 85), de Planiol et Ripert ('Traité élémentaire de droit civil', vol. II, n. 868-bis, pág. 296), de Giorgi ('Teoria delle obbligazione', vol. V, n. 238), e de Laurent ('Principes de droit civil français', vol. XX, n. 395).

"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 arbítrio, dos juízes na fixação do quantum da condenação, arbítrio 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 sem tutela. Causando o dano moral, fica o responsável sujeito às consequências 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 Apelação Cível 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" (RE n. 97.097, Min. Oscar Correa, 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" (AC n. 35.339, 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 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" (AC n. 49.415, Des. Trindade dos Santos).

"Como se pode observar, a indenização por dano moral tem caráter duplo: a reparação da dor e a educação — punição do lesante para que não torne a praticar o ato. Desse modo, a indenização não deve ser de tal monta que leve o ofensor à ruína, mas não pode ser tão simbólica que sirva para fomentá-lo a voltar a ofender" (TJSP, AC n. 251.536-1, Juiz Benini Cabral).

"A reparação do dano moral tem por fim ministrar uma sanção para a violação de um direito que não tem denominador econômico. Não é pos-

sível sua avaliação em dinheiro, pois não há equivalência entre o prejuízo e o ressarcimento. Quando se condena o responsável a reparar o dano moral, usa-se de um processo imperfeito, mas o único realizável para que o ofendido não fique sem uma satisfação" (TARJ, AC n. 5.036/96, Juiz Mauro Fonseca Pinto Nogueira).

No caso sub judice, não há informações a respeito da posição social da vítima e do patrimônio ou dos rendimentos do réu.

A indenização arbitrada na sentença é de aproximadamente R\$ 40.000,00 (quarenta mil reais). O valor me parece razoável, notadamente se considerados os efeitos punitivos da condenação.

3. No tocante ao termo final da obrigação alimentar decorrente de ato ilícito, transcrevo voto, vencido, proferido nos Embargos de Divergência n. 182:

"Até recentemente, o Superior Tribunal de Justiça, em consonância com a jurisprudência predominante, edificada ao longo de muitos anos, havia firmado entendimento de que 'Inexistindo circunstâncias peculiares, de admitir-se que o filho, casando-se, em regra, em torno dos vinte e cinco anos de idade, deixe de contribuir para a manutenção dos pais, dada a necessidade de prover ao sustento da nova família. Desse modo, razoável ter-se como aceitável que a responsabilidade do causador do dano, pelo pensionamento, cesse à época em que a vítima atingiria aquela idade' (REsp. n. 23.579, Min. Eduardo Ribeiro, RSTJ 55/152).

(...)

"Devo registrar, ainda, que no REsp. n. 36.409, da Terceira Turma, versando sobre a matéria enfocada, restaram vencidos os Ministros Nilson Naves e Eduardo Ribeiro, e, ainda, que do REsp. n. 48.377 foi relator o Ministro Waldemar Zveiter, que, no REsp. n. 23.579, votou com o Ministro Eduardo Ribeiro.

"Também no RE n. 100.127 houve voto divergente, do Ministro Soares Muñoz, que assim se manifestou:

'A obrigação do alimentante não cessa quando ele faz 25 anos, mas a presunção é a de que o rapaz que mora em casa e contribui com 2/3 de seu salário para o sustento dos pais não está em condições de concorrer com tal pensão se ele se casar e constituir nova família. A presunção em que assenta a jurisprudência é a de que, aos 25 anos, o alimentante, casando-se, deve ter reduzida a pensão para 1/3. Sigo essa orientação, aceita por este Tribunal, em precedentes, inclusive desta Primeira Turma'".

Admito que a questão é polêmica e que em torno dela nos tribunais grassa forte controvérsia, revelada nos julgados que abaixo transcrevo:

"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-123/1605)" (REsp. ns. 1.999 e 35.173, Min. Athon Carneiro, RSTJ 10/449 e DJU de 25/10/93, pág. 22.499, respectivamente).

"Em se tratando de menor (no caso, com onze anos de idade) que ainda não exercia atividade remunerada, mais razoável se apresenta a ori-

entação que não acolhe pensionamento aos pais a título de dano material mas sim indenização por dano moral, fixando-se desde logo o quantum, a evitar futura liquidação” (REsp. n. 85.205, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 26/5/97, pág. 22.545).

“A morte de filho menor de tenra idade, que não colaborara ainda para o sustento dos pais, pode ser indenizada a título de dano extrapatrimonial” (REsp. n. 124.565, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 9/2/98, pág. 22).

“Em se tratando de menor que ainda não estava trabalhando, seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais” (REsp. n. 74.532-RJ, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 12/5/97, pág. 18.808).

“Se o menor não trabalhava nem havia tido empregos anteriormente, em princípio os seus pais não fazem jus ao pensionamento decorrente de danos materiais, mas tão-somente aos morais” (REsp. n. 28.861, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU de 8/3/93, pág. 3.123).

Nesse acórdão, disse o Ministro Athos Gusmão Carneiro:

“Eminentes colegas, frisou o ilustre patrono do recorrente, da tribuna, que o evento fatal ocorreu antes da vigência da atual Constituição, que, se assim posso dizer, elevou ao patamar atualmente, obra de ‘futurologia jurídica’. Era previsto, em antecipação do futuro, que aquele menor, às vezes de tenra idade, iria contribuir para a manutenção da família. Interessante é que se concedia essa inde-

nização, afirmada de danos materiais, desde a data do evento, e não desde a data em que o menor poderia legalmente começar a trabalhar, tudo revelando que, em verdade, se estava deferindo indenização de dano moral a color de compensar futuros, eventuais e problemáticos danos de natureza material. Por esse motivo, quicá, é que tal indenização, porque por danos morais deveria ser paga durante um tempo certo, era limitada até a data em que a vítima completaria 25 anos.

“Agora, parece-me mister distinguir as duas situações: a primeira, a morte do menor de tenra idade ou que ainda não trabalha, quando entendo cabível apenas a indenização por dano moral; e a segunda — a que aludem alguns dos acórdãos a que fez referência o eminente Ministro Relator — é a situação da indenização por morte de menores que já trabalhavam e efetivamente ajudavam os pais. Neste caso, não se estará fazendo obra de ‘futurologia jurídica’ mas se está encarando danos concretos e realmente ocorrentes; para estes casos, então, estabeleceu-se aquele limite de sobrevida provável da vítima, fixada em 65 anos de idade, que nos parece um termo razoável, um tanto superior ao tempo médio de vida nas regiões menos desenvolvidas do país e um tanto inferior ao tempo de vida em regiões de maior prosperidade”.

No que se refere à pensão devida em favor dos beneficiários de vítima que já tinha renda própria, recentemente, o Ministro Ruy Rosado de Aguiar propôs – e foi acolhida – solução intermediária:

“A indenização devida aos pais pela morte de filho de 19 anos que já

trabalhava deve ser calculada levando em conta o período provável de sobrevivência da vítima (65 anos de idade), reduzida a pensão a partir dos 25 anos, quando presumivelmente a vítima constituiria família" (REsp. n. 130.432-CE, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU de 2/2/98, pág. 110).

No Recurso Especial n. 124.565, anotou Sua Excelência:

"1. Discute-se sobre o tempo a considerar para o pensionamento dos pais de vítima fatal, como indenização pelo dano patrimonial: se até os 25 anos, quando presumidamente a vítima constituiria nova família e se dedicaria à sua assistência, e não mais aos pais; se até os 65 anos, considerando que os filhos continuam a prestar auxílio aos pais durante o tempo de sua sobrevivência; se até os 65 anos, mas com redução de pensão a partir de 25 anos.

"A divergência ficou bem evidenciada, razão pela qual conheço do recurso.

"2. Nesta eg. 4ª Turma, o tema tem sido recorrentemente enfrentado, com diversidade de soluções, explicável pela peculiaridade da questão, que lida com hipóteses e presunções.

"Atualmente, estão consolidadas as seguintes posições:

"2.1. tratando-se de perda de filho menor, de tenra idade, ainda não trabalhando nem colaborando para o sustento da família, defere-se indenização a título de dano moral, em quantia fixa, preferentemente, ou na forma de pensão mensal, mas nesse caso até quando a vítima completaria 25 anos de idade (REsps. ns. 85.205/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJ

26/5/97; 49.542-RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. César Asfor Rocha, DJ 22/4/97; 57.539-MG, 3ª Turma, rel. em. Min. Nilson Naves, DJ 22/4/97; 106.326/PR, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 1º/5/97; e 68.512/RJ, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo).

"2.2. sendo o filho maior, que já trabalhava e auxiliava a família nas despesas domésticas, concede-se:

"a) indenização por dano moral, fixada em quantia única, sobre um valor equivalente a salários mínimos, 100, 200, 300, conforme as circunstâncias (REsps. 58.538-SP; 49.542-RJ; 85.205-RJ e 106.326-PR), e mais

"b) indenização pelo dano patrimonial, em forma de pensão mensal calculada sobre a contribuição média da vítima aos pais, e isso pelo período que vai desde a data do acidente até quando a vítima completaria 65 anos de idade:

"1. Para o efeito de cálculo da pensão, a esperança de vida da vítima há de ser fixada em 65 anos. (REsp. n. 97.667-SP, 3ª Turma, rel. em. Min. Waldemar Zveiter, DJ 14/4/97).

"2. O limite temporal do pensionamento, para reparação do dano material, deve se estender até a data em que a vítima completaria 65 anos.

"Recurso conhecido e provido" (REsp. n. 58.538-SP, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 7/8/95).

"3. Responsabilidade civil. Indenização. Morte de filho. Pensão aos pais. Tempo de duração.

"O tempo de duração do pensionamento da mãe, que era dependente de filho com 23 anos, vítima de aci-



dente de trânsito, se estende até quando ele completaria 65 anos de idade. Essa é a data que tem sido escolhida, quando não deferido o pensionamento pelo tempo médio de sobrevivência, calculado pelas tabelas previdenciárias.

‘Recurso conhecido em parte e provido’ (REsp. n. 111.928-PB, 4ª Turma, de minha relatoria, DJ 28/4/97).

‘4. Civil. Indenização. Morte de filho. Dependência econômica dos pais. Pensionamento até a data em que a vítima completaria 65 anos. Precedentes. Recurso desprovido.

‘Comprovada a culpa do preposto da ré e a dependência econômica dos pais em relação ao filho falecido no acidente, que contava 27 (vinte e sete) anos de idade, a indenização, sob a forma de pensão, deve ter como limite temporal a data em que a vítima completaria 65 anos de idade’ (REsp. n. 76.238/PR, 4ª Turma, rel. em. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ 16/12/96);

‘c) porém, para a indenização pelo dano patrimonial, de acordo com o mais recente posicionamento da Turma, a partir do voto proferido pelo em. Min. César Asfor Rocha no Resp. 68.512/RJ, julgado em 7/10/97, da relatoria do em. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, continua-se levando em conta o limite provável de sobrevivência de 65 anos de idade da vítima, mas a pensão aos pais deve ser reduzida a partir de quando o filho atingiria a idade de 25 anos:

‘Sendo assim, não tenho, data venia, como correto presumir-se que a vítima continuaria por toda a sua existência com a mesma disponibilidade para ajudar materialmente a seus pais, por mais dedicada e zelosa que

ela fosse para com eles, pois que, pela ordem natural dos fatos da vida, é lícito inferir que ela se casaria, como é razoável supor que tal ocorreria ao completar 25 (vinte e cinco) anos, a partir de quando teria que suportar novos encargos, que da constituição de uma nova família são indiscutivelmente decorrentes.

‘Por isso mesmo é que tenho por sensata a compreensão que, a partir da data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, a pensão já arbitrada deve ser reduzida em 50% (cinquenta por cento) do valor daquele que já foi fixado até aquele dia.

‘Diante de tais pressupostos, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento, para o fim de fixar, pelas peculiaridades da espécie, a pensão mensal em 50% (cinquenta por cento) do valor do salário mínimo até a data em que a vítima viesse a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade — percentual esse, aliás, que já foi consignado pelo v. aresto recorrido, e, a partir de então, em 25% (vinte e cinco por cento) do salário mínimo, até quando a vítima viesse completar 65 (sessenta e cinco) anos de idade, ou, se antes, os pais falecerem’ (voto-vista do em. Min. César Asfor Rocha).

‘Naquela ocasião, assim votei:

‘Sr. Presidente, quando esse tema era examinado no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, entendia-se que o limite da indenização deveria ir até a data em que a vítima alcançaria os 25 anos, na presunção de que, a partir dali, casando-se, constituindo nova família e assumindo novos encargos, o filho deixaria normal-

mente de prestar contínua assistência aos pais.

‘Neste Tribunal, deparei-me com a orientação em sentido diferente, onde vingava a idéia de que o período de pensionamento deveria estender-se até os 65 anos, ou até a data estabelecida de acordo com as tabelas de sobrevivência da Previdência Social, presumindo-se que a colaboração do filho à família persistiria até o término da sua vida.

‘Tenho para mim que a primeira orientação está mais de acordo com os fatos. O normal é que os filhos, uma vez criados e estabelecidos com família, passem a dedicar a sua atenção para o sustento dessa família, colaborando, eventualmente, para o auxílio dos pais.

‘Sendo assim, mais razoável a posição intermédia agora proposta pelo eminente Ministro César Asfor Rocha que, mantendo em parte a orientação do Tribunal, sem quebrar os precedentes até aqui prevalentes, propõe uma redução não do tempo, mas do quantitativo da pensão, o que — se não é o ideal — está mais de acordo com a realidade dos fatos.

‘Por isso, estou revendo a posição para, pedindo vênias aos eminentes colegas, acompanhar S. Exa., com a sensação de que, nesse campo, jamais chegaremos a critérios plenamente satisfatórios, pois estamos julgando sobre hipóteses variáveis e formulando juízos fundados em presunções’ (voto-vogal, REsp. 68.512-RJ).

‘O em. Min. Sálvio de Figueiredo, relator daquele recurso, aderiu a essa orientação:

‘Em face do posicionamento predominante nesta Turma e na 2ª Seção, que veio a formar-se neste Tribunal quanto ao limite temporal da indenização em casos como o presente, acabei por ajustar-me à maioria, até porque insatisfatória igualmente a outra solução. A propósito, assinalo que os integrantes da Seção desde então têm-se preocupado com o tema, sem encontrar a solução ideal, tanto assim que uma comissão foi indicada para formular sugestões e a tentativa de simulação se frustrou, em face dos muitos aspectos a considerar.

‘Nesta oportunidade, o Ministro César Asfor Rocha, com o aval do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, propõe um critério intermediário, que, à míngua de um melhor, se me afigura também mais razoável.

‘Destarte, considerando tal circunstância e os objetivos por ela procurados, também a acolho, na busca de uma solução que melhor atenda à boa prestação jurisdicional, reformulo meu voto para, conhecendo do recurso e dando-lhe parcial provimento, que a pensão arbitrada (no caso, 50% dos ganhos da vítima) tenha por limite a idade de 25 (vinte e cinco) anos, data do presumido casamento, sendo reduzida, após, pela metade desse valor, até a data em que, por presunção, a vítima atingiria os 65 (sessenta e cinco) anos de idade, mantendo-se o acórdão quanto ao mais’.

‘3. No caso dos autos, trata-se de vítima fatal que contava 10 anos de idade na data do fato. Além da indenização pelo dano moral, a eg. Câmara concedeu indenização pelo dano patrimonial. O julgamento dos embargos

infringentes estava limitado apenas à questão do quantitativo do dano patrimonial, sendo incontroversa a cumulação das duas parcelas.

“Nessa hipótese, tendo sido deferido o valor de 300 salários mínimos para reparação do dano moral, a indenização pelo dano patrimonial pela morte de menor que não trabalhava deve ficar restrita aos 25 anos. É inadequado deferir indenização calculada até os 65 anos, quando falta o pressuposto da contribuição que a vítima prestava para o sustento da casa dos pais, situação em que a orientação hoje predominante concede apenas a indenização a título de dano moral, o que já foi deferido em parcela autônoma. Sendo indisputável, porém, nesta altura do feito, a cumulação das duas verbas, tenho que a reparação pelo dano material deve ficar restrita ao limite dos 25 anos, como constou do r. voto vencido.

“Posto isso, conheço do recurso, pela divergência, e lhe dou provimento, para determinar que a indenização pelo dano patrimonial seja calculada com base em 2/3 do salário mínimo, até a data em que a vítima alcançaria 25 anos de idade”.

Data maxima venia dos respeitáveis argumentos afirmados nesses julgados, ousou deles divergir.

Não há negar a realidade nacional. Com fundamento na estatística, há uma presunção de que o menor, tão logo adentre no mercado de trabalho, passe a contribuir para a formação da renda familiar. Todavia, é inegável que esses jovens contraem matrimônio por volta dos vinte e cinco anos de idade. For-

mando a própria família, não mais terão condições de prestar auxílio material aos genitores. Se a presunção gerada da estatística serve à construção de jurisprudência no sentido de admitir a obrigação alimentar nas circunstâncias expostas, não pode ser ignorada se nela é possível sustentar tese restritiva dessa responsabilidade.

4. Por todo o exposto, dou provimento parcial ao recurso, tão-somente para fixar como termo final da obrigação alimentar a data em que a vítima completaria vinte e cinco anos.

### **III — Voto do Desembargador Carlos Prudêncio**

Conquanto respeitáveis os argumentos do relator, de Sua Excelência divirjo. Tenho sustentado tese de que a pensão é devida até a data em que a vítima completaria sessenta e cinco anos de idade. Assim afirmei no acórdão relativo à Apelação Cível n. 96.007748-0, de Lages, apoiado em precedente do Superior Tribunal de Justiça:

“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-123/1605)’ (RSTJ 10/449)”.

### **IV — Voto do Desembargador Orli Rodrigues**

Peço vênias ao relator para acompanhar o voto do Desembargador Carlos Prudêncio.

## V — Decisão

Por maioria, negaram provimento ao recurso, vencido parcialmente o relator.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 26 de maio de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001092-6, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Sistema Financeiro da Habitação — Contrato de financiamento imobiliário — Saldo devedor — Reajustamento — Coeficiente aplicável — BTNF — Recurso desprovido.*

*“O mesmo índice que serviu para remunerar os saldos bloqueados das cadernetas de poupança deve ser utilizado para a correção dos contratos que estabeleceram a vinculação entre os índices de atualização” (STJ, EDREsp. n. 82.532, Min. Ruy Rosado de Aguiar).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001092-6, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Banco Bradesco S/A — Crédito Imobiliário, sendo apelados Ernesto Custódio Borges e sua mulher:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Ernesto Custódio Borges e sua mulher, Adília de Souza Borges, ajuizaram “ação ordinária” contra Banco Bradesco S/A — Crédito Imobiliário,

com o qual, em 21/1/90, celebraram contrato de financiamento para aquisição de uma unidade habitacional.

Objetivam os autores que o réu seja condenado a “proceder o recálculo do saldo devedor do contrato de financiamento do SFH”. Na versão deles, no mês de abril de 1990 o índice de correção monetária aplicável era de 42,72% e não de 84,32%. Em abono à tese sustentada, citam decisões do Superior Tribunal de Justiça.

Apresentada a defesa, o Dr. Jânio de Souza Machado julgou procedente o pedido, condenando o réu a “refazer o cálculo do saldo devedor do contrato de financiamento celebrado entre as partes (n. 390.197/1, de fls. 06/12), incidindo o percentual corres-

pondente à variação do BTNF no reajuste de 21/4/90" e ao pagamento de custas e honorários, fixados em 20% sobre o valor da causa.

Inconformado, o vencido interpôs recurso de apelação, afirmando, em síntese, que na correção do saldo devedor aplicou o mesmo índice que serviu para reajustamento dos saldos das contas de poupança.

Os apelados propugnam a confirmação do decisum.

## II — Voto

1. O litígio tem origem no "instrumento particular de compra e venda, mútuo, pacto adjeto de hipoteca e outras avenças" celebrado entre as partes em vinte e um de janeiro de 1990.

Consta da cláusula sexta do contrato: "O saldo devedor do financiamento será atualizado monetariamente nas datas de vencimento do encargo mensal, mediante a aplicação de coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para os reajustamentos dos depósitos de poupança livre mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo".

Resta, portanto, perquirir a respeito do coeficiente de atualização monetária aplicável para remunerar os depósitos das contas de poupança.

2. Acerca do assunto, pela similitude com o caso sub examen, transcrevo o voto prolatado na Apelação Cível n. 97.003628-0:

"O punctum saliens do litígio é idêntico ao caso tratado no Recurso Especial n. 47.186-9, assim sintetizado no voto do Ministro Nilson Naves:

'Trata-se de correção do crédito rural, relativamente ao mês de março de 1990. Segundo o recorrente, 'a discussão diz respeito à correção monetária da dívida pela utilização do índice de 84,32% (IPC, medido pelo IBGE, que remunerou as cadernetas de poupança no mês de março de 1990) ou índice de 41,28% (BTN)'.  
'

'Para a sentença, o mutuário não tem razão ao pretender se faça a correção por índice menor, eis que 'se a poupança não pagou a inflação, deveria pagar, sendo que o embargante não pode se beneficiar de tal situação. Logo, como a poupança prometia reajuste conforme a inflação, por igual, os pontos que previam reajuste pela poupança, por conseqüência, devem acolher a inflação verdadeira como fator de reajuste'.  
'

"Conquanto o acórdão verse acerca de crédito rural, tudo o que nele está contido é aplicável igualmente ao caso sub judice, pois os contratos têm em comum cláusula que vincula o reajuste do saldo devedor ao 'coeficiente de atualização monetária idêntico ao utilizado para os reajustamentos dos depósitos de poupança livre mantidos nas instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo'.  
'

"Concordo com o entendimento exposto pelo relator do acórdão acima citado, Ministro Costa Leite. Do seu voto transcrevo o excerto que segue:

'A e. Quarta Turma tem posição firme a respeito da questão que determinou a remessa do feito a esta e. Segunda Seção, no sentido de que, em relação ao mês de março de 1990, a dívida resultante de financiamento rural com recursos captados de depósi-

tos em poupança deve ser atualizada segundo o índice de variação do BTNF. Do voto que o eminente Ministro Ruy Rosado de Aguiar proferiu no REsp. n. 31.594-7—MG, colho o seguinte trecho, contendo os fundamentos em que lastreada essa conclusão:

‘A Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990, que aprovou a Medida Provisória n. 168, de 15 de março do mesmo ano, implantando o chamado ‘Plano Collor’, determinou que os saldos em cruzados das cadernetas de poupança, superiores ao limite de NCz\$ 50.000,00, fossem transferidos ao Banco Central do Brasil (artigo 6º, caput, e artigo 9º), com devolução prevista para iniciar em 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas (art. 6º, § 1º).

‘Para a atualização desses saldos transferidos ao Banco Central, a regra está no §2º do artigo 6º: entre a data do próximo crédito de rendimentos, isto é, a partir do primeiro ‘aniversário’ da conta após 15 de março, até a devolução integral dos saldos, a correção seria feita pela variação do BTN Fiscal. Para as contas cujo trintídio se iniciara antes de 15 de março, com primeiro aniversário depois do Plano até 15 de abril, a atualização seria feita, nesse período, de acordo com a legislação vigente até 15 de março, isto é, aplicando-se o IPC.

‘Assim, a poupança efetuada antes de 15 de março de 1990, que servira ao Banco como fonte de recursos para os financiamentos agrícolas contratados até essa data, passou a ser atualizada pela variação do BTNF.

‘É certo que o Comunicado n. 2.067, do Banco Central, de 30 de março de 1990 (DO 2/4/90, pág.

6.431), determinou o uso dos Índices de Preços ao Consumidor (IPC) para a atualização dos saldos, mas dos saldos em cruzeiros, isto é, apenas das quantias até Cr\$ 50.000,00 cuja conversão já ocorrera ou que iria ocorrer até 15 de abril, isto é, até a ‘data do próximo crédito de rendimento’, e das contas novas em cruzeiros. As contas já existentes, com saldos além de NCz\$ 50.000,00, bloqueadas junto ao Banco Central, não estão compreendidas no Comunicado, referido apenas aos saldos em cruzeiros. Daí se conclui que a correção mensal pelo índice de 0,84 (IPC), para o trintídio iniciado depois de 15 de março, apenas se aplica aos saldos em cruzeiros, e assim mesmo com exclusão daquelas contas abertas no período de 19 a 28 de março, na forma da Circular n. 1.606, de 19 de março, para as quais se aplicou a mesma variação do BTNF, para o mês de abril.

‘Adotou-se, pois, sistema misto na correção dos saldos das cadernetas de poupança: para os saldos em cruzados, a correção pelo BTNF; para os depósitos em cruzeiros, pelo IPC, na forma do Comunicado 2.067/90. Não me parece correta a adoção de dois critérios para a atualização de quantias que tiveram na poupança popular a mesma origem, em detrimento dos titulares das cadernetas de poupança cujos saldos ficaram bloqueados, às quais foi destinada uma atualização muito inferior ao índice real da inflação. Mas aqui não se cuida de estabelecer a aceitação ou não das soluções adotadas na legislação e nos atos administrativos emanados do Banco Central; trata-se apenas de verificar quais os padrões diretivos que orientaram o Banco na escrituração

dos valores das cadernetas de poupança que continuaram em cruzados, junto ao Banco Central.

‘O Banco do Brasil não alega, e menos ainda demonstra tenha feito a atualização da poupança em cruzados mediante a aplicação do índice de 84,32%. Como os recursos utilizados para a concessão do financiamento ao autor da ação de consignação e ora recorrido, relativo ao contrato objeto da ação, firmado em 27 de novembro de 1989, são oriundos de cadernetas de poupança então existentes e cujos saldos passaram a ser remunerados pelo BTNF (tirante a parcela limite de Cr\$ 50.000,00), não vejo razão no seu pleito de aplicar ao referido contrato o índice de correção de 84,32% (IPC), recusando o pagamento proposto pelo financiado, autor da ação, que calculou a atualização do seu débito para o período de 27 de março a 27 de abril (fls. 10), com o acréscimo de 41,28%.

‘O correto seria aplicar o percentual correspondente à inflação efetivamente verificada, tanto para a caderneta de poupança, como para os financiamentos e os preços agrícolas. Quando a prática bancária, no entanto, evidencia que os saldos em cruzados, fonte do financiamento, foram atualizados pelo BTNF, como está na lei e nas normas do Bacen, constituiria enriquecimento indevido do banco cobrar do financiado, com o qual mantém contrato vinculado à remuneração das cadernetas de poupança, um percentual maior daquele considerado para corrigir os saldos das cadernetas.

‘O v. acórdão recorrido pôs a questão em seus devidos termos:

‘Se as cadernetas de poupança tiveram seus rendimentos calculados com base no BTN, de março de 1990, não há como evitar que também a dívida seja atualizada com base no BTN, mesmo critério utilizado para as cadernetas de poupança, segundo a cláusula do contrato, que deve prevalecer, mesmo porque, quando o financiamento foi liberado, se tomou como correspondência 46.202.96 unidades de BTN’.

‘O banco recorrente insiste na sua tese de que os saldos transferidos ao Banco Central e ali bloqueados não constituíam mais cadernetas de poupança. Mas isso não corresponde à realidade, porque assim eles continuaram definidos na lei e nos atos normativos, e como tal foram mais tarde restituídos aos seus titulares. A diferença fundamental, que não interessa para o caso, está em que se tornaram indisponíveis para os poupadores, e disponíveis para os bancos, na forma do artigo 17 da Lei 8.024/90.

‘Desvinculando o critério de atualização do financiamento agrícola daquele adotado para as cadernetas de poupança cujos saldos permaneceram em cruzados e transferidos ao Banco Central, o recorrente quer descumprir o contrato que estabelecia a vinculação. Logo, o julgamento que mantém aquela paridade não viola o disposto no artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil. Do mesmo modo, não desatende ao Comunicado n. 2.067/90, do Bacen, apenas referido aos saldos em cruzeiros; de qualquer forma, este é documento que não serve de padrão legislativo a ensejar o recurso especial’.

'Afiguram-se-me irrepreensíveis tais fundamentos. Ante o atrelamento contratual, é injustificável aplicar-se o IPC, para a atualização da dívida, se os depósitos em poupança, fonte do financiamento, foram corrigidos segundo o índice de variação do BTNF. Nem se argumente com a Lei n. 8.088/90, cujos arts. 5º e 6º assim dispõem:

'Art. 5º — Nas operações de crédito rural, lastreadas em recursos não oriundos de depósitos em caderneta de poupança rural, poderá o mutuário optar pela atualização monetária do saldo devedor e respectivas prestações, nos meses de abril e maio de 1990, com base na variação, em relação ao mês anterior, do valor nominal do Bônus do Tesouro Nacional — BTN.

'Art. 6º — Nas operações de crédito rural, lastreadas em recursos oriundos de depósitos de caderneta de poupança rural, poderá o mutuário optar pela atualização monetária do saldo devedor e respectivas prestações, no mês de abril de 1990, pelo acréscimo de setenta e quatro vírgula seis por cento, e no mês de maio de 1990, pela variação do valor nominal do BTN de maio de 1990 em relação ao seu valor em abril de 1990'.

'Em face desses dispositivos, sustenta o recorrente que 'o índice correto para aplicar-se aos mútuos realizados oriundos da caderneta de poupança é de 84,32%'. Não lhe assiste razão. Se, de um lado, resulta claro que a opção instituída pelo art. 6º pressupõe a correção pelo IPC, certo é que, de outro, é insita a esse pressuposto — do contrário, não se justificaria a distinção feita pela lei,

que padeceria, inclusive, do vício de inconstitucionalidade — a remuneração das cadernetas de poupança de acordo com aquele índice, o que, em verdade, não ocorreu com os depósitos em cruzados novos bloqueados, como visto'.

"No mesmo sentido são os argumentos expendidos pelo Ministro Ruy Rosado de Aguiar no julgamento do Recurso Especial n. 82.532-SP:

'Os fatos são certos e se trata de interpretar não o contrato, mas a lei aplicável ao contrato que determina a utilização do mesmo coeficiente de atualização monetária do saldo do financiamento e dos débitos de poupança livre.

'Ora, a Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990, que aprovou a Medida Provisória n. 168, de 15 de março do mesmo ano, implantando o chamado 'Plano Collor', determinou que os saldos em cruzados das cadernetas de poupança superiores ao limite de NCz\$ 50.000,00 fossem transferidos ao Banco Central do Brasil (artigo 6º, caput, e artigo 9º), com devolução prevista para iniciar em 16 de setembro de 1991, em doze parcelas mensais iguais e sucessivas (art. 6º, § 1º).

'Para a atualização desses saldos transferidos ao Banco Central, a regra está no § 2º do artigo 6º: entre a data do próximo crédito de rendimentos, isto é, a partir do primeiro 'aniversário' da conta após 15 de março (no caso dos autos, a contar de 26/3/89), até a devolução integral dos saldos, a correção seria feita pela variação do BTN Fiscal.

'É certo que o Comunicado n. 2.067, do Banco Central, de 30 de março de 1990 (DO 2/4/90, pág.



6.431), determinou o uso dos Índices de Preços ao Consumidor (IPC) para a atualização dos saldos, mas dos saldos em cruzeiros, entre os quais se incluem apenas as quantias até Cr\$ 50.000,00, cuja conversão já ocorreria ou que iria ocorrer até 15 de abril, isto é, até a 'data do próximo crédito de rendimento', e das contas novas em cruzeiros. As contas já existentes, com saldos além de NCz\$ 50.000,00, bloqueadas junto ao Banco Central, não estão compreendidas no Comunicado, referido apenas aos saldos em cruzeiros. Daí se conclui que a correção mensal pelo índice de 0,84 (IPC), para o trintídio iniciado depois de 15 de março, somente se aplica aos saldos em cruzeiros, e assim mesmo com exclusão daquelas contas abertas no período de 19 a 28 de março, na forma da Circular n. 1.606, de 19 de março, para as quais se aplicou a mesma variação do BTNF, para o mês de abril.

'Adotou-se, pois, sistema misto na correção dos saldos das cadernetas de poupança: para os saldos em cruzados, a correção pelo BTNF; para os depósitos em cruzeiros, pelo IPC, na forma do Comunicado 2.067/90. Não me parece correta a adoção de dois critérios para a atualização de quantias que tiveram na poupança popular a mesma origem, em detrimento dos titulares das cadernetas de poupança cujos saldos ficaram bloqueados, às quais foi destinada uma atualização muito inferior ao índice real da inflação. Mas aqui não se cuida de estabelecer a aceitação ou não das soluções adotadas na legislação e nos atos administrativos emanados do Banco Central; trata-se apenas de verificar quais os padrões diretivos que

orientaram as instituições financeiras na escrituração dos valores das cadernetas de poupança que continuaram em cruzados, junto ao Banco Central, uma vez que assim foi calculada a atualização dos depósitos de poupança, existentes à data da nova lei e cujo índice serve para atualização do financiamento de que se trata nos autos.

'A vinculação entre a correção do mútuo e a caderneta de poupança se explica pela necessidade de manter equilíbrio entre o que a instituição financeira paga pela captação dos recursos e o que recebe do mutuário. Estabelecido o critério de reajustamento da poupança, cujos recursos existentes até a data da nova lei serviram como fonte dos contratos de financiamento até então celebrados, o mesmo índice deve servir para atualização do saldo financiado.

'Sobre isso, aliás, bem explicou o recorrido, em seu substancioso memorial:

'A lei, contudo, assegura às instituições financeiras a cobrança da mesma variação de correção monetária, que estas tiveram que pagar quando tomaram esses recursos no mercado.

'No caso específico do crédito imobiliário, ou seja, nas operações de financiamento à habitação, é cediço que os recursos que financiam o sistema são provenientes das cadernetas de poupança.

'Nesse sistema (de crédito imobiliário), o banco, para receber depósitos, paga a correção monetária (de acordo com a lei em vigor) aos depositantes e deve cobrar o mesmo índice das pessoas às quais emprestou (no

caso, os mutuários do sistema), ou seja, aos recorrentes. A correção monetária, assim, deve ter critérios objetivos, decorrentes da lei, sob pena de, se cobrada a menor, causar prejuízos ao sistema e inviabilizá-lo e, se cobrada a maior, ensejar enriquecimento indevido da instituição financeira, cujo lucro deve ser representado pela diferença entre a taxa de juros do empréstimo e a da captação.

‘É neste aspecto que a correção monetária, em se tratando de empréstimos bancários, deve ser conciliada nas operações passivas (captação, tomada de recursos) e ativas (empréstimos, financiamento à habitação) dos bancos ou empresas de crédito imobiliário.

‘Nesse sistema, pois, que constitui o esqueleto do sistema bancário, não cabe a composição do quantum, como se se tratasse de uma dívida de valor, elegendo-se um índice menor, ou maior, ou mais ‘adequado’ e realista de correção monetária. Esta deve, ao contrário, espelhar rigorosamente o custo dos recursos utilizados no empréstimo (in casu, a correção monetária paga aos depositantes em cadernetas de poupança)’.

‘O banco recorrido também insiste na sua tese de que os saldos transferidos ao Banco Central e ali bloqueados não constituíam mais cadernetas de poupança. Mas isso não corresponde à realidade, porque assim eles continuaram definidos na lei e nos atos normativos, e como tal foram mais tarde restituídos aos seus titulares. A diferença fundamental, que não interessa para o caso, está em que se tornaram indisponíveis para os poupadores, e disponíveis para os

bancos, na forma do artigo 17 da Lei n. 8.024/90.

‘Essa, basicamente, a argumentação expendida para apreciar situação assemelhada, objeto de julgamento no REsp. 38.633/RS, sobre a atualização dos créditos rurais. Matéria que foi submetida à eg. 2ª Seção e ali julgada na sessão de 4/12/95, no REsp. 47.186/RS, da relatoria do em. Min. Costa Leite, com a seguinte ementa:

‘Crédito rural. Correção monetária. Capitalização dos juros.

‘Em relação ao mês de março de 1990, a dívida resultante de financiamento rural com recursos captados de depósitos em poupança deve ser atualizada segundo o índice de variação do BTNF. Ante o atrelamento contratual, é injustificável aplicar-se o IPC, para a atualização da dívida, se os depósitos em poupança, fonte do financiamento, foram corrigidos por aquele índice.

‘É admitida a capitalização mensal dos juros em operação de crédito rural, na conformidade da regra exceptiva do art. 3º do Decreto-Lei n. 167/67. Entendimento respaldado pela Súmula 93/STJ’.

‘Concluindo, destacou Sua Excelência:

‘Apesar das especificidades de cada situação, o enunciado básico é o mesmo: corrigidos os saldos da poupança por um coeficiente, o mesmo deve ser aplicado para a atualização do saldo do financiamento’.

‘Este acórdão está assim ementado:

‘O saldo do financiamento com garantia hipotecária, celebrado em

26/4/89, nos termos do Dec.-Lei 70/66, deve ser atualizado, em março de 1990, a partir da data-base, pela variação do BTNF (art. 6º, § 2º, da Lei 8.024/90)' (RSTJ 89/311)'.

'Na ementa dos embargos de declaração a ele opostos a conclusão foi reafirmada:

'O mesmo índice que serviu para remunerar os saldos bloqueados das cadernetas de poupança deve ser utilizado para a correção dos contratos que estabeleceram a vinculação entre os índices de atualização' (EDResp. n. 82.532, DJ de 29/10/96, pág. 41.654).

'Nessa objetiva e insofismável afirmação do Ministro Ruy Rosado de Aguiar, consonante com a do Ministro Costa Leite, está inserida a solução do litígio.

'Há outros julgados que acolhem essa orientação:

'No Plano Collor I, quanto ao crédito rural, não pode o credor exigir do devedor percentual superior ao dobro da variação do BTN, quando não pagou para todos os depósitos aquele mesmo índice, posto que quebraria o manto da bilateralidade, usando indexador não mais empregado genericamente para toda a captação, mesmo para as cadernetas de poupança' (Agravo Regimental no Agravo de Instrumento n. 33.101-RS, Min. Waldemar Zveiter).

'Correção monetária — Sistema Financeiro da Habitação — Contrato celebrado anteriormente ao 'Plano Collor' com vencimento em 22 de março.

'— Saldo devedor em abril de 1990 — Atualizado com base no BTN,

por ter sido o índice aplicável à época das cadernetas de poupança, afastada a incidência do IPC acrescido de 0,5% — Lei n. 8.030/90 — Declaratória — Procedente — Recurso provido — Declaração de voto vencido' (1º TACSP, Processo n. 00613219-8/006, Juiz Itamar Gaino).

'Financiamento — Sistema hipotecário — Correção pelo indexador das cadernetas de poupança — Índice para abril/90: Plano Collor — Juros reais: limite constitucional. Adequação: inclusão do valor cobrado a título de comissão de abertura de crédito.

'Tratando-se de financiamento habitacional pelo sistema hipotecário, atualizado pelo índice de correção das cadernetas de poupança, o percentual da inflação do mês de março deve ser o do BTN, que corrigiu o maior volume de recursos depositados em caderneta, inclusive a parcela confiscada e bloqueada. Tendo os depósitos sofrido correção diferenciada, conforme fossem cruzeiros ou cruzados, ou conforme a data de aniversário da conta, não se justifica a adoção do índice maior — o IPC — para corrigir o financiamento, se apenas pequena parcela dos recursos da poupança foi atualizada por este indexador, enquanto o maior volume foi corrigido pela variação do BTN (...)' (TARS, Segundo Grupo Cível, EMI n. 1920700704, Juiz Moacir Leopoldo Haeser).

'2. De acordo com remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o coeficiente a ser aplicado na remuneração dos depósitos em contas da poupança no mês de março de 1990 não é o correspondente ao do IPC (84,32%) mas sim ao do BTNF (41,28%):

'O saldo do financiamento com garantia hipotecária, celebrado em 26/4/89, nos termos do Dec.-Lei 70/66, deve ser atualizado, em março de 1990, a partir da data-base, pela variação do BTNF (art. 6º, § 2º, da Lei 8.024/90)' (REsp. n. 82.532, Min. Ruy Rosado de Aguiar).

'Segundo precedentes da Turma, para atualização dos débitos resultantes de cédulas e notas rurais emitidas antes de 15/3/90, nas quais prevista correção monetária atrelada ao critério de remuneração das cadernetas de poupança, é de aplicar-se o mesmo índice (41,28%) que serviu ao reajuste dos recursos transferidos ao Banco Central' (REsp. n. 62.470, Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira).

'É entendimento uniforme da Quarta Turma que, na atualização das dívidas resultantes de cédulas rurais emitidas antes de 15 de março de 1990, vinculadas a remuneração da caderneta de poupança, deve ser aplicado o mesmo índice (41,28%) de atualização aos saldos em cruzados

transferidos ao Banco Central (BTNF)' (STJ — AgRg n. 59.120, Min. Antônio Torreão Braz; REsp. n. 78.801, Min. Barros Monteiro; AgRgAl n. 90.909, Min. Cláudio Santos; REsp. n. 41.593, Min. Barros Monteiro; REsp. n. 75.507, Min. Waldemar Zveiter)."

3. Pelas razões expostas no voto acima reproduzido, nego provimento ao recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Orli Rodrigues.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.002118-9, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Usufruto — Direito de família não caracterizado — Convencional — Registro não realizado — Ineficácia.*

*Salvo quando resultante de direito de família, não há usufruto se não transcrito no registro imobiliário (CC, art. 715).*

*É convencional o usufruto instituído, por prazo determinado, em favor da mulher quando da separação do casal.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*98.002118-9, da comarca de Balneário Camboriú (Vara dos Feitos*

*da Fazenda Pública, Família, Infância e Juventude), em que é apelante Rachel Cíntia Vogelbacher, sendo apelado Auri Eduardo Prill:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso e extinguir o processo.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Auri Eduardo Prill ajuizou “ação de extinção/modificação de usufruto” contra Rachel Cíntia Vogelbacher.

Quando da separação judicial, em relação ao apartamento n. 12, do Edifício Solar Moema, convencionaram as partes que: a) “...ficará por conta do cônjuge varão o pagamento integral das prestações do financiamento até final quitação, quando se obriga o cônjuge varão a outorgar escritura definitiva do imóvel em nome da menor Katherine, com usufruto vitalício para a mãe Rachel”; b) “contraindo a requerente Rachel novo casamento, o usufruto do imóvel citado no item anterior reverterá ao cônjuge varão”.

Dizendo que a demandada locou o imóvel a terceiros, o que é vedado pelo contrato de financiamento, e que teme venha o agente financeiro a considerar antecipadamente vencida a dívida, com a ação aforada, pretende o autor extinguir o usufruto.

À ré, citada por edital, foi nomeado curador, que apresentou singela defesa. Posteriormente, ela compareceu aos autos, através de advogado constituído, afirmando que seu ende-

reço era conhecido e que houve má-fé do demandante ao requerer a sua citação por edital.

Colhido o parecer da representante do Parquet, o Dr. Stephan Klaus Radloff julgou procedente o pedido, decretando a “extinção do usufruto instituído sobre o imóvel descrito na exordial em favor da requerida”, bem como a sua modificação, “para que passe a ser exercido pelo requerente”.

Inconformada, a vencida interpôs recurso de apelação sustentando, em síntese, que: a) mesmo que admitida como válida a citação por edital, dada a natureza do pedido, a revelia não produz os efeitos do artigo 319 do Código de Processo Civil; b) não há causa para extinção do usufruto, pois não contraiu novo matrimônio nem abandonou o imóvel (CC, art. 739, VII); c) não está demonstrada a existência jurídica do usufruto no cartório de imóveis, como determina o artigo 715 do Código Civil.

O apelado e a Dra. Promotora de Justiça propugnam a confirmação do decisum. A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo provimento do recurso, posto que permitida a cessão do exercício do direito ao usufruto.

### II — Voto

1. O autor e o MM. Juiz partem da premissa que as partes, quando da separação judicial consensual, estabeleceram em favor da demandada o usufruto temporário do imóvel objeto da lide.

Data venia, parece-me não ser esta a melhor interpretação que se extrai dos termos do acordo.

Conforme a cláusula quinta, obrigou-se o autor a pagar todas as prestações do financiamento imobiliário, “até final quitação, quando se obriga o cônjuge varão a outorgar escritura definitiva do imóvel em nome da menor Katherine, com usufruto vitalício para a mãe Rachel”, além das taxas condominiais. Em seguida, acrescentaram: “Expeça-se Mandado de Averbação no Registro de Imóveis competente. O apartamento ficará desde já em posse e uso da requerente e de sua filha menor”.

Do pacto infere-se que, assegurando à ex-mulher o direito à ocupação do apartamento, livrou-se o autor da obrigação de lhe pagar alimentos. O usufruto seria constituído tão-somente com a transferência do domínio do imóvel à filha do casal, depois de liquidado o financiamento.

A toda evidência, perdendo a posse do apartamento, ou os rendimentos dele auferidos, teria o autor que compensar a ré pelo valor equivalente ao direito de habitação que, implicitamente, sem as formalidades legais, foi estabelecido no acordo.

De qualquer sorte, pelas razões que a seguir serão expostas, tenho que essa questão é absolutamente irrelevante.

2. O usufruto não foi transcrito no registro imobiliário. Entendem o autor, a representante do Ministério Público e o MM. Juiz que o registro é dispensável por decorrer ele de direito de família.

Em tese, assiste-lhes razão. Dispõe o artigo 715 do Código Civil: “O usufruto de imóvel, quando não resulte de direito de família, dependerá

de transcrição no respectivo registro”.

Impõe-se perquirir: o usufruto, na hipótese dos autos, decorre de direito de família? Não, sem dúvida.

Três são as espécies de usufruto: convencional, judicial e legal. A respeito deste último, anota Gustavo Tepedino:

“No direito brasileiro cinco são as principais hipóteses de instituição legal [do usufruto]:

“a) o desfrute do pai, ou em sua falta, da mãe, sobre os bens dos filhos menores, enquanto durar o pátrio poder (art. 389, Código Civil, salvo em relação aos filhos órfãos de pai ou mãe, quando o cônjuge viúvo se recusa, sem que houvesse partilhado os bens do falecido — art. 225, Código Civil);

“b) o desfrute do marido em relação aos bens particulares da mulher, quando o rendimento for comum (art. 260, I, Código Civil);

“c) o usufruto em favor dos silvícolas, estatuído pelo art. 231, § 2º, da Constituição Federal;

“d) o usufruto legal em favor do cônjuge supérstite, isto é, o usufruto viual sobre quota da herança, previsto pelo § 1º do art. 1.611, Código Civil, com a redação dada pela Lei n. 4.121/62;

“e) o usufruto legal vitalício sobre quota da herança, em favor de brasileira casada com estrangeiro, nos termos do art. 17 do Decreto-Lei n. 3.200, de 10 de abril de 1941, com a redação que lhe deu o Decreto-Lei n. 5.187, de 13 de janeiro de 1943.

“O usufruto será, ao reverso, voluntário, quando for instituído por um dos outros modos de constituição

antes elencados. Em primeiro lugar, poderá decorrer de negócio inter vivos, por meio de negócio a título gratuito ou, mais raramente, a título oneroso" (Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo, Forense, 1990, 1ª ed., págs. 26/27).

Com ele consoam Ney Rosa Goulart e Paulo Eurides Ferreira Seffrin (Usufruto, uso e habitação: teoria e prática, Forense, 1ª ed., 1986, págs. 12/13).

Especificamente em relação ao usufruto decorrente do direito de família, anota Carvalho Santos:

"O usufruto resulta do direito de família: a) quando se trata do pai sobre os bens do filho menor; b) ou do marido sobre bens da mulher, quando lhe couber esse direito pelo regime do casamento (arts. 260, I, 262, 265, 271, V, 289, II)" (Código Civil Brasileiro Interpretado, Freitas Bastos, 16ª ed., vol. IX, pág. 361).

Forçoso concluir que, se realmente instituído em favor da ex-mulher do autor, o foi por convenção e não em decorrência de direito de família. Assim sendo, o registro era indispensável para que tivesse eficácia.

Só esse fato autoriza a extinção do processo, posto que há impossibilidade jurídica do pedido de extinção de usufruto inexistente.

Sequer é necessário indagar a respeito da possibilidade de ser instituído, pelo marido à ex-mulher, usufruto da parte-ideal de um imóvel que a ambos pertence, bem como do mérito da questão.

3. Em face do exposto, voto pelo provimento do recurso e pela extinção do processo, invertidos os ônus da sucumbência.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, por votação unânime, deram provimento ao recurso para extinguir o processo.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Desembargador Orli Rodrigues.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça exarou parecer o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Antônio Rizelo.

Florianópolis, 29 de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.009907-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Responsabilidade civil — Seguro — Acidente de trânsito — Culpa grave do preposto da seguradora, condutor do veículo — Excludente da obrigação de indenizar não caracterizada.*

*O fato de o sinistro ter ocorrido por culpa grave do motorista do veículo da segurada não exonera a seguradora do dever de pagar a indenização prevista no contrato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.009907-2, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é apelante Concórdia Cia. de Seguros, sendo apelada Dicatur — Agência de Viagens e Turismo Ltda.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

## I — Relatório

Dicatur — Agência de Viagens e Turismo Ltda. ajuizou “ação de reparação de danos” contra Alcindo de Bastos e Concórdia Cia. de Seguros.

O litígio tem origem em acidente de trânsito ocorrido no km 1º da Rodovia SC 404, nesta Capital, no dia 22/2/95, envolvendo um ônibus pertencente à autora, dirigido por João Rufino Mendieta, e um caminhão de propriedade do primeiro réu, que mantinha contrato de seguro com a seguradora.

Imputando ao motorista do caminhão a culpa pelo evento lesivo, com a ação aforada pretende a autora que sejam os réus condenados a lhe pagar R\$ 2.291,00 (dois mil, duzentos e noventa e um reais), importância necessária à recuperação do ônibus.

Apresentadas as defesas, separadamente (fls. 83/85, 89/90 e 105/107), não havendo outras provas a serem produzidas, o Dr. José Nilton

Pereira julgou procedente o pedido, registrando na parte conclusiva da sentença:

“Ante o exposto e mais que consta julgo procedente a ação, e igualmente procedente a denúnciação à lide, para condenar o primeiro réu a indenizar o autor nas despesas que teve, no valor de R\$ 2.291,00 conforme ordem de serviço de fls. 20, valor este que será acrescido de correção monetária desde o mês de abril/95 (fls. 21), e juros da citação; fica a denunciada, seguradora, igualmente condenada a ressarcir o réu pelo valor que este tiver que pagar. Custas pro rata e honorários de 15% (quinze por cento) do valor que resultar, pelos vencidos, respectivamente em favor da autora, e do denunciante”.

Apenas a seguradora não se conformou com o decism. Embora tenha o preposto da segurada dado causa ao acidente, insiste que a sentença “não encontra eco no art. 1.436 da legislação substantiva civil, uma vez que tal dispositivo faz expressa referência aos atos ilícitos do segurado, tendo aquele contrato de seguro, em cuja cláusula 13, alínea E — do capítulo Das Condições Gerais — exclui de responsabilidade a seguradora quando o segurado agir com ‘culpa grave’, como no caso dos autos”, acrescentado que “é cediço que a responsabilidade do amo ou patrão é atingida por ato de seus prepostos, ingressando no mundo jurídico para todos os efeitos, somente isentando-se em caso de inexisten-



cia de culpa, como também prescreve a legislação substantiva civil”.

## II — Voto

1. Em relação ao segurado, o motorista do seu caminhão é terceiro. Destarte, tendo ele se conduzido de forma a colocar em risco a coisa segurada, a seguradora não se exime do dever de cumprir o contrato.

Por analogia, são aplicáveis à hipótese os julgados abaixo reproduzidos:

“Seguro. Acidente de veículo. Indenização. Negativa de cobertura. Embriaguez do motorista empregado. Cláusula de apólice. Fato que não pode ser imputado ao empregador-segurado. Responsabilidade da seguradora reconhecida. O dolo ou a culpa grave devem emanar exclusivamente do próprio segurado e não de outrem, para que a seguradora fique desobrigada de indenizar prejuízos de veículo acidentado (RT 529/71).

“Ainda que o sinistro tenha-se verificado estando o motorista-empregado em estado de ebríez, dando causa a acidente de trânsito, não restando demonstrada a voluntariedade do ato ou conluio para criar situação de risco, não pode tal fato ser atribuído ao empregador-segurado, de molde a ensejar a negativa de cobertura” (AC n. 50.101, Des. Pedro Manoel Abreu).

“Não se pode dar como configurada a culpa in eligendo, se não comprovado que o empregador, ao admitir motorista, soubesse que este era dado ao vício da bebida, não fosse legalmente habilitado ou fosse pessoa destituída de aptidões requeridas para o ofício. O fato de encontrar-se o funcionário do segurado embriagado quando ocorreu o acidente, ainda que tal fato possa, em certas circunstâncias, tipificar culpa grave, não exclui a seguradora da obrigação de indenizar, até o montante convencionado, pelo risco assumido, porque a cláusula inserta na apólice somente afasta a responsabilidade, em relação àquela, ‘se o sinistro for devido a culpa grave ou dolo do segurado’ e não de seu preposto” (Des. Napoleão do Amarante, JC 66/181).

2. Pelas razões expostas, nego provimento ao recurso.

## III — Decisão

Nos termos do voto do relator, negaram provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 29 de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 96.007961-0, DE BRUSQUE****Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Acidente de trânsito. Seguro obrigatório de danos pessoais — DPVAT. Pretensão indenizatória pelo evento fatal. Motociclista. Vítima que, em razão da queda, veio a falecer em consequência dos ferimentos provocados por disparo de arma de fogo que portava na cintura no momento da colisão. Tese defensiva consubstanciada na hipótese de mero acidente pessoal e não de tráfico. Inacolhimento. Relação de causa e efeito entre o acidente e o resultado morte evidenciada pelo impacto. Sentença mantida. Recurso desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 96.007961-0, da comarca de Brusque (1ª Vara), em que é apelante América Latina Cia. de Seguros e apelada Luíza Cunha de Souza:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Luíza Cunha de Souza propôs ação indenizatória contra América Latina Companhia de Seguros, objetivando o recebimento de indenização pela morte de seu filho, vítima do acidente noticiado nos autos e que se encontra acobertada pelo seguro obrigatório de danos pessoais causados por veículos automotores de vias terrestres (DPVAT).

Audiência conciliatória inexistente.

Instada a se manifestar, a requerida contestou, alegando, em síntese, que a indenização estabelecida na lei independe de comprovação da culpa do motorista envolvido no evento, mas que, por outro lado, torna-se imprescindível a demonstração do ne-

xo causal, ou seja, que a lesão e/ou morte da vítima decorra objetiva e diretamente do acidente de trânsito, o que de fato não ocorreu no caso dos autos, posto que restou positivada pelo Auto de Exame de Corpo de Delito, bem como pelo Auto de Exame Cadavérico, que a morte da vítima foi provocada por projétil de arma de fogo (PAF), daí retirando-se a conclusão de que o evento danoso (acidente) em nada contribuiu para a morte do segurado.

Postulou, por derradeiro, a improcedência do pedido, asseverando que na espécie não há falar em acidente de trânsito, mas, sim, em acidente pessoal decorrente da imprudência da vítima, evidenciada pelo porte de arma de fogo sem a devida segurança, hipótese não acobertada pelo seguro obrigatório.

Em alegações finais, as partes, por memoriais, reeditaram os mesmos argumentos anteriormente apresentados.

A sentença julgou procedente o pedido.

Irresignada, a vencida, a tempo e modo, apelou, objetivando a reforma

integral do veredicto, sustentando, para tanto, que a participação do veículo segurado no evento não passou de mera concausa passiva, não havendo, conseqüentemente, cobertura do seguro.

Contra-arrazoando, a apelada insistiu na existência do nexos causal entre o acidente e a morte de seu filho (condutor da moto), bem como na indenização.

Preparado, o recurso ascendeu a esta Corte.

É o relatório.

A questão suscitada gira em torno da ocorrência, ou não, da relação de causalidade existente entre o fato — acidente — e o resultado danoso — morte.

A sentença acolheu a pretensão deduzida, forte no argumento de que o nexos causal restou sobejamente demonstrado, pois o disparo da arma de fogo que o de cujus trazia consigo na cintura, na ocasião do evento, e que foi a causa eficiente da sua morte, segundo atestaram os laudos periciais, decorreu direta e exclusivamente do acidente.

Não obstante subsuma-se a hipótese à jurisdição civil, a solução da controvérsia exige que se proceda a uma incursão na doutrina penal. Traz-se, por isso, à colação o escólio abalizado do mestre Damásio E. de Jesus que, ao discorrer sobre o tema, salienta, verbis:

“O nosso código, ao resolver a questão do nexos de causalidade, adotou a teoria da *conditio sine qua non*, ou da equivalência dos antecedentes causais. Atribui relevância causal a todos os antecedentes do resultado,

considerando que nenhum elemento, de que depende a sua produção, pode ser excluído da linha de desdobramento causal. Causa é toda condição do resultado, e todos os elementos antecedentes têm o mesmo valor. Não há diferença entre causa e condição, entre causa e concausa, entre causa e ocasião. Para se saber se uma ação é causa do resultado, basta mentalmente excluí-la da série causal. Se com a sua exclusão o resultado teria deixado de ocorrer é causa. É o denominado procedimento hipotético de eliminação” (in Código Penal Anotado, SP, Saraiva, 6ª ed., 1996, pág. 31).

Ora, diante deste contexto, se afastarmos o acidente — evento danoso — do campo de incidência da circunstância causal, veremos que o resultado lesivo — evento morte — não teria ocorrido, restando, assim, evidenciada a sua causa.

Conclui-se, portanto, que as concausas preexistentes ou concomitantes, a rigor, não elidem o nexos causal. Nessa linha de raciocínio podemos afirmar que a causa do falecimento da infeliz vítima decorreu diretamente do acidente de trânsito, vez que, tendo ocasionado a sua queda da motocicleta, provocou também, em conseqüência do impacto, o disparo da arma de fogo, do que resultou o óbito.

Nesse passo, irrelevantes as alegações da seguradora de que a participação do veículo segurado no evento não teria passado de mera concausa passiva, isso porque a relação de causalidade, de tão óbvia, foi por ela admitida em suas próprias razões, quando afirmou que “a arma portada pela vítima, por ser de fabrica-

ção caseira, poderia disparar a qualquer momento, como acabou ocorrendo por ocasião do acidente" (fls. 91) (grifo nosso).

Inarredável, portanto, a existência de concorrência de causa e efeito entre o acidente e o resultado morte produzido, daí por que a indenização se impõe.

Neste rumo, assentou a jurisprudência:

"O pagamento das indenizações será efetuado mediante a simples prova do dano e independentemente de apuração da culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do proprietário do veículo. Verificado o acidente e provada a existência de dano pessoal, deverá a seguradora efetuar, à vítima ou seus beneficiários, o pagamento da respectiva indenização" (RT 448/114).

Gilberto Caldas, em sua obra Danos Pessoais em Seguro Obrigatório

(1978, Ed. "Pró-Livro", São Paulo, págs. 78/79), doutrina que "o legislador criou o seguro obrigatório em benefício da vítima e não do segurado. Ocorrido o acidente de que resulta lesão corporal, fatal ou não, não se vai indagar a quem cabe a culpa na sua produção. O fundamento da responsabilidade deixou de se assentar na culpa para se firmar na teoria do risco, de modo que o comportamento da vítima não é levado em consideração para o recebimento do seguro".

Ante o exposto, negou-se provimento ao apelo.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Dr. Solon d'Eça Neves.

Florianópolis, 23 de abril de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.007065-9, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Sentença. Pretendida nulidade à míngua de resposta a todos os argumentos deduzidos pelas partes. Eiva inexistente.*

*"O juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos."* (RJTJESP 115/207)

*Sentença. Decisão ultra petita. Redução aos limites da lide.*

*"Não se anula sentença proferida além dos limites da lide, quando possível corrigi-la no que excedente."* (RT 673/181)

*Separação judicial litigiosa. Prova da culpabilidade do varão. Procedência do pedido.*

*Se a prova testemunhal irrefutavelmente atribui ao varão a culpa pelo desfazimento da sociedade conjugal, decreta-se a separação.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.007065-9, da comarca de Criciúma (Vara de Exceção), em que é apelante H. C. e apelada R. H. Z. B. C.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, rejeitada a preliminar de nulidade, dar parcial provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Criciúma, perante a Vara de Exceção, H. C. intentou ação de separação judicial litigiosa contra sua mulher, R. H. Z. B. C., alegando, em síntese, o abandono, pela requerida, do lar conjugal, bem assim as agressões físicas de que foi vítima, por parte dela, razões que tornaram insuportável a vida em comum.

Citada, respondeu a requerida, tendo, na peça da defesa, atribuído ao autor a defecção do casamento, pois, na sua constância, mantinha relação adulterina, além de viver constantemente embriagado, impingindo-lhe, nessas ocasiões, agressões físicas e morais.

Houve impugnação, na qual o autor insiste nos argumentos constantes da exordial.

A requerida, por seu turno, ajuizou idêntica ação contra o marido, pretendendo a separação judicial pelos mesmos motivos deduzidos na contestação.

Os autos das duas ações foram reunidos em face da conexão.

Infrutífera a tentativa de conciliação, prosseguiu a instrução com a colheita da prova testemunhal.

Vieram as alegações finais, inclusive do representante do Ministério Público, que, após fazer análise peruciente das provas, manifestou-se pela procedência do pedido da mulher e, conseqüentemente, improcedência do formulado pelo varão.

Finalmente, sobreveio a sentença, na qual a Dra. Juíza de Direito, considerando o varão culpado pela quebra da sociedade conjugal, decretou a separação do casal, com base no art. 5º da Lei nº 6.515/77, condenando-o ao pagamento de pensão alimentícia à mulher e ao filho, correspondente a pelo menos 50% do salário mínimo, fixando o direito de visitas, estabelecendo, quanto aos bens, a partilha posterior, mas determinando que até a partilha fossem desfrutados apenas pela virago e o filho.

Com a sentença não se conformou o vencido e apelou, objetivando, alternativamente, a reforma integral, a fim de que a apelada seja considerada culpada pela separação, ou parcial, para que possa permanecer no imóvel que serviu de residência ao casal até a ultimação da partilha, ao argumento de que na parte em que restringiu a

fruição do bem apenas à virago e ao filho do casal decidiu extra petita.

Houve contra-razões.

O Dr. Promotor de Justiça manifestou-se, dizendo que a sentença, além de se mostrar ultra petita, por ultrapassar os limites do pedido ao dispor acerca do uso dos bens do casal, carece, também, de fundamentação, devendo, por isso, ser declarada a nulidade, tanto que não se referiu a todas as questões suscitadas pela parte.

Os autos ascenderam e aqui, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, pronunciou-se o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira, secundando o entendimento do seu colega de Primeiro Grau.

É o relatório.

Pretendem as partes, separadamente, pelos motivos alegados, seja decretada a sua separação judicial, com os consectários legais e pertinentes.

Inicialmente, no que tange à prefacial de nulidade decorrente do fato de a sentença não haver enfrentado todas as questões suscitadas pelas partes, mister enfatizar que “o juiz não está obrigado a responder todas as alegações das partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para fundar a decisão, nem se obriga a ater-se aos fundamentos indicados por elas e tampouco a responder um a um todos os seus argumentos” — di-lo o Tribunal de Justiça de São Paulo por intermédio do Desembargador Marco César (RJTJESP 115/207). Basta que, observada a res in iudicium deducta, a prestação jurisdicional assente-se em fundamento suficiente, que pode, inclusive, ser diverso do

suscitado. Portanto, não há nulidade a proclamar.

No que se refere à pecha de ultra petita assacada pelos representantes do Ministério Público à sentença, em que pese efetivamente configurada, não tem o condão de invalidá-la, eis que “não se anula sentença proferida além dos limites da lide, quando possível corrigi-la no que excedente” (RT 673/181).

Quanto ao mérito, o cotejo que se faça das provas constantes dos autos, trazidas pelas partes, permite, sem vacilação, a conclusão a que chegou a Dra. Juíza de Direito, acompanhando o pronunciamento do Dr. Promotor de Justiça em alegações derradeiras.

Como referiu a Magistrada, as testemunhas da virago, além de mais persuasivas, foram explícitas em seus depoimentos, oferecendo detalhes e pormenores que, coesos e harmônicos entre si, convencem da sua credibilidade, diferentemente daquelas arroladas pelo varão, que demonstraram pouco conhecimento do casal e das causas que levaram à bancarrota o casamento.

De resto, as demais questões ventiladas pelas partes, despojadas de vigor probante, impressionam pouco, destacando-se, por isso, como essencial à solução da demanda a prova testemunhal referida que, sem dúvida, avaliza os argumentos da apelada, que atribui ao apelante a ruína da sociedade conjugal.

Merece reparo a sentença, contudo, na parte que determinou a fruição dos bens do casal apenas pela apelada e pelo filho.

Apesar da dissolução do regime matrimonial de bens — efeito jurídico secundário da sentença que dispõe sobre a separação —, enquanto não realizada a partilha, permanecem em condomínio. E sobre a sua administração, locação ou venda resolverão os condôminos.

Nesse passo, era defeso à Magistrada estabelecer, acerca dos frutos da coisa comum, de forma diversa da estatuída em lei, e especialmente assegurar a fruição apenas à virago, posto que o filho não é condômino e detém apenas expectativa de direito.

Preceitua o art. 638 do Código Civil, verbis:

“Art. 638. Os frutos da coisa comum, não havendo em contrário estipulação ou disposição de última vontade, serão partilhados na proporção dos quinhões”.

Destarte, não havendo acordo quanto aos bens, que pertencem, na mesma proporção, ao varão e à virago, não se pode negar àquele a fruição de seu quinhão até que sejam partilhados.

Considerando-se que o apelante continuou residindo no imóvel desde a separação de fato, ocorrida em

1993, não é justo que se lhe negue o direito de nele permanecer enquanto não desfeito o condomínio.

De outro vértice, também não é justo que somente ele desfrute do bem comum. Por isso, assegura-se-lhe a permanência no imóvel, mas deve compensar a consorte pelo período que dele gozou e ainda vier a gozar com exclusividade, impendendo que se proceda à quantificação na oportunidade da efetivação da partilha.

Ante o exposto, rejeitada a preliminar de nulidade da sentença, deu-se provimento parcial ao recurso, a fim de assegurar ao apelante a permanência no imóvel, mediante compensação, que deverá ser apurada e efetivada por ocasião da partilha.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik, emitindo parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. Humberto Francisco Scharf Vieira.

Florianópolis, 24 de setembro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.009072-2, DE SÃO JOSÉ**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Agravo retido. Prova testemunhal. Contradita, ao argumento de que as testemunhas teriam interesse no litígio. Ausência de prova do alegado interesse. Recurso desprovido.*

*O fato de as testemunhas serem empregados da empresa que intermediou a compra e venda do automóvel causador do acidente — a qual não integra a relação processual — não autoriza a conclu-*

*são de que tenham interesse no litígio, especialmente se o alegado interesse não restou demonstrado.*

*Sentença. Pretendida nulidade por fundar-se em prova testemunhal comprometida pela parcialidade. Eiva inexistente.*

*Sem a prova de que as testemunhas tenham interesse no litígio, não se as pode reputar suspeitas, razão pela qual não é nula a sentença para cuja motivação considerou o magistrado os respectivos depoimentos.*

*Sentença citra petita. Não caracterização. Ausência de condição da ação. Questão cuja constatação veda ao juiz o pronunciamento sobre o mérito, impondo a lei que dela conheça de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição. Art. 267, § 3º, do CPC.*

*O juiz conhecerá de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, das questões atinentes às condições da ação, quais sejam, a possibilidade jurídica do pedido, a legitimidade das partes e o interesse processual, consoante a norma imperativa inculpada no § 3º do art. 267 do Código de Processo Civil.*

*Constatando o juiz a ausência de uma das condições da ação, em torno desta questão é que desenvolverá o processo lógico que resultará na motivação da sentença, posto que defeso o pronunciamento de mérito.*

*Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Ação de indenização intentada contra pessoa em cujo nome encontra-se registrado, no Detran, o veículo causador do evento. Prova de que vendido antes do evento danoso. Ilegitimidade passiva ad causam suscitada pelo réu. Acolhimento pela sentença. Recurso desprovido.*

*Consolidou-se, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento segundo o qual “a prova da venda e tradição do veículo exclui o vendedor da responsabilidade civil pelos danos causados pelo comprador (RT 489/177, 526/224), provando-se a transferência do domínio quer pela tradição, quer por outros meios idôneos, independentemente da expedição de novo certificado de propriedade (RT 513/265), pouco importando, assim, que o certificado, na data do acidente, ainda não tivesse sido transferido para o nome do adquirente e novo possuidor (RT 526/71)” (Wladimir Valler, Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísti-*



*cos, 3ª ed., Campinas, Julex Livros Ltda., 1993, pág. 90).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.009072-2, da comarca de São José, em que é apelante Valdinho João do Amaral e apelado Lourival Grahl:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo retido e à apelação.

Custas na forma da lei.

Valdinho João do Amaral intentou ação de reparação de danos contra Lourival Grahl, para haver deste os prejuízos oriundos de abaloamento de veículos, alegando que é proprietário de uma caminhonete Ford F 1000, placas KY8396, a qual em data de 5 de agosto de 1995, por volta das cinco horas e cinquenta minutos, quando transitava pela BR 101, conduzida por Jean Carlo Richartz, no sentido Curitiba — Florianópolis, na altura do km 117, foi abalroada pela perua Marajó, ano 1984, placas JK0710, de Jaraguá do Sul, de propriedade de Lourival Grahl, conduzida por Célio Tomaz Pereira, que vinha em sentido contrário e perdeu o controle, invadindo a contramão, onde colidiu com o veículo do autor.

Concluiu postulando a condenação do réu ao pagamento de indenização no valor de R\$ 29.102,42 (vinte e nove mil, cento e dois reais e quarenta e dois centavos), bem como das custas processuais e honorários advocatícios.

Citado o requerido, na audiência de conciliação, instrução e julgamento, ouvidas as partes, o Magistrado converteu para o ordinário o rito da

ação, cientificando o réu do prazo para defesa.

Em tempo hábil respondeu o requerido, argüindo, à guisa de preliminar, a ilegitimidade passiva ad causam, eis que o utilitário envolvido no evento não mais lhe pertencia à época dos fatos. No mérito, sustenta que o acidente ocorreu por culpa exclusiva do condutor do veículo do autor. Impugna, ainda, o valor atribuído ao conserto, pois, consoante declaração fornecida pela concessionária Ford de Blumenau, o valor de mercado do automóvel é R\$ 20.000,00 (vinte mil reais).

O autor falou sobre a contestação, rebatendo todos os seus termos.

Na audiência, frustrada a conciliação, foram tomados os depoimentos pessoais dos litigantes e expedidas precatórias para a oitiva das testemunhas arroladas pelas partes.

Na oportunidade da inquirição das testemunhas, o autor requereu a contradita das arroladas pelo réu, ao argumento de que teriam interesse direto no processo. O Dr. Juiz a quo rejeitou-a, tendo o autor, por esta razão, interposto agravo, postulando que ficasse retido.

Nas alegações derradeiras as partes reiteraram os argumentos deduzidos, respectivamente, na inicial e na resposta.

O Dr. Juiz a quo julgou extinto o processo, sem apreciação do mérito, com supedâneo no disposto no art. 267, VI, combinado com o § 3º do mesmo artigo do CPC, condenando o autor ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado,

os quais fixou em 10% sobre o valor da causa.

O autor opôs embargos de declaração, sustentando que a decisão fundamentou-se unicamente na prova testemunhal, deixando de levar em conta a prova documental contida nos autos, em especial o documento de fls. 68.

Os embargos de declaração foram rejeitados, sob o fundamento de que no sistema processual vigente o magistrado aprecia livremente a prova, podendo aceitar uma e rejeitar outra, ou rejeitar ambas.

Irresignado, apelou o vencido. Pleiteou, em preliminar, a apreciação do agravo retido, aduzindo, ainda à guisa de prefacial, a nulidade da sentença à míngua de fundamentação, a par de citra petita.

No mérito, sustenta que a decisão contrariou flagrantemente a prova, eis que consta dos autos o certificado de fl. 68, o qual demonstra que o apelado era proprietário do veículo à época do evento.

Acrescenta que a prova testemunhal produzida pelo apelado revelou-se parcial, na medida em que se limitou a verberar, de forma arquetizada e repetitiva, ter havido uma transação anterior ao acidente.

Sustenta, finalmente, que, na hipótese de o réu não ser o proprietário do veículo, cumpria-lhe promover a denúncia da lide a Santinho Pereira, suposto comprador, ao que estava autorizado em face da adoção do rito ordinário.

Com as contra-razões, ascenderam os autos a esta Corte.

É o relatório.

Primeiramente, procede-se ao exame do agravo retido, o qual investe contra a decisão que indeferiu a contradita oposta pelo apelante aos depoimentos das testemunhas Ari Sérgio Voigt, Martinho Bahr e Luís Gilberto Siemann, arroladas na peça de resistência, ao argumento de que teriam interesse na causa, em face de sua relação de emprego com a empresa que intermediou a venda do veículo, cuja anterioridade ao acidente pretende o réu demonstrar com os depoimentos, objetivando seu afastamento do processo.

Correta a decisão agravada. Não há a menor evidência de interesse de qualquer delas no desfecho da lide, não autorizando esta conclusão o fato de terem relação de emprego com a empresa que intermediou a compra e venda do automóvel causador do acidente, especialmente porque a empresa da qual são empregados não integra a relação processual.

Além disso, para que se possa considerar suspeita a testemunha, sob a alegação de que tem interesse no litígio, mister que se demonstre esse interesse, que não decorre tão-só da relação de emprego mantida com terceiro que viabilizou a aquisição do veículo que protagonizou o evento danoso.

Neste passo, à míngua de prova de que as testemunhas cujos depoimentos foram contraditados tivessem interesse no litígio, negou-se provimento ao agravo retido.

Outras duas questões foram suscitadas à guisa de preliminar no recurso, a saber, nulidade da sentença em face da ausência de motivação ou fundamentação, ao argumento de que

fundada em prova testemunhal comprometida pela parcialidade, e tratar-se de decisão *citra petita*, pelo fato de não se haver pronunciado acerca de questão que entende relevante.

A sentença, entretanto, não padece de qualquer eiva. Com efeito, sem a prova de que as testemunhas tenham interesse no litígio, não se as pode reputar suspeitas, razão pela qual não é nula a sentença para cuja motivação haja o juiz considerado os respectivos depoimentos.

Por outro lado, não lhe assenta a pecha de *citra petita*. No rumo da concepção adotada pelo Código de Processo Civil de 1973, “o direito de ação, entendido como autônomo e abstrato, está vinculado aos degraus metodológicos dos pressupostos processuais, condições da ação e mérito. Não se trata apenas de direito independente do plano substancial, enquanto dirigido a uma decisão de mérito de conteúdo indeterminado, ou direito de ver julgado o pedido, como objeto do processo. Como acentua Liebman, sua abstração está coordenada a *fattispecie* determinada e esatamente individuata — o que se traduz como condicionada ou conexas a uma pretensão —, donde ser subordinada a certos requisitos, reputados essenciais ao exercício da função jurisdicional, perante dada situação de fato deduzida em Juízo, ou condições de admissibilidade de um provimento sobre o pedido. Nesse contexto, carência de ação denota apenas a falta de uma das chamadas ‘condições da ação’ (omissis), cuja ausência exclui o pronunciamento de mérito (de procedência ou improcedência do pedido)” (Julgados dos Tribunais de Alçada Civil de São

Paulo, Saraiva, 1983, vol. 81, págs. 281/282).

Portanto, não se pode considerar caracterizada como *citra petita* a sentença que extingue o processo, sem apreciação do mérito, em face da constatação da ausência de uma das condições da ação, circunstância, aliás, que veda ao juiz o pronunciamento sobre o mérito e lhe impõe, de ofício, em qualquer tempo e grau de jurisdição, exatamente essa solução, à luz do disposto no art. 267, § 3º, do CPC.

Neste passo, verificando a carência de ação, em torno desta questão é que desenvolverá o processo lógico que resultará na motivação da sentença, posto que defeso o pronunciamento de mérito.

Afastadas as prefaciais, a sentença merece confirmação por seus próprios fundamentos.

Com efeito, consolidou-se, tanto na doutrina, quanto na jurisprudência, o entendimento segundo o qual “a prova da venda e tradição do veículo exclui o vendedor da responsabilidade civil pelos danos causados pelo comprador (RT 489/177, 526/224), provando-se a transferência do domínio quer pela tradição, quer por outros meios idôneos, independentemente da expedição de novo certificado de propriedade (RT 513/265), pouco importando, assim, que o certificado, na data do acidente, ainda não tivesse sido transferido para o nome do adquirente e novo possuidor (RT 526/71)” (Wladimir Valler, *Responsabilidade Civil e Criminal nos Acidentes Automobilísticos*, 3ª ed., Campinas, Julex Livros Ltda., 1993, pág. 90).

Nem se diga que a xerocópia de fls. 68 prova a transferência do veículo e a data de sua realização. Para ter validade, mister que o certificado de transferência ostente as assinaturas do proprietário, que efetua a transferência, e do adquirente, sendo mister que a firma do proprietário, rectius, alienante, esteja reconhecida por tabelião. Em que pese tenha sido preenchido, não contém as assinaturas referidas e, por óbvio, não poderia exibir o reconhecimento de firma inexistente.

Assim, não servindo o certificado de fl. 68 como meio de prova à míngua dos requisitos de validade e, por outro vértice, revelando-se robusta a prova testemunhal no tocante à transação e à época em que foi celebrada, anterior à data do evento danoso, avultava a ilegitimidade passiva ad causam do requerido consoante o pacífico entendimento doutrinário e

jurisprudencial, nenhuma alternativa restando ao juiz a não ser julgar extinto o processo, sem apreciação do mérito, nos termos do disposto no art. 267, VI, combinado com o seu § 3º, do Código de Processo Civil, como o fez, o que não impede o autor apelante de intentar nova ação contra o efetivo proprietário do veículo causador do acidente.

Ante o exposto, a Câmara, à unanimidade, negou provimento a ambos os recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

Florianópolis, 24 de setembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001806-4, DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Investigação de paternidade c/c alimentos. Exceptio plurium concumbentium não comprovada. Exame de DNA que indica probabilidade de 99,91%. Prova de honestidade da mãe do autor. Fixação da pensão alimentícia em 1 (um) salário mínimo mensal. Honorários advocatícios. Art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50.*

*Demonstrada pela prova testemunhal a coincidência da concepção com as relações sexuais entre a mãe do autor e o suposto pai, e não evidenciada a exceptio plurium concumbentium, a probabilidade da paternidade, superior a 99%, indicada no exame de DNA, permite ao juiz convencer-se, sem hesitação, da procedência do pedido.*

*Inexistindo informações seguras acerca dos rendimentos do investigado, e alegando ele estar desempregado, a fixação da pensão alimentícia em 1 (um) salário mínimo é razoável, às notícias de que pratica o comércio informal domiciliar.*

*“A teor do estatuído no § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060, de 5/2/50, c/c o art. 259, VI, do CPC, quando o beneficiário da assistência judiciária for vencedor da causa, os honorários advocatícios serão fixados até o máximo de 15%, a incidir sobre doze prestações alimentícias mensais” (ACV n. 96.004866-9, de Ibirama, rel. Des. Cláudio Barreto Dutra).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001806-4, da comarca de Blumenau (Vara da Família, Infância, Juventude e Registro Público), em que é apelante M. dos S., representada por sua mãe, D. dos S. da S., e apelado F. A. G.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar parcial provimento ao recurso.

Custas ex lege.

Na comarca de Blumenau, representado por sua mãe, D. dos S. da S., o menor M. dos S. aforou ação de investigação de paternidade c/c alimentos contra F. A. G., alegando que nasceu no dia 3 de março de 1987, fruto da relação concubinária entre sua representante legal e o requerido, a qual durou aproximadamente 12 (doze) anos, terminando nos últimos meses do ano de 1986, ocasião em que sua genitora, já grávida, foi abandonada pelo varão.

Com a inicial, juntou certidão de nascimento e outros documentos.

Na contestação, o requerido negou, enfaticamente, a paternidade que lhe é atribuída, sustentando que, embora tivesse convivido em regime

de concubinato com a mãe do autor, abandonou a relação por infidelidade dela, antes da gravidez de que resultou o nascimento do menor, perdendo, desde então, contato com ela. Aduziu, ainda, que D., ao tempo do concubinato, mantinha relações com outros homens, e que terminara um casamento anterior em face exatamente do seu procedimento infiel.

Impugnando a contestação, o autor negou as alegações de infidelidade atribuídas à sua genitora, e fez juntar atestado médico que desmente a afirmação, contida na peça defensiva, de que ela sofre das faculdades mentais.

Ouvido, o Dr. Promotor de Justiça requereu a realização da audiência referida no artigo 331 do CPC.

Não obtida a conciliação na audiência designada, o Dr. Juiz de Direito, consultando as partes, determinou a realização do exame de DNA, à conta do Fundo de Atendimento à Criança e ao Adolescente.

Veio o resultado da perícia, realizada em Porto Alegre—RS, que indicou a possibilidade de paternidade no percentual de 99,91%, índice que,

segundo os padrões internacionais, tem-na como praticamente certa.

As partes tomaram conhecimento da perícia, tendo o requerido, à consideração de que é primo da mãe do autor, solicitado esclarecimentos ao perito, levando em conta o parentesco.

Dizendo que o laudo é conclusivo, o Dr. Juiz de Direito indeferiu o pedido, designando a audiência de instrução e julgamento, em que foi colhido o depoimento pessoal da mãe do autor e ouvidas duas testemunhas por ele arroladas. Na oportunidade, as partes e o representante do Ministério Público apresentaram as suas razões finais, aquelas ratificando os argumentos anteriores, e o órgão ministerial acorde com a procedência do pleito.

Finalmente, na mesma ocasião, o Dr. Juiz de Direito proferiu a sentença. Julgou procedente o pedido, declarando o autor filho do demandado, condenando-o ao pagamento de 1 (um) salário mínimo a título de pensão alimentícia. Deferiu-lhe a assistência judiciária, isentando-o do pagamento das custas, e o condenou, por fim, em honorários advocatícios no valor de 70 URHs.

A parte vencida apelou, tempestivamente.

Pretende, em preliminar, a anulação do processo, a partir do momento em que teve indeferido o pedido suplementar à perícia. No mérito, postula, alternativamente, a reforma da sentença ou a redução à metade da pensão alimentícia. Finalmente, escorando-se no § 1º do art. 11 da Lei n. 1.060/50, deseja que os honorários advocatícios sejam fixados em 15%,

incidentes sobre 12 (doze) prestações alimentícias mensais.

Houve contra-razões do autor e do Dr. Promotor de Justiça, que propugnou pelo provimento parcial do recurso, a fim de que os honorários sejam arbitrados conforme a pretensão posta.

Nesta Instância, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se o Dr. José Galvani Alberton, secundando o pronunciamento do Dr. Promotor de Justiça.

É o relatório.

A prefacial suscitada em sede recursal não tem como prosperar.

Além de colocada a destempo a indagação suplementar à perícia, parecendo, em razão disso, de caráter nitidamente protelatório, não possui qualquer base científica diante dos termos claros do laudo que não permitem contestação.

No que toca à matéria de fundo, melhor sorte não ampara o recorrente, que não procurou, por qualquer meio de prova, mormente a testemunhal, obter confirmação das alegações contundentes que compõem, primordialmente, a contestação.

Faltando-lhes a mínima confirmação, as alegações, além de vazias, são também irresponsáveis, atribuindo à mãe do autor a balda que se mostrou iníqua e que, por isso, é, de pronto, afastada.

Ao contrário, as alegações do autor, no sentido da paternidade, tiveram confirmação no exame realizado, demonstrando uma probabilidade que se aproxima da certeza absoluta, e que chega a tocá-la se considerarmos as demais provas produzidas, inclusi-

ve, e principalmente, a que atesta que sua genitora já estava grávida quando se extinguiu o concubinato e que sempre foi fiel à relação.

O reconhecimento da paternidade, pois, resultou de todos esses indicativos, imunes, pela sua solidez, aos ataques maledicentes e malsucedidos.

No que pertine à pretensão alternativa, à falta de informações sobre os rendimentos do apelante, e às notícias de que exerce o comércio informal, a fixação de pensão alimentícia em um salário mínimo mensal atende às circunstâncias do caso.

Com referência, contudo, aos honorários advocatícios, o dispositivo legal que embasa o insurgimento determina o arbitramento conforme a pretensão, assistindo, neste ponto, razão ao apelante.

De resto, sendo o recorrente beneficiário da assistência judiciária,

que alcança todas as verbas da sucumbência, entre elas os honorários, a exigibilidade delas fica postergada para quando lhe advierem as condições.

Ante o exposto, deu-se provimento parcial ao recurso, para fixar os honorários advocatícios em 15% sobre uma anuidade de prestação alimentícia.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Dr. Solon d'Eça Neves, emitindo parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 7 de maio de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 52.121 (88.92608-8), DE BLUMENAU**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Apelação cível. Ação de despejo por falta de pagamento. Shopping center. Cerceamento de defesa incorrente. Indenização do fundo do comércio e direito de retenção por benfeitorias indevidos. Recurso improvido.*

*Se os fatos alegados entre as partes estão cabalmente provados no contrato firmado, inútil e desnecessária se torna a realização de audiência de instrução e julgamento, não podendo se falar, conseqüentemente, em cerceamento de defesa.*

*A proteção legal do fundo de comércio se dá somente pelo direito de inerência, previsto, atualmente, no art. 51 da Lei do Inquilinato (Lei n. 8.245/91).*

*O locatário não tem o direito de ser indenizado pelas benfeitorias que realizou no imóvel, se há expressa disposição contratual nesse sentido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 52.121 (88.92608-8), da comarca de Blumenau (Juizado Especial), em que é apelante J. M. e Cia. Ltda. e apelado NBS Shopping Centers Ltda.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de despejo por falta de pagamento ajuizada por N. B. S. Shopping Centers Ltda. contra J. M. e Cia. Ltda.

Alega a autora que mantém com a ré contrato de locação referente a uma sala comercial localizada no Shopping Center Neumarkt e que o pagamento dos aluguéis, referentes a dezembro de 1993 até maio de 1994, estão em atraso, assim, além destas parcelas e aquelas que vencerem no curso da presente ação, deverão incidir as penalidades contratuais.

Regularmente citada, a ré contestou, argüindo, em preliminar, a nulidade da citação e o indeferimento da inicial, por falta dos requisitos do art. 39 do CPC. No mérito, alegou não ser devedora do aluguel, em face da quebra do contrato por parte da requerente, já que as projeções de movimentação de clientes e de custos, que a motivaram a firmar o contrato de locação e a investir na instalação de sua loja elevados valores, não se efetivaram, razão pela qual não obteve o retorno esperado.

Alternativamente, argüiu que, se decretado o despejo, seja determinada a retenção por benfeitorias e, concomitantemente, ressarcida pelo fundo de comércio, em face dos valores desembolsados na montagem da loja e, também, na aquisição do ponto comercial.

Impugnada a contestação, realizou-se a audiência conciliatória, que restou inexitosa.

Com os autos conclusos, a Juíza a quo proferiu sentença, julgando procedente o pedido, decretando o despejo e condenando a requerida nas custas processuais e honorários advocatícios, fixados em R\$ 3.000,00 (três mil reais), acrescidos de juros e correção monetária a contar da prolação da sentença.

Inconformada, a ré interpôs apelação objetivando a reforma do decísium sob os mesmos argumentos expendidos anteriormente, acrescentando, ainda, que seja dada a devida oportunidade para a produção de prova testemunhal e pericial.

Devidamente contra-arrazoados, os autos foram remetidos à 2ª Turma de Recursos Cíveis, a qual, por acórdão de fls. 198/202, não conheceu do apelo, determinando a remessa daqueles a este Tribunal de Justiça, com base na Lei Federal n. 9.099/95.

É o relatório.

Alega o apelante que os valores cobrados são indevidos, por serem distintos daqueles da proposta



inicial, pois foi induzido a erro, já que o apelado, em vez de cobrar o aluguel mínimo estipulado em 6% (seis por cento), apresentava valores que alcançavam o equivalente a 200% ou 300% do seu faturamento.

Que houve o cerceamento de defesa, porque a principal prova a sustentar sua tese foi declarada imprestável, qual seja, a proposta elaborada de próprio punho pelo gerente da apelada, que nem foi ouvido em Juízo, além de não poder demonstrar as projeções de mercado apresentadas pelo apelado.

Não lhe assiste razão.

O art. 330 do CPC disciplina que:

“O juiz conhecerá diretamente do pedido, proferindo sentença:

“I — quando a questão de mérito for unicamente de direito, ou, sendo de direito e de fato, não houver necessidade de produzir prova em audiência;

“II — quando ocorrer a revelia (art. 319)”.

Muito embora queira o apelante demonstrar que a suposta proposta elaborada de próprio punho pelo gerente do apelado tem o condão de valer perante as partes, sendo, portanto, imprescindível a produção das provas que requereu, não é o que se verifica.

Observe-se, de início, o que dispõe a Lei n. 8.245/91 sobre os contratos referentes a shopping centers:

“Art. 54. Nas relações entre lojistas e empreendedores de shopping center, prevalecerão as condições livremente pactuadas nos contratos de locação respectivos e as disposições procedimentais previstas nesta Lei.

“§ 1º. O empreendedor não poderá cobrar do locatário em shopping center:

“a) as despesas referidas nas alíneas a, b, e d do parágrafo único do art. 22; e

“b) as despesas com obras ou substituições de equipamentos, que impliquem modificar o projeto ou o memorial descritivo da data do habite-se e obras de paisagismo nas partes de uso comum.

“§ 2º. As despesas cobradas do locatário devem ser previstas em orçamento, salvo casos de urgência ou força maior, devidamente demonstradas, podendo o locatário, a cada sessenta dias, por si ou entidade de classe exigir a comprovação das mesmas”.

Com alguma divergência, entende-se que o vínculo que une o empreendedor de um shopping center, no caso o apelado, e o lojista da unidade autônoma, o apelante, constituiu-se num contrato de locação, muito embora com certas características exclusivas.

O apelado, ao propor a inicial, juntou o contrato de locação, as normas gerais complementares estabelecidas e o estatuto da associação dos lojistas do shopping.

Portanto, plenamente demonstrados os valores cobrados, expressamente pactuados entre as partes e cuja ciência do apelante deu-se posteriormente à suposta proposta que embasa toda a sua defesa.

Assim, estando todos os valores cobrados, bem como aqueles pagos pelo apelante, pactuados expressamente no contrato de locação e em

seus instrumentos complementares, desnecessária a produção de outros tipos de prova, especialmente aquelas já mencionadas.

Continua o apelante, alegando que, havendo um vínculo mercantil entre as partes distinto dos usuais, estende-se o conceito de fundo do comércio, que passa a ser um bem indenizável, tendo ele o direito de ser compensado do valor que pagou a este título, qual seja, US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares), por aplicar-se ao caso o art. 3º da LICC, subsidiariamente à Lei n. 6.729/79.

Sobre o fundo de comércio em shopping centers, os doutrinadores, em sua maioria, falam de sua existência para os empreendedores e para os lojistas.

Yves Gandra da Silva Martins, com o brilhantismo que lhe é peculiar, salienta a existência de um sobrefundo que surge na fase de implantação do shopping center, constituído pela cessão da res sperata do shopping aos estabelecimentos e lojas nele instalados, o que supera de muito as locações exclusivas do espaço físico. Tais centros empresariais são detentores permanentes do sobrefundo comercial, representados por seus bens imateriais (natureza jurídica das locações comerciais dos Shopping Centers — *Questões Jurídicas*, citado por Pinto Ferreira, in *Comentários à Lei do Inquilinato*, 1992, Saraiva, pág. 233).

Portanto, ao apelante resta apenas o direito de inerência ou renovação compulsória, desde que preenchidos os requisitos do art. 51 da Lei n. 8.245/91, que não é o caso dos autos.

Por fim, o direito de retenção das benfeitorias, que alega ter gasto mais de US\$ 60.000,00 (sessenta mil dólares), não merece prosperar.

Observe-se o que dispõe o art. 35 da Lei n. 8.245/91, c/c art. 54, supramencionado:

“Art. 35. Salvo expressa disposição contratual em contrário, as benfeitorias necessárias introduzidas pelo locatário, ainda que não autorizadas pelo locador, bem como as úteis, desde que autorizadas, serão indenizáveis e permitem o exercício do direito de retenção”.

E, no caso em questão, conforme pactuado entre as partes, mais precisamente na cláusula 7.25 (fls. 27), as benfeitorias necessárias e úteis incorporar-se-ão ao imóvel, da mesma forma quanto as benfeitorias voluptuárias, instalações ou decorações, sendo que estas poderão ser removidas, desde que não causem dano ao imóvel.

Assim, por expressa disposição entre as partes, não tem o apelante direito de retenção sobre as benfeitorias realizadas no estabelecimento locado.

Por tais razões, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

Silveira Lenzi,  
Presidente com voto;  
Vanderlei Romer,  
Relator.

## APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001843-9, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Conversão de separação judicial consensual em divórcio. Falta de execução de obrigação assumida por ocasião da separação. Encargo de inegável relevância, cujo descumprimento obsta a conversão pretendida.*

*Hodiernamente, vem-se entendendo que “a faculdade que a parte tem de se opor à conversão da separação judicial em divórcio, pelo inadimplemento de obrigações contraídas quando da decretação daquela, não é absoluta. Há que se considerar a relevância da obrigação não cumprida em consonância com o proveito que dela poderia auferir a contestante” (Ap. Cív. n. 49.478, rel. Des. Newton Trisotto).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001843-9, da comarca de Itajaí, em que é apelante J. V. A. C., sendo apelada N. T. dos S.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover o recurso.

Custas legais.

J. V. A. C. ingressou em Juízo com ação de conversão de separação judicial consensual em divórcio contra N. T. dos S., expondo que se encontra separado dela há mais de 3 (três) anos, já tendo, portanto, transcorrido o lapso temporal exigido por lei para tanto.

Dizendo que cumpriu com todas as obrigações assumidas quando da separação, pugnou pela procedência de seu pedido.

A requerida, ao contestar, sustentou que o requerente “não cumpriu o avençado quanto à partilha dos bens (...) deixando de escriturar em favor da requerida os terrenos localizados à Rua Gustavo Benedet (2) lotes, cujo prazo estipulado nos autos de Separação Judicial n. 820/93 era de 30 dias, conforme narrado a fls. 3 do anunciado volume”.

Logo, enfatizou, ante tal impedimento, não há atender o postulado.

Impugnação às fls. 19 usque 26.

Ouvido o Parquet, o Dr. Juiz de Direito sentenciou, rejeitando o pedido inicial.

Embargos de declaração às fls. 75.

O autor interpôs recurso de apelação, colimando pela reforma da sentença, sob o argumento de que a existência de controvérsia a respeito de questão relativa ao cumprimento, ou não, de obrigação assumida quando da separação judicial, não é óbice à decretação do divórcio.

Houve resposta.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo desprovimento.

É o relatório.

Cediço que a contestação, em ações como a que ora se examina, só pode fundar-se em falta do decurso de um ano da separação judicial e descumprimento das obrigações assumidas pelo requerente naquela ocasião (Lei n. 6.515/77, art. 36).

A ré invocou a inadimplência de seu ex-marido, para obstar a conversão pretendida.

Para este último, ora apelante, o art. 226, § 6º, da Magna Carta, revogou o § 1º do art. 37 da Lei n. 6.515/77, sendo que aquele passou a exigir, unicamente, o decurso do prazo de um ano para a conversão da separação judicial em divórcio.

Logo, a circunstância de ter descumprido obrigação assumida por ocasião da separação não seria óbice à decretação do divórcio, posto que já transcorrido o prazo legal exigido para tanto.

Todavia, já se decidiu que "A Constituição Federal, art. 226, § 6º, não revogou o § 1º do art. 37 da Lei do

Divórcio" (TJRS — AC n. 595.103.227 — 8ª Câm. Civil — rel. Léo Afonso Einloft Pereira, j. 28/9/95).

Ainda:

"Divórcio — Conversão da separação — Inadimplemento da obrigação alimentícia — Fato impeditivo — Inciso II do parágrafo único do artigo 36 da Lei Federal n. 6.515, de 1977, não derogado pela Constituição da República, nem revogado pelas Leis Federais n. 7.841, de 1989, e 8.408, de 1992, que adaptou a Lei do Divórcio à nova realidade constitucional — Ação improcedente — Recurso não provido" (JTJSP, vol. 162, 53).

Impende salientar que não se trata de irregularidade no cumprimento de obrigação alimentar que, por si só, não impede o sucesso da pretensão. Efetivamente, já se decidiu que "a controvérsia a respeito do cumprimento ou não da obrigação alimentar não impede o pedido de conversão da separação em divórcio, representando matéria a ser resolvida em ação própria" (RJTJRS 145/301).

Mas aqui, repita-se, a situação é bem outra, tendo o recorrente se obrigado a doar à suplicada dois imóveis por ocasião da separação judicial, deixando de fazê-lo, porém. De se notar que ele não nega sua inadimplência. Apenas traz motivos de ordem financeira para justificar sua inércia.

Pelo que se depreende da doutrina de Yussef Said Cahali, no que se refere às obrigações de "fazer" ou "de dar", apenas o descumprimento de uma obrigação séria e relevante assumida ou imposta na separação se constitui em óbice à pretendida conversão, explicitando que "deduz-se

daí que a falta de execução do acordo homologado, dependendo da relevância da obrigação assumida pelo requerente, pode levar à improcedência da ação de conversão” (in *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 1.136).

Segue o mesmo norte o julgado a seguir colacionado:

“Separação judicial. Conversão em divórcio. Inadimplemento das obrigações.

“A faculdade que tem a parte de se opor à conversão da separação judicial em divórcio, pelo inadimplemento de obrigações contraídas quando da decretação daquela, não é absoluta. Há que se considerar a relevância da obrigação não cumprida em consonância com o proveito que dela poderia auferir a contestante” (Ap. Cív. n. 49.478, rel. Des. Newton Trisotto).

Na hipótese, a ré informou que o autor deixou de escriturar em seu favor dois terrenos, o que, data venia, reputa-se como convenção relevante, dado o caráter econômico, em que pese a complexidade e mesmo a controvérsia que gira em torno da questão.

O apelante recorre a motivos sentimentais, ressaltando que “já convive maritalmente com outra mulher (...) com a qual pretende casar-se, porém é sabido que a não decretação do divórcio impede a realização do casamento civil”.

Não obstante, se tinha tanto interesse na declaração, incumbia-lhe, antes, cumprir com a obrigação avençada. Sua posição apresenta-se extremamente cômoda, alegando que não realizou seu encargo, em razão de problemas da sociedade comercial

proprietária dos bens que se comprometeu a doar. Não há, pois, como se acolher sua assertiva no sentido de que sua ex-cônjuge estaria a opor resistência injustificada ao divórcio.

Anota-se, ainda, que não é razoável exigir-se da recorrida que ingresse em Juízo para forçar o cumprimento da obrigação convencionada.

Vale transcrever excerto do parecer da douta Procuradoria-Geral de Justiça:

“Afirmar-se, ainda, que o fato alegado pelo apelante para o descumprimento da obrigação não se demonstra válido, pois a separação judicial data de 1993 e desta data até hoje ainda não foram solucionados os problemas da sociedade comercial proprietária dos imóveis que se comprometeu a doar.

“Ademais, contrariamente ao afirmado pelo apelante, a apelada não possui ação para obrigá-lo a cumprir a obrigação assumida, visto estarmos ante promessa de doação de imóvel pertencente a pessoa jurídica diversa da pessoa física divorciada. Primeiro por se tratar de promessa de doação, cujo descumprimento não outorga ao beneficiário qualquer direito a perdas e danos ou indenização. E segundo porque o imóvel que se prometeu doar está em nome de terceiros. Ou seja, a apelada não possui a força coercitiva necessária para compelir o apelante ao cumprimento da obrigação”.

Posta a questão em tais termos, há que se negar provimento ao recurso, ressaltando-se que resta assegurada ao apelante a renovação do pedido, desde que satisfeita a obrigação a ele imposta.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.003077-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Exoneração. Alimentos. Filha maior de 24 anos que não frequenta curso universitário, a par de não ser portadora de enfermidade grave, ou adversidade assemelhada, que lhe impeça o exercício de uma profissão. Verba alimentar indevida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.003077-3, da comarca da Capital, em que são apelantes Z. O. V. e outra, sendo apelado O. F. B.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, desprover os recursos.

Custas legais.

Trata-se de ação de exoneração de pensão alimentícia ajuizada por O. F. B. contra Z. O. V., sob a alegação de que a situação financeira desta última modificou-se para melhor, razão pela qual quer o autor ser desobrigado da obrigação alimentar a ele imposta por ocasião da separação judicial de ambos.

Contestando, a ré aduziu que faz jus ao percentual de 40%, em virtude do uso contínuo de medicamentos. Disse, ainda, que mantém sob sua responsabilidade a filha do casal,

estudante, sendo que os rendimentos auferidos em razão da pensão também se destinam ao seu sustento. E, por fim, ressaltou que nada há a demonstrar "mudança na fortuna", tampouco a impossibilidade de o requerente continuar a pagar a verba alimentar.

Instruído o feito, juntou-se aos autos documento dando conta de que os alimentos destinam-se também à A. Z. B. Em decorrência disso, a Dra. Juíza de Direito determinou sua citação na condição de litisconsorte passiva, anulando o feito a partir de fls. 47.

Veio a ré aos autos para oferecer sua defesa, seguindo-se a réplica e o saneamento do processo.

Ultimada a fase instrutória, foi proferida sentença, sendo o pedido do acionante acolhido parcialmente, para exonerá-lo "do percentual de 20% que destina à segunda acionada, mantendo-se hígido o restante".

Irresignadas, recorreram as vencidas, propugnando pela manutenção do percentual no patamar de 40%, sendo 30% para Z., e 10% para A.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo não conhecimento do apelo interposto por Z. O. V., e pelo desprovemento daquele interposto por A. Z. B.

É o relatório.

Em que pese o respeitável posicionamento do Parquet, há que se conhecer o recurso interposto pela ex-esposa do autor.

O fato deste último ter aceitado pagar àquela, à guisa de alimentos, o percentual de 20% não implica dizer que não houve alteração do valor ou percentual da verba alimentar a ela prestada. Ficou acordado por ocasião da separação que o quantum alimentar remontaria ao percentual de 40% dos vencimentos do alimentante. Todavia, não se especificou quanto caberia a cada ré.

E não se sabendo se a apelante recebia 10, 20 ou 30%, legítimo é seu interesse recursal de ver o percentual dos alimentos a ela prestados no patamar por último citado.

Não obstante, seu pleito não pode vingar, do mesmo modo que aquele interposto por sua filha.

A prestação alimentícia foi fixada atentando-se para o clássico binômio necessidade-possibilidade, uma vez que Z. O. V. recebe, além daquela verba, duas outras fontes de rendas suplementares, uma de aposentadoria, outra de relação de emprego. Três, pois, suas fontes de renda, que lhe permitem, obviamente, viver com dignidade.

Quanto à A., está ela prestes a completar 25 (vinte e cinco) anos de idade, já tendo, pois, há muito atingido a maioridade.

Mas em seu apelo, afirma que tal fato não implica em dizer que está plenamente capacitada para auferir os meios indispensáveis à sua subsistência, tese esposada na sentença a quo.

Pelo que consta dos autos, a recorrente não é universitária, estando, pelo menos à época da protocolização do apelo, desempregada. A declaração de fls. 88, documento unilateral, informa que ela frequentou curso de recreacionista infantil, no período de 8/9/97 a 13/10/97, já encerrado, pois.

Não se desconhece que “o fato da maioridade nem sempre significa não sejam devidos alimentos” (REsp. 0004347-CE, rel. Min. Eduardo Ribeiro, DJU 25/2/91, pág. 1.647), uma vez que visam suprir as necessidades do filho.

Aliás, a jurisprudência, como é cediço, tem entendido que idade limite para receber alimentos pode ser estendida até 24 (vinte e quatro) anos, se o alimentando é universitário, o que não é o caso dos autos.

A respeito da matéria, tão delicada, interessante colacionar excerto do artigo “Alimentos e sua Restituição Judicial”, da lavra do Professor Rolf Madaleno:

“Com a maioridade civil o pátrio-poder desaparece e com ela a presunção legal e absoluta da necessidade alimentícia dos descendentes.

“Ascendendo à adultície, comete aos próprios filhos se auto-sustentarem e o crédito pensional

passa a ser verdadeira exceção. Sucede, nesse caso, a cessação do que era obrigação alimentar absoluta, arbitrada por presunção natural de necessidade, para dar lugar excepcional ao dever de alimentos, conquanto que o filho já maior demonstre seu estado de miserabilidade.

“Doutrina e jurisprudência vêm concedendo alimentos enquanto estudante o descendente, mormente em curso superior regular. Existem correntes que autorizam com a maioria de civil a exoneração automática do vínculo alimentar, a ser requerida em simples petitório entranhado no próprio feito processual que cuidou de acordar primitivamente os alimentos, ou de decretá-los judicialmente, em se tendo tratado de processo litigioso. Do lado oposto há aqueles que vêem a obrigatoriedade do desdobramento de uma ação específica de exoneração de alimentos movida pelo devedor, sob o argumento do advento da capacidade civil como causa extintiva do pátrio-poder e, por evidente, do liame alimentar.

“É no ventre dessa ação exoneratória que o credor de alimentos já civilmente independente precisará justificar e comprovar a impossibilidade de poder já prover seu sustento, seja pelo seguimento de seus estudos em nível superior, quer porque seja portador de alguma doença a inabilitá-lo ao trabalho ou efetivo exercício de alimentos movida pelo devedor, sob o argumento do advento da capacidade civil como causa extintiva do pátrio-poder e, por evidente, do liame alimentar.

“Entre as duas correntes doutrinárias reside o temor da injustiça, mo-

tivado pela circunstância de onerar a um dos pólos com o prosseguimento de uma obrigação que não mais lhe comete, porque compelido a prosseguir pagando alimentos quiçá indevidos, enquanto ainda é sobrecarregado pela obrigatoriedade de promover uma ação exoneratória, da qual deverá aguardar toda sua tramitação, para, somente com seu final e procedente trânsito em julgado, ver cessada sua obrigação alimentar...”. (RJ 211/5, grifei).

Retornando ao caso sub judice, observa-se que a insurgente, além de já ser maior, não cursa faculdade e muito menos é portadora de enfermidade grave, ou adversidade assemelhada, que lhe impeça o exercício de uma profissão.

Ora, “se, em regra, toda pessoa maior e capaz de trabalhar deve fazê-lo para o próprio sustento; se o instituído dos alimentos visa a socorrer os necessitados e não fomentar a ociosidade, como adverte Clóvis; se a filha, recusando-se a regressar ao lar paterno está apta a manter-se pelo seu próprio trabalho, é manifesto que não faz jus aos alimentos” (RT 328/283).

Segundo Yussef Said Cahali, “também, negam-se alimentos reclamados, se há diferença de padrão de vida entre o alimentante e as filhas maiores, que residem na companhia materna, separada judicialmente do réu, e possuidora de apreciável patrimônio...” (in *Dos Alimentos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994, pág. 512).

É inegável que a ex-cônjuge do ora recorrido não é “possuidora de apreciável patrimônio”, mas também é certo que auferir renda própria, além da verba alimentar.



Resumindo, a apelante concluiu curso, supramencionado, que poderá ser-lhe de considerável valia para colocar-se no mercado de trabalho, o que, a par de sua idade e do fato de já não ser mais estudante, indica que já não faz mais jus, efetivamente, aos alimentos.

Decidir-se o contrário, com a devida vênia, seria sobremaneira injusto, posto que tal verba é claramente indevida, dado o estágio de independência da credora.

Bem se obtemperou em julgamento oriundo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“A eternização da obrigação alimentária significa a perpetuação do vínculo e o recrudescimento dos conflitos recíprocos. Cada qual, pois, deverá seguir o próprio caminho. Os alimentos, para a ré, são convenientes, mas não necessários à própria subsistência.

“Tenho que o dever do auto-sustento pelo trabalho é condição

de dignidade pessoal, mesmo que mereça alguma censura o autor como pai, mesmo não tendo sido sempre competente, nem por isso deve ser obrigado a eternamente sustentar a filha, já plenamente apta para reger a própria vida” (RJTJRGs 183/387).

Por todo o exposto, nega-se provimento aos recursos.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Aor Steffens Miranda.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 97.014391-5, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Recurso cível — Parte assistida pelo Escritório Modelo da UFSC — Prazo em dobro.*

*A parte assistida pelo Escritório Modelo de Advocacia do Curso de Direito da UFSC tem direito à contagem do prazo recursal em dobro.*

*Compromisso de compra e venda — Quitação — Transmissão a terceiro — Cumprimento das obrigações — Exigência da escritura definitiva da primitiva vendedora — Possibilidade — Desnecessidade de registro no assento imobiliário.*

*Para os litígios decorrentes de promessa de compra e venda de imóvel quitada entre as partes contratantes e versando cumprimento da avença, não se exige, como condição da ação, o prévio registro do contrato no cartório imobiliário, posto ser a obrigação de caráter pessoal.*

*O direito de exigir do promitente vendedor cumprimento da obrigação de outorgar a escritura definitiva para transmissão da propriedade de imóvel transmite-se aos cessionários dos promitentes compradores que tenham quitado a obrigação perante aquele, independentemente do prévio registro do contrato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 97.014391-5, da comarca da Capital (Juizado da Universidade Federal de Santa Catarina), em que são apelantes Dionéia Fernandes dos Santos e Antônio Adriano dos Santos, sendo apelados Sílvia Mannes, Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Dionéia Fernandes dos Santos e Antônio Adriano dos Santos, com supedâneo no art. 639 do CPC, ajuizaram ação de procedimento ordinário contra Sílvia Mannes, Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira postulando a transmissão para seu nome da propriedade de um imóvel situado na Servidão Amélia, Estreito, nesta Capital, alegando que Sílvia Mannes era legítima proprietária do referido bem e, nesta condição, alienou-o aos réus Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira, sendo o contrato declarado quitado por meio de uma ação de consignação em pagamento, proposta pelos adquirentes contra a vendedora

perante a 4ª Vara Cível da comarca da Capital.

Afirmaram ainda que, em 17/1/77, adquiriram referido imóvel de Alzira e Antônio Pereira, tendo pago todas as prestações; ocorre que, apesar de terem cumprido com sua obrigação, não foi possível efetuar a transferência e registro da alienação do bem no Ofício de Imóveis competente, porquanto o imóvel ainda se encontra em nome de Sílvia Mannes.

Ressaltaram que os pactos firmados entre as partes não possuem cláusula de arrependimento, asseverando ser desnecessário o registro daqueles no Cartório de Títulos e Documentos para o ajuizamento da actio.

Requereram, ao final, o benefício da gratuidade, o que foi deferido a fls. 53.

Na contestação, Sílvia Mannes sustentou, em preliminar, sua ilegitimidade passiva ad causam, argumentando que o primeiro contrato foi celebrado exclusivamente entre ela contestante e Alzira da Silva Pereira, sem a participação dos autores; aduziu, ainda, ausência de interesse processual, porquanto os demandantes adquiriram o bem de Alzira Pereira, e

este contrato não possui o condão de vincular terceiros.

No mérito, alegou que os recibos de fls. 15 usque 21 não comprovam o pagamento das prestações referentes ao contrato firmado com Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira; acrescentou que o julgamento da consignatória não implica na quitação total da primeira avença, sendo que aquela ação foi ajuizada posteriormente à alienação do imóvel aos autores.

Disse por fim que os demandantes pretendem burlar o Fisco, efetuando uma transferência imobiliária diretamente entre eles e a contestante, ressaltando, ao final, que nunca fora procurada pelos autores para registrar o bem em nome da Sra. Alzira, para que esta lhes efetuasse a transferência pretendida.

Houve réplica à contestação.

Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira foram citados por edital e deixaram transcorrer in albis o prazo para contestação, sendo-lhes nomeado curador especial (fls. 69), o qual respondeu o feito, sustentando, em preliminar, a impossibilidade jurídica do pedido, em face da existência de cláusula resolutória expressa no contrato celebrado com os autores, asseverando que ele não fora registrado.

No mérito, alegaram que os requerentes é que deveriam ter providenciado, no prazo de 90 dias após a quitação da avença, o registro da alienação do bem junto ao Registro de Imóveis, consoante a cláusula 6ª do contrato.

Essa contestação também foi replicada.

A Dra. Juíza sentenciou extinguindo o processo, ex vi do art. 267, VI, do CPC, reconhecendo-se a ilegitimidade passiva ad causam da ré Sílvia Mannes e a impossibilidade jurídica do pedido.

Inconformados, apelaram os autores vencidos sustentando terem-se sub-rogado nos direitos de Alzira e Antônio no momento em que adquiriram o imóvel, argumentando que a negativa da apelada Sílvia Mannes em efetuar o registro caracteriza enriquecimento ilícito. Enfatizaram ser desnecessário o registro do contrato para a execução específica prevista no art. 639 do CPC, insurgindo-se, ao final, contra os ônus da sucumbência, impostos de acordo com o art. 12 da Lei n. 1.060/50.

Intimados os apelados, apenas Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira ofertaram contra-razões.

É o relatório.

1. O recurso é conhecido porque próprio e tempestivo.

Nota-se que entre a data da intimação da sentença recorrida e da interposição do recurso transcorreram 27 dias, mas, em se tratando de assistência judiciária prestada pelo Escritório Modelo de Advocacia da UFSC, o prazo (15 dias) deve ser contado em dobro.

Com efeito:

“Independentemente de convênio com o Estado, a interpretação do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, revela que o beneficiado com a prerrogativa do cômputo em dobro dos prazos é o assistido, em face do interesse público.

“Ipso facto, o assistido pelo Escritório Modelo de Advocacia, do Curso de Direito, da Universidade Federal de Santa Catarina, tem direito à contagem em dobro dos prazos” (JC 72/231).

Nesse sentido também decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do REsp. n. 23.952-0/SP (rel. Min. Fontes de Alencar, DJU de 9/11/92).

Logo, o recurso é tempestivo.

2. As questões tidas como preliminares de impossibilidade jurídica do pedido e de ilegitimidade passiva estão intimamente ligadas e serão apreciadas simultaneamente.

Pela leitura dos autos, verifica-se que a apelada Sílvia Mannes era a legítima proprietária de “Uma casa de Madeira e seu respectivo terreno, com área de 96m<sup>2</sup>, situado na Servidão Amélia em Estreito nos fundos da rua Tupinambá, medindo 8m de frente por 12m de frente a fundos, em ambas as laterais, fazendo frente para a Servidão Amélia, ex-servidão que parte da Rua Max Schram, fundo com terras de Jacy Sanches, estremando do lado direito com terras de Simone Maria Justina e do lado esquerdo com terras de Arnaldo de Melo, registrado neste Cartório no livro 3/AP fls. 240 sob n. 41.477 em 1º/2/77”, conforme certidão emitida pelo 1º Ofício de Imóveis da Capital (fls. 12).

Em 17/7/75, a proprietária firmou contrato particular de compra e venda com a recorrida Alzira da Silva Pereira, ficando acertado que a outorga da escritura pública dar-se-ia após o pagamento das 25 notas promissórias emitidas pela adquirente (fls. 13),

obrigando-se a vendedora por si e seus “herdeiros”.

Faltando o pagamento de tão-somente 4 das 25 cártulas, a compradora, juntamente com seu marido, Antônio Pereira, ajuizou ação de consignação em pagamento, pois a vendedora encontrava-se, à época, em local incerto e não sabido; a ação foi julgada procedente em 22/9/81, ocasião em que se declarou extinta a obrigação dos compradores de quitar as 4 últimas prestações, ou seja, houve declaração judicial de quitação da avença entabulada entre Sílvia Mannes e Alzira da Silva Pereira.

Anteriormente, em 17/1/77, Alzira da Silva Pereira e Antônio Pereira alienaram o bem aos apelantes Dionéia Fernandes dos Santos e Antônio Adriano dos Santos, ficando acertado que os compradores pagariam no ato Cr\$ 20.000,00, emitindo mais quarenta notas promissórias no valor de Cr\$ 750,00, totalizando Cr\$ 30.000,00 (fls. 24/25). Também este contrato restou devidamente quitado, fato este incontroverso.

Os apelantes, assim, no negócio celebrado com Alzira e Antônio Pereira, sub-rogaram-se em todos os direitos que estes possuíam sobre o imóvel; trata-se de relação de cunho obrigacional, e não de direito real, porquanto operou-se na realidade uma verdadeira cessão de direitos aos recorrentes, dentre eles o de obter a escritura pública de vendedora em cujo nome o imóvel está registrado.

Nesse passo é reconhecida a legitimidade de Sílvia Mannes para figurar no pólo passivo da relação processual.

Da mesma forma, não há falar em impossibilidade jurídica do pedido em face do intrincado liame negocial desenvolvido entre as partes, porquanto, na verdade, a devedora da obrigação de outorgar a escritura do imóvel é realmente a recorrida Sílvia Mannes, e não os antigos possuidores do bem, posto que estes, tendo direito de exigi-la, transmitiram-no ao apelante.

De outro lado, a ausência de transcrição dos contratos no Registro de Imóveis é completamente despicienda, porque a promessa de compra e venda realizada por instrumento particular e não inscrita no registro público gera efeitos obrigacionais, e a execução específica disciplinada pelo art. 639 do CPC é obrigação de caráter pessoal, restrito aos contratantes.

A ausência de registro do pacto apenas possuiria importância se se discutissem relações envolvendo terceiros, já que o contrato, então, não teria efeitos erga omnes.

Assim, como o litígio foi instaurado somente entre os contratantes e trata-se de execução específica (art. 639 do CPC), totalmente inócua a exigência de que os compromissos de compra e venda estivessem registrados.

É da jurisprudência:

“Entre as próprias partes o compromisso de compra e venda dá ao promitente comprador direito à execução específica, mesmo quando não registrado” (RT 553/87).

Ou também:

“Em que pese a larga controvérsia jurisprudencial a respeito da matéria, a falta de registro de compro-

misso de compra e venda de imóvel não é impedimento à adjudicação compulsória” (RT 568/106).

Em situações semelhantes, já se fixou neste Sodalício:

“A falta de registro não impede que o compromissário comprador pleiteie a condenação do vendedor a emitir declaração de vontade, nos termos dos arts. 639 e 641 do Código de Processo Civil, desde que pago o preço e que o contrato não contenha cláusula de arrependimento. A sentença assim obtida produzirá o mesmo efeito do contrato a ser firmado.

“Irrelevante, por conseguinte, a falta de registro, pois, in casu, não se trata de pedido de ‘adjudicação compulsória’, mas, ‘para que os RR., no prazo de cinco dias, outorguem-lhe a escritura definitiva’, isto é, cumpram a obrigação assumida em pré-contrato quitado” (JC 42/158).

Ou ainda:

“— Promessa de compra e venda quitada.

“— Ação ordinária objetivando o cumprimento de obrigação de fazer.

“— Desnecessidade do registro da promessa, como condição para o exercício da ação, se a obrigação em causa é de caráter pessoal e a demanda tem como partes os próprios contratantes (STJ, REsp. n. 9.945 e 19.414, DJU de 30/9/91 e 8/6/92)” (AC nº 33.906, da Capital, rel. Des. João José Schaefer, j. 11/3/93).

Ou finalmente:

“Ainda que não registrado o contrato de promessa de compra e venda no cartório imobiliário, tendo o adquirente cumprido com todas as condições a si impostas, integraliza-

do o preço convencionado e inexistente cláusula de arrependimento, faculte-lhe a lei a utilização da ação prevista nos arts. 639 a 641 do Digesto Processual Civil, buscando o cumprimento do contrato nos moldes ajustados, com a outorga da escritura definitiva” (AC nº 49.314, de Santo Amaro da Imperatriz, Des. Trindade dos Santos, j. 26/3/96).

Afastadas as questões preliminares, que levaram à extinção do processo, resta agora ao Juízo a quo dar prosseguimento ao feito e apreciar as matérias remanescentes.

A propósito:

“Tendo o tribunal reformado a sentença que, no julgamento dos embargos à execução, dera pela insuficiência do título apresentado pelo exequente, cabia-lhe determinar o retorno dos autos à Primeira Instância, para que se completasse o julgamento, com o exame das outras defesas apresentadas pelos embargantes, e não desde logo julgar improcedentes os embargos” (STJ, REsp. n. 77.875/SP, Min. Ruy Rosado de Aguiar, DJU n. 96, de 20/5/96, pág. 16.715).

Ou mais:

“— Recurso especial. Processual civil. Processo extinto sem julgamento de mérito (art. 267, IV e VI, CPC). Apelação que julga mérito. Impossibilidade.

“— Extinto o processo sem julgamento de mérito (art. 267, IV e VI, CPC) em Primeira Instância, não é possível, em apelação, julgar o mérito do pedido, sob pena de ferir-se o princípio do duplo grau de jurisdição” (STJ, REsp. n. 103.838/SP, Min. José

Arnaldo, DJU n. 147, de 4/8/97, pág. 34.802).

Não seria supérfluo citar a lição de José Carlos Barbosa Moreira, verbis:

“Como o apelante, à evidência, não pode impugnar senão aquilo que se decidiu (na sentença: não em qualquer outro pronunciamento do juiz, ainda que emitido pouco antes — v. g., no curso da mesma audiência), conclui-se desde logo que a apelação não devolve ao tribunal o conhecimento de matéria estranha ao âmbito do julgamento do órgão a quo. Assim, se se trata de sentença terminativa — isto é, de decisão que põs fim ao procedimento de Primeiro Grau sem julgar o mérito —, não é lícito ao órgão ad quem passar incontinenti ao exame deste, na hipótese de ser provida a apelação. Seria infringir o princípio do duplo grau, tal como se configura, no presente contexto, pela conjugação do art. 515, caput, com o art. 463, do qual resulta que, não se tendo pronunciado de meritis, o juiz a quo não chegou a ‘cumprir e acabar o ofício jurisdicional’. O provimento da apelação, nesse caso, acarretará a restituição dos autos ao órgão inferior, para que dê prosseguimento ao processo” (Comentários ao Código de Processo Civil, 6ª ed., Forense, 1995, vol. V, pág. 384).

Em igual norte o magistério de Ernani Fidélis dos Santos, a saber:

“O amplo efeito devolutivo, previsto pela lei, está afeto apenas à decisão de mérito, isto é, à resposta que o juiz deve dar ao pedido do autor, julgando-o ou não procedente. Se o juiz encerrar o processo por questões processuais ou por falta de condições da

ação, proferindo sentença terminativa, o tribunal, provendo o recurso, não deve pronunciar-se sobre o mérito, sobre o pedido do autor, porque o juiz de Primeiro Grau ainda não o fez; apenas negou o julgamento, entendendo-o como inadmissível por falta de condições. Caso contrário, ficaria ferido o princípio do duplo grau de jurisdição. Os autos devem retornar ao juízo de Primeiro Grau, para julgamento da matéria de mérito" (Manual de Direito Processual Civil, 5ª ed., Saraiva, 1997, vol. 1, págs. 560/561).

Assim, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001202-3, DA CAPITAL**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Sentença cível — Ação principal e cautelar — Decisão única — Nulidade inexistente.*

*Não é nula a sentença que julga, em conjunto, as ações principal e cautelar porque convém que esta, se não foi decidida antes, não o seja depois daquela.*

*Vida e saúde — Síndrome da imunodeficiência adquirida (vírus do HIV) — Fornecimento gratuito de medicação — Direito de todos e dever do Estado — Procedência do pedido — Arts. 5º, 6º, 23 (inc. II) e 196 da Constituição Federal; arts. 9 (inc. II), 153 da Carta Estadual e Lei n. 9.313/96.*

*Incumbe ao Estado no cumprimento impostergável do dever de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde (CF/88, arts. 6º e 196) e, em respeito ao que prescreve a Lei n. 9.313/96, fornecer medicamentos a quem comprovar ser portador do vírus da AIDS, necessitando de tratamento inadiável com remédios disponíveis no mercado, de custo elevado, capazes de minorar o sofrimento e prolongar a própria vida de quem padece da referida moléstia.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n.*

*98.001202-3, da comarca da Capital, remetidos pelo Dr. Juiz de Direito da*

*Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho, em que é apelante o Estado de Santa Catarina, sendo apelado G. L. F. J.:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso e à remessa.

Custas na forma da lei.

Na comarca da Capital, G. L. F. J. ajuizou ação de reconhecimento de direito cumulada com obrigação de fornecimento de medicamento contra o Estado de Santa Catarina, com fulcro nos arts. 5º, caput, 196 e seguintes da Constituição Federal, e 153 e seguintes da Constituição Estadual, afirmando que padece de Síndrome da Imunodeficiência Adquirida — SIDA, causada pelo vírus HIV, o que acarreta a perda da imunidade do organismo, deixando-o exposto a várias afecções graves, capaz de levá-lo à morte.

Disse que a doença é incurável, mas agora há drogas disponíveis no mercado, conhecidas como inibidoras de protease e da transcriptase reversa, dos quais os mais conhecidos são o CRIXIVAN (INDINAVIR) e EPIVIR, que reduzem em até 90% o nível viral quando associados a outros medicamentos, estes que custam aproximadamente R\$ 650,00, mensais, importância incompatível com os parcos recursos do autor.

Alegou, por fim, que em face do prescrito no art. 196 da Carta Magna e nos arts. 153, 154 e 155, I e II, da Constituição Estadual, o Estado deve fornecer o tratamento para os portadores do HIV, aduzindo que o art. 25 da Lei n. 8.666/93 dispensa licitação

para compra de medicamentos no caso em epígrafe.

Em separado o autor obteve liminar em ação cautelar proposta para garantir o fornecimento dos remédios.

O Estado de Santa Catarina contestou alegando, em preliminar, inépcia da inicial com fulcro no art. 295, I, do CPC, porquanto a pretensão do autor encontra óbice na Lei n. 8.666/93 e, também, em face da ausência de previsão legal específica. No mérito, afirmou que os medicamentos requisitados não têm eficácia comprovada no tratamento da referida doença e que o SUS regula as ações e serviços relacionados à saúde no território nacional, sendo o Ministério da Saúde o responsável pela aquisição e distribuição dos medicamentos pleiteados, não podendo ser imputado ao Estado a obrigação pelo tratamento do autor, devendo o pedido ser julgado improcedente.

O autor impugnou a contestação e o Órgão do Ministério Público opinou pela procedência do pedido.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito tendo reunido os autos da cautelar (cuja liminar foi concedida) e da ação principal, julgou procedentes os pedidos formulados em ambas, para reconhecer o direito invocado cumulado com a obrigação de o Estado de Santa Catarina fornecer os medicamentos APIVIR e CRIXIVAN para o autor, impondo-lhe condenação nas custas e verba honorária, esta fixada em R\$ 600,00, abrangendo os dois processos.

Irresignado, apelou o vencido, aduzindo preliminarmente que o decisor é nulo em face de o Dr. Juiz ter proferido uma única sentença para o



processo cautelar e o principal assim como por ausência de fundamentação específica acerca da matéria. No mérito, reiterou os mesmos argumentos da inicial, aditando, ainda, que o Estado passa por problemas de escassez de recursos.

Houve contra-razões.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela manutenção da sentença hostilizada, nos moldes do parecer de Primeiro Grau.

É o relatório.

1. A preliminar de nulidade de sentença por ter o Magistrado julgado o processo principal e o cautelar através de sentença única não procede porquanto, apesar de o processo cautelar possuir certa autonomia em relação ao principal, não há óbice a que o Juiz elabore sentença única para ambos.

Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Nery lecionam:

“Sentença que julga em conjunto a ação principal e as cautelares. A sentença abrangendo a ação principal, a reconvenção e as medidas cautelares em apenso aos autos é uma só, abrangendo a decisão como um todo” (CPC comentado e legislação processual civil em vigor, RT, 3ª ed., 1997, pág. 909).

Neste Sodalício já se fixou:

“Medida cautelar preparatória. Ação principal. Julgamento unificado. Ausência de nulidade.

“Se a cautelar preparatória não foi julgada antes da ação principal, convém que sejam apreciadas unificadamente” (AC n. 36.705, da Capital, rel. Des. Eder Graf, DJE n. 8.324, 27/8/91, pág. 3).

2. Da mesma forma, não merece guarida a alegação de nulidade em face da ausência de fundamentação específica, porquanto o Magistrado a quo fundamentou-a exaustivamente (na lei, doutrina e jurisprudência) no pertinente ao mérito (fls. 57/63), restando evidente o caráter meramente protelatório dessa alegação.

3. A sentença recorrida não merece qualquer reproche.

O autor é, comprovadamente, portador do vírus HIV, mais conhecido como “vírus da AIDS” e, apesar de não existir cura definitiva para esta doença, já há no mercado vários medicamentos (tais como os pedidos pelo autor — CRIXIVAN (INDINAVIR) e EPIVIR) que, se administrados conjuntamente, melhoram a saúde das pessoas afligidas por tal moléstia, prolongando consideravelmente suas vidas. A imprensa noticia estes fatos auspiciosos todos os dias.

A proteção à vida é direito subjetivo inalienável, assegurado pela Constituição Federal (art. 5º, caput); aliás, como ensina José Cretella Júnior, se “‘vida é um direito’ garantido pelo Estado, esse direito é inviolável (...) O ‘direito à vida’ é o primeiro dos direitos invioláveis, assegurados pela Constituição. ‘Direito à vida’ é expressão que tem, no mínimo, dois sentidos, (a) o ‘direito a continuar vivo, embora se esteja com saúde’ e (b) ‘o direito de subsistência’: o primeiro, ligado à segurança física da pessoa humana, quanto a agentes humanos ou não, que possam ameaçar-lhe a existência (...)” (Comentários à Constituição Brasileira de 1988, 3º vol., 1988, Forense, págs. 182/183).

O constituinte brasileiro, valorizando o homem, inseriu na Carta Magna diversos dispositivos direcionados ao direito à saúde, integridade e à vida e ressaltou no seu art. 23, inc. II, ser da competência da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios “cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia aos portadores de deficiência”.

Ives Gandra Martins leciona com mestria:

“Na competência comum da União, dos Estados e dos Municípios, além do Distrito Federal, está a tarefa de cuidar da saúde e assistência pública, além da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência. Cuidar da saúde pertence à vocação maior do Estado, de rigor, a meu ver voltada para ofertar segurança pública interna e externa, administração da justiça, saúde, educação e assistência social lato sensu” (Comentários à Constituição do Brasil, vol. III, Saraiwa, 1988, pág. 382).

Mais adiante fulmina:

“É também da competência comum cuidar da assistência pública. A expressão assistência pública, em sua amplitude, deve ser estendida não apenas à assistência social stricto sensu mas a toda a espécie de assistência que o Estado deve ofertar aos mais carentes, desde a saúde, previdência até a orientação, como, por exemplo, permitir a assistência jurídica gratuita, encaminhar para obtenção de novos empregos etc.

“Por assistência pública não se deve apenas entender a assistência social, mas também toda a assistência que o cidadão ou residente merece do Estado, por nele viver.

“A parte final do discurso legislativo supremo é apenas reiterativo dos princípios anteriores, visto que ao cuidar o Estado da assistência pública ou da saúde, dela não pode excluir as pessoas portadoras de deficiência.

“O que talvez tenha pretendido o legislador foi realçar a necessidade de um cuidado maior com as pessoas que têm menores condições físicas, destacando a relevância que tal tratamento jurídico e humanitário deva merecer da União, Estados, Distrito Federal e Municípios. O pleonasma enfático do discurso constitucional pode, inclusive, ser interpretado como devendo o Estado cuidar mais de tais pessoas que dos demais cidadãos, posto que estas são mais dependentes e possuem limitações a serem supridas pelo Poder de forma mais acentuada” (ob. cit., págs. 384/385).

Assim fica no vazio a alegação do apelante de que a obrigação de fornecer os medicamentos seria somente da União, a uma em face do dispositivo constitucional supracitado; a duas, porque a própria Constituição Estadual, em seu art. 9º, inc. II, prescreve “o Estado exerce, com a União e os Municípios, as seguintes competências: cuidar da saúde pública e da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (deficiência sem distinção = física ou mental, naquela incluídos todos os doentes).

Se tanto a Constituição Federal (art. 196) quanto a Carta Estadual (art. 153) afirmam que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem a redução do risco de doença e de outros agravos”, não resta dúvida de que o apelado

possui o direito de receber do Estado os medicamentos pleiteados, destinada a garantir sua saúde ou, pelo menos, prolongar sua vida.

O Judiciário não desconhece o rigorismo da Constituição ao vedar a realização de despesas pelos órgãos públicos, além daquelas em que há previsão orçamentária (o orçamento do Estado, no item da Secretaria da Saúde contém previsão para compra de remédios...); este Poder, todavia, sempre consciente de sua importância como integrante de um dos Poderes do Estado, como pacificador dos conflitos sociais e defensor da Justiça e do bem comum, tem agido com maior justeza optando pela defesa do bem maior, veementemente defendido pela Constituição — a vida — interpretando a lei de acordo com as necessidades sociais imediatas que ela se propõe a satisfazer.

Quanto à interpretação da lei, Eduardo Espínola Filho ensinou:

“Conhece-se como teleológico o método inaugurado por Ihering (b), porque põe como critério fundamental da interpretação o fim prático da norma jurídica, assentando que o escopo e a razão da lei são indicados pelas exigências sociais, que ela é chamada a satisfazer.

“Na verdade, segundo essa orientação, não se deve ter como ponto essencial a *occasio legis*, pois é um fenômeno meramente transitório e acidental.

“Também, não deve dedicar-se uma atenção maior à intenção, ou vontade do autor da norma, eis que esse elemento, puramente subjetivo, pode não se ajustar com o fim prático do preceito” (in Lei de Introdução ao

Código Civil Brasileiro Comentada, Ed. Freitas Bastos, vol. 1, 1943, págs. 212/213).

Valioso também o escólio ditado por Carlos Maximiliano, a saber:

“Nenhum acontecimento surge isolado; com explicar a sua origem, razão de ser, ligação com os outros, resulta o compreender melhor a ele próprio. Precisa, pois, o aplicador do Direito transportar-se, em espírito, ao momento e ao meio em que surgiu a lei, e aprender a relação entre as circunstâncias ambientes, entre outros fatos sociais e a norma; a localização desta na série dos fenômenos sociológicos, todos em evolução constante.

“A fim de descobrir o alcance eminentemente prático do texto, coloca-se o intérprete na posição do legislador: procurar saber por que despontou a necessidade e qual foi primitivamente o objeto provável da regra, escrita ou consuetudinária; põe a mesma em relação com todas as circunstâncias determinantes do seu aparecimento, as quais, por isso mesmo, fazem ressaltar as exigências morais, políticas e sociais, econômicas e até mesmo técnicas, a que os novos dispositivos deveriam satisfazer; estuda, em suma, o ambiente social e jurídico em que a lei surgiu; os motivos da mesma, a sua razão de ser; as condições históricas apreciáveis como causa imediata da promulgação” (in *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 9ª ed., Forense, 1979, pág. 149).

E continou:

“Não se contesta o valor atribuído à técnica tradicional, com base de exegese; é causa de estabilidade relativa; digna de uso; porém não se justifica o abuso, o apego ao passado, o

formalismo silogístico. 'O Direito não é uma escolástica; é uma face da vida social. O fim prático (teleológico) vale mais do que a Lógica Jurídica. O homem não é feito com os princípios; os princípios é que são feitos para o homem'. Muitas vezes o próprio dispositivo, intencionalmente ou não, vai além, ou se detém aquém do fim para que foi promulgado. Verdadeiro era o brocardo — *Non omnium, quae a majoribus constituta sunt, ratio reddi potest: não é sempre possível dar a razão, o fim, o motivo de tudo o que foi constituído pelos nossos maiores*" (op. cit., págs. 155/156).

O eminente Ministro Demócrito Reinaldo, do Superior Tribunal de Justiça, em matéria publicada na Revista dos Tribunais, afirma que "a AIDS é, dentre nós, 'um instrumento de preconceito e de discriminação, forma de alienação e desumanização', tal como é concebida pela ignorância dos nossos tempos. E por isso mesmo é que a XLI Assembléia Mundial envolve a proteção à dignidade do portador do HIV e alertou aos Estados-membros para ampliação dos programas nacionais de proteção e controle da SIDA, como proteção aos Direitos Humanos", e concitou-os a que evitassem, tanto quanto possível, ações discriminatórias e estigmatizações das pessoas infectadas em qualquer lugar ou em qualquer atividade da vida pública ou privada que estiverem exercendo.

"Sensibilizado com a magnitude do flagelo, o constituinte brasileiro foi, até, pródigo ao legislar, a começar pelos inúmeros dispositivos que inseriu na Constituição de 1988, embora muitos deles de natureza meramente programática, com o objetivo de propiciar meios para impedir a desenfreada

escalada da terrível doença, mas, sobretudo, para proteção do homem, em sua integridade', considerando a saúde como um direito do cidadão" (RT 749/162).

Nessa linha, relembre-se que no julgamento do Agravo de Instrumento n. 97.001896-7, da Capital, interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão que concedeu a liminar no processo cautelar detonado pelo apelado, em que se pretendia a suspensão da liminar concedida, determinando-se o fornecimento dos medicamentos até o julgamento do processo principal, restou consignado:

"Agravo de instrumento — Cautelar inominada — Liminar determinando ao Estado o fornecimento de medicamentos a paciente de AIDS — Imprescindibilidade da medida — Recurso desprovido.

"O fato de necessitar o agravado, pessoa pobre e doente de AIDS, de tratamento inadiável, disponível no mercado e que se revela essencial à preservação de sua própria vida, aliado ao impostergável dever do Estado de assegurar a todos os cidadãos, indistintamente, o direito à saúde (arts. 6º e 196 da CF/88), justifica a concessão de liminar impondo ao Ente Público a obrigação de fornecer os medicamentos capazes de evitar-lhe a morte" (AI n. 97.001896-7, da Capital, j. 13/5/97).

Ademais, não fosse isso, como bem salientou o Dr. Juiz a quo, com o advento da Lei n. 9.313/96, o direito do autor tornou-se indiscutível.

No corpo do acórdão do referido agravo, restou consignado:

“Ao negar a liminar suspensiva deixou-se explicitado:

“Apreciando situação idêntica já tive oportunidade de dizer:

“Sem mais delongas, dou provimento ao agravo regimental para desconstituir meu despacho de fls. 58/60, restabelecendo, assim, integralmente, o comando daquele proferido nos autos da ação cautelar inominada proposta na comarca de origem (fls. 17/19).

“Faço-o, não por rever meu posicionamento, mas sim por vê-lo confirmado, porquanto as normas programáticas da Constituição Federal nele questionadas adquiriram a adequada densidade normativa com o advento da Lei n. 9.313, de 13/11/96 (DOU n. 222, de 14/11/96, pág. 1), que preceitua expressamente:

“Art. 1º. Os portadores do HIV (vírus da imunodeficiência humana) e doentes de AIDS (Síndrome da Imunodeficiência Adquirida) receberão, gratuitamente, do Sistema Único de Saúde, toda a medicação necessária a seu tratamento.

“§ 1º. O Poder Executivo, através do Ministério da Saúde, padronizará os medicamentos a serem utilizados em cada estágio evolutivo da infecção e da doença, com vista a orientar a aquisição dos mesmos pelos gestores do Sistema Único de Saúde.

“Art. 2º. As despesas decorrentes da implementação desta Lei serão financiadas com os recursos do orçamento da Seguridade Social da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, conforme regulamento.

“Art. 3º. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

“Art. 4º. Revogam-se as disposições em contrário.

“Habemus legem.

“Que se a cumpra” (AgRg em AI n. 96.010064-4, de Criciúma).

“Ora, o núcleo da controvérsia será apreciado na ação de reconhecimento de direito, que segue pelo procedimento ordinário, como dito pelo próprio agravado a fls. 27.

“Só que deixar para a execução de sentença o fornecimento do coquetel de medicamentos poderá representar a própria inexecução material da sentença, em face do risco do evento morte, em decorrência da ausência do tratamento alopático.

“A lei deve ser interpretada com isenção, bom senso e espírito prático, ou, como diz o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, com ‘interpretação construtiva, valorativa, teleológica, exegese inteligente, útil e conveniente’ (STJ — REsp. n. 93.296/PR, DJU n. 36, de 24/2/97, pág. 3.340)” (fls. 45/46).

Ora, in casu, trata-se de proteção do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput). Suspender o fornecimento dos medicamentos ex vi do art. 1º, § 3º, da Lei n. 8.437/92, conforme pretende o Estado de Santa Catarina, seria negar vigência ao citado dispositivo constitucional” (idem).

Com relação à previsão orçamentária para o custeio dos medicamentos específicos, basta lembrar que já há, no orçamento do Estado, dotação apropriada; da mesma forma

não pode o apelante pretender eximir-se de suas responsabilidades sob a alegação de que enfrenta sérios problemas financeiros, em face da escassez de recursos, o que soa falso em face dos gastos publicitários que se vê nos meios de comunicação, apregoando obras e realizações governamentais.

Por fim, não seria supérfluo citar, novamente (precedente citado no agravo referido), a decisão do Ministro Celso de Mello, administrativista por excelência que, em situação assemelhada (o direito à vida, embora as soluções sejam distintas diante dos pedidos), destacou:

“A singularidade do caso (menor impúbere portador de doença rara denominada Distrofia Muscular de Duchene), a imprescindibilidade da medida cautelar concedida pelo Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina (necessidade de transplante das células mioblásticas, que constitui o único meio capaz de salvar a vida do paciente) e a impostergabilidade do cumprimento do dever político-constitucional que se impõe ao Poder Público, em todas as dimensões da organização federativa, de assegurar a todos a proteção à saúde (CF, art. 6º, c/c art. 227, § 1º) constituem fatores, que, associados a um imperativo de solidariedade humana, desautorizam o deferimento do pedido ora formulado pelo Estado de Santa Catarina (fls. 2/30).

“O acolhimento da postulação cautelar deduzida pelo Estado de Santa Catarina certamente conduziria a um desfecho trágico, pois impediria, ante a irreversibilidade da situação, que o ora requerido merecesse o tra-

tamento inadiável a que tem direito e que se revela essencial à preservação de sua própria vida.

“Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, caput), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo — uma vez configurado esse dilema — que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

‘Por tal motivo, indefiro o pedido formulado pelo Estado de Santa Catarina, pois a decisão proferida pela magistratura catarinense — longe de caracterizar ameaça à ordem pública e administrativa local, como pretende o Governo estadual (fls. 29) — traduz, no caso em análise, um gesto digno de reverente e solidário apreço à vida de um menor, que, pertencente a família pobre, não dispõe de condições para custear as despesas do único tratamento médico-hospitalar capaz de salvá-lo de morte inevitável (fls. 76)’” (Petição n. 1.246-1, requerente Estado de Santa Catarina, requerido João Batista Gonçalves Cordeiro, despacho assinado em 31/1/97).

Diante do exposto, cumprindo a obrigação contida nas Constituições Federal e Estadual, garantindo-se o direito à saúde e à vida, nega-se provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.001957-5, DE ITAPIRANGA**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Responsabilidade civil — Acidente de trânsito — Sentença penal condenatória transitada em julgado — Pensão — 13º salário — Seguro obrigatório — Honorários de advogado.*

*Afirmada a culpa do agente no acidente que ocasionou a morte do filho da autora, por sentença penal condenatória transitada em julgado, resulta certa e indiscutível a obrigação de indenização.*

*A ausência de prova da relação de emprego da vítima não afasta o direito de sua genitora receber pensão alimentícia equivalente a 2/3 de um salário mínimo, pois presume-se que 1/3 do salário era destinado às despesas pessoais da vítima.*

*O 13º salário não se incorpora à indenização, quando não comprovada a relação de emprego da vítima.*

*A parcela referente ao seguro obrigatório pode ser deduzida do montante indenizatório, se comprovado que os familiares da vítima tenham-na efetivamente recebido.*

*O princípio da sucumbência determina que os encargos referentes aos honorários dos advogados ORDEM, em Trevisão Santa*

*ra Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.001957-5, da comarca de Itapiranga, em que é apelante Bradesco Seguros S/A, sendo apelada Belina Francisca Prades:*

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itapiranga, Belina Francisca Prades ajuizou ação que denominou de reparação de danos morais decorrente de acidente de trânsito contra Gráfica Itapiranga Ltda.

porque, em 4/2/95, o motorista da empresa, conduzindo um veículo desta, atropelou Antonio Prades (18 anos), filho da requerente, causando-lhe a morte (doc. fls. 9), o que acarretou, conseqüentemente, a condenação do motorista por homicídio culposo neste egrégio Tribunal (fls. 68/74).

Diante dos fatos, a requerente alegou possuir direito à pensão indenizatória, correspondente a 2/3 (dois terços) do salário mínimo, desde a data do óbito, até aquela em que a vítima completaria 25 (vinte e cinco) anos, acrescida de juros legais, mais o 13º (décimo terceiro) salário, atualização monetária, honorários advocatícios, totalizando a importância de R\$ 6.272,00 (seis mil, duzentos e setenta e dois reais); requereu, ainda, isenção de custas processuais, sendo-lhe deferida assistência judiciária, por ser pessoa de condição humilde.

A requerida apresentou contestação, aduzindo, preliminarmente, denunciação da lide à Bradesco Seguros S/A, decorrente de apólice de seguro de responsabilidade civil contra terceiros; no mérito, que não há prova de que a vítima trabalhasse e quanto percebia por mês; que o valor requerido é muito elevado, qual seja, 2/3 (dois terços) do salário mínimo, tendo em vista que o valor da condenação não deveria ultrapassar em 1/3 (um terço) do salário mínimo; que a requerente já recebeu a importância de aproximadamente R\$ 6.000,00 (seis mil reais), do seguro obrigatório, devendo este ser deduzido do valor total pleiteado.

A requerente manifestou-se, argüindo que a denunciação é meramente protelatória, refutando os de-

mais argumentos expendidos na contestação.

Deferida a citação da seguradora, esta contestou, sustentando que firmou contrato de seguro de responsabilidade civil facultativa com a denunciante, para o veículo envolvido no acidente em questão, cuja cobertura está condicionada à comprovação da culpa e/ou responsabilidade do segurado, que não foi provada; que a apólice de seguro não prevê cobertura para danos morais; no mérito, ratificou os argumentos apresentados pela denunciante, alegando que foi localizado “no sistema ‘Megadata’ o pagamento pelo convênio DPVAT, por morte, em 20/7/95 no valor de R\$ 5.081,79 a Nilton José Barbosa Motta, na qualidade de procurador. E no caso de condenação ou acordo o valor acima descrito deverá ser deduzido” (fls. 55); por fim, postulou por prova testemunhal.

A autora replicou a contestação da denunciada, espancando as alegações deduzidas, com acréscimo de que “no tocante ao seguro obrigatório, em momento algum a requerida, bem como a denunciada demonstraram o pagamento, bem como o recebimento por parte da requerente, e mesmo que esta tivesse recebido não é devida a sua dedução” (fls. 78).

Sentenciando, a seguir, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente o pedido inicial para condenar a ré a pagar à autora pensão correspondente a 2/3 de um salário mínimo, acrescida do 13º salário desde o evento até quando a vítima completaria 25 anos, acolhendo também a denunciação da lide, para condenar a seguradora ao reembolso da requerida em todas as despesas decorrentes da condenação, assim co-



mo ao pagamento de honorários ao procurador da denunciante em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Irresignada, apelou somente a denunciada, alegando, preliminarmente, cerceamento de defesa, porque não lhe foi oportunizada a ouvida das testemunhas arroladas com o julgamento antecipado da lide; no mérito, que a vítima concorreu com culpa para o evento sendo indevida a indenização; que a condenação não pode ser acrescida do 13º (décimo terceiro) salário, visto que a vítima não trabalhava, nem pode, tampouco, ultrapassar 1/3 (um terço) do salário mínimo; que o valor do seguro DPVAT deve ser descontado da condenação; que o pagamento de honorários ao patrono da listisdenunciante é indevido, como também o reembolso da seguradora deve estar dentro dos limites gerais da apólice, e não dentro de todas as despesas decorrentes da condenação.

Contra-arrazoado o recurso, os autos subiram a esta Instância.

É o relatório.

1. Registre-se, inicialmente, que a autora denominou a ação como de reparação por "danos morais", mas toda a exposição fática e pedido se limitaram a pedir indenização prevista no art. 1.537, II, do Código Civil, não se tratando, assim, de indenização por danos morais, possível como *pre-tium doloris*.

2. A apelante alegou cerceamento de defesa e requereu, consequentemente, a nulidade da sentença, tendo em vista que não lhe foi oportunizada a produção de prova testemunhal, sendo julgada antecipadamente a lide.

Ora, pretendia a denunciada, quando postulou por prova testemunhal, confirmar sua tese de que a vítima concorreu para o desfecho do evento danoso, qual seja, seu atropelamento, ensejando, por conseguinte, a minoração do quantum devido, a título de indenização, ou até mesmo a improcedência da reparação.

Todavia, entendeu o Juiz a quo que a ouvida das testemunhas em audiência não seria eficaz a ponto de afastar a culpabilidade do preposto do réu, assim como a obrigação de reparar os danos decorrentes do ato ilícito, porque a questão da culpabilidade já foi afirmada na esfera criminal (fls. 13/19), sendo o acórdão transitado em julgado documento irrefutável e suficiente para se julgar antecipadamente a lide.

A realização de audiência somente se faz necessária para que seja dirimido qualquer fato controvertido pertinente e relevante no processo, a fim de formular a convicção do julgador; in casu, a sentença criminal transitada em julgado tornou-se fato incontrovertido, sendo dispensável qualquer outro tipo de prova a respeito, cabendo ao Magistrado o julgamento antecipado.

Por isso, não há razão para a nulidade da sentença, pois não houve cerceamento de defesa.

3. Alegou a denunciada que é indevida a indenização pleiteada pela genitora da vítima, em virtude desta ter concorrido para o evento. Contudo, tal posicionamento também não pode prosperar, porque, uma vez configurada a culpabilidade do preposto do réu pela sentença criminal transitada em julgado, ainda que tenha este concor-

rido para o ato (fato este irrelevante), não desobriga a apelante à indenização.

Sabe-se que a ilicitude penal pressupõe uma ilicitude extrapenal se o sujeito passivo do crime ou titular do bem jurídico atingido pelo delito se sentir lesado.

Por isso, as responsabilidades civil e penal se interagem, possuindo a requerente o direito de propor a ação civil de ressarcimento dos danos já reconhecidos na esfera criminal.

O art. 1.525, segunda parte, do CC, preceitua:

“...não se poderá, porém, questionar mais sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no crime”.

Dessa forma, a sentença condenatória torna certo e indiscutível o direito à indenização, tendo em vista que o fato gerador destas duas ações é um só, pois não haveria sentido que cada jurisdição entendesse de modo diverso sobre um mesmo fato.

Embora prevaleça o princípio da independência entre a ação penal e a civil, este é relativo, pois, em execução, no juízo cível, uma influencia a outra, sendo defeso, porém, discutir sobre a questão da responsabilidade civil, mas tão-somente o montante devido.

Wladimir Valler, em sua obra *Responsabilidade Civil nos Acidentes de Trânsito*, leciona:

“Como a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal têm âmbitos próprios, é natural que sejam independentes as duas jurisdições. O exercício da ação penal não depende

da civil e vice-versa. Mesmo antes do procedimento criminal, pode o prejudicado promover perante a jurisdição civil a ação de reparação do dano.

“(...)”

“Exatamente para evitar esse desprestígio da justiça decorrente de decisões contraditórias e conflitantes sobre um mesmo ato ilícito, é que o direito pátrio adota o princípio da independência da responsabilidade civil e penal, com certa mitigação, pois se o ilícito praticado pelo agente tipifica uma infração penal, a sentença proferida no juízo criminal faz caso julgado na justiça civil. Aquele julgamento é tido como verdade e não mais se poderá discutir no cível sobre a existência do fato, ou quem seja o seu autor (art. 1.525 do Código Civil)” (op. cit., vol. I, 1ª ed., E. V. Editora Ltda., 1998, pág. 659).

Ensina, também, Rui Stoco:

“A sentença condenatória penal funciona como sentença de mera declaração, segundo diz Liebman, visto que não há, em seu conteúdo, a imposição expressa da obrigação de reparar o dano. Todavia, por exceção, a lei lhe dá também o caráter de título executório civil, uma vez que o CPP, no art. 63, peremptoriamente estatui que ‘transitada em julgado a sentença condenatória, poderão promover-lhe a execução, no juízo cível, para o efeito da reparação do dano, o ofendido, seu representante legal ou seus herdeiros’. É que, o conteúdo declaratório da sentença vem completado pelo dispositivo legal que torna certa a obrigação de indenizar. Se a condenação penal tem função meramente declaratória no tocante à indenização civil, a esse pronunciamento jurisdicional se acrescen-

ta o mandamento legal que torna concreta a sanção civil prevista no art. 159 do Código Civil. A condenação penal é, assim, um fato jurídico que traz imanente a obrigação de indenizar (op. cit., págs. 290/291)" (Responsabilidade Civil e sua Interpretação Jurisprudencial, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1995, pág. 103).

Assim, sendo a sentença condenatória título executivo (CPP, art. 63, e CPC, art. 584, II) nada mais resta ao apelante discutir sobre a obrigação da seguradora de indenizar o dano.

4. Quanto ao valor da pensão fixada em 2/3 (dois terços) do salário mínimo vigente, acrescida do 13º (décimo terceiro) salário, merece reparo somente no que tange ao 13º salário.

Todavia, a ausência de prova da relação de emprego à época do evento não descaracteriza o direito da genitora da vítima de receber a pensão; tem-se, nestes casos, a presunção de que o montante recebido pela vítima fosse equivalente a 1 (um) salário mínimo, nunca inferior a este. Assim, desse valor, entende-se que 1/3 do salário era destinado às despesas pessoais da vítima e os outros 2/3 da renda, para aqueles que vivem sob sua dependência; por isso, cabível a pensão de 2/3 do salário.

Wladimir Valler ensina:

"Se a vítima, ainda que não exercesse trabalho remunerado, colaborava para a economia doméstica, como por exemplo, nos casos de menores ou de mulheres (esposas ou filhas, que apenas se dedicam aos serviços do lar), a pensão-indenização, tal qual na hipótese de não se provar os ganhos da vítima, é calculada com base no salário mínimo, fazendo-se

sempre os descontos relativos às despesas pessoais que ela teria" (op. cit., pág. 197).

Contudo, o 13º salário, in casu, não se incorpora à indenização, considerando-se que esta gratificação só é concedida aos assalariados; as pessoas que não comprovam uma relação de emprego ficam prejudicadas; mesmo se tratando de trabalhador autônomo ou avulso, não farão jus a esta parcela na indenização, até que provem o contrário.

Sobre o tema, Arnaldo Rizzardo comenta:

"Outra questão igualmente definida pela jurisprudência relaciona-se à inclusão, na condenação, da quantia referente ao 13º salário. No cálculo da pensão devida ao beneficiário de vítima de acidente, é legítimo computar-se o 13º salário. Mas necessário observar que a verba será concedida nas hipóteses em que a vítima participava de relação de emprego. A jurisprudência do STF admite a inclusão do 13º salário quando a vítima participava de relação de emprego, entendimento consubstanciado na Súmula 207" (Reparação nos Acidentes de Trânsito, 8ª ed., Revistas dos Tribunais, 1998, pág. 171).

Ademais, a inclusão do 13º salário na indenização de pessoa que não comprovou o vínculo empregatício, caracterizaria enriquecimento sem causa. No caso em tela, o simples fato de que a vítima exercia trabalho como "biscates", não evidencia que a gratificação integrava efetivamente na renda anual da família.

Este Tribunal já decidiu:

"O 13º salário, quando incomprovada a relação empregatícia e a

condição de assalariado do falecido, não pode ser incluído entre as verbas indenizatórias. Só se justificaria ser concedido aos beneficiários, viúva e filhos menores, dele dependentes, uma vez confirmado que tal gratificação natalina integrava efetivamente a remuneração anual da vítima (1º TACívSP, rel. José Roberto Bedran)" (Ap. Cív. n. 96.005166-0, de Chapecó, rel. Des. Pedro Manuel Abreu).

5. Outra questão a ser analisada é quanto à possibilidade do desconto do DPVAT.

Regra geral, o valor pago a título de seguro obrigatório se deduz do quantum da reparação à vítima do acidente, tendo em vista que não é permitida a cumulação das duas indenizações pelo mesmo título, sem olvidar que os danos morais e materiais são cumuláveis (Súmula 37 do STJ).

Alegou-se que a genitora da vítima teria percebido o valor de R\$ 5.081,79 mas não se comprovou tal fato; do contrário, não restaria outra alternativa senão descontá-la, porquanto não obstante entendimentos diversos, a jurisprudência vem consagrando a dedutibilidade da parcela referente ao seguro obrigatório daquela a ser paga como indenização.

O mestre João Casillo frisa:

"Tratando-se de seguro obrigatório, não se pode raciocinar como no caso daquela pessoa que espontaneamente faz contrato de seguro para cobrir danos a terceiros. Sendo o DPVAT estabelecido por lei, aquele que arca com o pagamento do prêmio não pode ter o mesmo tratamento daquele que o fez espontaneamente, mesmo porque o faz por uma atividade

de especial, com riscos maiores e mais graves.

"Assim, segundo decisões, a quantia recebida a título de indenização DPVAT não pode ser levada em consideração na apuração do quantum indenizatório" (in Dano à Pessoa e sua Indenização, 2ª ed., Revista dos Tribunais, 1994, págs. 111/112).

Rui Stoco comenta:

"Esclarece Carlos Roberto Gonçalves que a jurisprudência encampa a tese da cumulação da pensão indenizatória com a de natureza previdenciária mas adota critério diverso com relação ao seguro obrigatório de responsabilidade civil, instituído para os proprietários de veículos, de modo que as verbas recebidas pela vítima a esse título devem ser descontadas da indenização, tal como acontece com as verbas destinadas a cobrir as despesas com o funeral" (Responsabilidade civil, Ed. Saraiva, S. Paulo, 5ª ed., 1994).

"Cabe observar, contudo, que a questão não é pacífica, havendo inúmeros julgados em sentido contrário, com fundamentos poderosos e convincentes.

E continua:

"Mas, realmente, assim deve ser, posto que o princípio que norteia a responsabilidade civil é da restituição in integrum, de modo que o causador do dano recomponha a situação ao statu quo ante ou, não sendo possível, indenize o valor exato da perda sofrida.

"Não pode ser fonte de ganhos abusivos ou exagerados ou de enriquecimento indevido" (in op. cit., pág. 554).

Nesse sentido, Wladimir Valler cita:

“i) dedução do valor do seguro obrigatório do montante da indenização.

— O valor do seguro obrigatório deve ser deduzido do montante da indenização, por aplicação da regra *compensatio lucri cum damno*, já que ambos os pagamentos têm a mesma causa (RT 516/215).

— O seguro obrigatório de veículos automotores de vias terrestres é parcela de indenização compulsoriamente reservada como garantia do segurado, até certo limite, contra risco de dano a terceiros, devido sem discussão da causa subjetiva, e não direito autônomo do acidentado, devendo ser compensado na indenização devida pelo Direito Comum (RT 638/107)” (op. cit., pág. 413).

Sabe-se que a prova do pagamento é o recibo, com os requisitos do art. 940 do Código Civil, mas que não exibido. No caso alegado tal pagamento não restou provado.

E já decidiu:

“A prova do pagamento é a quitação, passada pelo credor ou por quem legitimamente o represente, em forma escrita, constando o valor e a espécie da dívida quitada, o nome do devedor ou de quem por ele pagou, o tempo e o lugar do pagamento” (Ap. Cív. n. 46.765, de Ituporanga, deste Relator).

6. No que diz respeito ao ônus sofrido pela denunciada com relação ao pagamento dos honorários do procurador da litisdenunciante, deve ser mantida a r. sentença.

O princípio da sucumbência determina que os encargos referentes aos honorários dos advogados devem ser assumidos pela parte vencida do processo.

Assim, estão compreendidas as despesas com relação à ação principal bem como às ações secundárias, nesse caso a denúncia da lide, não podendo a denunciada eximir-se de pagar tais encargos se foi vencida.

Por fim, a denunciada insurgiu-se também porque lhe foi imputado reembolsar a denunciante em todas as despesas decorrentes da condenação.

Ora, sabe-se que a obrigação do segurador, em contrato de seguro, consiste em pagar os prejuízos decorrentes dos riscos assumidos na apólice (art. 1.458 do CC). Dessa feita, sendo aceita pela própria seguradora a denúncia da lide, ficou responsável em reembolsar a segurada, no mesmo processo, dentro dos limites do contrato, tudo que esta vier a despendar com a condenação.

Assistiria razão à seguradora se tivesse carreado aos autos o documento (apólice) que limitasse ou particularizasse os riscos assumidos; os documentos de fls. 45/47 não são hábeis para se identificar o que de fato foi pactuado pelas partes, pois no item “cláusulas aplicadas ao seguro conforme coberturas contratadas, e que se encontram nas condições anexas”, deveriam estar em anexo ditas cláusulas, para se apurar os limites apazados. Nessa hipótese, presume-se que o contrato de seguro abrange todos os prejuízos decorrentes da condenação; oportunidade não

lhe faltou para juntar a apólice, como determinou o despacho de fls. 43.

Diante desses fatos, não resta à seguradora senão pagar todo o desembolso que a requerida tiver.

7. Pelo exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, apenas para excluir da condenação a parcela referente ao 13º salário.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 98.004792-7, DE OTACÍLIO COSTA**

**Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Possessória — Reintegração de posse — Veículo — Arrendamento mercantil (leasing) — Obrigação com prazo certo — Mora — Caracterização necessária apenas para a liminar independentemente de justificação — Contrato rescindido — Pedido procedente — Sentença confirmada.*

*Prevendo o contrato de arrendamento mercantil termo certo para cumprimento da obrigação pelo arrendatário, o inadimplemento “no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor” (CC, art. 960).*

*A notificação judicial ou extrajudicial, para caracterizar a mora do devedor (arrendatário), é exigida apenas como providência visando dispensar a justificação prévia na ação de reintegração de posse derivada da rescisão contratual fundada no inadimplemento já ocorrido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.004792-7, da comarca de Otacílio Costa, em que é apelante Transportadora Júnior Ltda., sendo apelada Autolatina Leasing S/A — Arrendamento Mercantil:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Autolatina Leasing S/A — Arrendamento Mercantil ajuizou ação de reintegração de posse com mandado initio litis contra Transportadora Jú-

nior Ltda. postulando ser reintegrada na posse de um veículo Ford F-1000 SS, objeto de um contrato de leasing firmado com a ré, o qual se encontra parcialmente inadimplido.

Deferida a liminar, a ré contestou a ação sustentando, em preliminar, a carência da ação pois não fora regularmente constituída em mora, porquanto a notificação premonitória foi recebida por quem não era seu representante legal. No mérito, alegou que os encargos cobrados são ilegais e abusivos e que exerceu antecipadamente a opção de compra do bem com o pagamento parcelado do Valor Residual Garantido, descaracterizando, assim, o contrato de leasing.

Concomitantemente, interpôs a demandada recurso de agravo de instrumento contra a decisão liminar, o qual foi provido por este Órgão Fracionário pelo argumento de que a notificação da devedora não recaiu na pessoa de seu representante legal.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito julgou procedente o pedido argumentando que se trata de ação possessória e a irregularidade da notificação pessoal para caracterizar a mora capaz de deferir a liminar foi suprida com a citação e a constituição da mora.

Inconformada, a vencida apelou repisando unicamente a preliminar de carência de ação ventilada em sua contestação.

Contra-arrazoado o recurso, vieram os autos.

É o relatório.

A questão nodal do presente recurso de apelação gira em torno da notificação irregular da recorrente pa-

ra efeitos de constituição em mora, a qual seria pressuposto inafastável para o ajuizamento da ação.

A ação de reintegração de posse foi proposta com base no inadimplemento do contrato de arrendamento mercantil firmado em 23/1/95, pelo prazo de 24 meses; consoante os termos da inicial e do cálculo de fls. 20, a apelante deixou de pagar as prestações vencidas a partir de 23/6/96 e os demais encargos previstos no pacto, sendo que as parcelas vencidas em 23/6/95, 23/7/95 e 23/9/95 não foram adimplidas integralmente, configurando, portanto, descumprimento do contrato e o conseqüente esbulho possessório.

Como é fácil de se perceber, a avença (que é distinta do contrato de alienação fiduciária e, por isso, não se pode invocar o Decreto-Lei n. 911/69) possuía termo fixo, pouco importando o fato de a execução das prestações ser realizada de forma continuada; assim, incide a regra do art. 960 do Código Civil, segundo o qual "o inadimplemento da obrigação positiva e líquida no seu termo constitui de pleno direito em mora o devedor".

Conforme Caio Mário da Silva Pereira, o Código de 1916 consagrou no Direito Civil brasileiro a regra *dies interpellat pro homine*, ou seja, o próprio advento do termo do contrato possui os efeitos da interpelação para a constituição em mora, salvo algumas exceções, como é o caso das promessas de compra e venda. Portanto, vencida a dívida contraída com prazo certo, nasce de pleno direito o dever de adimplemento da obrigação, e sua falta acarreta na imediata constituição em mora do devedor, por-

quanto esta é *ex re* (Instituições de Direito Civil, Forense, 1990, vol. II, págs. 224/225); a notificação do solvens, seja ela judicial ou extrajudicial, somente seria necessária caso o prazo para o adimplemento da obrigação fosse indeterminado (art. 960, 2ª parte, do Código Civil).

A respeito Darcy Arruda Miranda comenta:

“Para que o devedor seja constituído em mora, torna-se necessário que haja, de sua parte, o inadimplemento de obrigação positiva e líquida, no seu termo (art. 960), dispensando-se qualquer ato do credor para que isso ocorra. É o que se chama de *mora ex re*, por aplicação da regra *dies interpellat pro homine* (o dia interpela pelo homem, ou o termo ocorre pela interpelação feita pelo credor)” (Anotações ao Código Civil Brasileiro Anotado, 2ª ed., Saraiva, 1987, vol. 3, pág. 37).

O professor Washington de Barros Monteiro esclarece:

“De acordo com a lei civil, entretanto, cumpre distinguir se se estipulou ou não no contrato dia certo para o vencimento da obrigação. Se houve expressa estipulação e na data prefixada não se verificou o pagamento, caracterizada se acha a mora do devedor. Como se externa a lei, em tal hipótese, a mora ocorre de pleno direito, independentemente de qualquer ato ou iniciativa do credor. É o que se denomina *mora ex re*, por aplicação da regra *dies interpellat pro homine*, isto é, o termo interpela em lugar do credor. Nesse caso, a *lex* ou o *dies* assumem o papel de intimação” (Curso de Direito Civil, 27ª ed., Saraiva, 1994, vol. 4, pág. 263).

A seu turno, o Min. Aliomar Baleeiro registrou ser “incontrovertido na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que a cláusula resolutiva, expressa e inequívoca, opera seus efeitos pleno iure pelo simples vencimento da obrigação, gerando desde logo, e só por isso, a *mora solvendi*” (RTJ 65/372).

Sobre o tema, já se fixou neste Sodalício:

“A rescisão do contrato de arrendamento mercantil opera-se de pleno direito, independentemente de declaração judicial, sobrevindo o evento previsto na condição resolutiva expressamente pactuada (CC, art. 119, parágrafo único)” (AC n. 97.011449-4, de Joinville, Des. Newton Trisotto, j. 16/10/97).

Ora, o contrato de arrendamento mercantil celebrado entre os litigantes é bastante claro quanto às datas de vencimento das prestações; não tendo a apelante cumprido com o avençado (fato não impugnado na contestação e confessado no recurso) a mora restou devidamente configurada.

Assim sendo, a posse da arrendatária tornou-se automaticamente precária desde a data do inadimplemento, pois a cláusula resolutiva expressa do contrato produziu seus efeitos, sendo despidendo, outrossim, sua notificação premonitória para o ajuizamento da *actio*, não sendo supérfluo gizar que esta é necessária apenas para a concessão da medida liminar, conforme consignado na jurisprudência colacionada pela recorrente; através dela será comprovada a mora da arrendatária e, conseqüentemente, o esbulho possessório.



Ademais, como bem afirmou o ilustre Dr. Renato L. C. Roberge na sentença apelada, houve citação válida da apelante, o que por si só já a constitui em mora, conforme o comando do art. 219 do CPC; nesse sentido, Pontes de Miranda afirmou que “na citação está inclusa a interpelação”, de modo que “quem cita interpela” (Tratado de Direito Privado, 3ª ed., Borsóí, 1971, vol. XXIII, pág. 154).

Carvalho Santos foi mais longe ao pregar que mesmo a citação inicial nula produziria os efeitos da interpelação, porquanto ela traduz a vontade inequívoca do devedor de ver cumprida a obrigação (Código Civil Brasileiro Interpretado, 9ª ed., Livraria Freitas Bastos S/A, 1974, vol. XII, págs. 362/363).

Novamente aplicável o escólio de Washington de Barros Monteiro, a saber:

“A interpelação, a notificação e o protesto constituem processos acessórios, disciplinados pelos arts. 867 e seguintes, da lei adjetiva. Mas a jurisprudência sabiamente tem assentado que não é somente por esses meios que se processa a constituição em mora. Idêntico efeito se poderá

igualmente obter pela citação feita na própria causa principal, pelo credor ajuizada para discutir a relação jurídica (Cód. de Proc. Civil, art. 219)” (op. cit., pág. 264).

Por derradeiro, ressalte-se que, com a citação, a devedora poderia ter purgado a mora, saldando a dívida e os encargos pactuados, de modo a permanecer na posse do veículo; a notificação irregular não embaraçaria em nada este direito, pois a apelante sabia o valor exato do quantum debeatur ao tomar conhecimento dos termos da inicial e da documentação com ela acostada.

Como visto, a sentença apelada está correta.

Conhece-se, pois, do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente com voto;*  
*Nilton Macedo Machado,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 98.008792-9, DE ITAJAÍ****Relator: Des. Nilton Macedo Machado**

*Arrematação — Intimação pessoal — Forma — Meio idôneo — Inteligência do art. 687, § 5º, do CPC.*

*A intimação do devedor, por edital, da venda judicial do bem penhorado, só é admitida se não for possível se efetivar por mandado, ou carta com aviso de recebimento ou outro meio idôneo.*

*A previsão genérica para intimação pessoal contida na expressão “outro meio idôneo” (CPC, § 5º do art. 687, na redação dada pela Lei n. 8.953/94), resultando conceito juridicamente indeterminado, é deferida ao juiz para apreciar, caso a caso, se a parte teve ciência pessoal da comunicação.*

*Como “meio idôneo” entende-se, por exemplo, uma intimação via fax, via telex, porque esses deixam patente a remessa da mensagem e o aparelho receptor; pode-se enquadrar também nessas hipóteses o contato telefônico feito pelo oficial de justiça com a pessoa em ligação providenciada e testemunhada pelo advogado constituído da parte intimanda, diante da certeza de que foi cientificada pessoalmente.*

*Arrematação — Lanço superior a 63% do valor atualizado do bem — Preço vil — Inocorrência — Nulidade inexistente.*

*Não é vil o preço do lanço correspondente a mais de 63% do valor corrigido do bem vendido judicialmente, e que basta à satisfação de grande parte do débito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 98.008792-9, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio, sendo apelado Unibanco — União de Bancos Brasileiros S/A:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento parcial, unicamente para reduzir a sanção pro-

cessual de 10% para 5% sobre o valor do débito atualizado.

Custas na forma da lei.

Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio e Cassiano Ricardo Fuck opuseram embargos à arrematação realizada nos autos do processo de execução por título extrajudicial que lhes moveu o Unibanco sustentando a nulidade da praça, porquanto os devedores não foram pes-

soalmente intimados de sua realização (a pessoa jurídica na pessoa de seu representante legal Hilário Fuck, com endereço conhecido em Curitiba onde “reside há mais de trinta anos” — enquanto Cassiano “atualmente reside no Rio de Janeiro”), conforme exige art. 687, § 5º, do CPC, a qual não é suprível pela intimação editalícia.

Ressaltaram, ainda, que não foram intimados de nenhuma das atualizações da dívida, o que torna as correções nulas de pleno direito, asseverando que os cálculos efetuados pelos embargantes apontam que os valores executados ultrapassam o dobro do quantum real do débito e que, para a correção da dívida, dever-se-ia ter levado em conta os índices oficiais divulgados pelo Governo Federal.

Em sua impugnação, o embargado aduziu, em preliminar, a ocorrência de irregularidade na representação dos embargantes. No mérito, alegou que a irresignação ao cálculo é meramente protelatória pois não se enquadra em nenhuma das matérias enumeradas no art. 746 do CPC; ademais, em momento algum os embargantes indicaram os supostos erros nas contas apresentadas.

Acrescentou que o representante legal da devedora Sul Atlântico foi regularmente intimado, por telefone, da data da realização da praça, conforme certidão do Sr. Oficial de Justiça, a qual goza de fé pública; salientou que os fatos ali consignados independem de prova, conforme o art. 344 do CPC, sendo que o ato ocorreu na presença do procurador do embargante. Por fim, ressaltou que a intimação do Sr. Cassiano Fuck era desne-

cessária, porquanto é ele revel nos autos do processo de execução, aplicando-se-lhe o disposto no art. 322 do CPC, e porque ele não era proprietário dos bens arrematados.

Sentenciando, o Dr. Juiz de Direito rejeitou os embargos, condenando os embargantes nas custas, despesas processuais e honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor do crédito executado; condenou-os, ainda, por litigância de má-fé, fixando multa em 10% sobre o valor da dívida.

Inconformada, apenas Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio apelou (fls. 32), pedindo efeito suspensivo (que foi negado) sustentando que a nulidade da arrematação por ausência de intimação do representante legal da empresa executada pode ser suscitada nos presentes embargos; que o praxeamento é nulo porquanto o Sr. Hilário Henrique Fuck não fora pessoalmente intimado da realização do ato, apesar de nos autos constar que ele reside em Curitiba/PR.

Disse ser incabível a afirmação consignada no decisum de que os executados estavam cientes da praça pelo fato de terem tempestivamente embargado a arrematação, eis que é incabível confundir os representantes legais da devedora com seus representantes judiciais. Por fim, criticou a política de juro atualmente praticada e culminou por pedir a reforma da sentença para acolher a nulidade da arrematação com cancelamento da aplicação da pena de litigância de má-fé e inversão do ônus da sucumbência.

Nas contra-razões o apelado, apontou para o tempo da causa (mais

de dez anos), sustentou a inoportunidade de discussão sobre o crédito e sua composição; no mais, que deve ser negado provimento ao recurso, porquanto o apelo é somente da devedora Sul Atlântico de Pesca, executada e proprietária dos bens penhorados (o sr. Hilário Fuck sequer embargou a execução e Cassiano embora embargante — mas houve desistência da execução em relação a ele — sequer apelou), a qual teve inequívoca ciência como denuncia a certidão de fls. 373v.; que mesmo por telefone, como certificou o oficial de justiça, a intimação é válida, por se enquadrar no “outro meio idôneo” a que se refere o § 5º do art. 687 do CPC.

É o relatório.

O recurso de apelação, manifestado pela executada Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio, é conhecido porquanto próprio e tempestivo.

1 — Os embargos foram assentados em duplo fundamento: cálculos do débito sem ciência dos executados e a ausência de intimação pessoal para a arrematação; na apelação, embora clamando contra os juros altos e os banqueiros, a irresignada volta à carga com a questão da intimação, mas conclui, no item 16, requerendo à Corte para “reformular a decisão recorrida, por nulidade das praças realizadas, por falta de intimação da Executada/Embargante/Apelante, da avaliação dos bens levados à praça, da realização da própria praça, cancelando-se a aplicação da pena de litigância de má-fé, e invertendo-se o ônus da sucumbência” (fls. 45).

Quanto à questão da intimação da avaliação a apelante traz agora te-

se que sabe sem fundamento, porquanto anteriormente já resolvida no agravo de instrumento que sustou a realização da praça naquela oportunidade, quando o credor veio a concordar com o valor proposto pela agravante (= R\$ 2.750.000,00).

Em relação aos juros e à composição do capital devido, por ser matéria pertinente à fase anterior, é sabido que não são admitidos a debate nos embargos à arrematação, posto que nestes o conhecimento é limitado às hipóteses previstas no art. 746 do CPC, o que foi bem afastado pela sentença; a apelante, aliás, neste aspecto, abandonou a argumentação na conclusão da apelação.

2 — Resta o tema principal, da validade ou não da arrematação em face da intimação realizada para tal fim.

Inicialmente, há que se assentar que a ação de execução foi detonada contra Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio, como devedora emitente, além de Cassiano Ricardo Fuck e Hilário Henrique Fuck, como avalistas, sendo penhorados os bens imóveis da emitente devedora principal, dados em garantia hipotecária (matriculados sob n. 4.091, 4.092 e 4.093, devidamente registrados em nome da devedora Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio).

Não houve penhora em bens de qualquer dos avalistas (o bem matriculado sob n. 4.093 — penhorado às fls. 90 — era de propriedade da pessoa jurídica Hilário Fuck & Cia., incorporada pela Sul Atlântico), e o credor requereu desistência da execução contra Cassiano Ricardo Fuck (fls. 353/354 do processo de execução), o

que podia fazê-lo sem consentimento dele, nos moldes do art. 569 e seu parágrafo único, do CPC, porquanto não havia sequer embargos (vide STJ, in RSTJ, vol. 87/299, rel. Min. Ruy Rosa de Aguiar).

Quanto a Hilário Henrique Fuck, ele e sua mulher (em face do acórdão de fls. 146/152, do processo de execução, quando se entendeu que aquele imóvel objeto da matrícula n. 4.093 era do patrimônio particular do casal) outorgaram amplos poderes aos advogados para representação processual — fls. 157, dando-se por intimados, mas não opuseram quaisquer embargos.

Assim, resulta claro que os bens penhorados e levados à venda eram somente da devedora pessoa jurídica, que sempre foi e está estabelecida à Avenida Ministro Victor Konder, n. 105, em Itajaí; este mesmo endereço foi declarado pelo avalista Hilário Henrique Fuck quando anotou seus dados particulares nas cédulas de crédito industrial de fls. 6 e 9, do processo de execução, enquanto Cassiano Ricardo indicou Rua João Bauer Jr. n. 233.

Não há dúvida que tanto Hilário Henrique Fuck, como Cassiano Ricardo Fuck, na administração de seus negócios, circulam pelas cidades de Itajaí/SC, Curitiba/PR e São Gonçalo/RJ, onde consta possuem outra empresa.

Mas, no pertinente à Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio, esta tem sua sede certa na Avenida Ministro Victor Konder n. 105, em Itajaí, endereço para o qual, aliás, os mandados de intimação sempre foram dirigidos, lá tendo Hilário Henrique

Fuck sido encontrado quando da intimação para a praça anterior, que acabou não sendo realizada porque concedeu-se liminar em face da discussão sobre o valor total dos bens penhorados; posteriormente, o credor concordou com o novo valor (fls. 341, da execução).

O mandado para aquele ato anterior, acostado à fls. 317, indica o endereço da empresa (Av. Min. Victor Konder, n. 105, assim como o de Cassiano Ricardo à Rua João Bauer, n. 233) e lá Hilário Henrique Fuck foi encontrado e passou o ciente por duas vezes (como representante legal da empresa e pessoa física do avalista), como se vê no verso da mesma fls. 317; Cassiano Ricardo não foi encontrado no outro endereço, dizendo-se estar no Rio de Janeiro — São Gonçalo; depois disso é que o credor veio a desistir da execução contra Cassiano (fls. 353/354).

Assim, não há como se pretender devesse constar do mandado outro endereço para intimação da devedora, por seu representante legal Hilário Henrique Fuck, que não fosse aquele certo desde o contraimento da dívida (e a procuração juntada na apelação com ratificação dos atos anteriores assim os confirma, tanto endereço quanto seu representante legal — vide fls. 36), com o que se confirma a nítida distinção entre as pessoas físicas e a jurídica (como a apelante, aliás, alinha nas razões do recurso).

Para a arrematação, além do mandado, expediram-se o edital, no qual constaram os nomes dos executados/devedores (a pessoa jurídica — que teve bens penhorados — e seus dois avalistas, estes sem bens penho-

rados) e a advertência de “pelo presente, ficam os devedores acima nominados intimados das datas acima, caso não encontrados pelo Sr. Oficial de Justiça, bem como para conhecimento de terceiros que tenham interesse na arrematação” (fls. 370/371), publicado por duas vezes (fls. 376 e 377).

A intimação editalícia, nesses casos, é admitida somente quando o devedor não é encontrado no endereço constante dos autos, assim certificado pelo meirinho; nesse sentido vide Processo Civil no Superior Tribunal de Justiça, do Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, pág. 625, apud Código de Processo Civil Comentado, 3ª ed., RT, 1997, de Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery:

“Intimação do devedor por edital. Se não for possível se efetivar o mandado, admite-se a intimação editalícia do executado” (pág. 869).

Pois bem. O mandado de intimação expedido simultaneamente repetiu os nomes dos executados com o endereço “Avenida Ministro Victor Konder, 105 — Centro — Itajaí — SC”, certificando o Oficial de Justiça, em 27/2/98, que:

“...em cumprimento ao mandado reto do MM. Juiz de Direito me dirigi ao endereço constante do mesmo e lá deixei de intimar a Sul Atlântico de Pesca S/A, em virtude de não ter encontrado seus representantes legais, Sr. Hilário Fuck, que reside em Curitiba, à rua Teófilo Soares Gomes, 219, Jardim Social, e Cassiano Fuck, que reside no Rio de Janeiro; após várias diligências realizadas no local. Questionado, Dr. João Massaneiro sobre a possibilidade de ser intimado, o mes-

mo informara de que não tem procuração com tais poderes, e que deixou o cargo administrativo que exercia no ano de 1996” (fls. 373v.).

Posteriormente, em 3/3/98 (data da arrematação), o meirinho aduziu à certidão:

“Em tempo: certifico que por contato telefônico, após ligação efetuada pelo Dr. João Massaneiro, dei ciência ao sr. Hilário Fuck da data e hora do leilão, lendo-lhe o mandado”.

Relembre-se que o Dr. João Massaneiro é o ilustre procurador das pessoas físicas de Hilário Henrique Fuck e sua mulher Maria Bernadeti Nascimento Fuck (fls. 157 do processo de execução), assim como da executada/embarcante/apelante Sul Atlântico de Pesca S/A Indústria e Comércio (fls. 36 dos embargos).

De outra parte, o Oficial de Justiça, gozando de fé pública (e nada foi alegado contra sua certidão) foi claro: a ligação telefônica para o Sr. Hilário Henrique Fuck, representante legal da empresa executada, foi efetuada pelo Dr. João Massaneiro, quando então o auxiliar da Justiça deu-lhe ciência da data e hora da arrematação, “lendo-lhe o mandado”.

No apelo, também subscrito pelo Dr. João A. Massaneiro Júnior, não foi negada nem recusada a afirmação contida na certidão de ter sido ele o autor e testemunha da ligação, dizendo-se apenas, no item 13 (fls. 42), que “...dado o silêncio do digno magistrado, em sua decisão da qual ora se apela, dado o seu ineditismo, preferimos não comentar, para não cansar Vossas Excelências” (sic).

Indaga-se, assim, se, não tendo sido encontrado pessoalmente pe-

lo Oficial de Justiça, nem recebido carta postal com aviso de recebimento o representante legal da executada, esta e somente ela teve os bens penhorados (e na procuração exibida com o apelo cristalizou-se que basta assinatura de Hilário Henrique Fuck), poderia ser dada como intimada por “contato telefônico” testemunhado por seu procurador constituído, ou se deveria receber intimação no endereço de Curitiba, não se aplicando, em qualquer hipótese, a intimação editalícia.

3 — Estabelece o § 5º do art. 687 do CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 8.953, de 13/12/94:

“O devedor será intimado pessoalmente, por mandado, ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo, do dia, hora e local da alienação judicial”.

Silveira Lenzi ao anotar as alterações no processo de execução, não externa seu entendimento sobre o que seria “outro meio idôneo”, mas o justifica como “usável em comarcas onde as comunicações se tornam difíceis” (Comentários às alterações do Código de Processo Civil, Consulex, 1995, pág. 175).

Roberto Eurico Schmidt Júnior entende que “aqui não é imprescindível que seja por mandado, podendo ser por carta, desde que com aviso de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo, isto é, qualquer outro meio capaz de lhe dar ciência do dia, hora e local da alienação” (O novo processo civil, Juruá, 1995, pág. 155).

Cândido Rangel Dinamarco, examinando o “modo de intimar o executado” sustenta:

“Para adaptação ao sistema de prioridade às intimações por carta (art. 238, red. atual — v. supra, n. 58) alterou-se o dispositivo mandando cientificar o executado do local dia e hora designados para a hasta pública. Agora essa intimação far-se-á ‘por mandado ou carta com aviso de recepção, ou por outro meio idôneo’ (art. 687, § 5º). A idoneidade do meio empregado é um conceito juridicamente indeterminado e o juiz o apreciará discricionariamente, caso a caso. De todo modo, a intimação será sempre pessoal do devedor e não ao seu patrono, porque a ciência se destina a eventuais atitudes a tomar em relação à praça ou à própria execução — atitudes que não se inserem entre os atos de patrocínio, como v. g. a remição da execução: CPC, art. 651” (A Reforma do Código de Processo Civil, 2ª ed., Malheiros, pág. 255, n. 219).

Francisco Cavalcanti, após elogiar a Lei n. 8.953/94 por ter seguido caminho mais adequado na utilização de outras formas de comunicação de atos embora mantendo o requisito da personalidade da intimação, conclui:

“Pode-se utilizar carta com aviso de recebimento, ou qualquer outro meio idôneo. Ou seja, qualquer recurso que leve à intimação pessoal do devedor. Entendo que dentro dessa previsão genérica poder-se-ia, por exemplo, ter uma intimação via fax, via telex, meios esses que deixam patente a remessa da mensagem e o aparelho receptor, enquadrando-se, pois, essas hipóteses, no conceito amplo de intimação pessoal dada pelo texto legal (abrangente de hipóteses como a de utilização da via postal com

AR)” (Inovações no processo civil, Del Rey, 1995, pág. 129).

Constata-se, assim, que ficando em aberto e ao exame discricionário do juiz questão acerca do que seja meio idôneo, vale dizer, daquele pelo qual se tenha certeza que a parte recebeu a intimação, no caso presente não resulta a menor dúvida que a formalidade da intimação pessoal do representante legal da executada foi cumprida, contando até mesmo com o testemunho não recusado de um de seus procuradores constituídos.

Os procuradores constituídos, ademais, foram intimados do ato pela publicação no órgão oficial e, não fosse isso, como o intimando não foi encontrado no local da sede da empresa (como o fora anteriormente), seria válida, nesse caso, a intimação pelo edital porque antes não encontrado.

Não há, assim, nulidade a ser reconhecida que possa macular a arrematação.

4 — Afastando-se a nulidade argüida, aduz-se aqui não ser possível cogitar-se de prejuízo com o ato (vide CPC, art. 250, parágrafo único) porque o preço alcançado (R\$ 1.828.837,00) não é nem pode ser considerado vil, posto que os bens arrematados foram avaliados com a concordância do credor em R\$ 2.750.000,00, tendo sido atualizados (como recomendado pela jurisprudência) em 18/1/98 para R\$ 2.868.316,29, representando aquele, em segunda praça, o expressivo percentual de 63,75% da avaliação atualizada.

Já se decidiu:

“Execução — Arrematação — Auto assinado — Preço vil — Desfazi-

mento pelo juiz, de ofício — Possibilidade — Decisão mantida — Recurso desprovido.

“Fórum não é mercado, nem local para procura de bons negócios; deve-se preservar a respeitabilidade da Justiça, impedindo-se que à sua sombra se pratiquem intoleráveis enriquecimentos ilícitos à custa de devedores.

“O Juiz pode, de ofício, anular a arrematação, se verificar que o bem penhorado foi arrematado (no caso pelo próprio credor) por preço vil.

“Preço vil é aquele muito abaixo do valor real do bem, não se admitindo como vencedor lance que cubra apenas 12,91% daquele valor.

“É recomendável que, antes da arrematação, se corrija monetariamente o valor de avaliação do bem a ser alienado (STJ — RSTJ, 65/252)” (AI n. 9.630, de Blumenau, deste Relator).

O colendo Superior Tribunal de Justiça, por sua 3ª Turma, firmou o entendimento de que “Preço vil é aquele muito abaixo do valor do bem” (REsp. n. 3.954—PR, rel. Min. Cláudio Santos, DJU de 9/10/90, pág. 10.896), no que é secundado pelos demais Pretórios que, de um modo geral, costumam rotular em termos percentuais o que consideram como vil, formando precedentes compilados por Theotônio Negrão, ao que se vê da nota 5, ao art. 692, do CPC, expressis verbis:

“Outros julgados: ainda que baste para a satisfação da condenação, é vil o preço inferior a 13% da avaliação do bem (RF 291/308), a 20% (RJTJESP 108/46), a 25% (RT 591/143), a 40% (RJTJESP 96/50), ou a 50% (RT 595/229, 648/149; JTA



90/99, 112/126, 118/200)" (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 24ª ed., Malheiros, 1993, pág. 464).

Por seu turno, este Tribunal considera vil o lanço inferior a 40% do valor corrigido do bem vendido judicialmente, transcrevendo-se, a título de amostragem, a ementa de acórdão da lavra do eminente Des. Wilson Guarany, textual:

"Agravado de instrumento. Arrematação. Lanço inferior a 40% do valor corrigido do bem. Configuração de preço vil. Nulidade.

"Deve-se considerar vil o lanço correspondente a menos de 40% do valor corrigido do bem vendido judicialmente, e que não basta à satisfação de parte razoável dos débitos existentes.

"Recurso provido" (AI n. 7.813, de Pinhalzinho).

Forte nesses ensinamentos, transportados para a realidade fática dos autos, exsurge incontestável que a arrematação é válida também porque o preço não foi vil.

5 — A sanção processual por litigância de má-fé fica mantida, porquanto o pedido de "cancelamento"

veiculado no recurso ficou vinculado ao acolhimento da nulidade (vide item 16, de fls. 45), tendo-se fortalecido com o revolvimento de matéria já decidida (a avaliação, no agravo de instrumento), mas diante do expressivo valor do débito, aliado ainda à sucumbência imposta nos embargos (cabível a verba honorária como a própria apelante sustentou), o percentual sancionatório é reduzido para 5% (cinco por cento), observada aqui que, sendo possível impor a reprimenda de ofício, também se pode reduzi-la quando haja pedido genérico de exclusão.

6 — Do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial, unicamente para reduzir a sanção processual de 10% para 5% sobre o valor do débito atualizado.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 22 de setembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*

*Presidente com voto;*

*Nilton Macedo Machado,*

*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 45.500 (88.072449-0), DE PORTO UNIÃO**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Embargos de terceiro. Interposição pelo executado. Cabimento na hipótese versada nos autos. Usufruto. Impenhorabilidade do direito. Viabilidade, todavia, quanto aos frutos.*

*1 — Os embargos de terceiro representam, em princípio, como é de sua própria nomenclatura, instrumento manejável por*

*quem não é parte no processo. A lei processual, no entanto, viabiliza a sua utilização por aqueles que, posto integrem o feito onde sucedeu a apreensão judicial, defendem bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuem, não possam ser atingidos pela ordem jurisdicional.*

*2 — Sendo assim, são cabíveis os embargos de terceiro aforados pelos próprios executados que colimam, com razão, defender o direito ao usufruto que exercem sobre o bem imóvel penhorado.*

*3 — O usufruto vitalício, devido a sua inalienabilidade defluente de texto de lei, não é passível de penhora, conquanto seja o exercício do direito real da fruição, desde que contenha expressão econômica (art. 717, CC).*

*Sentença extra petita. Nulidade inexistente.*

*Incorre julgamento extra petita quando o Magistrado, apenas como forma de enriquecer os fundamentos da sentença, analisa tese jurídica não ventilada, mas que, no caso, guarda relação estreita com aquele objeto do litígio.*

*Apelo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 45.500 (88.072449-0), da comarca de Porto União (2ª Vara), em que é apelante Banco do Brasil S/A e apelados Juarez Silva e sua mulher, Denise Moreira Silva:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, rejeitar a preliminar, e, no mérito, improver o apelo.

Custas de lei.

## **I — Relatório**

No Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Porto União Juarez Silva e Denise Moreira Silva opuseram embargos de terceiros contra

Banco do Brasil S/A, colimando desconstituir a penhora sobre direito de usufruto vitalício de bens imóveis.

Os embargos de terceiros foram precedidos de ação de execução por títulos extrajudiciais ajuizada pelo embargado contra Juasil — Casa do Ferro e Materiais de Construção Ltda., Juarez Silva e Denise Moreira Silva, na qual o juízo foi seguro pela penhora dos direitos de usufruto dos embargantes sobre dois imóveis de propriedade de seus filhos menores.

Após operada a tempestiva resposta, os embargantes apresentaram impugnação, interpondo, o embargado, agravo retido nos autos do despacho que afastou a preliminar de carência da ação. Após parecer do Ministério Público (fls. 87, v.), sobreveio a prestação jurisdicional monocrática,

cujo relatório fica adotado, a qual julgou procedentes os embargos de terceiros, determinando a exclusão e o cancelamento das penhoras, sujeitando o embargado ao pagamento das custas processuais e de estípcio advocatício.

Irresignado com o teor do decisorio adverso, a tempo e modo apela o vencido, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob os argumentos de que houve julgamento extra petita, em face de a discussão girar em torno da penhorabilidade ou não dos direitos de usufruto, e não envolver bem de família, além da ilegitimidade ativa ad causam, haja vista serem os embargantes parte na executória.

Postula, pois, o apelante, o provimento do recurso, para o fim de se anular o ato compositivo da lide, ou, quando não, a extinção do processo ou a sua integral reforma, para, nesta última hipótese, acolher-se o pleito embargatório focalizado.

Os apelados, em resposta, aplaudiram a sentença, pleiteando, em suma, a sua manutenção.

O preparo ocorreu regularmente.

Os autos subiram a esta Casa, e, verificando que o Promotor de Justiça não fora intimado a manifestar-se acerca do recurso, despachei no sentido de que os autos fossem remetidos à Procuradoria-Geral de Justiça, dado que o seu parecer supriria tal falta. Todavia, não foi este o entendimento daquela Instituição, que, através de seu eminente Procurador de Justiça convocado, insistiu na baixa do processo para colher a opinião do Dr. Promotor de Justiça.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

Anoto, primeiramente, à guisa do lançamento do r. entendimento da Procuradoria-Geral de Justiça (fls. 148/149), que, consoante o despacho que exarei (fls. 144/145), os tribunais pátrios, entre os quais a Corte Catarinense, têm adotado a tese segundo a qual a intervenção do Órgão Ministerial no Segundo Grau supre, adequadamente, a falta de manifestação, acerca do recurso, da Promotoria em Primeiro Grau.

Entre tantas, transcrevo, abaixo, ementa de aresto que, neste Tribunal, tem, unissonamente, deslindado a matéria enfocada:

“Ação de indenização por perdas e danos. Autarquia. Falta de manifestação do Ministério Público sobre o recurso. Omissão suprida pela intervenção da Procuradoria-Geral de Justiça no Segundo Grau. Alegação de litisconsorte necessário do Estado de Santa Catarina. Inexistência. Pagamento da diferença de pensão à viúva feito administrativamente. Incidência de juros e correção monetária. Dotação orçamentária. Recurso desprovido.

“A intervenção do representante do Ministério Público no Segundo Grau supre, no caso, a falta do de Primeiro Grau, já que esta ficou limitada apenas à fase recursal, ainda mais que não há prejuízo que justifique a conversão do julgamento em diligência (Apelação Cível n. 48.649, de Caxinobas, rel. Des. Carlos Prudêncio).

Não tem decidido diferentemente, é bem de notar, o colendo Su-

perior Tribunal de Justiça, que, com a mesma argumentação, manifesta idêntico posicionamento a respeito:

“A não intervenção do Ministério Público em Primeiro Grau de jurisdição pode ser suprida por intervenção da Procuradoria de Justiça perante o colegiado de Segundo Grau, em parecer cuidando do mérito da causa sem argüir prejuízo nem alegar nulidade (REsp. n. 2.903—MA, rel. Min. Athos Carneiro, DJU de 10/6/91, pág. 7.852).

Além de, na hipótese focalizada, inoquer qualquer prejuízo ou haver sido alegada eventual nulidade, a participação ministerial revela-se desnecessária, dado que os menores, proprietários do imóvel cujo usufruto foi penhorado, não integram este processo, e, qualquer que seja o seu resultado, certamente não interferirá no seu status quo.

Não há, pois, como acolher o inconformismo ministerial.

Pertinentemente ao agravo retido (fls. 54/57), deixo de apreciar o conteúdo de sua irrisignação, porquanto o apelante não formulou, como lhe competia, pedido expresso a respeito a este Tribunal reputando-se-lhe, conseqüentemente renunciado, conforme o disposto no artigo 522, § 1º, do Código de Processo Civil.

Passo a apreciar, doravante, a matéria de fundo.

Insurge-se o apelante contra a sentença que acolheu os embargos de terceiro opostos pelo casal usufrutuário, por igual integrantes da executiva, Juarez da Silva e Denise Moreira da Silva.

Argumenta, inicialmente, o apelante, que a sentença é nula posto que extra petita, haja vista que, embora a discussão na lide girasse em torno da viabilidade ou não de se penhorar o direito de usufruto, o decisório vergastado adentrou em seara distinta, ou seja, a pertinente ao bem de família.

Ora, tal assertiva não é verdadeira, porquanto na inicial os apelados já afirmavam, como forma de ver colhida a sua tese, que os bens penhorados eram, um, a residência do casal e sua família, e, o outro, servia para locação, sendo vital para o sustento próprio e dos três filhos menores. Ademais, a sentença abordou a questão da impenhorabilidade do bem de família, apenas como forma de dar mais substância e força aos argumentos a final acolhedores da tese vestibular.

Não há, de conseqüente, como falar em julgamento extra petita, pelo que tenho como afastada, por inagossalhável, a tese de nulidade do ato compositivo da lide.

Relativamente à possibilidade de os apelados oporem embargos de terceiros, mesmo sendo parte no processo de execução, não pairam dúvidas a respeito, na hipótese ora debatida.

É que o § 2º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil equipara ao terceiro senhor e possuidor, legítimo para opor embargos de terceiros, “...a parte que, posto figure no processo, defende bens que, pelo título de sua aquisição ou pela qualidade em que os possuir, não podem ser atingidos pela apreensão judicial”.

Assim, os apelados, na condição de usufrutuários, defendem bens que não poderiam ser atingidos pela apreensão judicial, em face do disposto no artigo 717 do Código Civil, que prevê a inalienabilidade do usufruto, tendo, portanto, legitimidade ativa para oporem embargos de terceiros, a despeito de serem, como suso assinalado, parte no processo de execução. Este tem sido, aliás, o entendimento desta Corte:

“Embargos de terceiro opostos por quem foi parte na execução — Cabimento.

“Admite-se a utilização de embargos de terceiro por quem, embora tenha sido parte no processo de execução, defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial, a teor do art. 1.046, § 2º, do CPC” (Apelação Cível n. 51.097, de São Joaquim, rel. Des. Eder Graf).

Ou, ainda:

“Embargos de terceiro — Embargante parte na execução — Penhora — Bem impenhorável — Legitimidade ativa.

“Os embargos de terceiro são próprios, a princípio, de quem não seja parte no processo. Mas a lei formal confere-os, também, a quem, em sendo parte, defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2º, do CPC) (RTJ 81/608)” (Apelação Cível n. 47.178, de São Joaquim, rel. Des. Newton Trisotto).

O colendo Supremo Tribunal Federal adotou, é bem de ver, este mesmo entendimento, quando, em caso similar, abordou o tema enfocando, fazendo-o do modo seguinte:

“Os embargos são de terceiro, próprios, a princípio, de quem não seja parte no processo. Mas a lei formal confere-os, também, a quem, em sendo parte, defende bens que não podem ser atingidos pela apreensão judicial (CPC, art. 1.046, § 2º)” (in RTJ 81/608).

Colhe-se, a respeito, a mesma lição do notável processualista Hamilton de Moraes E. Barros, ao doutrinar acerca do § 2º do artigo 1.046 do Código de Processo Civil.

Ei-la:

“A admissibilidade dos embargos de terceiro, manifestados por quem seja parte no processo principal, está condicionada à distinção entre os títulos que tenha sobre a coisa objeto dos embargos ou da constrição judicial. Assim, o vencido na ação, ou o obrigado, pode manifestar embargos de terceiro quanto aos bens que, pelo título, ou qualidade em que os possuir, não devam ser atingidos pela diligência judicial constritiva.

“A mesma pessoa física ou jurídica pode ser simultaneamente parte e terceiro no mesmo processo, se são diferentes os títulos jurídicos que justificam esse duplo papel. A palavra terceiro significa não só a pessoa física ou jurídica que não tenha participado do feito, como também a pessoa que participou do processo, mas que, aqui, nos embargos, é titular de um direito diferente, outro que não o que foi objeto da decisão judicial” (in Comentários ao Código de Processo Civil, vol. IX, 4ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 225).

Eram plenamente manejáveis pelos apelados, portanto, os embargos de terceiros na hipótese em tela,

inocorrendo a eiva apontada pelo apelante, pois que defendem o direito ao usufruto formalmente constituído, em seu favor, no tangente aos bens imóveis gravados de penhora.

Em relação à penhorabilidade ou não do direito de usufruto, a questão, posto que nem sempre muito encontrada, merece detido e aprofundado exame.

O direito derivado de usufruto é, como cedição, inalienável, salvante no que toca à exceção prevista no artigo 717 do Código Civil. O mesmo incorre, todavia, em relação ao seu exercício, que, por expressa previsão do mesmo dispositivo legal, pode ceder-se por título gratuito ou oneroso.

Sendo assim, como corolário, inadmite-se a penhora sobre o direito do usufruto, o mesmo não sucedendo no que pertine aos seus frutos, os quais, naquilo que excederem à necessária manutenção dos próprios usufrutuários e de sua prole, são passíveis de constrição.

Este é, aliás, o entendimento de Carvalho Santos, que, ao comentar o assunto, assim se expressa:

“O direito de usufruto não pode ser objeto de penhora, como consequência da sua inalienabilidade. O exercício desse direito, porém, pode ser penhorado, consoante doutrina geralmente admitida e sancionada por pacífica jurisprudência”.

E, adiante, acrescenta o saudoso mestre:

“A razão é óbvia. O usufrutuário pode vender ou ceder o seu direito, mas essa cessão ou aquela venda dizem respeito, antes aos rendimentos que pode produzir do que ao próprio

direito, porque sendo este ligado à pessoa do usufrutuário não pode ser cedido. Ele subsiste, pois, na pessoa do usufrutuário, não obstante a alienação, e se se trata de cessão por tempo determinado o mesmo se verifica, voltando o usufrutuário a perceber também os rendimentos, logo que seja vencido o prazo do contrato” (cfe. Pothier, *Traité du contract de vente*, § 549).

Por fim, arremata o festejado civilista:

“Não há na doutrina divergência sobre este ponto. Todos ensinam que a penhora não recai no usufruto, mas no exercício do direito real da fruição — nunca como desmembramento do domínio” (in *Código Civil Brasileiro Interpretado*, vol. IX, 16ª ed., Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1991, págs. 368/369).

O mesmo entendimento tem o ilustre Washington de Barros Monteiro, como se percebe da lição que abaixo transcrevo:

“Da inalienabilidade resulta a impenhorabilidade do usufruto. O direito não pode, portanto, ser penhorado em ação executiva movida contra o usufrutuário: apenas seu exercício pode ser objeto de penhora, desde que tenha expressão econômica. A penhora deverá recair, destarte, não sobre o direito propriamente dito, mas sobre a faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa, sobre a sua utilidade em suma” (in *Curso de Direito Civil*, vol. 31ª ed., São Paulo, Saraiva, 1994, pág. 309).

Não vem entendendo diferentemente, aliás, esta Corte de Justiça:

“— Processual civil. Penhora. Usufruto.

— Embora insuscetível de penhora o direito de usufruto, porque inalienável, salvo ao próprio nu-proprietário, nos termos do art. 717 do Código Civil, podem ser penhorados os direitos ao exercício do usufruto, ou seja, os rendimentos do usufruto.

“omissis

“O agravante, de fato, requereu a penhora dos direitos de usufruto do bem objeto da matrícula n. 6.226 no Registro de Imóveis de Porto União.

“Tal direito, entretanto, não pode ser cedido a terceiros, mas apenas ao proprietário, nos termos do disposto no art. 717 do Código Civil e por isso é impenhorável.

“O exercício desse direito, contudo, pode ser cedido a título gratuito ou oneroso, sendo, conseqüentemente, suscetível de penhora.

“omissis

“A jurisprudência sempre perfilhou esse entendimento.

“O TJSP (Repertório de Jurisprudência do Código Civil, n. 1.698) deixou expresso:

“O usufruto, como direito em si, é impenhorável. Não acontece com seu exercício, que pode ser penhorado por terceiro, credor do usufrutuário. A penhora abrange, então, as comodidades derivadas do usufruto, recai, não sobre este direito, mas sobre o seu exercício, isto é, sobre a faculdade de perceber as vantagens e frutos da coisa usufrutuária.

“No mesmo sentido o TJMG (ob. cit., ns. 1.695 e 1.696).

“Mais recentemente esse entendimento foi sufragado por outros Tribunais, como o indica a petição do

agravo e ainda pelo 2º TACivSP (Julgados 75/295 e 81/183) e pelo antigo Tribunal Federal de Recursos, em acórdão relatado pelo Ministro Carlos Mário Velloso, hoje pontificando ao STF, nos seguintes termos:

“O direito de usufruto, por ser personalíssimo ou inalienável, não pode ser penhorado. Pode a penhora, todavia, recair sobre o seu exercício, vale dizer, sobre os rendimentos do usufruto. Recaindo a penhora sobre a coisa objeto do usufruto, não pode subsistir” (O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, vol. XIV, n. 32.140).

“Nestas condições, dá-se provimento ao recurso para autorizar a penhora, em favor do agravante, dos direitos ao exercício do usufruto, ou seja, sobre os rendimentos do usufruto” (Agravo de Instrumento n. 96.001581-7, de Porto União, rel. Des. João José Schaefer).

Ou, ainda:

“Embargos do devedor — Executivo fiscal — Bens — Penhora — Exclusão apenas do imóvel penhorado que sócio executado detém como usufrutuário — Procedência para esse fim — Sentença confirmada.

“O imóvel com cláusula de usufruto é bem jurídico inalienável, razão pela qual não enseja penhora.

“Remessa improvida.

“omissis

“Induidoso o acerto da sentença do Primeiro Grau de jurisdição ao excluir da penhora o imóvel que o sócio executado José Carlos Müller detém na condição de usufrutuário.

“Diz o artigo 717 do Código Civil:

‘O usufruto só se pode transferir, por alienação, ao proprietário da coisa; mas o seu exercício pode ceder-se por título gratuito ou oneroso’.

“Como acentua a r. sentença, ‘trata-se, portanto, o usufruto, nas palavras de Humberto Theodoro Júnior, de ‘bem jurídico inalienável’, razão pela qual não é passível de penhora (in Processo de Execução, 8ª ed., SP, Leud, 1983, pág. 265), havendo, destarte, que ser aquela tornada ineficaz, exclusivamente no que tange este bem” (Apelação Cível n. 36.717, da Capital, rel. Des. João Martins).

Dessarte, agiu com irrecusável acerto o ato compositivo da lide, merecendo confirmado, conseqüentemente.

Esses os argumentos pelos quais, pelo meu voto, rejeitadas as preliminares, improvejo o apelo.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, rejeitou as preliminares, e, no mérito, improveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d’Eça Neves.

Florianópolis, 18 de junho de 1998.

*Vanderlei Romer,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CÍVEL N. 46.947 (88.076577-8), DE SÃO BENTO DO SUL**

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de dissolução parcial de sociedade comercial cumulada com apuração de haveres. Morte de sócio. Legitimação ativa dos herdeiros. Ação de consignação em pagamento concomitante. Conhecimento antecipado da lide. Viabilidade. Apelo desprovido.*

*— Não sucede o denominado cerceamento de defesa toda vez que o juiz, convencido de que os elementos probatórios amealhados para o seio dos autos já são suficientes para compor o litígio, conhece antecipadamente da lide, prolatando uma sentença por todos os títulos justa e de há muito esperada por aquele que teve o seu direito sonogado.*

*— Ocorrendo a morte de um dos sócios de ente societário por cotas de responsabilidade limitada, é cabível a sua continuidade com os sócios remanescentes, com inclusão ou não, em face de dispositivo contratual-estatutário, dos sucessores, por vocação hereditária, do cotista pré-morto. Nesta última hipótese, todavia, há que haver a apuração do*



*patrimônio líquido da empresa, em balanço especial, a fim de se quantificarem os haveres dos sucessores inadmitidos, para tal não se prestando derivado de trivial balanço contábil.*

— “A apuração judicial de haveres, colhidos os elementos necessários em operação técnico-contábil, é procedimento adequado para averiguar a situação patrimonial do sócio que se afasta com vistas à obtenção do quantum correspondente ao seu capital”.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 46.947 (88.076577-8), da comarca de São Bento do Sul (2ª Vara), em que são apelantes Móveis Serraltense Ltda. e outros e apelados Romeu Malschitzki e outros:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, desprover o apelo.

Custas de lei.

### **I — Relatório**

No Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de São Bento do Sul, em data de 9/2/90, Romeu Malschitzki e sua mulher, Ilsira Malschitzki, Mário Tartas e sua mulher Ilza Maria Tartas, e Lucas Bacelar Schopf e sua mulher, Iraci Terezinha Schopf, propuseram ação de dissolução parcial de sociedade comercial c/c apuração de haveres contra Móveis Serraltense Ltda. e também contra os sócios desta Affonso Lutz, Rosely Habowsky Lutz, Alfredo Tremel, Guido, Gustavo Lutz, Dorotéa Lutz, Nora Léa Ribeiro, Cláudio Antonio Tremel e Cacildo José Tremel.

Os requerentes, com o falecimento de um dos sócios da requerida, Eugênio Gaertner, como seus legítimos herdeiros, munidos de alvarás judiciais expedidos nos autos de arrolamento concluído na mesma Comarca e que

lhes atribuía a propriedade de 20.000 ações, procuraram os demais sócios para que se procedesse as devidas alterações no contrato social, o que, todavia, lhes foi negado.

Não obstante a existência de toda a documentação legal em posse dos requerentes, os demais sócios da empresa alteraram o contrato social, apropriando-se das cotas que não lhes pertenciam.

Em nova alteração do contrato social, com admissão de novos integrantes no ente comercial, os sócios remanescentes redistribuíram as cotas dos requerentes, fazendo constar da Cláusula Segunda, § 2º, que “os cessionários têm pleno conhecimento de que quotas que, anteriormente pertenciam ao sócio falecido Eugênio Gaertner, excluído da sociedade conforme disposto na 23ª alteração do contrato social, pelo que ficam sub-rogados em todos os seus direitos e obrigações, isentando a sociedade cedente de qualquer ônus ou responsabilidade perante os sucessores de Eugênio Gaertner” (fls. 39), o que contraria o disposto no art. 6º do Contrato Social Original da empresa, que dispõe: “falecendo um dos quotistas, os seus sucessores legais poderão continuar na sociedade, devendo designar uma pessoa que os represente. Desejando porém, aqueles, retirar a parte respectiva, proceder-se-á um balanço e pagar-se-á o

capital e respectivos lucros verificados, dentro do prazo de 12 meses, a contar do 6º mês em diante, após o recebimento do respectivo aviso por escrito" (fls. 26).

Afinal, aduziram haver recorrido ao Judiciário pela falta de êxito nas diligências empreendidas no sentido de compor um acordo com os demais sócios.

Requereram, a final, a dissolução parcial da sociedade, com relação a si mesmos, com a apuração de haveres reais e respectivo pagamento, mediante o levantamento de balanço geral.

Em comprovação ao alegado, juntaram os documentos de fls. 22/88.

Regularmente citados, os requeridos ofereceram resposta no prazo legal, alegando, preliminarmente, a ocorrência de listispêndia e falta de legitimidade ativa para requerer apuração de haveres. No mérito, aduzem, em síntese, que a morte de um dos sócios não dissolve a sociedade e que o ingresso de herdeiros depende da vontade dos remanescentes.

Juntaram documentos (fls. 130/167), entre os quais os que dão conta do aforamento, em data anterior, ou seja, 19/6/84, de ação de consignação em pagamento. Nessa demanda contendem, no pólo ativo, Móveis Serraltense Ltda., e, no pólo passivo, as herdeiras diretas de Eugênio Gaertner, Ilsa Maria Tartas, Ilsira Malschintzky e Iraci Terezinha Schopf e seus respectivos maridos.

Sustenta a autora, em síntese, que em decorrência da morte do sócio Eugênio Gaertner, atentos ao permissivo contido no seu contrato social, os sócios remanescentes, de modo majoritário, deliberaram não aceitar o ingres-

so dos herdeiros do sócio pré-morto na suso aludida empresa, pelo que, em decorrência da expedição dos sobreditos alvarás judiciais, notificaram-nos a comparecer à sua sede social a fim de receberem o que lhes era devido.

Como isso inocorreu, resolveram ajuizar a ação, consignando, em favor da primeira herdeira, a quantia de CR\$ 666.666,66 e CR\$ 500.000,00 cada uma, em favor das duas últimas herdeiras, totalizando, pois, CR\$ 1.666,666,66, oferta essa correspondente à primeira das doze parcelas mensais que pretendia consignar, a que se refere o § 1º do art. 10 do referido contrato social.

Citadas as herdeiras e seus maridos recusaram-se a aceitar a oferta consignada, pelo que, a tempo e modo, responderam a demanda, a qual, após isso, teve uma tramitação por demais irregular e morosa, sobretudo após o decisório judicial admitindo a realização de perícia no sentido de apurar os reais haveres devidos em face da deliberação societária acima mencionada.

Entrementes, após marchas e contramarchas processuais, nas quais ficou visível o intuito protelatório dos consignantes na conclusão do exame técnico-contábil, o laudo conjunto do Experto Oficial e do Assistente Técnico dos requeridos fora acostado aos autos, sobre o qual se manifestaram as partes.

Após reunidos os processos, sobreviveu a entrega antecipada da prestação jurisdicional única, que, em suma, acolheu o pleito inicial formulado na ação de dissolução parcial de sociedade comercial com apuração de haveres, para o fim de condená-la, juntamente com os seus sócios remanescentes, ao pagamento, de forma solidária, da quan-

tia igual a CR\$ 383.024.052,73 (trezentos e oitenta e três milhões, vinte e quatro mil, cinqüenta e dois cruzeiros e setenta e três centavos), correspondentes a 604.873,51 UFIR's, acrescida de juros e correção monetária a partir da sentença, além da satisfação de despesas processuais e de estipêndio advocatício, este arbitrado em 20% a incidir sobre o valor da causa, corrigido monetariamente a partir da citação.

O mesmo ato compositivo da lide julgou improcedente a ação consignatória em apenso, sujeitando os vencidos, de conseguinte, ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em percentual igual a 10% sobre o valor atribuído à causa.

Irresignados com o teor do decisorio adverso, a tempo e modo apelam os vencidos, postulando, em síntese, a anulação da sentença, alegando cerceamento de defesa e ilegitimidade ativa ad causam.

Os apelados, em resposta, limitam-se a aplaudir a sentença, pleiteando, em suma, a sua manutenção.

Contados e preparados, os autos subiram a esta Instância.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

Nada obstante o longo e penoso caminho percorrido por este litígio — a primeira das demandas, a consignatória, já existe há mais de 14 (quatorze) anos — a verdade é que o apelo ora examinado não apresenta grande complexidade, desde que objetivamente considerado.

Dimana do processado que, em 26/7/47 (fls. 26/27 – autos n. 19/90), Affonso Lutz, Otto Riedmann, Alfredo Tremel e Eugênio Gaertner fundaram a

empresa Fábrica de Artefatos de Madeiras Serraltense Ltda., cuja denominação, a partir de 10/1/72, passou a ser Móveis Serraltense Ltda., inalterada, pois, até os dias atuais.

Sucedeu, porém, em 2/8/83, a morte do sócio-cotista Eugênio Gaertner, de cujo arrolamento restaram expedidos três alvarás judiciais (fls. 28, 29 e 30), autorizando a cessão, em nome de suas três herdeiras necessárias — Ilza Maria Tartas, Ilaira Malschitzky e Iraci Terezinha Schopf — das 20.000 cotas a ele pertencentes.

Entrementes, fulcrados em dispositivo constante do contrato social da empresa, os sócios remanescentes entenderam, majoritariamente, de não admiti-las como participes no ente societário, chamando-as aos seus escritórios, em dado momento, para a composição quanto aos haveres a receber em razão da deliberada exclusão.

Como não atendessem ao chamado, procedido até mesmo por via de notificação judicial, foi aforada, em 19/6/84, a ação consignatória apensada, em cujo feito a empresa acabou por depositar quantia que entendia devida àquele título, a final não aceita pelas sobreditas herdeiras.

Ao depois, mais precisamente em 9/2/90, as refaladas herdeiras, juntamente com seus maridos, ajuizaram, contra a empresa e seus atuais sócios, ação de dissolução parcial de sociedade comercial com apuração de haveres, cujo objeto específico é obterem a reparação do justo valor relativo às cotas pela sua exclusão do aludido ente societário.

Cumpra salientar, por relevante, que, a partir do despacho de fls. 168 desta demanda, isso é, a partir de 7/10/91, houve pensamento e reunião

de ambos os processos, pelo que, após a realização do exame pericial-contábil (fls. 201/227 — 2º volume da consignatória), sobreveio o decisório que compôs o litígio no todo (fls. 177/212), cujo recurso, manifestado apenas pela empresa e seus sócios, ora é enfocado.

A irrisignação dos apelantes contém, em preliminar, a pretensão de ver anulada (sic) a sentença, por haver-lhes cerceado a defesa, na medida em que houve o conhecimento antecipado da lide.

Razão se lhes não assiste, todavia.

É que, na hipótese, após realizada a perícia, onde, com correção, foi apurado o valor devido, aos apelados, como haveres pela sua exclusão da empresa, não restava mesmo ao julgador outra alternativa senão entregar, como fez, a tão ansiada prestação jurisdicional.

E a provisão judicial em tela fica, no caso, ainda mais ao abrigo da lei procedimental vigorante, na medida em que o disposto dimanado do inciso I do artigo 330 do CPC enfeixa, como se sabe, comando de natureza cogente, sobretudo quando, como na hipótese, apresentava-se inteiramente despicienda a dilação probatória.

Ora, não seria mesmo à custa de prova oral que os apelantes, na audiência de instrução e julgamento, iriam contrariar a prova pericial que lhes foi, aliás, inteiramente desfavorável, visto que até então não haviam nominado, com as peças que capearam aos autos, as testemunhas eventualmente existentes a inquirir.

Sustentam os apelantes, a propósito, que a inesperada sentença tirou-lhes a oportunidade de pedir, em au-

diência, os esclarecimentos que pretendiam do perito.

Sucedo, todavia, que se houvesse mesmo interesse nesses supostos esclarecimentos, teriam envidado esforços para que o assistente técnico que indicaram à perícia acostasse o seu laudo aos autos, até como modo de poder comparar a sua conclusão — eventualmente divergente — com aquelas trazidas pelo laudo subscrito pelo Perito Oficial e pelo Assistente Técnico dos apelados. Disso, porém, não cuidaram os astutos apelantes, a quem interessava, e por certo continua a interessar, a protelação indefinida da causa, pois não são eles, evidentemente, a tanto tempo, que estão experimentando o prejuízo e sentindo a angústia e a sensação de impotência decorrentes da injustiça a que foram submetidos na hipótese examinada.

Aliás, há que se salientar que a sentença veio a lume somente após os apelados recorrerem ao Senhor Ministro da Justiça de então, com correspondente providência encetada pela colenda Corregedoria-Geral da Justiça (fls. 169 a 172 — dos autos n. 019/90).

Demais disto, ao serem intimados das conclusões periciais, os apelantes limitaram-se a consignar que, verbis, "...em princípio a autora não concorda com o laudo, todavia se reserva para se manifestar em definitivo por ocasião da audiência de instrução e julgamento, após a apresentação de eventuais divergências do Assistente Técnico...". Ora, como essas pretensas divergências incorreram, pois que, como acima assina-lei, o seu Assistente Técnico decidiu manter-se, com o assentimento dos apelantes, sintomaticamente silente, despropositadas e mais uma vez prote-

latórias mostrava-se essa inútil dilação probatória.

No mais, fizeram os recorrentes inespecíficas referências à suposta incorreção do laudo conjunto apresentado, o que, como se sabe, não é suficiente para infirmar a reconhecida higidez das conclusões do exame produzido.

Bem agiu, pois, o decisório monocrático, ao utilizar-se do permissivo legal ao conhecimento antecipado da lide, pelo que rejeito, via de consequência, a aludida preliminar.

Ainda como prefacial, colimam os apelantes a extinção do processo, ao argumento de que os apelados são partes ilegítimas ativamente em tema de ação de dissolução parcial da sociedade.

Ora, a pretensão é irrecusavelmente descabida e beira à insensatez, na medida em os sobreditos alvarás, expedidos nos autos do arrolamento de bens do sócio pré-morto, representam a mais lúdima prova de sua legitimação à persecução dos direitos societários defluentes de sua condição de herdeiros necessários de Engênio Gaertner, seja quanto à sua inclusão como sócios sucessores do de cujus, seja como detentores do direito à reparação decorrente da suso aludida exclusão da sociedade.

É equivocado, assim, argumentar-se a respeito de direito “personalíssimo do sócio”, em face do que, por manifestamente incongruente, afasto igualmente esta preliminar, até porque bem examinada na sentença.

Sustentam os apelantes, ainda, apesar de não o declararem expressamente, a nulidade do decisório monocrático por não necessariamente fundamentado quanto à ação consignatória.

Porém, uma vez mais sem razão.

Ora, constatando o julgador (certidão cartorária de fls. 175) de que o valor consignado não era o devido, nada mais correto e adequado entender im procedente o pedido liberatório. Ainda que assim não fosse — o que se admite apenas à guisa de mero exercício argumentativo — evidentemente que a sentença não é nula, dado que suficientemente fundamentada quanto ao incabimento da demanda consignatória.

Correta, de outra parte, a reunião das ações, ante a evidente conexão das causas, que, nada obstante o nome atribuído à segunda delas, tem o evidente intuito de buscar a reparação pecuniária defluente dos refalados direitos societários, em face da exclusão dos herdeiros do sócio falecido. Por isso mesmo é que, consoante outra alegação do apelo, revela-se impertinente falar-se que a sentença está fundada em prova emprestada, posto que, como acima consignado, a perícia foi realizada após a adequada reunião das ações.

Ademais, o precedente jurisprudencial a respeito invocado é inaplicável ao caso ora deslindado, pelo que, também desta vez, afasto a preambular à guisa do intuito invalidatório do decisório compositivo do litígio.

Tocante à matéria de fundo, melhor sorte não é reservado ao recurso.

De fato, a sentença, como meio de fundamentar a composição alvitada, com proverbial juridicidade, enfatizou:

“Depreendem-se dos autos, conforme expressamente dispõe o § 1º da cláusula 10ª, de 17ª alteração do contrato social da sociedade ré Móveis Serraltense Ltda., havendo as autoras recebido e passado a ser titulares das quotas do sócio falecido Eugênio Gaertner, não

só por força de disposição contratual (cláusula 10ª da 17ª alteração contratual — fls. 74), como ainda e também por força de sua sucessão hereditária legítima (fls. 28 e 30), e prevendo expressamente o contrato social que, para o caso de não ter havido acordo com os sócios remanescentes para os seus ingressos na sociedade ré, após a divisão do quinhão, os haveres do sócio falecido, dos quais passaram a ser titulares, deverão ser apurados em balanço especial de apuração de haveres, é fora de dúvida, que têm direito e legitimidade para pedirem judicialmente a apuração desses haveres.

“No caso concreto, os sócios remanescentes ao não admitirem o ingresso das herdeiras na sociedade, agiram dentro das normas contratuais (artigo 10º, da 17ª Alteração Contratual). Todavia, ao notificarem as herdeiras do falecido sócio e consignarem em Juízo o valor das cotas, correspondente a 25% do capital social e, o que é mais grave: em 15/10/1987, ao procederem a alteração do Contrato Social e deliberarem que as cotas do sócio falecido Eugênio Gaertner se tornariam de propriedade da sociedade, os sócios remanescentes se conduziram de forma reprovável e inconcebível, de vez que demonstraram insensibilidade com o patrimônio alheio (quotas de propriedade do falecido sócio Eugênio Gaertner), que possuía 25% do Capital Social.

“O artigo 1.402 do Código Civil dispõe:

‘É lícito estipular que, morto um dos sócios, continue a sociedade com os herdeiros, ou só com os associados sobreviventes. Neste segundo caso, o herdeiro do falecido terá direito à partilha do que houver, quando ele falecer, mas

não participará nos lucros e perdas ulteriores, que não forem conseqüências diretas de atos anteriores ao falecimento’.

“E o artigo 668 do CPC antigo, vigente por força do disposto no artigo 1.218 do CPC de 1973, estabelece que ‘se a morte ou a retirada de qualquer dos sócios não causar a dissolução da sociedade, serão apurados exclusivamente os seus haveres, fazendo-se o pagamento pelo modo estabelecido no contrato social, ou pelo convencionado, ou, ainda, por determinado na sentença’.

“Sobre o tema Apuração de Haveres, Rubens Requião assevera:

“O instituto da dissolução parcial, que veio aperfeiçoar o da dissolução da sociedade comercial amenizando o sistema do Código Comercial, tem a sua técnica apoiada na apuração dos haveres do sócio que morre, se retira ou é excluído. Mesmo que o contrato social não preveja a forma do recesso, a jurisprudência tem dado amplitude analógica ao preceito do art. 15 do Decreto n. 3.708, de 1919, que regulou a retirada do sócio divergente: ‘Assiste aos sócios que divergirem da alteração do contrato social a faculdade de se retirarem da sociedade, obtendo reembolso da quantia correspondente ao seu capital, na proporção do último balanço aprovado...’ Aliás, esse critério de apuração de haveres louvado no último balanço também era técnica usada no art. 107 da antiga Lei das Sociedades por Ações, quando ainda o reembolso do valor das ações do acionista dissidente, que seria apurado, salvo disposição dos estatutos em contrário, conforme ‘o resultado da divisão do ativo líquido da sociedade, constante do último balanço aprovado pela assembléia geral’. Modernamente, a Lei n. 6.404 estipula, no § 1º do art. 45, que o

'estatuto poderá estabelecer normas para determinação do valor do reembolso, que, em qualquer caso, não será inferior ao valor do patrimônio líquido das ações, de acordo com o último balanço aprovado pela assembléia geral'.

'Sobre esses preceitos criou-se a doutrina da apuração de haveres. Mas geralmente a cláusula contratual que prevê o recesso do sócio estabelece a forma de apuração dos haveres e seu respectivo pagamento. A norma comum, pelas facilidades práticas que oferece, tem sido a de efetuar-se a apuração conforme determinam aqueles preceitos legais acima invocados, isto é, de se efetuar a apuração dos haveres segundo o último balanço aprovado, realizado pela sociedade. Essa diretriz, todavia, não deixa de acarretar algumas divergências doutrinárias.

'A economia nacional sofre, e todos o sentem, os danos da inflação monetária, que, enfraquecendo o valor aquisitivo da moeda, se reflete na excessiva valorização dos bens, sobretudo imóveis. Surge, em conseqüência, o problema da rápida desatualização dos valores lançados nos livros comerciais. Quanto mais antigos os lançamentos contábeis, mais fora da realidade financeira se encontram. Esse problema, todavia, perdeu um tanto de sua gravidade, após ter sido instituída a viabilidade da reavaliação do ativo das sociedades comerciais, que, desde alguns anos atrás, passou a ser admitida pelas leis tributárias.

'Anteriormente, uma tendência jurisprudencial, em face do injusto enriquecimento da sociedade e indiretamente dos sócios que permaneciam e correspondente empobrecimento do sócio que se retirava, reagiu contra o cálculo dos haveres

ser efetuado segundo os valores considerados no último balanço. O Tribunal do Rio Grande do Sul, em aresto que se tornou famoso, pois valeu um opúsculo crítico do professor gaúcho Hernani Estrella, enfrentou esse problema, declarando: 'É a exclusão dessa forma decretada, para ser o cotista excluído da sociedade pago de acordo com o balanço, veio em detrimento de seu interesse econômico. Não é necessário, para assim concluir, levar a conta de fraude a alegação inicial, de que o balanço não corresponde à verdadeira situação econômica e financeira da firma. Como lembrou o apelante em memorial, explicando o sentido daquela alegação, atravessamos um período de inflação, em que os valores contabilizados não traduzem os valores atuais dos bens que constituem o ativo da firma. Essa consideração justifica o não-uso, pela apelante, da faculdade outorgada pelo art. 15 do Decreto-Lei n. 3.708, de 10 de janeiro de 1919, e sua não-sujeição, pelo prejuízo que causaria, à forma prevista no contrato para a retirada voluntária do sócio. E o meio de corrigir essa situação, diante da vontade manifestada pelos outros cotistas de continuar com a sociedade, é a dissolução parcial desta, para o efeito declarado, solução que não repugna ao nosso direito e já foi adotado, em caso semelhante, pelo tribunal de Distrito Federal (Rev. Forense, 109/435)' (Rev. Forense, 140/160).

'Pensamos que o Juiz ao verificar a desatualização dos valores do balanço tem o arbítrio de determinar que a apuração dos haveres seja efetuada pelos valores reais, e não pelos valores contabilizados. Essa decisão tem seu apoio na teoria que condena o enriquecimento injusto ou sem causa, perfeitamente aplicável, ao nosso ver, ao direito comercial, malgrado a insistente negativa do

Prof. Hernani Estrella, em seu livro *Da Apuração dos Haveres*.

‘Recentemente o Supremo Tribunal Federal firmou Jurisprudência no sentido de que a apuração de haveres deve ser efetivada, tendo em vista os valores reais do patrimônio social, para se apurar o produto líquido. Os acórdãos seguintes evidenciam a justa orientação: ‘Retirada de acionista de sociedade por quota de responsabilidade limitada. A apuração de haveres e seu pagamento pelo justo e real valor’ (RTJ, 72/645 e 57/472).

‘Ao tratar da resolução da sociedade em relação a um sócio o Anteprojeto de Código Civil, art. 1.092, dispõe que nos ‘casos em que a sociedade se resolve em relação a um sócio, o valor de sua cota, considerada pelo montante efetivamente realizado, se liquidará com base na situação patrimonial da sociedade, à data da resolução, verificada em balanço especialmente levantado.’ A cota liquidante seria paga em dinheiro, no prazo de três meses, contados da liquidação, a menos que o contrato social disponha diversamente, ou se estabeleça acordo com o sócio e seus herdeiros.

‘Um ponto controvertido, também, se refere à consideração ou não, na apuração dos haveres, do valor das reservas. Jurisprudência que se vai firmando tem assentado que, pertencendo as reservas à sociedade, escapam da verificação dos haveres do sócio que se retira ou é excluído. E assim deve ser, devido à lógica jurídica e a natureza das reservas legais, que são instituídas em benefício da solidez financeira da empresa. É claro que as ‘reservas facultativas’ ou ‘reservas estatutárias’ não seguem, em nosso entender, esse regime, e, para efeito de apuração dos haveres, devem ser consideradas em favor do sócio’.

‘E sobre a morte, inabilidade e incapacidade do sócio, escreve:

‘A segunda hipótese legal, destacada para nossos estudos, é a dissolução pela morte de um dos sócios, que o art. 335 ressalva: caso não haja convenção em contrário a respeito dos que sobreviverem. Devido ao arraigado individualismo do direito romano, as sociedades se reputavam dissolvidas, desde que não houvesse convenção em contrário. Tal preceito já havia sido incorporado nas Institutas de Justiniano, que determinavam a dissolução quando da morte de um sócio, porque aquele que forma a sociedade se liga à pessoa de sua eleição (quia qui societatem contrahit, certam personam sibi elegit). Se, porém, a sociedade for constituída por mais de dois sócios, a morte de um dissolve, ainda que muitos sobrevivam, a menos que no contrato não se convencie o contrário (nisi in coeunda societate aliter converit) (Tít. XXV, de Societate).

‘Tais princípios, eminentemente individuais, foram acolhidos pela codificação napoleônica, transferindo-se daí para o direito brasileiro. De tal forma a tradição se aferrou ao direito e à concepção dos juristas que resistiu à evolução, não cedendo mesmo à força da consagração da teoria da personalidade.

‘Parece-nos, na verdade, uma incoerência, inexplicável e estranha, pretender-se reconhecer, como ocorre no direito brasileiro, a personalidade jurídica das sociedades comerciais, e, ao mesmo tempo, manter-se as características da comunhão como sua estrutura, de modo a fazer-se dissolvê-las inexoravelmente quando da morte do sócio, na eventualidade de não ter havido previsão contratual para sua continuidade.



'Ao estudarmos anteriormente o tema da personalidade jurídica das sociedades mercantis (n. 217 supra), detivemo-nos com particular interesse na apreciação desse problema decorrente da personalificação das sociedades. A repercussão das vicissitudes pessoais dos sócios constitui, de fato, uma antinomia, mas não insoluble, como a qualificava o Prof. De Benito. É, porém, sem dúvida, a negação da autonomia do ser moral.

'Constitui, a nosso ver, uma consequência que a doutrina e a teoria, consagradas com tanto sacrifício, vencendo inúmeros escolhos, desabrochassem a personalização das sociedades mercantis, animadas agora de vida autônoma, e claudicassem logo a seguir, não lhes concedendo as condições essenciais de sobrevivência, deixando sua sorte na íntima dependência das vicissitudes personalíssimas dos sócios.

'Meditando sobre esse grave problema, sentimos que os juristas pátrios perderam excelente oportunidade de extrair todas as consequências da outorgada da personalidade, sobretudo em relação à dissolução da sociedade, nas hipóteses em estudo. A rotina, talvez o temor reverencial pela tradição romanista ou o comodismo intelectual a que se refere o Prof. Porchat, impediu que o problema fosse revisto e examinado sob as novas luzes do art. 16, inciso II, do Código Civil.

'É de tal forma grave o princípio da dissolução total da sociedade devido ao evento funesto que atingir o sócio, que preocupou também uma reforma legista deveria dar estabilidade às empresas sociais, a fim de que não fosse considerada a morte do sócio como motivo de sua dissolução. E assim se têm comportado as novas legislações, inclusive,

entre nós, o Projeto de Código Civil (art. 1.065).

'A morte, com efeito, não é mais considerada como causa necessária da dissolução, já o admitiu algumas vezes a doutrina. A continuação da sociedade pode ser tolerada como condição implícita, mesmo na ocorrência do falecimento do sócio, sem que haja necessidade contratual expressa. Colhemos essas observações no direito francês, fonte inspiradora, nesse passo, da doutrina brasileira.

'O jurista Rousseau, dos mais respeitados clássicos no direito das sociedades mercantis, após enunciar o princípio de que a morte acarreta, segundo o Código, a dissolução da sociedade, a menos que haja convenção em contrário, registra: 'Entretanto, tem sido julgado que a dissolução das sociedades, em consequência da morte de um dos sócios, não é da essência do contrato de sociedade. Assim, uma sociedade formada entre os co-herdeiros com o fim de continuar as operações comerciais de seu autor não se dissolve necessariamente pelo fato só da morte de um dos associados, do qual os outros são herdeiros (Caen, 8 de março de 1842, S. 42.2.337, Dalloz, n. 720). Mas esta decisão parece demasiado absoluta. A Corte de Cassação precisou que assim é quando a natureza da convenção, o fim e o objeto a que se propunham os associados, excluem formalmente, pela sua essência, uma semelhante causa de dissolução (Cass., 23 de outubro de 1906, J.S. 1907, 423)'. Mas pouco adiante o autor volta ao tema: 'Tem-se julgado que a morte de um dos sócios pode ser considerada como insuficiente para importar na dissolução da sociedade, no caso, por exemplo, em que os outros associados são herdeiros do sócio pré-morto, e continuam as operações comerciais du-

rante um número considerável de anos (Caen, 8 de março de 1842, e sobre o recurso: Cass. 23 de março de 1848, S. 59.1.619, D. 59.1.235)'. E acresce mais: 'A convenção de continuação da sociedade, após a morte de um dos sócios pode ser tácita e, em relação a terceiros, ser reputada resultante de fatos e circunstâncias do negócio, mas com a condição entretanto de que os terceiros hajam ignorado a morte'.

'Outro autor de igual porte, como Jacques Vavasseur, considera que, nas sociedades em comandita simples, a morte do gerente acarretaria a dissolução, mas tal não ocorreria, em seu modo de pensar, com a morte de um comanditário, que não é senão um prestador de fundos.

'É curioso notar que entre nós o insigne Teixeira de Freitas sustentava a mesma doutrina, pois em seu Esboço a dissolução da sociedade, devido a morte do sócio, poderia ser evitada e a sociedade prosseguiria 'se no contrato assim se estipulou', mas por igual, 'se os sócios sobreviventes assim estipularem em contrato posterior ao falecido! Até depois do falecimento poder-se-ia, no pensamento de Teixeira de Freitas, impedir a dissolução pela morte.

'Somos, todavia, forçados a reconhecer que a jurisprudência de nossos Tribunais se mantém empedernidade na letra do Código Comercial, no que se tange a dissolução total por efeito da morte, inabilidade ou incapacidade do sócio. Mas confiamos que em frente às modernas transformações por que se passa o direito comercial, jurisprudência mais esclarecida passe a decidir pela preservação da sociedade após a morte de sócio, em sociedade de mais de dois membros, assegurado ao herdeiro o ingresso, com o assentimento dos sócios, na sociedade ou o recebimento de seus haveres. Neste último caso, ocorreria então a dissolução parcial,

para apurar os haveres do sócio falecido, para os efeitos da herança (Curso de Direito Comercial, vol. II, 10ª ed., 1981, Ed. Saraiva, págs. 271 a 274)'.  
"É sabido que a ação de apuração de haveres deve desenvolver-se em duas etapas distintas, sendo que na primeira deve ser estabelecida a forma como deverá ser processada a apuração e, na segunda, efetuar-se-á a apuração em liquidação de sentença, em conformidade com o que ficou decidido na primeira etapa.

"No processo de apuração de haveres de sócio pré-morto, têm os seus herdeiros direito a verificação do valor exato do estabelecimento para que a partilha possa ser feita com a maior igualdade.

"No caso concreto, o objeto do litígio está sub judice há quase 10 (dez) anos e, considerando que o laudo pericial, subscrito por perito nomeado por este Juízo calcado na Ação Consignatória (fls. 201 a 227 — 2º volume) apurou os haveres do sócio falecido, em vista do patrimônio social da empresa, é de se suprimir a fase de liquidação de sentença, de vez que adoto as conclusões periciais sem reservas" (págs. 204/210).

De outra parte, ocorrendo a morte de um dos sócios de ente societário por cotas de responsabilidade limitada, é cabível a sua continuidade com os sócios remanescentes, com inclusão ou não, em face de dispositivo contratual-estatutário, dos herdeiros do cotista pré-morto. Nessa última hipótese, todavia, como se tem entendido, há que haver a apuração do patrimônio líquido da empresa, em balanço especial, a fim de se quantificarem os haveres dos sucessores inadmitidos, para tal não se prestando, por evidente, o valor derivado de trivial balanço contábil.

O laudo pericial produzido nos autos, por evidente, atende a este pressupos-

to objetivo, sendo seus elementos contábeis apresentados suficientes à obtenção da quantificação pecuniária buscada pelos apelados, cuja integração na sociedade lhes foi expressa e confessadamente negada, como visto, pelos apelantes.

Ademais, como se tem entendido nesta Corte, "A apuração judicial de haveres, colhidos os elementos necessários em operação técnico-contábil, é procedimento adequado para averiguar a situação patrimonial do sócio que se afasta com vistas à obtenção do quantum correspondente ao seu capital".

Extrai-se do corpo do referido acórdão:

"É verdade que a liquidação da quota pelos valores de balanço possibilita a realização desse desiderato, sobretudo em se tratando de balanço levantado para tal fim, especialmente, isto é, balanço de determinação. Porque, segundo os critérios que orientam, os componentes ativos e passivos não de ser atualizados; a eventual depreciação da moeda, fazendo-se sentida sobre as verbas ativas e passivas, determinará necessariamente a correção dos valores, reajustando-os à conjuntura monetária. Deste modo, se atenua grandemente o prejuízo econômico advindo da inflação".

E mais:

'A jurisprudência tem admitido a apuração de haveres, mesmo quando o contrato social previa o pagamento destes pelo último balanço.

No Recurso Extraordinário n. 80.233, o Supremo Tribunal Federal apreciou ação de apuração de haveres, que pelo contrato social deveria ser pago pelo último balanço. Determinou, entre-

tanto, o r. acórdão, a apuração dos haveres pelo seu justo e real valor (RTJ 72/645)".

E finaliza:

"Nesse caso, deve ser assegurada ao sócio retirante situação de igualdade na apuração de haveres, fazendo-se esta com a maior amplitude possível, com a exata verificação, física e contábil, dos valores do ativo' (Recurso Extraordinário n. 89.464—SP, in RTJ 89/1.054)" (Apelação Cível n. 19.827, de São José do Cedro, rel. Des. Xavier Veira, in JC 50, págs. 160/165).

Sendo assim, reunidos em ambos os processos substratos suficientes à entrega da tão esperada prestação jurisdicional, correta apresenta-se a quantia objeto da reparação atinente ao direito societário buscado em Juízo. Incabível, via de conseqüência, o derradeiro pedido, objeto do recurso, tendente a posterior liquidação da sentença.

Voto, pois, pelo desprovemento do apelo.

### III — Decisão

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. Nelson Schaeffer Martins.

Florianópolis, 9 de setembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 47.305 (88.077735-9), DE BLUMENAU****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de desapropriação direta. Justa indenização. Lucros cessantes. Danos emergentes. Admissão do valor indenizatório encontrado na perícia. Acolhimento pela sentença. Honorários advocatícios. Custas judiciais e demais despesas processuais. Provimento parcial do reclamo da expropriante.*

*1 — Em tema de demanda expropriatória, entende-se como justo preço aquele que resultar de criteriosa e adequada avaliação pericial, desde que a salvo, por evidente, de comprovada inexistência dos trabalhos técnicos realizados, prova essa, evidentemente, a cargo da parte irresignada.*

*2 — Ainda no que pertine à ação de desapropriação direta, as custas judiciais e demais despesas processuais serão satisfeitas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido. Se, no entanto, este último recusá-lo, sem porém outro explicitar, ao autor caberá satisfazê-las, desde que o quantum encontrado seja superior ao valor ofertado. Por fim, serão esses custos pagos em proporção, desde que o preço concretizado na sentença seja diverso do ofertado na petição inicial e postulado na resposta.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 88.077735-9 (47.305), da comarca de Blumenau (3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública), em que são apelantes e apelados Frechal Construções e Incorporações Ltda. e município de Blumenau:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, conhecer da remessa e dos recursos voluntários, dando parcial provimento apenas ao interposto pelo município de Blumenau.

Custas de lei.

**I — Relatório**

O município de Blumenau ajuizou ação de desapropriação, perante a

3ª Vara Cível e Feitos da Fazenda Pública daquela Comarca, contra Frechal Construções e Incorporações Ltda.

Alegou, na inicial, que o terreno da expropriada, situado na Alameda Duque de Caxias, bairro Ribeirão Fresco, daquele Município, com as medidas, confrontações e demais características lá expostas e que este aresto faz expressa remissão, foi declarado de utilidade pública através do Decreto Municipal n. 3.587/89, destinando-se à construção de um Museu Municipal.

Através do despacho primeiro, o Dr. Juiz de Direito deferiu a imissão provisória na posse da área enfocada, mediante depósito do valor oferecido pelo expropriante, nomeando perito para proceder ao exame avaliatório.

Citada, a requerida formulou quesitos a serem avaliados na perícia e, adiante, ofereceu contestação (às fls. 29/34) aduzindo ser irrisória a importância ofertada e depositada, visto haver sido considerado o valor venal do imóvel. Argumentou, ainda, que no momento do embargo da obra já havia iniciado os serviços preliminares de fundação e comercialização de algumas unidades residenciais, cujo edifício para tal finalidade ali pretendia construir. Afinal, requer avaliação pericial, condenação em indenização pelas despesas suso mencionadas, bem como perdas e danos, danos emergentes e lucros cessantes, juros compensatórios e moratórios e honorários advocatícios em 20%. Acostou farta documentação (fls. 35/320).

O autor, na seqüência, manifestou-se sobre a contestação (fls. 322/323), apresentando quesitos para a elaboração da perícia.

Realizado o exame, o perito e assistente técnico da requerida apresentaram laudo único (fls. 335/342), apartado daquele ofertado pelo experto indicado da Municipalidade (fls. 324/331), sobre os quais os litigantes tiveram ciência (fls. 345/347 e 362), respectivamente, tendo esta propugnado pela oitiva do perito em audiência, formulando, para tanto, previamente, os quesitos que pretendia ver elucidados.

Do despacho saneador (fls. 363) incorreu recurso algum.

Na audiência de instrução e julgamento, realizada em duas etapas, inexistente a conciliação, foram ouvidos o perito, um dos assistentes técnicos, o representante legal da expropriada e três testemunhas indicadas pelo expropriante (fls. 382/384 e 389/394).

A final, colheram-se as alegações finais e o representante do Parquet de Primeiro Grau emitiu o seu parecer (fls. 468/472), no sentido de julgar-se procedente o pedido.

Sentenciando, o ilustrado Togado monocrático julgou procedente a pretensão vestibular, condenando o expropriante, em suma, a pagar, em favor da requerida, a quantia de NCz\$ 4.740.000,00 (quatro milhões, setecentos e quarenta mil cruzados novos) pelo valor do terreno e: NCz\$ 982.417,70, pelas obras preliminares; NCz\$ 845.292,73 pelo custo total dos projetos; NCz\$ 15.768,30, pelo gasto com material publicitário; NCz\$ 732.040,00, pelo investimento em materiais; NCz\$ 250.377,70, pela despesa com mão-de-obra; NCz\$ 26.879,45, em corretagem; somados, a título de danos emergentes. Sobre estes valores, exceção monetária a partir de 2 de fevereiro de 1990, data da feitura do laudo oficial. Determinou, ainda, a incidência de juros compensatórios de 12% ao ano a partir de 17 de novembro de 1989 (data da imissão de posse), e, após o trânsito em julgado da sentença, de juros moratórios de 6% ao ano. Sujeito o ente expropriante, bem assim, à satisfação dos honorários profissionais do perito e da verba advocatícia, esta arbitrada em 15% sobre o valor encontrado, calculando-se a diferença entre o total da indenização e o depósito prévio, além das custas processuais. Ordenou, por fim, a remessa dos autos a esta Instância, em face do reexame necessário.

Irresignados, ambos os litigantes recorrem.

A expropriada, de sua vez, colima, em síntese, a inclusão, no valor in-

denizatório devido, das verbas relativas aos lucros cessantes e aos danos emergentes.

O expropriante, por seu turno, pretende, também em suma, a redução do valor quanto a terra nua, a exclusão da verba admitida pela sentença em relação à feitura dos projetos da obra a final não realizada, a contagem da correção monetária a contar da data da sentença, a redução da verba honorária e o reconhecimento da sucumbência recíproca.

Contra-arrazoados, contados e preparados os recursos, e colhida a manifestação do representante do Ministério Público de Primeiro Grau, os autos ascenderam a esta Superior Instância.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, através de parecer da lavra do Dr. José Antônio Salvadori, manifestou-se pelo conhecimento dos recursos e da remessa e provimento parcial ao apelo do Município, no sentido do pagamento proporcional das custas processuais, devido à sucumbência recíproca.

É o relatório.

## II — Voto

Examino, por primeiro, o apelo da expropriada.

O seu inconformismo, como dessume das razões ofertadas (fls. 489/495), circunscreve-se a dois pontos, ou seja, a rejeição, pela sentença, das verbas indenizatórias devidas a título de danos emergentes pertinentemente aos valores pagos pelas rescisões dos contratos de compromisso de compra e venda das unidades condominiais já negociadas e, bem assim, de lucros cessantes pela frustração do empreendimento imobiliário.

Tocante a estes, ensina Seabra Fagundes que “Os lucros cessantes devem ser sempre indenizados. Mas, para que isso ocorra, é indispensável sejam tais lucros efetivos e não simplesmente prováveis, problemáticos ou apenas possíveis” (in Desapropriação à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, José Carlos de Moraes Salles, São Paulo, RT, 1980, pág. 480).

De igual modo a lição de Limongi França, na suso aludida obra, páginas 480/481.

Sucedo que, na hipótese enfocada, o que havia, em face da pretensão da expropriada na incorporação e construção do aludido edifício residencial, era apenas e tão-somente uma expectativa de lucro na comercialização das unidades condominiais. Tanto que é a própria expropriada, ao arrematar os argumentos recursais, que admite, expressamente, a “dúvida acerca de seu direito a lucros cessantes (fls. 495). Ademais, ainda que formal e objetivamente admitidos pela jurisprudência, os juros compensatórios serviriam também a este objetivo reparatório.

Bem afastada, pois, pelo decisório vergastado, a verba relativa aos inde monstrados lucros cessantes.

Tocante aos danos emergentes, pertinentemente aos valores supostamente satisfeitos pelas rescisões dos contratos de compromisso de compra e venda das unidades condominiais já negociadas, melhor sorte não está a merecer o reclamo da expropriada.

De efeito, inexistente prova de haver sido despendido, pela apelante, qualquer valor indenizatório em face de rescisão das aludidas promessas de compra e venda dos apartamentos.

Prova da inocorrência de prejuízo a respeito encontra-se, a propósito, na leitura do depoimento prestado por Gerson Ricardo Muller (fls. 458), um dos compromissários-adquirentes. Este, em verdade, afirma que, em face da desapropriação, foi chamado aos escritórios da expropriada aceitando, à ocasião, a proposta de aproveitamento dos valores já satisfeitos para a aquisição de um outro apartamento localizado no Edifício Vila Nova.

O mesmo sucedeu com o promissário-comprador Fabrício da Cunha Wolff, cujo depoimento encontra-se a fls. 459/459v.

Olga Paduano, outra promissária-compradora, depôs e confirmou haver recebido de volta todo o dinheiro até então pago, não aceitando a proposta a que acedeu Gerson Ricardo Muller (fls. 457), não mencionando, todavia, a percepção, por exigência sua ou liberalidade da apelante, qualquer valor a título de reparação pela rescisão contratual entabulada.

A menção pericial, de outra parte, na resposta ao quesito 27, acerca do assunto, não pode ser objetivamente considerada, dado que carente de base concreta, ou seja, não está associada a outro elemento probatório que a cooneste.

Ademais, como cedição e decorrente do regramento dimanado do artigo 436 do CPC, o juiz não fica adstrito, em absoluto, como sucedeu na sentença hostilizada, às conclusões da perícia, quando não inteiramente convencido de sua correção.

Afasto, pois, por despiciendos, os argumentos da expropriada, para, acerca de seu apelo, manter intocado o decisorio monocrático vergastado.

Cuido, doravante, do recurso interposto pelo ente expropriante.

O primeiro ponto insurgente reside na valoração da terra nua, que, no dizer do município de Blumenau, restou superestimado pela perícia em cerca de 30%.

Tal extrapolação, todavia, incorreu.

É que, como deflui da prova capeada, o valor pecuniário encontrado, uniformemente, aliás, pelos expertos, situou-se em cifra exatamente coincidente, ou seja, NCZ\$ 4.740.000,00. Ora, se até o assistente técnico da Municipalidade está concorde, como suso salientado, com a aludida avaliação resposta ao quesito 22 (fls. 328), parece inteiramente desarrazoada a sustentação do apelo a respeito, sobretudo porque divorciado de prova que lhe dê arrimo.

Demais, inexistente nos autos prova verossímil de que, como quer fazer crer a expropriante, na atual quadra econômica vivida pela cidade de Blumenau o preço do imóvel haja caído cerca de trinta por cento daquele estimado ao tempo da realização do exame pericial avaliatório.

Pertinentemente aos danos emergentes, reconhecido pela sentença, quanto à reparação dos custos com a confecção dos projetos arquitetônico, estrutural, elétrico, telefônico, hidráulico, de incêndio e de gás, imerece guarida a irresignação da Municipalidade blumenauense, na medida em que a documentação capeada no primeiro e segundo volumes (fls. 291/320) atesta a sua realização, demandando, por evidente, o respectivo dispêndio pecuniário.

Improcede, pois, o reclamo, que tem por desiderato a retirada, do valor

indenizatório, da aludida verba, bem inserida, aliás, no decisório objurgado.

No tocante ao item recursal relativo à correção monetária, uma vez mais desassisteu-lhe razão, pois que esta Corte, sintonizada com a orientação jurisprudencial emanada dos colendos Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça, de forma indisplicante vem decidindo pelo seu cabimento a contar do laudo oficial, como se pode constatar pelos precedentes promanados das Apelações Cíveis números 42.615, 49.321, 96.011274-0 e 97.002201-8, entre muitos outros.

A expropriante pretende, ainda, a repartição proporcional do pagamento de custas, por entender que o preço global encontrado é inferior ao pedido da expropriada.

Porém assim não é.

Ora, depois de atenta leitura da resposta considerando tratar-se de ação de desapropriação direta constata-se a inexistência de estipulação numérica, tanto global quanto especificamente, dos valores reparatórios pretendidos. O que a expropriada fez foi salientar que o preço oferecido, à guisa da consecução da imissão liminar na posse do bem, era muito aquém do real, o que efetivamente sucedeu provado com a avaliação técnica ulteriormente realizada.

Sendo assim, se o preço oferecido foi realmente inferior ao devido pela expropriante, e a expropriada não fez senão protestar genericamente por isso, parece evidente que, pela regra prevista no artigo 30 do Decreto-Lei n. 3.365, de 21/6/41, o pagamento das custas judiciais e demais despesas processuais fique a cargo da proponente da demanda, cujo oferecimento acabou sendo

recusado por inferior ao valor efetivamente devido.

A respeito já decidiu a colenda Primeira Câmara deste Sodalício:

“Nas ações de desapropriação, estabelecido o preço indenizatório em valor diverso daquele ofertado pelo Município, responde este pelas custas processuais” (Apelação Cível n. 97.002201-8, de São Domingos, rel. Des. Trindade dos Santos).

Por fim, no pertinente ao estipêndio advocatício, estipulado na sentença em 15% (quinze por cento), entendo deva prosperar o apelo, dado que esta Corte, por todas as suas colendas Câmaras, vem decidindo arbitrá-lo, quando à custa da fazenda pública, em parcela mínima adequada, que, na hipótese, em face da expressão monetária profligada, entendo deva situá-lo em 10% (dez por cento), a ser calculada sobre a diferença entre o preço ofertado e a indenização efetivamente devida, atento, a tal desiderato, às diretrizes comandadas no § 4º e nas alíneas a, b e c do § 3º, ambos do artigo 20 do CPC.

Colhe-se de um desses precedentes:

“Segundo a jurisprudência predominante neste Tribunal de Justiça, os honorários de advogado, nas ações desapropriatórias, devem ser fixados moderadamente, em quantia não superior a 10% do valor da indenização, mas sem perder de vista a necessidade de justa remuneração do profissional” (Apelação Cível n. 97.008487-0, de Lages, rel. Des. Eder Graf).

Esses, em suma, os argumentos pelos quais conheço de ambos os recursos voluntários para o fim de dar parcial provimento apenas ao apelo da expropriante, ajustando, em consequência, a



verba honorária, nos termos explicitados acima.

Provejo, também, o reexame necessário, posto que o decisório monocrático nada dispôs acerca da necessária dedução do valor depositado ao ensejo do ajuizamento da demanda e competente à imissão na posse do imóvel, como já se posicionou esta Corte de Justiça na Apelação Cível n. 24.348, de Criciúma.

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, por votação unânime, a Câmara conhe-

ceu da remessa e dos recursos, dando apenas provimento parcial ao interposto pelo município de Blumenau e à remessa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nilton Macedo Machado, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Antonio Salvadori.

Florianópolis, 26 de agosto de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*

*Presidente;*

*Eládio Torret Rocha,*

*Relator.*

## APELAÇÃO CÍVEL N. 47.795 (88.079206-8), DE BIGUAÇU

**Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Ação de dissolução total de sociedade por cotas. Estabelecimento de ensino. Rompimento da affectio societatis. Gestão irrecusavelmente ruínosa de um dos sócios. Alijamento, conseqüente, do outro cotista. Pedido inacolhido. Apelo provido.*

*1 — Em se tratando de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, em sucedendo o rompimento, por ocorrência de grave e incontornável dissenso entre os dois cotistas, viável é, de regra, a retirada de um deles, mediante paga de seus haveres apurados em balanço especial, prosseguindo-se as atividades da empresa, seja com a integração de novos sócios ou até a sua transformação em firma individual.*

*2 — No entanto, em se considerando a forma ruínosa e irregular como os seus negócios estão sendo conduzidos, revelando-se não recomendável a manutenção de suas atividades não só do ponto de vista do ente societário em si que, reconhecidamente, não atende aos fins sociais para os quais foi fundado como também porque as suas atividades, voltadas para a educação de crianças, representam, potencialmente, fundado*

*risco para o local onde está instalada, é recomendável a sua integral dissolução.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 47.795 (88.079206-8), da comarca de Biguaçu (2ª Vara), em que é apelante Josete Alcântara de Faria, sendo apelado João Francisco de Alcântara Silva:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, dar provimento ao apelo.

Custas de lei.

## I — Relatório

No Juízo de Direito da 2ª Vara Cível da comarca de Biguaçu, Josete Alcântara de Faria aforou ação de dissolução de sociedade mercantil c/c prestação de contas contra João Francisco de Alcântara Silva, colimando, por sentença, em suma, a sua exclusão da sociedade educacional por ambos constituída, denominada Centro Escolar Cantinho do Céu Ltda. — ME, com a conseqüente divisão do patrimônio.

Requeru, ainda, a condenação do réu ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios, colacionando, ao ensejo, os documentos de fls. 10/45.

Após operada a tempestiva resposta e respectiva impugnação, o réu propôs notificação judicial para salvarguardar o andamento dos negócios, enquanto não cumprida a prestação jurisdicional, visto que a autora se recusava a assinar os cheques destinados ao pagamento dos compromissos assumidos pela empresa.

A autora ajuizou, nesse ínterim, ação cautelar inominada, a qual foi autuada em apenso, com o fito de obter liminar proibindo a abertura de matrícula para aquele ano letivo, o que lhe foi negado, todavia, sucedendo, após, a contestação ao pleito de segurança.

Sobreveio, ao depois, na ação principal, despacho saneador, que, aliás, restou irrecorrido, deferindo-se produção de prova pericial, contábil e testemunhal (fls. 272).

A autora desistiu da perícia contábil e foi designada audiência de instrução e julgamento, ocasião na qual, frustrada a proposta conciliatória, foi tomado o depoimento pessoal do requerido e inquiridas as testemunhas indicadas pelos litigantes (fls. 328/337).

Encerrada a instrução e apresentadas as alegações finais sob a forma de memoriais, sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, cujo relatório fica adotado, a qual julgou improcedente o pedido para decretar a dissolução parcial da sociedade, apurando-se os haveres da autora na forma da lei, condenando-a ao pagamento das custas processuais e estipêndio advocatício, este arbitrado em 15% sobre o valor dado à causa. Concedeu-se ao réu, sócio remanescente, o prazo de um ano para admitir novos sócios ou transformar a sociedade em firma individual, sob pena de dissolução de pleno direito. Julgou-se improcedente, no mesmo ato decisório, a pretensão cautelar, por falta de objeto, condenando também a autora no pagamento de custas e honorários de 10% sobre o valor dado à causa.

Irresignada com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela a vencida, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob o argumento de que a prova colacionada aos autos depõe favoravelmente à dissolução da sociedade, não apenas parcial, mas total, e, portanto, o réu deveria arcar com o ônus da sucumbência, e, alternativamente, se assim não fosse entendido, a sucumbência deveria ter sido recíproca, arcando também o réu com o pagamento das custas e estipêndio advocatício.

Na resposta ao reclamo, o apelado aplaude a sentença, pugnando pela sua manutenção, desde que não demonstrada a gestão ruinosa da empresa, segundo o argumento basilar da pretensão vestibularmente deduzida.

O preparo ocorreu de modo regular.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

Trata-se, pois, de ação de dissolução parcial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, cumulada com prestação de contas.

A irresignação da apelante está, irrevogavelmente, a merecer agasalho.

É que, segundo os substratos probatórios amealhados ao seio dos autos, a desditosa sociedade constituída pela apelante e pelo apelado já nasceu sob o signo da discórdia, desacerto originário, ao que parece, decorrente de distribuição de quinhões hereditários havidos do falecimento de um parente comum a ambos.

Para começar, a cláusula sexta, do contrato social (fls. 10/12), mal escrita, dá a entender e isto restou a final incontroverso ser de ambos os sócios, em

conjunto, a administração da sociedade. No entanto, a prova revela que o apelado, já nos alvares do ente societário, passou a administrá-la de modo pessoal, tanto que os cheques só continham a sua assinatura (fls. 14 a 34). Segundo a documentação capeada, somente a partir de 1993 é que essas ordens de pagamento passaram a conter as duas chancelas (fls. 143 a 152).

Além disso, passou o apelado, sempre de forma unilateral, a contratar pessoal, um deles até mesmo sem anotação regular, admitindo, por igual, a sua própria esposa, Marinete Florisbela Vieira Silva, pagando-a regamente (fls. 14/17).

Demais disso, como funcionário da agência do Banco do Estado de Santa Catarina e valendo-se das facilidades que a circunstância lhe permitia, fez o apelado saque na conta particular da apelante, transferindo valores para a conta da sociedade, sem, ao que consta nos autos, a aquiescência desta (fls. 36).

Não bastasse, passou, em dado momento, a sonegar informações à contadora da sociedade, trazendo-lhe dificuldade para a satisfação dos encargos sindicais, sociais e fiscais da empresa, como sucedeu com o INSS, o Cofins, o FGTS e o Imposto de Renda (fls. 35 e 269). Tocante, por exemplo, aos encargos sociais com o INSS, o próprio apelado admite, em seu depoimento em Juízo, de não havê-los pago até então (fls. 329).

Há referências, ainda, de que os salários dos empregados não eram satisfeitos no tempo oportuno, como dá conta o documento de fls. 73.

Existe, de outra parte, o levantamento financeiro-contábil efetuado na empresa pelo economista Sérgio Esca-

lera (fls. 42/44), e reprisado em suas declarações colhidas em Juízo (fls. 331/332), dando conta de uma série de outras irregularidades na sua contabilidade, como, por exemplo, a existência de registros irregulares relativos a recebimentos efetuados pela esposa do apelado, pertinentes às mensalidades, taxas e outras rendas, sem a contrapartida em depósitos bancários, evidenciando, por suposto, a percepção de vantagem em detrimento da apelante.

Ora, todos esses aspectos demonstrados por prova documental, cuja infirmação, pelo apelado, durante a instrução processual, inocorreu, leva à irrecusável conclusão a respeito da sinceridade do pleito vestibular, e, via de conseqüência, da inafastável inviabilidade dos negócios do ente societário tal como se vem conduzindo desde o seu nascimento para o mundo jurídico.

Isto sem contar que, com a sucessão de erros e desmandos na sua gerência, produzidos, desenganadamente, todos por culpa do apelado, a apelante, responsável pela orientação pedagógica do estabelecimento escolar, passou a não atender, como adequado, o cumprimento dessas tarefas, segundo se infere das declarações unilaterais colhidas de professoras (fls. 93, 94, 101, 102, 103/104 e 106/107).

De indagar-se, pois: qual a solução a alvitrar?

Ora, a despeito de sua denominação social que de “Céu proverbialmente nada tem, pelo menos no que pertine à sua administração a resposta aponta para a necessidade da dissolução total da empresa, sobretudo porque, tratando-se de um educandário, há que ser expungida imediatamente do seio social, dado o péssimo exemplo que dá

à comunidade, e, acima de tudo, porque a desrecomenda como entidade educacional para a qual acorrem, certamente, centenas de desavisados pais de alunos, os quais ficam expostos a um ensino que, em considerando todos os problemas do educandário, aqui desnudados, não podendo ser descartados tantos outros que, por uma razão ou outra, não vieram à baila durante a instrução do feito, não é, seguramente, aquele que o Brasil está buscando, a todo custo, nos dias atuais.

É bem verdade admitir-se, pela lei e segundo orientação jurisprudencial assente a que esta Câmara tem adotado, a hipótese de dissolução parcial de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sobretudo como na hipótese dos autos, posto que constituída apenas por dois sócios.

Do ponto de vista legal, há previsão expressa, a respeito, no Código Comercial, como se denota da redação do artigo 335, inciso 5º, que dispõe reputarem-se dissolvidas as sociedades por vontade de um dos sócios, sendo o ente societário celebrado por prazo indeterminado.

Anote-se, por relevante, ser este também o caso enfocado, já que a sociedade foi fundada por prazo indefinido (cláusula quinta do contrato social, fls. 10/12), e o pedido de dissolução foi formulado por sócio descontente com o seu rumo, ante o flagrante desaparecimento da denominada *affectio societatis*, viga-mestra, como se sabe, de toda a entidade societária.

Há, ademais, previsão a respeito no inciso 3º do artigo 336 do mesmo digesto, dispondo que as aludidas sociedades poderão ser dissolvidas judicialmente, a qualquer tempo, a

requerimento de um dos sócios, desde que configurado abuso, prevaricação, violação ou falta de cumprimento das obrigações sociais.

Ora, a conduta desarrazoada e até irresponsável do apelado na direção da empresa revela, conforme ficou evidenciado nos autos, caracterizados, num e noutro caso, irrecusavelmente, os pressupostos ao desiderato da apelante, visto ser possível e segura a constatação segundo a qual a continuidade dos negócios do ente societário apresenta-se inviável, dado inatender aos fins específicos para a qual fora fundada, sobretudo porque não foi produzida, pelo apelado, qualquer prova acerca da confiabilidade do ensino que lá está sendo ministrado.

Ora, a manter-se, por suposto, o funcionamento do educandário, com o apelante à testa de sua conturbada administração, muito provavelmente continuariam a ocorrer todos os problemas até então constatados, com graves e incertos prejuízos à comunidade onde se encontra instalado.

Bem verdade existir a preocupação dos operadores do direito em manter, tanto quanto possível, inobstante a dissensão de um dos sócios, a continuidade das atividades da sociedade (RT 523-11/23, 647/105, 649/70; Ajuris 44-78/85; Revista Forense 217/54; RSTJ 18-34/44 e RE n. 104.596—PA).

Todavia, em todas as hipóteses elencadas nos precedentes acima referidos não ressalta, como sucede no caso aqui examinado, a péssima, atabalhoada e incoseqüente administração levada a termo pelo apelado, sobretudo se considerada a delicada área de atividade que deu ensejo à sua constituição, a qual, segundo a cláusula terceira do

contrato social, é, verbis, "...a exploração por conta própria, do ensino regular, pré-escolar e assistência à criança de berço (fls. 10).

O consagrado jurista Fran Martins, a respeito, doutrina:

"O Código arrola, no n. 3 do art. 336, vários fatos que podem provocar a dissolução judicial da sociedade, a requerimento de qualquer dos sócios. Não apenas esses, mas outros ainda podem dar lugar a essa forma de dissolução. Cabe, porém, ao juiz examinar cada caso de per si, para verificar se realmente serve ele de motivo para que a sociedade se dissolva. Razões fúteis não podem ser levadas em consideração, mas é o juiz quem deve julgar do mérito das mesmas. Já dizia Clóvis Beviláqua que simples desinteligência entre os sócios não é motivo suficiente para a dissolução forçada; mas a jurisprudência, sobre o mesmo assunto, acrescentava que quando as desinteligências entre os sócios são de tal vulto, que impedem a continuação da sociedade, constituem causa de dissolução, ficando ao critério do juiz verificar se essas desinteligências são ligeiras ou constituem incompatibilidade absoluta.

E conclui o mestre:

"E, assim, o juiz que deve examinar as razões apresentadas para a dissolução, tendo sempre em vista que a sociedade deve estar acima dos interesses particulares dos sócios, pois a sociedade tem papel relevante na coletividade, já que vive a assumir obrigações para com terceiros que, de forma alguma, devem ser prejudicados na sua boa-fé" (in Curso de Direito Comercial, 17ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1993, págs. 296/297).

No mesmo sentido as lições de Marco Antônio Marcondes Pereira, publicados in *Justitia*, São Paulo, 57 (1/2), out./dez., 1995.

Já se decidiu, a propósito do tema, nesta Corte:

“Apelação. Ação de dissolução de sociedade por cota de responsabilidade limitada. Discórdia grave entre os dois únicos sócios. Alijamento de um deles. Desaparecimento da *affectio societatis*. Situação incompatível com a manutenção da sociedade. Ação procedente. Recurso conhecido e improvido” (Apelação Cível n. 31.272, de São Miguel do Oeste, rel. Des. João Martins).

Esses os argumentos pelos quais provejo o recurso para, de conseguinte, reformando a sentença hostilizada, julgar procedente o pedido inaugural, para o fim de determinar a dissolução total da entidade societária denominada Centro Escolar Cantinho do Céu Ltda. — ME, atentando-se, na seqüência, para o atendimento ao disposto no artigo 657 e seguintes do CPC antigo, e, ao Dr.

Juiz, especialmente, na nomeação do liquidante, segundo os preceitos atinentes à espécie. Sujeito o apelado, ainda, ao pagamento, a final, das custas processuais e do estipêndio advocatício, este arbitrado em 15% (quinze por cento) a incidir sobre o valor atribuído à causa (Súmula 14 do STJ).

É como voto.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, à unanimidade de votos, proveu o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaefer Martins.

Florianópolis, 9 de setembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CÍVEL N. 48.051 (88.079888-7), DE CRICIÚMA****Relator: Des. Eládio Torret Rocha**

*Alienação fiduciária em garantia. Bens infungíveis não adquiridos com o produto do financiamento. Depósito atípico. Prisão civil, na hipótese, inadmitida. Apelo parcialmente provido.*

*1 — É viável, como se sabe, a alienação fiduciária de bens infungíveis já pertencentes anteriormente ao devedor fiduciante, não adquiridos, portanto, com o produto do financiamento.*

*2 — O que se inadmite, todavia, nessa hipótese, após concedida a conversão da ação de busca em depósito, é a cominação de prisão civil, dado que excluída do permissivo do art. 5º, inc. LXVII, da Constituição Federal, que a permite, tão-só, no caso do depósito clássico previsto no Código Civil.*

*3 — Assim, se a sentença, ao acolher o aludido pedido de conversão, impõe ao devedor, no caso de não entrega dos bens ou o seu equivalente em dinheiro, a pena de restrição corporal, de se dar provimento ao apelo a fim de expungir-la da provisão judicial enfocada, que, em caso de inatendimento pelo devedor, poderá prosseguir, após nova conversão, como processo de execução.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível n. 48.051 (88.079888-7), da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Ari Nardino Praessler e apelados Massa Falida Stampa Indústria de Calçados Ltda. e Banco Bamerindus de Investimentos S/A:*

ACORDAM, em sessão da Câmara Cível Especial, à unanimidade de votos, prover parcialmente o apelo.

Custas de lei.

**I — Relatório**

No Juízo de Direito da 1ª Vara Cível da comarca de Criciúma, Banco Bamerindus de Investimentos S/A propôs ação de busca e apreensão contra

Stampa Indústria de Calçados Ltda., colimando a apreensão e entrega de bens alienados fiduciariamente em face de inadimplemento contratual.

Expedido mandado, restou ele não cumprido em função da não localização das máquinas (fls. 21, verso e 32), sendo a ação convertida em ação de depósito.

Citado, o representante legal da demanda, Ari Nardino Praessler, veio aos autos (fls. 42/43) informar a alienação de suas cotas sociais a terceiro e, em virtude disso, não ser mais o representante legal da empresa, colimando eximir-se, pois, de qualquer responsabilidade pelo não cumprimento do avençado.

Como sucedeu, no interregno, a decretação da falência de Massa Falida de Stampa Indústria de Calçados Ltda., o síndico nomeado ofereceu resposta (fls. 36/37), asseverando que os bens em questão foram apreendidos por outra instituição financeira, Banco Real de Investimentos S/A, em virtude de contrato de alienação fiduciária que os vinculava ao referido Banco.

Após declinação da competência da 2ª Vara Cível para o Juízo da 1ª Vara Cível, em razão de nesta estar em curso processo falimentar da requerida (fls. 68), sobreveio a prestação jurisdicional monocrática, a qual julgou procedente o pedido de conversão, determinando à ré, por seus quotistas Ari Nardino Praessler e Nilton Eugenio Nazari, a entrega dos bens objetos da ação ou o seu equivalente em dinheiro (saldo devedor em aberto), sob pena de prisão civil pelo prazo de 1 (um) ano, sujeitando a demandada ao pagamento das custas processuais e de estipêndio advocatício.

Irresignado com o teor do decisório adverso, a tempo e modo apela o vencido Ari Nardino Praessler, postulando, em síntese, a reforma da sentença, sob os argumentos preliminares de que houve cerceamento de defesa em razão do conhecimento antecipado da lide, e, ainda, que o apelado é carecedor da ação, haja vista não ser adequada a demanda ajuizada, mas sim a de restituição de bens.

No mérito, postula o apelante o provimento do recurso, para o fim de anular-se o feito, porquanto os bens onerados fiduciariamente ao apelado foram, posteriormente, alienados fiduciariamente ao Banco Real de Investimentos S/A, com o consentimento do apelado, e que tais bens encontram-se em poder deste por determinação judicial.

Alega, ainda, que o decreto de prisão civil não pode prosperar, em face da ausência de perícia contábil que indique o valor do débito para com o apelado e, por fim, requer, em caso de manutenção da sentença, a redução da verba honorária para o percentual de 10% (dez por cento).

O apelado, em resposta, rebate os argumentos expendidos nas razões de apelação e aplaude a sentença, pleiteando, em suma, a sua manutenção.

O Síndico da massa falida manifesta-se pela improcedência do pedido e o Ministério Público opina pelo improvimento do recurso.

O preparo ocorreu regularmente.

Os autos subiram a esta Casa, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça manifestado-se pela rejeição das preliminares argüidas e, no mérito, pelo improvimento do recurso.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

O apelo está a merecer parcial acolhida.

De fato, segundo se infere dos documentos acostados ao processo (fls.10/11 e 13/14), cuida a espécie de ação originária de busca e apreensão, fulcrada em alienação fiduciária em garantia, convertida, posteriormente, em ação de depósito, por não haverem sido encontrados, pelo meirinho, os bens vinculados aos contratos.

A conversão, tal qual admitida pela sentença, todavia, não pode prevalecer, posto que é atípico o depósito enfocado.

Ora, as máquinas vinculadas aos contratos já pertenciam, ao tempo da fir-



matura dos negócios, à empresa Stampa Indústria de Calçados Ltda. Ocorre que, em 21/7/86, quando da contratação, os aludidos bens já haviam sido por ela adquiridos, segundo notas fiscais emitidas em 3/7/86 e 13/6/86, respectivamente (fls.10v. e 13v.).

É que, na hipótese focalizada, atípica é a equiparação do devedor à figura do depositário, tanto mais porque o contrato tem por finalidade específica o financiamento do bem e não a sua guarda.

Nesse tipo de avença, como é curial, resulta que o devedor fiduciante, ao contrário do que sucede na alienação fiduciária típica, não é investido na posse de bem alheio e sim continua a exercê-la, na medida em que já integrante de sua propriedade. Em suma: não se configura a obrigação defluente do depósito, de modo que não se há de falar em depositário infiel.

A prevalecer a tese da sentença, ter-se-ia, concessa venia, prisão civil por dívida, o que afronta a garantia constitucional prevista no inciso LXVII do artigo 5º da Constituição Federal.

Sendo assim, nada obstante ser possível a alienação fiduciária incidente sobre bens já integrantes do patrimônio do devedor, isto é, não adquiridos com o produto do financiamento, inteiramente descabida, porém, a cominação de prisão civil por depositário infiel.

Esta tem sido, em verdade, a orientação jurisprudencial mais moderna e consentânea com a natureza do instituto sob exame, sobretudo a oriunda do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se denota do precedente que abaixo transcrevo:

“Alienação fiduciária. Bens infungíveis. Instrumentos de trabalho da empresa. Possibilidade de sua alienação em garantia, mesmo já integrados ao patrimônio

do devedor (...) Prisão civil. Sua impossibilidade nos casos de depósitos atípicos, instituídos por equiparação para reforço às garantias em favor de credores. Prevalência da norma constitucional, tutelar do direito maior à liberdade, e imune às leis ordinárias ampliativas do conceito de depositário infiel. Recurso especial conhecido e provido” (REsp. 2320/RS, DJU de 2/9/91, pág. 11.814).

Ou ainda:

“Alienação fiduciária em garantia. Bens não adquiridos com o produto do financiamento. A lei admite a possibilidade de serem fiduciariamente alienados bens já antes pertencentes ao devedor, e portanto não adquiridos com o produto do financiamento. Exclusão, todavia, da cominação de prisão civil, não essencial à natureza mesma da ação de depósito e excluída do permissivo do art. 5º, inc. LXVII, da CF, que permite tão-somente aos depósitos clássicos, previstos no CC, sem possíveis ampliações que ponham em risco a liberdade dos devedores em geral” (RSTJ 23/378, 33/204).

De mesmo teor o magistério do Professor José Geraldo de Jacobina Rabello:

“Entendeu o STJ que a Constituição, ao permitir a prisão civil de depositário infiel, quis se referir apenas às obrigações concernentes aos depósitos clássicos, àqueles em que o depositário, como ensinou Trabucchi, recebe a coisa para guardar, conservar e restituir. Fora disso, não cabível a prisão civil, ou seja, não admissível a prisão civil no caso de depósito por ficção legal, como no caso de depositário da alienação fiduciária em garantia, em que o depositário, na verdade, não recebe uma coisa para guardar, conservar e restituir” (RT 693/88).

E essa é, inarredavelmente, a hipótese dos autos, na medida em que, nos dois contratos acostados, inexistia qualquer cláusula acerca da constituição de depósito regular.

No mesmo sentido dos ensinamentos encontram-se, ainda, neste Tribunal, os arestos proferidos do Agravo de Instrumento n. 9.966 e dos Embargos de Declaração n. 44.217, entre outros, este último ricamente fundamentado, até mesmo no que toca ao respeitável voto parcialmente vencido.

Esses os argumentos pelos quais, pelo meu voto, provejo parcialmente o apelo, para o fim de expungir, do pedido de conversão, a cominação de prisão civil, mantendo inalterado, no mais, o duto decisório objurgado, até mesmo no que toca ao pagamento de cus-

tas judiciais e estipêndio advocatício, visto que, neste último aspecto, aplicável o regramento contido no parágrafo único do artigo 21 do CPC.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Câmara, por votação unânime, proveu parcialmente o recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Nelson Schaeffer Martins.

Florianópolis, 2 de setembro de 1998.

*Solon d'Eça Neves,*  
*Presidente com voto;*  
*Eládio Torret Rocha,*  
*Relator.*

## AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.004038-5, DE ANITA GARIBALDI

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Agravo de instrumento — Execução fiscal — Dissolução irregular da empresa — Bens do sócio-gerente — Possibilidade de constrição — Reclamo acolhido.*

*A penhora de bens em nome do sócio-gerente só se justifica após a sua citação e desde que a empresa tenha sido irregularmente dissolvida. Enquadra-se nesse contexto o encerramento das atividades, independentemente de recolhimento dos tributos devidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.004038-5, da comarca de Anita Garibaldi, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravada Indústria e Comércio de Madeiras Matia Ltda.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, acolher o reclamo.

Custas na forma da lei.

O Estado de Santa Catarina, por seu procurador, invocando permissivos legais, diante do respeitável decisum que, nos autos da execução fiscal deflagrada em face de Indústria e Comércio de Madeiras Matia Ltda., indeferiu a citação na pessoa do sócio-gerente, interpôs agravo de instrumento, destacando, em síntese, ter essa empresa terminado irregularmente as suas atividades, abstenendo-se de liquidar débitos fiscais e de implementar as medidas adequadas perante a Jucesc, daí o pleito de citação e penhora em bens do sócio-gerente, o qual foi negado.

Após outras considerações que, por brevidade, ficam incorporadas a esta suma, clama o provimento do recurso, a fim de ser deferida aquela providência.

Documentos instruem a peça vestibular.

Prolatado o decisum de fls. 97, foi determinado o ato citatório e constritivo, retornando a intimação para efeito do art. 527, inciso III, do Código de Processo Civil (fls. 102). Depois de outras formalidades (fls. 102 usque 112), os autos voltaram conclusos.

É o singelo relato.

Reformulo o despacho de fls. 107, exarado com o objetivo de promover a intimação da parte contrária, porque: "No procedimento de agravo de instrumento manejado contra decisões indeferitórias de liminares, não há necessidade de citação ou intimação da parte ex adversa, quando ainda não tenha ingressado na relação processual" (5ª Conclusão do Cetars). Mutatis mutandis, essa é a hipótese, porque em se tratando de indeferimento de petição inicial, o art. 296 do Código de Processo Civil, em sua nova redação, não mais contempla a citação do ocupante do pólo passivo. Logo, a exegese agora adotada é compatível com a efetividade do processo.

Dito isso, de imediato, urge proclamar: "Penhora — Bens particulares de sócios — Sociedade irregularmente dissolvida — Constrição possível somente após a citação dos substitutos tributários" (RT 654/95). Essa providência foi determinada no decisum de fls. 97, como antecedente da constrição, devendo persistir. Por outro lado, "ICM — Dissolução da sociedade — Recolhimento de impostos. Os sócios-gerentes ou representantes de sociedades por quotas de responsabilidade limitada são pessoalmente responsáveis pelas obrigações tributárias, contraídas em nome da sociedade, se agem com excessos de poderes ou infração da lei, contrato social ou estatutos. Age com infração da lei, sócio-gerente que dissolve a sociedade irregularmente, não efetuando os devidos recolhimentos dos impostos, entendimento da Súmula 112 do extinto TFR e desta eg. Corte" (REsp. n. 11.335—SP, DJU de 6/4/92, pág. 4.465). No mesmo sentido: REsp. n.

7.387—PR, DJU de 14/12/92, pág. 23.895.

Ainda: “Tributário. Execução fiscal. Embargo. Sócio quotista. Dissolução irregular da sociedade — Tendo o aresto recorrido reconhecido a atividade irregular da sociedade executada e sendo o recorrente seu sócio-gerente, a sua responsabilidade pessoal recai do art. 135, III, do CTN. Aplicação ao caso da Súmula 184 do extinto TFR” (REsp. n. 7.704—SP, DJU de 9/11/92, pág. 20.352).

Ora, patente a dissolução irregular da empresa, e demonstrada a existência de crédito tributário, data

venia, não tem razão o Exmo. Sr. Dr. Juiz de Direito (fls. 89) quando assevera não haver enquadramento para a espécie no art. 135 do Código Tributário Nacional.

Ante o exposto, atende-se o pleito recursal, ordenando-se a citação e penhora de bens do sócio-gerente.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Carlos Prudêncio e Orli Rodrigues.

Florianópolis, 18 de novembro de 1997.

*Francisco Oliveira Filho,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.004118-7, DE JOINVILLE

**Relator: Des. Francisco Oliveira Filho**

*Agravo de instrumento — Alienação fiduciária — Busca e apreensão — Liminar — Presença dos requisitos do art. 3º do Decreto-Lei n. 911/69 — Tramitação de revisional do contrato — Irrelevância — Bem não essencial às atividades da empresa — Nomeação do credor fiduciário como depositário — Manutenção — Desproviamento do recurso.*

*Configuradas as hipóteses do art. 3º, caput, do Decreto-Lei n. 911/69, o deferimento da liminar é medida que se impõe, sendo que o manejo de revisional do contrato não tem o condão de reprimi-la, eis que incapaz de descaracterizar a mora.*

*Não se pode considerar essencial às atividades da empresa, in casu restaurante e churrascaria, automóvel importado, pois a comodidade ou conforto nos deslocamentos não pode ter supremacia no desenvolvimento dos negócios, os quais podem persistir com êxito independentemente daquele bem.*

*A exclusão do credor fiduciário como depositário é exceção, aplicável em situações extraordinárias.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.004118-7, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é agravante Restaurante e Churrascaria Ataliba Ltda., sendo agravado Banco do Estado de Santa Catarina S/A — BESC:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Restaurante e Churrascaria Ataliba Ltda., através de advogado, interpôs Agravo de instrumento, pois inconformada com a decisão que indeferiu pleito de revogação da liminar nos autos de ação de busca e apreensão deflagrada pelo Banco do Estado de Santa Catarina S/A. Alegou, em síntese, que o contrato de mútuo, cuja garantia é o automóvel constritado, teve seus termos questionados em revisional, existindo, ainda, sobre este objeto, ação de execução e notificações extrajudiciais. Disse, por outro lado, que o bem em tela é imprescindível às atividades da empresa, devendo ficar depositado em mãos do devedor. Após outras considerações, pugnou pelo acolhimento da súplica deduzida.

Denegado efeito suspensivo, transcorreu in albis o prazo para resposta.

Inexitoso agravo regimental interposto em face da decisão de fls. 91, foram os autos conclusos.

É o relatório.

Efetivamente, execucional havia sido detonada acerca do mesmo contrato (fls. 44/46). Entretanto, a desistência do credor acarretou a extin-

ção do processo em 18/12/96 (fls. 52). A busca e apreensão (Decreto-Lei n. 911/69), todavia, foi deflagrada no dia 27 de fevereiro deste ano. Portanto, eiva inexistente, apesar de notificações (ações cautelares nominadas administrativas) e do processo cognitivo de revisão contratual, este também em tramitação.

É que, configuradas as hipóteses do art. 3º, caput, do Decreto-Lei n. 911/69, o deferimento da medida iníto litis é providência que se impõe, sendo que o manejo da refalada ação revisional e notificações não têm o condão de reprimi-la, eis que incapazes de descaracterizar a mora.

Oswaldo e Sílvia Opitz, in "Alienação Fiduciária em Garantia", Ed. Síntese, 4ª ed., pág. 249, reeditando artigo escrito por Arnaldo Wald (RT 400/29), não discrepam deste entendimento: "Pode a divergência entre devedor e credor dar, conforme o caso, margem a uma consignação em pagamento, a uma ação ordinária ou até a uma prestação de contas, procedimentos que, todavia, não evitam nem impedem a alienação do bem e a sua disponibilidade pelo adquirente fiduciário e assegurem, pois, o funcionamento normal da rotatividade do crédito, condição indispensável à sua manutenção e ao seu desenvolvimento em bases economicamente razoáveis e suportáveis para os beneficiários do crédito direto ao consumidor".

Este colendo Pretório, por sua vez, já proclamou: "O fato da agravada ter ajuizado ação revisional de contrato de alienação fiduciária, em face do agravante, não impossibilita o magistrado de conceder a liminar em ação de busca e apreensão, com

aquela conexa, pois o seu manejo não tem o condão de elidir a mora.

“Em tema de alienação fiduciária, comprovada a mora ou inadimplimento, é de ser deferida a liminar de busca e apreensão” (AI n. 96.009168-8, de Chapecó, Des. Nelson Schaefer Martins). No mesmo sentido há o aresto prolatado no AI n. 96.008825-3, de São Miguel do Oeste, Des. Silveira Lenzi.

Por outro lado, o automóvel Toyota, “utilizado para lazer e principalmente para o trabalho” (fls. 4, 12), não é essencial à continuidade da empresa, inobstante possa servir ao transporte de produtos necessários ao negócio, aqueles suscetíveis de serem entregues por fornecedores. A como-

didade ou conforto nos deslocamentos não pode ter supremacia no desenvolvimento dos negócios, os quais podem persistir com êxito independentemente daquele bem.

A exclusão do credor fiduciário como depositário é exceção, aplicável em situações extraordinárias.

Ante o exposto, é negado provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. Carlos Prudêncio.

Florianópolis, 23 de setembro de 1997.

*Francisco Oliveira Filho,  
Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.011809-0, DE OTACÍLIO COSTA

**Relator: Des. Eder Graf**

*Agravo de instrumento — Reintegração de posse — Bem pertencente ao espólio — Herdeiros — Legitimidade ativa.*

“Diz o Código Civil, art. 1.572: ‘Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários’. A regra jurídica há de ser lida como se lá estivesse escrito: ‘Morto o decujo, qualquer titularidade de direito transmissível a causa de morte e a posse transmitem-se aos herdeiros, legítimos ou testamentários’.

“Herdeiro não pede imissão de posse, porque posse ele tem. Pode exercer ação de esbulho, ou de turbção, ou qualquer ação possessória” (Pontes de Miranda).

*Reintegração de posse — Liminar deferida sem audiência de justificação prévia — Admissibilidade.*

*Embora a jurisprudência desaconselhe a concessão de liminar nas possessórias sem a realização de justificação prévia, situa-*

*ções especiais existem em que as fotos do local, aliadas a outros elementos de cotejo, permitem ao Magistrado formar um juízo seguro para deferir a reintegração in itinere, dispensada a oitiva de testemunhas em audiência.*

*Despacho — Fundamentação concisa – Possibilidade.*

*“As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. O juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação (CF 93 IX). Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação” (Nelson Nery Júnior).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.011809-0, da comarca de Otacílio Costa, em que é agravante Antenor da Costa Velho, sendo agravados João Velho Ribeiro e Irene Aparecida Ribeiro:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Antenor da Costa Velho interpôs agravo de instrumento contra decisão proferida em ação de reintegração de posse que deferiu a liminar reintegratória em favor dos agravados.

Sustenta que os agravados não possuem legitimidade para propor a ação de reintegração de posse, e que por se tratar de bem de herança a parte legítima para representar o espólio em Juízo é a inventariante. Afirmou ainda que não existem provas suficientes do esbulho, pelo que a liminar não poderia ser concedida sem a realização de justificação prévia. Por fim,

argüiu nulidade do decisum por ausência de fundamentação.

Não houve pedido de liminar suspensiva.

Prestadas as informações solicitadas, apresentaram os agravados sua contraminuta, na qual protestam pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

O recurso não merece guarida.

Sustenta o agravante que os autores da ação de reintegração de posse, ora agravados, não possuem legitimidade para propô-la.

Não procede tal alegação, porquanto os agravados são herdeiros e não estão eles representando o espólio como afirmam os agravantes. Ingressaram em Juízo para defender, individualmente, direito que lhes assiste desde a abertura da sucessão com o falecimento do autor da herança.

“Conforme o art. 1.572 do Código Civil, com a morte a posse transmite-se imediatamente aos herdeiros e a inércia do inventariante não impede que eles ingressem em Juízo na defe-

sa de seus direitos individuais ameaçados por terceiros.

Assim sendo, resta evidente a legitimidade e interesse dos agravados para requerer a reintegração contra terceiros que se encontrem injustamente na posse do imóvel pertencente ao espólio.

É de clareza solar o magistério de J. M. Carvalho Santos ao comentar o art. 1.572 do Código Civil:

“A transmissão da propriedade e da posse não dependem de nenhum ato praticado pelos herdeiros; independem de pedido de imissão de posse ao juiz competente; ela é imediata, desde o momento da abertura da sucessão, e se verifica de pleno direito, até mesmo sem nenhuma manifestação de vontade de sua parte e à sua revelia.

“Como conseqüência, pode a pessoa ignorar que seja herdeiro e ainda assim, em virtude do princípio legal, se verifica para sua pessoa a transmissão da propriedade e posse dos bens do de cujus.

“(…)

“Resultam destes princípios as conseqüências seguintes, além das que já foram mencionadas:

“(…)

“d) o herdeiro poderá usar dos interditos possessórios, caso alguém pretenda a posse dos bens da herança; pode mesmo continuar as ações possessórias intentadas pelo autor da herança, sem solução de continuidade” (Código Civil Brasileiro Interpretado, 7ª ed., Ed. Freitas Bastos, vol. XXII, págs. 11/12).

O ilustrado Pontes de Miranda leciona com brilhantismo:

“Diz o Código Civil, art. 1.572: ‘Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários’. A regra jurídica há de ser lida como se lá estivesse escrito: ‘Morto o decujo, qualquer titularidade de direito transmissível a causa de morte e a posse transmitem-se aos herdeiros, legítimos ou testamentários’.

“Herdeiro não pede imissão de posse, porque posse ele tem. Pode exercer ação de esbulho, ou de turbacção, ou qualquer ação possessória” (Tratado de Direito Privado, tomo LV, Direito das Sucessões, Editor Borsói, 1968, pág. 17).

Neste Tribunal já se fixou:

“Ação reivindicatória — Imóvel parcialmente desapropriado — Área remanescente — Legitimidade ativa.

“Aberta a sucessão, o domínio e posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários (CC, art. 1.572), que têm legitimidade para reivindicar a área remanescente de imóvel desapropriado, que afirmam ter sido injustamente apossada pelo expropriante” (AC n. 49.874, de São Joaquim, Des. Newton Trisotto, j. 29/10/96).

Em relação ao argumento de que a liminar reintegratória não poderia ter sido deferida sem a realização de audiência de justificação prévia e que inexistem provas a ensejar o seu deferimento, melhor razão não assiste aos agravantes.

Do exame dos autos verifica-se que o Juiz a quo, quando da apreciação da liminar, baseou seu convencimento na documentação carreada ao processo principal pelos agravados.



Além disso, foi realizada diligência in loco pelo oficial de justiça que certificou a invasão de aproximadamente 14 (catorze) metros do imóvel em questão (fls. 33).

Portanto, em face das fotografias do local (fls. 19/20) aliadas a outros elementos de cotejo e à certidão retromencionada, mostra-se perfeitamente factível a concessão da liminar sem a realização da audiência de justificação prévia.

Em situação semelhante este Órgão Fracionário fixou:

“Agravado de instrumento. Reintegração de posse. Liminar. Pressupostos.

“Embora a jurisprudência desaconselhe a concessão de liminar nas possessórias sem a realização de justificação prévia, situações especiais existem em que as fotos do local, os documentos extraídos de outros processos relativos ao mesmo imóvel e principalmente a inspeção judicial fornecem ao magistrado seguros elementos para, em despacho fundamentado, deferir a reintegração in itinere, dispensando a oitiva de testemunhas” (AI n. 6.089, de São José, DJE n. 8.205, de 8/3/91, pág. 4). No mesmo sentido: AI n. 97.000746-9, de Biquaçú, j. 20/5/97.

Alexandre de Paula traz a lume precedente aplicável, a saber:

“Se a inicial da ação possessória já vem apoiada em documentos ou perícia que justifiquem a concessão liminar não é imperativa a realização da audiência de justificação prévia a que alude o art. 928 do CPC (Ac. unân. da 7ª Câm. do 2º TACív.SP de 31/10/84, no MS 172.618-9, rel. Juiz Gildo dos Santos; RT 593/162)” (CPC

Anotado, vol. IV, 6ª ed., RT, pág. 3.518).

Da mesma forma, a alegação de nulidade do decisum, pela ausência de fundamentação, é inconsistente, porquanto o Magistrado indicou de modo preciso, ainda que com brevidade, as razões de seu convencimento.

O despacho de Primeiro Grau contém fundamentação concisa, mas isso não equivale a omissão, tampouco constitui causa de nulidade.

Nelson Nery Júnior comenta em nota de rodapé:

“As decisões interlocutórias e os despachos podem ser exteriorizados por meio de fundamentação concisa, que significa fundamentação breve, sucinta. O juiz não está autorizado a decidir sem fundamentação (CF 93 IX). Concisão e brevidade não significam ausência de fundamentação” (in Código de Processo Civil Comentado, 2ª ed., RT, 1996, pág. 595).

A propósito:

“Não é nula a sentença fundamentada sucintamente, desde que contenha o essencial para a solução do litígio” (AC n. 52.271, de Campos Novos, j. 2/4/96).

Ou também:

“Sentença — Fundamentação sumária — Deficiência que não equivale a omissão — Preliminar de nulidade repelida.

“A fundamentação sumária da sentença não é causa de nulidade, posto que não equivalente a omissão ou falta de fundamentação” (RT 616/76).

Nega-se, pois, provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Silveira Lenzi e Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 14 de abril de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.004559-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Agravo de instrumento — Pedido de substituição de bens penhorados por quantia em dinheiro equivalente — Valor depositado inferior ao da dívida — Impossibilidade de substituição — Manutenção da penhora — Art. 668, CPC — Recurso desprovido.*

*A substituição objetiva do bem penhorado por dinheiro, permitida ao devedor, a todo tempo, antes da arrematação ou adjudicação, só é possível se o numerário a ser depositado cobrir o montante suficiente a garantir o valor total da dívida com os encargos legais. Essa faculdade conferida ao devedor apenas pode ser exercida de forma a melhorar a liquidez da garantia em prol do exequente.*

*Voto vencido.*

*Vistos, relatados e discutidos esses autos de Agravo de Instrumento n. 97.004559-0, da comarca da Capital (6ª Vara Cível), em que é agravante Jussara Edvirges de Melo, sendo agravada Vida Nova Imóveis Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Jussara Edvirges de Melo interpôs agravo de instrumento contra decisão do ilustre Magistrado da 6ª Vara Cível da Comarca que indeferiu a pretensão da agravante de substituir o bem penhorado, e objeto de pleito de remoção, pelo seu equivalente em dinheiro, conforme o art. 668 do CPC, sob o argumento de que a substitui-

ção da penhora somente é permitida desde que o valor da substituição seja capaz de cobrir o valor total da dívida.

Sustenta, em preliminar, que o Magistrado aditou o despacho que ordenava fosse intimado o credor sobre a avaliação após publicado no DJ, determinando o desentranhamento do mandado de remoção, o que, por certo, representa uma irregularidade que dificulta o trabalho do seu procurador.

No mérito, alega que o decísum indeferitório do pedido de substituição da penhora pelo seu equivalente resulta em equívoco, dês que, conforme o disposto no art. 668 do CPC, o devedor pode a qualquer tempo requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro, sem que seja necessário que

tal substituição satisfaça integralmente o valor da dívida.

Ressalta que o texto legal é claro ao especificar o direito de o devedor substituir o valor do bem penhorado por dinheiro, desde que seja igual ao valor da avaliação.

Informa ainda que a penhora recaiu tão-somente sobre o bem objeto do pedido de substituição por depósito em dinheiro, e resulta daí a sua pretensão de substituir o bem gravado de penhora pelo seu equivalente em dinheiro, não se extinguindo assim a execução, que poderá prosseguir com a penhora de eventuais outros bens.

Contraminutando o recurso, ressalta a agravada que a preliminar suscitada pela agravante não encontra guarida no art. 301 do CPC, tratando-se tão-somente de matéria suscitada para dar ciência a este Grau de Jurisdição.

Ademais, alega que a determinação do desentranhamento do mandado de remoção constitui tão-somente despacho de mero expediente, não estando, pois, sujeito a recurso.

Anota que o mandamus impetrado a bem de conferir efeito suspensivo ao presente recurso, cuja liminar restou indeferida, teve por fundamento a acentuada diferença entre a quantia ofertada para substituição da penhora e o valor efetivo da dívida, insuficiente para seu resgate.

Alega também que o art. 668, invocado pela agravante, garante o direito de substituição dos bens penhorados por dinheiro, desde que a quantia seja suficiente para cobrir o montante do débito.

Por fim, ressalta que a agravante utiliza-se de mais um artifício para protelar o pagamento do débito líquido e certo.

Formado o instrumento e mantida a decisão agravada, contados e preparados, os autos alçaram a este Grau de Jurisdição.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento manejado por Jussara Edvirges de Melo, contra decisão do ilustre Magistrado da 6ª Vara Cível da comarca da Capital, que, nos autos da ação de execução movida por Vida Nova Imóveis Ltda., indeferiu o pedido de substituição de bens penhorados por dinheiro.

Quanto à matéria suscitada em preliminar pela agravante, a respeito da suposta irregularidade de atos praticados pelo MM. Juiz a quo, quando ordenou o desentranhamento do mandado de remoção posteriormente à publicação do despacho no DJ, já recebeu exame no Mandado de Segurança n. 9.630, impetrado com objetivo de dar efeito suspensivo ao presente recurso, valendo transcrever:

“No tocante à determinação do desentranhamento do mandado de remoção pelo Dr. Juiz de Direito inserido no despacho só após a publicação no ‘DJ’, é questão a essa altura prejudicada, pois o referido mandado já retornou aos autos, com pedido formulado pelo meirinho, sem notícia até aqui se foi apreciado, de requisição de força policial para o cumprimento do ato”.

Quanto ao mérito alega, em síntese, que a substituição da penhora por montante equivalente em di-

nheiro, a teor do que prescreve o art. 668 do Codex Instrumental, pode ser feita a qualquer tempo, sem que seja necessário que a referida substituição satisfaça integralmente o valor da dívida.

Não assiste razão à agravante.

Pretendia a agravante substituir a penhora de bens móveis avaliados em R\$ 600,00 pelo depósito em dinheiro no mesmo valor, embora a dívida mantida junto à agravada alcance a importância de R\$ 15.000,00.

Injustificável, pois, que o valor, porque inferior ao débito, possa, com depósito, liberar, por substituição, a constrição existente. Urge que o devedor, conhecido o quantum devido, querendo livrar-se do gravame sobre seus bens, deposite aquele integralmente.

Prevalece, a propósito, o entendimento doutrinário e jurisprudencial, na interpretação do art. 668 do CPC, de que:

“Se o devedor pretende a substituição da penhora ‘se cálculo atualizado não há, no processo, deverá ser feito, para determinação do quantum a ser depositado, em montante suficiente para que possam ser atendidos os pagamentos de tudo quanto ao exequente caiba receber e dos demais encargos processuais de execução’” (Comentários ao Código de Processo Civil, Celso Neves, Forense, vol. VII/59, n. 27).

“A substituição de bem penhorado somente é permitida antes da arrematação, ou da adjudicação. E para tal efeito, se cálculo atualizado não há, no processo, deverá ser ele feito, para determinação da quantia a ser depositada, em montante suficiente

para que possam ser atendidos o pagamento dos encargos e demais consectários” (STJ – 3ª Turma, RMS 197-SP, rel. Min. Waldemar Zveiter, j. 7/8/90, in CPC e Legislação Processual em Vigor, Theotonio Negrão, 26ª ed., pág. 453).

Também do Superior Tribunal de Justiça: “Em sede de execução fiscal a penhora pode ser substituída, a qualquer tempo, por dinheiro, mas desde que no valor correspondente ao débito devidamente atualizado” (REsp. n. 60763-9—SP, rel. Min. Cesar Asfor Rocha, in RSTJ, a. 8(81), maio/96, pág. 104).

Do extinto Tribunal Federal de Recursos, colhia-se de igual forma: “Em execução fiscal, a penhora somente poderá ser substituída por depósito em dinheiro suficiente a cobrir o principal, juros, multa, correção monetária e demais encargos legais, nos termos do art. 15, I, da Lei n. 6.830/80” (ac. unân. da 5ª T., de 17/8/83, Agr. 43.667—SP — rel. Min. Pedro Acioli, RTFR, vol. 115, pág. 31).

Desta Corte transcreve-se:

“Apelação Cível — Embargos à arrematação — Penhora — Substituição por dinheiro — Quantia insuficiente — Art. 668, CPC — Embargos rejeitados — Recurso desprovido — Sentença negativa mantida — ‘Requerendo o devedor a substituição do bem penhorado por dinheiro, cumpre-lhe oferecer quantia suficiente para o pagamento da dívida e dos demais encargos processuais, sendo inadmissível, portanto, o depósito, apenas do valor da avaliação’ (RT 588/131)” (Apelação Cível n. 37.494, de Itajaí, relator Des. Cid Pedrosa, j. 17/3/92).

Ainda da eg. 5ª Câmara do TJSP, sobressai igual posicionamento:

“O poder de substituição, conferido ao devedor, é bastante restrito e só pode ser exercido de forma a melhorar a liquidez da garantia em prol da exequente. O valor do depósito deve corresponder ao da dívida atualizada monetariamente, juros e multas de mora, e encargos indicados na certidão” (O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, Alexandre de Paula, vol. XIV, 1ª ed., Forense, RJ, 1990, pág. 399, v. 32.450).

É de ser mantido, portanto, o r. decisum, dès que a substituição da penhora por depósito em dinheiro somente seria possível se a quantia depositada pela agravante correspondesse ao valor exato da sua dívida com a agravada.

Por tais razões a Câmara decide, por maioria de votos, negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Francisco Borges.

Florianópolis, 22 de maio de 1997.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto vencido;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. João José Schaefer:

Divergi, data venia, da douta maioria.

Na lição de Humberto Theodoro Júnior, “a substituição é uma faculdade que o Código confere ao deve-

dor e que pode ser exercida a todo tempo, sendo-lhe sempre permitido antes da arrematação ou adjudicação requerer a troca de bens penhorados por dinheiro (CPC, art. 668)”.

E prossegue o douto jurista mineiro: “Já existindo avaliação, o depósito terá de ser de importância que corresponda à estimativa do avaliador” (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, pág. 939).

O entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, bem o indicou o eminente relator, é no sentido de que a substituição só possa fazer-se em montante suficiente para pagamento de toda a dívida (RMS 197—SP, conforme CPC de Theotonio Negrão, 26ª ed., pág. 453, e RSTJ 81/104).

A clara disposição do art. 668, no sentido de que “o devedor, ou responsável, pode, a todo tempo, antes da arrematação ou da adjudicação, requerer a substituição do bem penhorado por dinheiro...” e o fato de que não se compreenderia que, numa penhora abrangendo diversos bens, se exigisse para substituição de um deles, fosse depositado o correspondente a toda a dívida, levam-me a, respeitosamente, divergir do entendimento supra do colendo Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se que o dispositivo fala em “devedor ou responsável”, sendo este um terceiro obrigado pela dívida, de sorte que seria inviabilizar de toda a substituição para o responsável — que não o devedor de toda a dívida, repita-se, mas apenas por ela responsável até o valor do bem que ofereceu em garantia — exigir que o pedido de

substituição se faça pelo valor do débito.

Penso, por isso, que bem interpretaram o conteúdo do art. 668 do CPC as decisões publicadas em “O Processo Civil à Luz da Jurisprudência”, A. de Paula, vol. XIV, sob números 32.452 e 32.464, a primeira do TARJ de que “Viola o art. 668 do CPC, erigindo-se em ilegalidade sanável pelo mandado de segurança, o despacho que denega pedido do devedor, de substituição da penhora de direito de uso do telefone pelo correspondente valor em dinheiro, sob a alegação de que o débito excede ao valor dos bens avaliados” (1º TARJ), e a segunda do 1º TACívSP, de que “Para haver a substituição do bem penhorado por dinheiro, a importância deve corresponder ao valor do bem que o executado pretende substituir”.

A redação do art. 668 põe a substituição do bem penhorado por dinheiro como faculdade do devedor (A. de Paula, vol. citado, ns. 32.465 e 466), independentemente, pois, do assentimento do credor, diferentemente do que ocorre com a substituição por outro bem, em que há necessidade de concordância do credor, o que é de lógica irrefutável se o objetivo da penhora é a transformação do bem em dinheiro.

Se este é desde logo oferecido pelo devedor, no valor correspondente à avaliação, não há, estou convicto, data venia do respeitável entendimento em contrário, como se condicionar a substituição ao depósito de valor correspondente a toda a dívida.

*João José Schaefer.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.004593-0, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Assistência judiciária — Prazo em dobro — Escritório Modelo de Advocacia da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Vale do Itajaí — Aplicabilidade do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50 — Agravo provido a fim de que seja processada a apelação interposta dentro do trintídio.*

*Ao prestar assistência judiciária gratuita às pessoas carentes, os Escritórios Modelos de Advocacia das Universidades de Santa Catarina, independentemente de convênio com o Estado, exercem relevante serviço público. Bem por isso se lhes aplica o desfrute dos prazos em dobro de que trata a Lei n. 1.060, art. 5º, § 5º.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.004593-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é agravante Altino*

*Machado de Souza Filho, sendo agravada Tânia Regina Araújo:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao agravo.

Custas na forma da lei.

Altino Machado de Souza Filho agrava de instrumento do despacho proferido nos autos da ação ordinária de indenização que lhe move Tânia Regina Araújo, que deixou de receber recurso de apelação, por intempestivo.

Sublinha que o agravante, beneficiário da assistência judiciária, restou vencido no pleito suso apontado, cuja sentença foi publicada na imprensa oficial no dia 27/2/97 (DJ n. 9.674, fls. 57/60). Menciona que, considerando a aplicação do prazo de três dias sobre a data da publicação, o início da contagem do prazo ocorreu no dia 5 de março, já que o primeiro dia útil após a publicação foi o dia 28 de fevereiro (sexta-feira), seguido dos dias 3 e 4 de março — segunda e terça-feira. Assim, o prazo para a interposição da apelação venceria em 3 de abril do ano em curso, considerando ser o agravante beneficiário da justiça gratuita, e por força do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, seu prazo é contado em dobro.

Afirma que inobstante tenha alegado a tempestividade do apelo, o digno Magistrado a quo deixou de receber o recurso por intempestivo, considerando como prazo único os 15 (quinze) dias da contagem regular do art. 508 do CPC.

Enfatiza que no entendimento desta Corte, em se tratando de beneficiário da justiça gratuita e assistido por Escritório de Advocacia Modelo, os prazos são aplicados em dobro.

Por último, afirma que a intimação foi feita através da imprensa, quando deveria ter sido pessoal ou diretamente ao assistente.

Diante disso, pugna pelo conhecimento e provimento do agravo, a fim de ser recebido o recurso de apelação com o seu regular processamento.

Instruem a inicial os documentos de fls. 7 a 34.

Prestou informações o digno Magistrado de Primeiro Grau, salientando que se posiciona “no sentido de que o benefício do § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50 não se aplica a escritórios de prática forense posto que não fazem as vezes do Defensor Público mantido pelo Estado, exceto se houver expresso convênio autorizado por Lei”. Para tanto, cita aresto do Superior Tribunal de Justiça, fls. 44.

A agravada apresentou suas contra-razões, aduzindo que a r. decisão objurgada deve ser mantida, porquanto o agravante não fez prova da existência do necessário convênio de manutenção do Escritório Modelo de Advocacia da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Vale do Itajaí, como mencionado no instrumento particular de procuração de fls. 20 dos autos principais (fls. 33).

Juntou os documentos de fls. 55 a 64.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer do ilustre Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do agravo.

É o relatório.

O recurso merece acolhimento.

Por ocasião do recurso de Agravo de Instrumento n. 96.003421-8, da Capital, também a este relator distribuído, foi deferido ao agravante o prazo em dobro para recorrer, tendo em vista que o recurso fora interposto por estagiário do Escritório Modelo de Assistência Judiciária — EMAJ, da Universidade Federal de Santa Catarina.

A teor do que dispõe o § 5º do art. 5º da Lei n. 1.060/50:

“Nos Estados onde a Assistência Judiciária seja organizada e por eles mantida, o Defensor Público, ou quem exerça cargo equivalente, será intimado pessoalmente de todos os atos do processo, em ambas as instâncias, contando-se-lhes em dobro todos os prazos”.

É irrelevante o fato de existir ou não convênio com o Estado.

Como bem decidiu a eg. Primeira Câmara Civil:

“Independentemente de convênio com o Estado, a interpretação do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, revela que o beneficiado com a prerrogativa do cômputo em dobro dos prazos é o assistido, em face do interesse público”. E remata o judicioso aresto da lavra do eminente Desembargador Francisco Oliveira Filho:

“Ipso facto, o assistido pelo Escritório Modelo de Advocacia, do Curso de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, tem direito a contagem em dobro dos prazos” (AC n. 42.281, in JC 72/231).

Na esteira deste seguem-se outros julgados: AC n. 97.001459-7 e AI n. 9.514, da relatoria respectivamente dos ilustres Desembargadores

Silveira Lenzi e Trindade dos Santos, este último com a seguinte ementa:

“Assistência judiciária — Prazos em dobro — Inteligência do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50.

“Enquanto prestantes dos serviços de assistência judiciária às pessoas carentes, gozam os advogados dos Escritórios Modelos dos Cursos de Direito mantidos pelas Universidades ou Fundações Universitárias Catarinenses da prerrogativa do cômputo em dobro dos prazos processuais, independentemente da existência de convênio entre eles e o Estado para a prestação dos aludidos serviços.

“Isso porquanto, à luz do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50, o beneficiário com a assinalada prerrogativa é o assistido, em razão do interesse público que a espécie comporta’.”

Neste último caso cuidava-se da assistência judiciária prestada pelos Professores Supervisores do Escritório Modelo da Universidade do Sul de Santa Catarina — UNISUL.

Como bem salienta o eminente Desembargador Trindade dos Santos:

“Conquanto no nosso Estado inexistia a figura do Defensor Público — por sinal instituído recentemente pela LC n. 155, de 15/4/1997 — “resta ver que o assistente judiciário exerce munus idêntico ao daquele. Ambos têm por fito assistir, na esfera jurídica, o carente de recursos”. E remata:

“Isso porquanto a benesse legal da contagem dos prazos em dobro não foi instituída em favor do assistente judiciário, ou do defensor público em si, e sim, em favor do beneficiário da justiça gratuita, preponderando na espécie, pois, o interesse público”.



Igual embasamento se contém na já citada AC n. 42.281, invocando decisão do colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp. n. 23.952-0-SP, DJU de 9/11/92, relatada pelo eminente Min. Fontes de Alencar:

“Mutatis mutandis, a interpretação teleológica — ao art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50 — conduz ao entendimento de que beneficiado é o assistido com o privilégio do prazo em dobro para contestar. Com efeito, o prazo é dilatado em função da parte desfavorada de recursos financeiros, ou, nos termos da própria Lei n. 1.060, em favor do necessitado”. Daí, a circunstância de inexistir em Santa Catarina convênio com o Estado e o Curso de Direito que mantém o serviço não altera o quadro, porque a prerrogativa é de parte assistida. Prepondera, na espécie, o interesse público”.

Considerando que o recurso foi interposto antes do exaurimento do trintídio (prazo em dobro), a Câmara dá provimento ao agravo a fim de autorizar o processamento do apelo na forma da lei.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 9 de outubro de 1997.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 10.448 (88.090756-8), DE ARARANGUÁ**

**Relator: Des. Anselmo Cerello**

*Agravo de instrumento — Falência — Execucional contra sócios diretores de sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Solidariedade destes perante os credores — Competência do juízo universal da falência — Decisão que extinguiu a execucional confirmada.*

*Por força da responsabilidade solidária dos sócios gerentes, a teor do disposto no art. 10 do Decreto n. 3.708/19, da sociedade falida, os bens daqueles respondem perante os credores da massa, razão pela qual compete ao juízo universal da falência o processamento da execução de terceiro contra o sócio solidário, ensejando, até mesmo, efetiva e plena fiscalização, a teor do disposto nos arts. 39 e 40 da Lei n. 6.024/74.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 10.448 (88.090756-8), da comarca de Araranguá, em que é agravante o Banco Meridional do Brasil S/A, sendo agravados S. F. — Indústria de Calçados Ltda. e outros:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, à unanimidade, desprover o recurso.

Custas legais.

Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo Banco Meridional do Brasil S/A, irresignado com o despacho do MM. Juiz da 2ª Vara da comarca de Araranguá que determinou a suspensão da execução extrajudicial que promoveu contra Silvio Olivio e Idezia Mattos da Silva, na condição de sócios quotista e avalista da Indústria de Calçados Ltda., ao argumento de que, por força da decretação da falência da empresa tiveram decretada a indisponibilidade de seus bens, o que não permite a sua constrição judicial, impondo-se, assim, a atração para o juízo universal da falência.

Alega que, por se tratar de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, esta tem seu balizamento nos arts. 3º, 9º e 10 do Dec. n. 3.708/1919, não se sabendo se há necessidade da constrição dos bens particulares dos sócios até a venda e arrecadação dos bens.

Ademais é cediço o prosseguimento da execução contra o avalista, em caso de quebra da devedora.

Formado o instrumento, após a resposta, vencido o Dr. Promotor, os autos alçaram e remetidos à douta

Procuradoria que, através do Dr. Antonio César Pinto Costa, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Acentua o Parquet de Primeiro Grau a fls. 58:

“Analisando-se o contexto apresentado, todavia, constata-se não assistir razão ao recorrente, eis que andou bem o nobre Juiz de Primeiro Grau, imerecendo qualquer reforma seu ato decisório.

“É que a execução contra os avalistas somente seria possível se fosse qualquer deles pessoa não integrante da sociedade falida. Em sendo sócio, não há como prosseguir a execução, conquanto haja indisponibilidade de seus bens, em razão da solidariedade ocorrente.

“Assim, se admitido o prosseguimento da execução contra avalista-sócio, na verdade criar-se-ia um sistema de burla do juízo falimentar universal, eis que, através da execução contra aquele, poderia diminuir-se-lhe o patrimônio, prejudicando a garantia da universalidade dos credores da falência, decorrente da responsabilidade solidária. Ou seja, se o avalista é membro da sociedade falida, a execução deve, necessariamente, ser suspensa de todo, eis que imperativa é a busca do resgate do valor, total ou parcialmente, no âmbito do juízo universal”.

Na doutrina, Amador Paes de Almeida sustenta:

“A falência, como já observamos, tanto pode recair sobre o comerciante singular, individual, pessoa física, como sobre o comerciante

coletivo, a sociedade comercial, pessoa jurídica.

“Em se tratando de comerciante individual, pessoa física, as consequências da decretação da falência se fazem sentir diretamente sobre a pessoa do falido independentemente dos reflexos sobre os seus bens. Se se trata de comerciante coletivo, sociedade comercial, a sentença falimentar atua não só sobre os bens da sociedade, como também sobre as pessoas dos sócios, gerentes ou diretores — são os chamados efeitos da falência quanto à pessoa do falido.

“Um dos primeiros efeitos da falência é privar o falido da administração dos seus bens e negócios, substituindo-o pela figura do Síndico.

“Com efeito, decretada a falência, uma das primeiras medidas do Juiz é a nomeação do Síndico, a quem compete administrar os bens e os negócios da massa falida, ficando deles desapossado o falido, como preceitua o art. 40 da Lei de Falências.

“Desde o momento da abertura da falência, ou da decretação do sequestro, o devedor perde o direito de administrar os seus bens e deles dispor” (Curso de Falência e Concordata, Saraiva, São Paulo, 1993, 11ª ed., pág. 170).

Rubens Sant’Anna:

“Por ser o processo falimentar uma execução coletiva, é inadmissível que, instaurado o mesmo, prossigam ações ou execuções de credores isolados contra o falido. É de natureza do processo falencial a unidade e a indivisibilidade. Para ele são atraídos todos os procedimentos judiciais promovidos contra o falido.

“A massa subjetiva se constitui graças a essa atração de todos os credores num mesmo processo, ao qual todos concorrem, tendo ou não seus títulos vencidos. Se permitidos fossem procedimentos isolados, o processo falimentar perderia sua unidade, tumultuando o juízo falimentar.

“Para assegurar a unidade do processo coletivo, a lei falimentar consagra a regra do art. 24, pela qual as ações e execuções individuais dos credores, sobre direitos e interesses relativos à massa falida, inclusive a dos credores particulares de sócio solidário da sociedade falida, ficam suspensas, desde o momento em que seja declarada a falência até seu encerramento” (grifei).

José da Silva Pacheco:

“A falência, diz o art. 39, compreende todos os bens do devedor, inclusive direitos e ações. Por outro lado, diz o art. 23, que ao juízo da falência devem concorrer todos os credores do devedor comum, comerciais ou civis. Vê-se, pois, que a falência abrange todos os credores e todos os bens do devedor. Portanto, todas as ações ou execuções dos credores sobre direitos e interesses relativos à massa falida ficam suspensas. Os credores devem declarar o seu crédito no juízo da falência. No art. 24, e respectivos parágrafos, a lei apenas cogita das ações e execuções dos credores do falido ou do sócio solidário de sociedade falida. Dessa forma, no art. 70, § 4º, diz a lei que os bens penhorados ou apreendidos nas ações ou execuções que ficam suspensas entram para a massa” (in Tratado das Execuções, Falência e Concordata, 2º vol., pág. 137, Ed. Saraiva, 1977).

E acrescenta:

“A suspensão, a partir da decretação da falência até o encerramento desta, abrange as ações e execuções dos credores dos sócios solidários da sociedade falida. Estes devem declarar os seus créditos. Se, antes, haviam proposto qualquer ação ou execução que envolvesse interesse da massa falida, com a decretação da falência, suspende-se a ação ou execução anteriormente proposta” (in, ob. cit., pág. 138).

A Jurisprudência, assim revela:

“Processo de execução contra avalistas, sócios da firma devedora já com falência decretada. Crédito habilitado. Impossibilidade de se penhorar as cotas sociais, porque se houver sobre na falência, recebe o credor o seu crédito; se houver falta, de nada valem as cotas sociais” (AI n. 4.178, de 8/12/87, rel. Des. Protásio Leal).

“Embargos à execução. Avalista. Solidariedade com o devedor. Firma individual. Pretendida diferença entre dívida de pessoa física e pessoa jurídica. Inadmissibilidade. O avalista, como devedor solidário, responde perante o credor como se fosse o próprio emitente. O comerciante singular, vale dizer, o empresário individual, é a própria pessoa física ou natural, respondendo os seus bens pelas obrigações que assumiu, quer sejam civis, quer comerciais. A transformação de firma individual em pessoa jurídica é uma ficção do direito tributário, somente para efeito do Imposto de Renda” (Ap. Cív., in JC 47/244, de Araranguá).

“Agravado de instrumento. Execução contra sócio da falida. Solidariedade do mesmo perante os credores

desta, dentro dos limites estabelecidos em sentença transitada em julgado. Competência do juízo universal da falência. Decisão confirmada. Diante da responsabilidade solidária de sócio da falida, declarada judicialmente, os bens daquele respondem, nos limites da sentença, perante os credores desta última. Em consequência, o juízo da falência passa a ser competente até mesmo para o processamento de execução de terceiro perante sócio solidário para dar-se, inclusive, efetividade, com plena fiscalização, ao princípio inscrito nos artigos 39 e 40 da Lei n. 6.024, de 1974” (AI n. 9.012, de Blumenau, rel. Des. Napoleão Amarante, publ. DJ de 20/6/94, pág. 7).

“Execução fiscal. Ação contra sociedade por cotas de responsabilidade limitada constituída por marido e mulher. Capital integralizado. Irrelevância. Penhora dos bens particulares dos sócios. Admissibilidade” (Agravado de Instrumento de São Caetano do Sul — SP, rel. Tomaz Rodrigues, in Jurisprudência das Execuções, Editora Revista dos Tribunais).

“Execução contra sócio da falida. Solidariedade do mesmo perante os credores desta, dentro dos limites estabelecidos em sentença transitada em julgado. Competência do juízo universal da falência. Decisão confirmada. Diante da responsabilidade solidária do sócio da falida, declarada judicialmente, os bens daquele respondem, nos limites da sentença, perante os credores desta última. Em consequência, o juízo da falência passa a ser competente até mesmo para o processamento de execução de terceiro perante sócio solidário para dar-se, inclusive, efeti-

vidade, com plena fiscalização, ao princípio inscrito nos artigos 35 e 40 da Lei n. 6.024, de 1974" (AI n. 8.520, Blumenau, rel. Des. Napoleão Amarante, DJE n. 9.012, de 20/6/94, pág. 7).

Jorge Pereira de Andrade:

"A abrangência dessas pessoas, por serem condutores das sociedades e, como tal, órgão societário, é determinação do art. 191: 'na falência das sociedades, os seus diretores, administradores, gerentes ou liquidantes são equiparados ao devedor ou falido, para todos os efeitos penais nesta lei', e o art. 37 equiparando-os ao falido, os sujeitam a todas as obrigações da LF.

"...Gerentes de sociedades com sócios de responsabilidade solidária e ilimitada, respondem pessoalmente com os demais sócios com todo o seu patrimônio, em decorrência do art. 5º da LF que estabelece que 'tais gerentes (sócios) são responsáveis pelas obrigações sociais não sendo atingidos pela falência da sociedade, mas ficam sujeitos aos demais efeitos jurídicos que a sentença declaratória produza em relação à sociedade falida'. Por isso será erro grosseiro dizer que fulano de tal, sócio, mesmo gerente de uma sociedade, é falido. Não. Falida é a sociedade. Seu envolvimento patrimonial é decorrente do tipo societário que participa.

"...Esta sociedade é regida pelo Decreto n. 3.708, de 19/1/1919, que no art. 10 determina a responsabilidade de gerente. Advindo a falência, àquele decreto devemos recorrer para

determinar-se a responsabilidade patrimonial, prevista no art. 6º da LF.

"Será apurada, conforme determina aquele artigo em processo ordinário, no juízo da falência, aplicando-se ao caso o disposto no art. 50, § 1º, da LF. No entanto, deve ser feita em conformidade com o art. 10 da lei das limitadas que determina tais gerentes 'respondem com esta (aquí a própria sociedade) e para com terceiros, solidária e ilimitadamente pelo excesso de mandato e pelos atos praticados com violação do contrato ou da lei'. Embora o gerente da limitada já tenha integralizado o capital que subcreveu na formação societária, advindo a falência, seus bens, portanto todo o seu patrimônio, poderão ser envolvidos, se a apuração feita pelo síndico resultar em condenação. O síndico atento, verificando que o gerente vinha contrariando o art. 10 do Decreto n. 3.708 recém comentado, pode requerer ao juiz e este pode ordenar o seqüestro dos bens que bastem para efetivar a responsabilidade (parágrafo único, art. 6º, LF)".

Da mesma forma entendeu Silva Pacheco (in Processo de Falência e Concordata, 4ª ed., pág. 330, n. 378 — IV, e Alfredo Farhat in Falência e Concordatas e Crimes Falenciais).

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Gaspar Rubik e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 14 de agosto de 1997.

*Anselmo Cerello,  
Presidente e Relator.*

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.003266-8, DE TIJUCAS**

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Agravo de instrumento. Tutela antecipatória. Oportunidade. Pedido incidental. Possibilidade.*

*É admissível a interposição incidental de pedido de antecipação da tutela se a pretensão for dotada exclusivamente de cunho instrumental, isenta de caráter inovador quanto ao mérito.*

*Embargos declaratórios. Rejeição. Motivação incoerente com a conclusão. Agravo parcialmente provido.*

*A imperfeição técnico-formal da decisão não induz sua nulidade se o ponto controvertido constitui objeto de reforma em sede de reexame.*

*Mérito. Tutela antecipatória indeferida. Livre convicção do julgador.*

*A antecipação não é direito subjetivo da parte.*

*“O reduzido nível de imunidade das decisões concessivas de cautela antecipada (sua provisoriedade) não é motivo para descuidar das atividades instrutórias inerentes à indispensável cognição sumária” (Cândido Rangel Dinamarco).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.003266-8, da comarca de Tijucas, em que é agravante Odilon Duarte Neto, sendo agravada Cerâmica Portobello S.A.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por decisão unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Na comarca de Tijucas, Odilon Duarte Neto aforou ação ordinária contra a Cerâmica Portobello S.A., visando a reparação de danos materiais e morais decorrentes de acidente laboral ocorrido nas dependências da empresa ré. A peça exordial da actio continha pedido de antecipação de tutela relativamente a um dos pedidos formulados, qual seja, o de pagar as despesas de compra e colocação de duas pernas mecânicas cujo custo estimado atinge R\$ 42.835,20 (quarenta

e dois mil, oitocentos e trinta e cinco reais e vinte centavos).

O Magistrado a quo reservou a apreciação do pedido de antecipação da tutela para depois de contestado o feito, o que ocorreu, opondo a demandada razões de fato e de direito em repulsa às pretensões do autor.

Em petítório posterior, o agravante ampliou o espectro de abrangência do pedido de antecipação, estendendo-o ao pedido já deduzido na inicial, de condenação da empresa ré, aqui agravada, ao pagamento de pensão vitalícia no valor de três salários mínimos ao mês em face da restrição da capacidade laborativa, amparando o postulado no abuso de direito de defesa da agravada.

Em decisão interlocutória, o MM. Juiz deferiu a antecipação, lastreado na constatação da verossimilhança da alegação, no fundado receio de dano irreparável, na presença do *fumus boni juris* e na caracterização do abuso do direito de defesa da requerida, em face da suspensão consentida do processo para celebração de acordo que acabou não ocorrendo.

A tutela antecipada restringiu-se àquela deduzida na exordial, tocante às próteses dos membros inferiores.

A interlocutória referida não sofreu impugnação por via de agravo de instrumento da parte do beneficiado, estando com a eficácia suspensa em razão de outro agravo de n. 97.004313-9, interposto pela Cerâmica Portobello, recebido com o efeito acautelatório previsto no art. 558 do CPC.

Entretanto, insurgiu-se o agravante por meio de embargos declara-

tórios, apontando omissão no decisório, pelo fato de não ter abordado o pedido de antecipação acrescentado em petição avulsa.

Decidindo os embargos, o Magistrado monocrático, salientando a discricionariedade do magistrado na concessão da tutela antecipatória, declarou entender a ausência dos pressupostos autorizadores da pretensão supletiva em cognição sumária, culminando por rejeitá-los.

Irresignado, contra esta última decisão insurgiu-se o agravante, visando à reforma do decisum, para incluir em seu bojo a antecipação do pedido referente à pensão vitalícia de três salários mínimos em razão da redução de sua capacidade laborativa, fulcrado no abuso do direito de defesa (art. 273, III, do CPC).

Intimada, contraminutou a agravada, pugnando pela manutenção da decisão guerreada, no que tangge à exclusão do pedido acrescido.

O Dr. Juiz prestou informações justificando as razões do indeferimento da antecipação do segundo pedido.

É o relatório.

Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que rejeitou embargos declaratórios opostos pela não apreciação de pedido complementar de tutela antecipatória.

O relatório supra permite aferir da controvérsia, cuja análise impõe o desmembramento em três aspectos diferenciados: primeiro, quanto à possibilidade de complementação do pedido de antecipação; segundo, quanto à exatidão da interlocutória impugnada; e, terceiro, quanto ao mérito do in-

deferimento da antecipação do pedido complementar.

No primeiro aspecto, imperioso reconhecer que o petitório complementar, embora anômalo, não está eivado de impossibilidade jurídica, uma vez que o pedido incluído já figurava na peça exordial, apenas sem referência à antecipação.

Seria questionável postulação não inserida na inicial, pois só é possível o aditamento do pedido até a citação, ex vi do art. 294 do digesto procedimental. Porém, limitando-se ao aspecto instrumental, já que não traz pretensão inovadora quanto ao mérito, nada obsta sua inclusão posterior.

É pacífica a orientação doutrinária no sentido da possibilidade de formulação de pedido antecipatório incidental, o que, entretanto, não exclui a cautela que baliza o Julgador, preservada no primeiro pedido, através do contraditório, cuja ausência, no pedido complementar, configuraria óbice natural para a sua apreciação segura, pois formulado em momento procedimental diverso do primeiro, sem que a parte ex adversa tivesse oportunidade de manifestação, essencial por tratar-se de matéria temerária para concessão inaudita altera pars.

O deferimento liminar pretendido, diante da constatação da realidade procedimental, configuraria precipitação irrefletida, o que impende evitar.

Quanto aos termos em que foi lavrada a decisão recorrida, é possível constatar-se que padece de imperfeição técnico-jurídica que a torna incoerente, sem, contudo, viciá-la a ponto de induzir sua invalidade.

Ocorre que, rejeitando os embargos, o MM. Juiz indiretamente reduziu a assertiva de que o decisum omitira manifestação acerca do segundo pedido antecipatório da tutela. Não obstante, toda a motivação consignada pelo Magistrado reconheceu a omissão e acarretou justamente a declaração do julgado que pretendia o embargante, com a manifestação do seu prolator pela denegação da tutela antecipatória, com fulcro no fundamento de não vislumbrar a plausibilidade jurídica autorizadora da condenação, initio litis, nas verbas indenizatórias reclamadas.

A conclusão lógica seria acolherem-se os embargos, para declarar a denegação do pedido, sem risco, neste caso, de infração ao contraditório, em face da ausência de prejuízo à parte contrária.

A declaração implícita do julgado foi reconhecida pelo próprio agravante na peça de interposição recursal quando declina, no item 15: "Denota-se que por via indireta o MM. Magistrado indeferiu o pedido pleiteado"(sic).

A impropriedade formal, entretanto, não anula o ato, pois incontrolado o sentido do comando jurisdicional, além de constituir o exato objeto da reforma nesta Segunda Instância.

A reestruturação da interlocutória não interfere em seu conteúdo decisório que permanece inalterado quanto ao mérito, o que será abordado a seguir.

Pretende o agravante a reforma da decisão para ver deferida a tutela provisória, em face do reconhecimento, na decisão original, do abuso do direito de defesa pela agravada, autori-



zando a antecipação dos demais pedidos da inicial.'

Ressalte-se, a priori, que a decisão original está com os efeitos suspensos em virtude de outro agravo interposto pela Cerâmica Portobello que vetoriza a insurgência contra antecipação concedida. Assim, o decisório referido, por enquanto, não está apto a produzir efeitos, tampouco a constituir fundamento a pedido subsequente, pois não se sabe, ainda, se irá prevalecer.

Restrita a análise ao conteúdo da decisão recorrida, é de rigor o reconhecimento da suficiência da fundamentação invocada pelo Juiz prolator para o indeferimento da antecipação.

A par da já mencionada ausência do contraditório como fator impeditivo da decisão positiva do pedido, este requer, por sua natureza, se não uma cognição exauriente, ao menos uma investigação criteriosa que resguarde o direito das partes de um sacrifício desmedido, dada a provável irreversibilidade do provimento, que o torna incompatível com a sumariada inerente à tutela satisfativa provisória.

A propósito, pertinentes as palavras de Cândido Rangel Dinamarco:

"Para chegar ao grau de probabilidade necessário à antecipação, o juiz precisa proceder a uma instrução que lhe revele suficientemente a situação de fato. Não é o caso de chegar às profundezas de uma instrução exauriente, pois esta se destina a propiciar graus de certeza necessários para julgamentos definitivos, não provisórios como a antecipação de tutela. Tratar-se-á de uma cognição sumária, dimensionada segundo o binômio re-

presentado (a) pelo menor grau de imunidade de que se reveste a medida antecipatória em relação à definitiva e (b) pelas repercussões que ela terá na vida e no patrimônio dos litigantes.

"É preciso receber com cuidado o alvitre de Marinoni, para quem se legitimaria o sacrifício do direito menos provável, em prol da antecipação do exercício de outro que pareça provável. O direito não tolera sacrifício de direito algum e o máximo que se pode dizer é que algum risco de lesão pode-se legitimamente assumir..." (A Reforma do Código de Processo Civil, Malheiros, 2ª ed., SP, 1995, pág. 144).

Diante de tais considerações, não se pode impor ao Magistrado a concessão de pleito que contrarie sua convicção ou cujo direito invocado não lhe propicie, sem a necessária instrução, elementos substanciais que legitimem eventual risco de lesão que derive de seus comandos.

Assim, considera-se suficientemente motivado o indeferimento para atribuir higidez ao conteúdo meritório do decisum atacado.

Pelas razões supra, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para adequar a conclusão do decisório proferido nos embargos de declaração, modificando unicamente sua parte dispositiva, e concluir pelo acolhimento dos embargos para declarar o julgado, indeferindo a pretensão de antecipação do provimento jurisdicional condenatório à pensão vitalícia.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 7 de maio de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.004883-4, DE LAGES

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Agravo de instrumento. Autarquia federal. Habilitação de crédito em execução fiscal movida pela Fazenda Estadual. Preferência. Inexistência de penhora sobre o mesmo bem. Concurso particular.*

*No caso de concurso particular, a teor dos arts. 711 a 713 do CPC, a disputa dá-se somente entre os credores que, por meio de execuções diversas, tiveram o mesmo bem penhorado, restringindo-se a discussão ao direito de preferência e anterioridade da penhora.*

*Não pode invocar preferência o credor que simplesmente intertém em processo alheio, sem penhora do bem cujo produto postula a benesse de receber preferencialmente seu crédito.*

*“Em se tratando de privilégio e não de direito real, a participação preferencial do crédito só ocorre se, até o momento do pagamento, o bem, ou o produto, estiver também penhorado. Isso também se verifica em relação a outras espécies de créditos privilegiados, que só participam do concurso de preferência, caso tenham sido executados, com os mesmos bens penhorados” (AI n. 10.477, de Blume-nau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.004883-4, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravados o Instituto Nacional do Seguro Social — INSS, e outro:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Cuida-se de agravo de instrumento interposto pelo Estado de Santa Catarina contra a decisão que, nos

autos da execução fiscal movida contra Industrial Catarinense de Compensados Ltda., deferiu pedido do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, concedendo-lhe preferência de crédito sobre o produto arrecadado em hasta pública com a venda judicial dos bens penhorados na aludida execução.

Sustenta que, embora o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e o parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/80 estabeleçam que o crédito fiscal de autarquia federal goze de preferência em relação aos créditos da Fazenda Pública Estadual, in casu não há de dar guarida à pretensão, eis que não estabelecido o concurso de preferência, ante a inexistência de pluralidade de penhoras sobre os bens constrictados.

Assevera que o INSS apenas demonstrou a existência de execuções fiscais ajuizadas contra a empresa devedora, todavia não comprovou a constrição judicial sobre os bens penhorados na execução fiscal movida pelo agravante e, inexistindo pluralidade de penhoras, não há preferência de créditos e descabida é a pretensão de levantar valores decorrentes da arrematação.

Foi concedido efeito suspensivo parcial ao recurso para manter indisponível o produto de eventual arrematação, até que se decida o incidente.

A empresa agravada não contraminutou o agravo.

Manifestou-se o INSS, suscitando em preliminar a incompetência desta Corte para apreciar o recurso, pois sendo autarquia federal e demonstrando interesse no feito, a com-

petência seria da Justiça Federal, conforme a Súmula 150 do STJ e o inciso II do art. 108 da Constituição Federal.

No mérito, sustenta que o parágrafo único do art. 29 da Lei n. 6.830/80, o parágrafo único do art. 187 do Código Tributário Nacional e o art. 51 da Lei n. 8.212/91 asseguram-lhe preferência sobre quaisquer outros créditos, sendo inexistível a pluralidade de penhora sobre o mesmo bem.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

Assinale-se, inicialmente, que o prolator do despacho impugnado não está a atuar no feito investido na competência da Justiça Federal, pois trata-se de execução fiscal movida pela Fazenda Pública Estadual contra particular, onde a autarquia federal interveio apenas para requerer preferência sobre o crédito a ser arrecadado com a alienação de bens do devedor comum em hasta pública.

In casu, o processo caminhava para os derradeiros termos quando a autarquia manifestou interesse na causa, todavia não assumiu qualquer uma das posições processuais definidas no inciso I do art. 109 da Carta Constitucional, não havendo razão para o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Aliás, decidiu o Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“A preferência formulada pelo IAPAS, em ação entre particulares, não implica intervenção, naquela lide, como autor, réu, assistente ou opoen-

te, com o que desvincula a exigência constitucional, porquanto o Juiz exerce sua própria competência estadual. Incompetente, portanto, este Tribunal para conhecer e decidir o recurso formulado contra a decisão do Juiz Estadual" (RTRF 4ª Região, 4/182).

No mesmo sentido, o egrégio Superior Tribunal de Justiça assim se pronunciou:

"Conflito de competência. Execução. Concurso particular de preferências. Intervenção de empresa pública federal. Decisão interlocutória proferida por juiz estadual.

"Ocorrendo simples intervenção de empresa pública federal, sem ostentar a posição processual de parte autora ou ré, de assistente ou oponente, a competência não se desloca para a Justiça Federal. Precedentes.

"Se a sentença ou decisão é proferida por juiz estadual, no exercício de jurisdição como juiz estadual, a competência para apreciar o recurso é sempre do tribunal estadual, ainda que, se for o caso, deva anular o processo por incompetência absoluta do julgador.

"Conflito procedente. Competência do Tribunal suscitado" (RSTJ 31/93).

E esta Câmara segue a mesma orientação:

"Processo de execução. Concurso de preferência. INSS e BRDE. Intervenção da autarquia federal em execução proposta na Justiça estadual, postulando preferência no pagamento. Competência.

"A simples intervenção de autarquia federal, postulando direito de preferência sobre o produto de aliena-

ção em execução entre particulares aforada na Justiça Estadual, não implica em deslocamento do processo para a Justiça Federal, tendo em vista que, na hipótese, não age o ente previdenciário como autor, réu, assistente ou oponente. Inteligência do art. 109, I, da CF" (AI n. 10.477, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 20/5/96).

Por tais motivos, o recurso merece ser conhecido.

Quanto ao mérito, esclareça-se que a autarquia agravada não fez prova de que houvesse efetivado a penhora sobre os bens constritados no processo de execução em tela, restringindo-se a pleitear o direito de preferência sobre o valor arrecadado na arrematação.

Cuida-se de execução contra devedor solvente, incorrendo concurso universal previsto no art. 751 do CPC e, a propósito, dispõem os arts. 612 e 613 do mesmo Codex:

"Art. 612. Ressalvado o caso de insolvência do devedor, em que tem lugar o concurso universal (art. 751, III), realiza-se a execução no interesse do credor, que adquire, pela penhora, o direito de preferência sobre os bens penhorados.

"Art. 613. Recaindo mais de uma penhora sobre os mesmos bens, cada credor conservará o seu título de preferência".

No caso de concurso particular, a teor dos arts. 711 a 713 do CPC, a disputa dá-se somente entre os credores que, por meio de execuções diversas, tiveram o mesmo bem penhorado, restringindo-se a discussão ao direito de preferência e anterioridade da penhora.

Assim, não pode o credor simplesmente intervir em processo alheio alegando preferência, sendo a via adequada o ajuizamento de execução, com a penhora do bem, daí, então, facultado receber preferencialmente seu crédito.

Seria por demais tranqüilo aguardar-se que outros credores despendessem verba e trabalho para encontrar e penhorar bens do devedor e, posteriormente, vir aos autos beneficiar-se do esforço alheio e receber o resultado da arrematação, em detrimento dos credores diligentes.

Tal entendimento encontra guarida na jurisprudência, em caso idêntico ao presente:

“Processual Civil. Execução fiscal movida por Fazenda Estadual. Autarquia federal. Exercício de direito de preferência. Condições. Inteligência dos arts. 612 e 711 do CPC; artigo 29, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80, e artigo 187, parágrafo único, do CTN.

“O crédito fiscal de autarquia federal goza de preferência em relação àquele de que seja titular a Fazenda Estadual, a teor dos arts. 187, parágrafo único, do CTN, e 29, parágrafo único, da Lei n. 6.830/80.

“O direito de preferência não concede à entidade autárquica federal a prerrogativa de intervir em execução movida pela Fazenda do Estado, a que é estranha, para reivindicar a satisfação preferencial de seu crédito, sem obedecer às formalidades processuais atinentes à espécie.

“Para instauração do *concursum fiscalis* impõe-se a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, devendo, portanto, a autarquia federal, provar haver proposto ação de execu-

ção, e que nela tenha restado penhorado o bem anteriormente executado na ação movida pelo Fisco Estadual.

“Inteligência dos arts. 612 e 711 do CPC. Precedente. Recurso provido, por unanimidade” (RSTJ 73/274).

Semelhantemente:

“Execução. Pretensão de exercer direito de preferência por parte da autarquia.

“Não é lícito à Fazenda simplesmente intervir em processo de execução a que é estranha para, sem mais, receber o que pretende ser-lhe devido. Haverá de ajuizar a execução e, recaindo a penhora sobre o bem já penhorado, oportunamente exercerá seu direito de preferência” (RTFR 135/69).

Ou ainda:

“Execução fiscal movida por Fazenda Estadual. Direito de preferência por parte de autarquia federal. CPC, arts. 612 e 711. CTN, art. 187. Lei n. 6.830, de 22/9/80, artigo 29, parágrafo único.

“I — Não é lícito à autarquia federal simplesmente intervir em processo de execução a que é estranha para, sem mais, receber o que pretende ser-lhe devido. Haverá, em tal caso, de ajuizar execução e, recaindo a penhora sobre bem já penhorado, exercer oportunamente seu direito de preferência.

“II — Recurso especial conhecido e provido” (RSTJ 43/315).

Aplicam-se ao caso os seguintes julgados desta Casa:

“...A preferência fundada no artigo 187 do CTN, e nas Leis ns. 6.830/80 e 8.212/91, aplica-se a hipó-

teses em que o devedor seja insolvente, não aos casos de execução contra devedor solvente. Afora as hipóteses de concurso creditório (devedor civil) ou execução coletiva falimentar (devedor comerciante), o direito de preferência sobre a penhora efetuada rege-se pelos artigos 612 e 711 do CPC.

“O direito de preferência não concede à entidade autárquica federal a prerrogativa de intervir em execução movida pela Fazenda Pública, a que é estranha, para reivindicar a satisfação preferencial de seu crédito, sem obedecer às formalidades processuais próprias. Para tanto, impõe-se a pluralidade de penhoras sobre o mesmo bem, devendo, portanto, a autarquia federal, provar haver proposto ação de execução, e que nela tenha restado penhorado o bem anteriormente executado na ação movida pelo Fisco Estadual (RSTJ 73/274).

“Em se tratando de privilégio e não de direito real, a participação preferencial do crédito só ocorre se, até o momento do pagamento, o bem, ou o produto, estiver também penhorado. Isso também se verifica em relação a outras espécies de créditos privilegiados, que só participam do concurso de preferência, caso tenham sido executados, com os mesmos bens penhorados” (AI n. 10.477, de Blumenau, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, DJ de 20/5/96).

Ou:

“Agravo de instrumento — Execucional — Concurso de preferência

— Exegese do art. 711 do Código de Processo Civil — Recurso improvido.

“A instauração do concurso de preferência em execução contra devedor solvente tem como pressuposto a pluralidade de penhoras. Ausente esse requisito, o pedido não pode tramitar” (AI n. 6.468, de Brusque, rel. Des. Francisco Oliveira Filho, DJ de 23/10/92).

E, finalmente:

“Embargos de terceiro — Execução fiscal — Sociedade por quotas de responsabilidade limitada — Penhora — Bens de sócio — Pressupostos.

“No concurso de credores, a Fazenda Pública não tem direito de preferência no produto da arrematação de bem de propriedade do sócio da devedora, salvo se também penhorado para garantia do seu crédito” (Ap. Cív. n. 36.715, de Itajaí, rel. Des. Newton Trisotto, DJ de 12/7/96).

Por tais fundamentos, dá-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu e Cesar Abreu e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 8 de outubro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## **AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.003741-7, DE BALNEÁRIO CAMBORIÚ**

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Locação residencial. Ação de despejo cumulada com cobrança de aluguéis. Pedido que encontra amparo no art. 62, I, da Lei 8.245/91. Cumulação não inviabilizada ante o fato de constituir o contrato locativo título executivo extrajudicial (art. 585, IV, do CPC), desde que observado o procedimento ordinário (art. 292, § 2º, do CPC). Reforma da decisão que a inadmite e determina que o autor opte por um dos pedidos sob pena de indeferimento da inicial. Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.003741-7, da comarca de Balneário Camboriú (2ª Vara Cível e Registros Públicos), em que é agravante Pierina Angelina Streciwik, sendo agravados Ruth da Silva, Gideon Samuel Richter e Alyne de Oliveira Richter:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas legais.

Pierina Angelina Streciwik interpôs agravo de instrumento contra decisão da Dra. Juíza de Direito da 2ª Vara Cível e Registros Públicos da comarca de Balneário Camboriú que, ao despachar a inicial da ação de despejo c/c cobrança de alugueres que promove contra Ruth da Silva, Gideon Samuel Richter e Alyne de Oliveira

Richter, determinou-lhe, sob pena de indeferimento da inicial, que optasse por um dos dois pedidos, renunciando ao outro, por entender que são incompatíveis os seus ritos.

Alega, em síntese, que por não estar o contrato de locação celebrado entre as partes subscrito por duas testemunhas, não há falar em título executivo nos moldes do inciso II do art. 585 do CPC, assistindo-lhe o direito, consoante o art. 62, I, da Lei 8.245/91, de cumular o seu pedido desalojatório com a cobrança dos alugueres devidos.

Deferido o pedido de efeito suspensivo ao recurso, a Dra. Juíza de Direito a quo prestou informações.

É o conciso relatório.

A irrisignação procede, não obstante respeitável o entendimento sufragado pela digna Togada a quo,

até porque está sabidamente alicerçado, aliás, em v. aresto desta Corte, da lavra do eminente Des. Álvaro Wandelli (Ap. Cív. n. 40.313, de São José).

E procede, não pelo primeiro fundamento em que se sustenta a agravante, posto que se tem pautado a jurisprudência no sentido de que “é título executivo extrajudicial o contrato de locação, ainda que não subscrito por duas testemunhas” (RT 677/163, Lex JTA 149/300), mas sim pelo segundo, porque é expressa e por demais clara a disposição do art. 62, inciso I, da Lei n. 8.245/91, ao permitir a cumulação.

E como já diziam os latinos, in claris cessat interpretatione, ou, de outro modo, ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus.

De outra banda, a assertiva da douda decisão objurgada de que “a incompatibilidade de ritos é causa de indeferimento da inicial” não se sustenta, mas antes faz letra morta do permissivo inserto no art. 292, § 2º, do digesto processual, que autoriza a cumulação mesmo quando para cada pedido corresponder tipo diverso de procedimento, mas desde que siga o procedimento ordinário.

De resto, neste diapasão tem sido o ensinamento da melhor doutrina, do que é exemplo o escólio do erudito Gildo dos Santos, in verbis:

“Por razões legais e doutrinárias não se concebia a cobrança de aluguéis e encargos nos mesmos autos em que decretado o despejo por falta de pagamento (o que se permitia nesse processo, com apoio na lei, era somente as exigências de custas, despesas e honorários advocatícios

dessa demanda, em verdadeira execução do julgado).

“A nova Lei, porém, certamente inspirada em princípios da economia processual e de não multiplicação dos processos, felizmente instituiu a possibilidade de, nos mesmos autos, após o despejo por inadimplência, proceder-se à cobrança da dívida de aluguéis e encargos locatícios, desde que também essa última pretensão tenha sido acolhida” (Locação e Despejo, São Paulo, Ed. RT, 1992, pág. 172).

A jurisprudência assentou acerca do tema:

“Despejo. Falta de pagamento. Cumulação com cobrança de aluguéis. Despejo decretado. Débitos em aberto. Escolha do meio processual para o recebimento. Faculdade do credor. O art. 62, I, da Lei n. 8.245/91, permite a cumulação da ação de despejo com a de cobrança, pelo que descabe encaminhar o credor à via executiva para haver os débitos em aberto, ao argumento de que o contrato escrito é título executivo, uma vez que ao titular do crédito cabe a escolha do meio processual” (Ap. Cív. n. 418.483, 2º TACSP, Juiz Ribeiro da Silva).

Em recente julgamento, decidiu esta Corte:

“Em que pese estar a locação ancorada em pacto escrito, viável juridicamente é a cumulação, na forma do art. 62, inciso I, da Lei 8.245/91, do pedido de cobrança dos alugueres em atraso. Refalado dispositivo não contém em seu texto qualquer restrição a respeito, silenciando acerca de sua inaplicabilidade às locações ajustadas por escrito. Inexistente qualquer dis-



tinção, para efeitos da incidência do art. 62, I, entre locação contratada por escrito e locação avençada verbalmente, ao intérprete não é dado fazer essa distinção” (Ap. Cív. n. 97.013848-2, de São José, rel. Des. Trindade dos Santos, j. 17/3/98).

Por todo o exposto, conhece-se do recurso, dando-se-lhe provimento.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 20 de agosto de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente com voto;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.013783-4, DE LAGES

**Relator: Des. Pedro Manoel Abreu**

*Agravo de instrumento. Praça. Ausência de licitante. Arrematação pelo credor. Adjudicação fática. Valor da avaliação. Decreto de nulidade da hasta pública. Meação. Bem supostamente divisível.*

*Não havendo concorrentes na segunda praça, não é lícito ao credor oferecer lance inferior ao valor constante do edital, sob pena de fazer letra morta o comando legal que vincula a adjudicação ao valor da avaliação. Embora operada como arrematação, o que ocorre, de fato, é uma adjudicação, impondo respeito às regras que lhe são pertinentes. Inteligência do art. 714 do CPC (AI n. 97.010403-0, de Criciúma).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 97.013783-4, da comarca de Lages (3ª Vara Cível), em que é agravante Sociedade Construtora All Martt Ltda., sendo agravados Valdemiro Branco Hildebrando e Marlene Godinho de Menezes Hildebrando:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, conhecer do recurso, para negar-lhe provimento e declarar de ofício a nulidade da hasta pública.

Custas legais.

1. Sociedade Construtora All Martt Ltda. interpôs agravo de instrumento contra a decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Lages que, em sede de processo de execução aforado pela ora agravante em face de Valdemiro Branco Hildebrando, tendo em vista o ingresso de embargos de terceiro ajuizado pela mulher do devedor para preservar sua meação sobre o imóvel constritado — gleba de terras de 487.643,00m<sup>2</sup>, avaliada juntamente

com as benfeitorias em R\$ 16.092,21 —, ainda assim determinou a realização de hasta pública, alienando a totalidade do imóvel, reservando a metade do preço para a embargante. Invocou, para tanto, precedente do STJ, relativo a bem indivisível. Como a arrematação deu-se pelo credor, no valor de R\$ 12.900,00, com o depósito da metade do preço em nome da embargante, pretendeu o exeqüente a expedição da carta de arrematação, tendo o Dr. Juiz de Direito, todavia, logo após a venda, determinado a suspensão do processo executivo, negando-se, por ora, a firmar o auto de arrematação, até que sejam julgados os embargos de terceiro.

Negado o efeito suspensivo, na seqüência o agravado contraminutou, argüindo, em preliminar, a intempestividade do reclamo. No mérito, propugnou pela manutenção da decisão profligada.

2. O recurso é conhecido e desprovido. Todavia, declara-se de ofício a nulidade da hasta pública realizada, como se demonstrará.

2.1. Não há negar a tempestividade do reclamo.

Ressuma dos autos que a decisão impugnada não é aquela que determinou a suspensão do processo e sim a constante de fls. 36 (fls. 103 dos autos) que, embora determinando a lavratura do auto de arrematação, inatendeu o pedido da parte de subscrição do aludido termo.

Inobstante a negativa de subscrição do auto ser mero reflexo da suspensão do processo de execução, não há falar em intempestividade do recurso, ou mesmo em preclusão consumativa. Sucede que o procurador

da agravante foi intimado da decisão recorrida em 31/10/97, tendo sido o agravo interposto em 6/11/97, portanto, tempestivamente.

2.2. No caso em apreço, o Dr. Juiz de Direito, após determinar a suspensão do processo executivo, em vista da oposição de embargos de terceiro pela mulher do devedor, interpretando tratar-se de bem indivisível, determinou a venda da totalidade do bem constritado em hasta pública, preservando a meação sobre o preço, e não sobre a coisa, seguindo orientação jurisprudencial do STJ.

Posteriormente, já realizada a hasta pública, tendo o credor concorrido sozinho e arrematado o bem, mandou lavrar o auto respectivo, negando-se, entretanto, a assiná-lo até o julgamento dos embargos de terceiro, fazendo valer, desta feita, o sobrestamento do processo executivo, em face do preceito do art. 1.052 do CPC.

Urge, de pronto, estabelecer a diferença entre arrematação e adjudicação.

Arrematação é tornar último o lance que se fez e que mais propriamente reside na conversão do bem em dinheiro; enquanto adjudicação constitui-se no ato executório de transferência coativa em que figura o exeqüente como adquirente dos bens penhorados, com a finalidade de satisfazer o crédito reclamado, ou nas palavras de Humberto Teodoro Júnior, "ato de expropriação executiva em que o bem se transfere in natura para o credor, fora da arrematação" (Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 20ª ed., Forense, 1997, pág. 251).

No caso sub judice, constata-se que o ato processual perpetrado

do, concorrendo o credor solitariamente para a aquisição do bem, de arrematação não se tratou, mas, de adjudicação.

O artigo 714 do Digesto Processual estabelece como pressuposto da adjudicação a aquisição por preço não inferior ao constante do edital.

Nesse sentido, colhe-se precedente desta Corte, em que foi relator o eminente Des. João Martins:

“O credor só poderá adjudicar a coisa penhorada, se o praceamento findou sem lançador e mediante oferta de preço não inferior ao que consta no edital, salvo quando, concorrendo com outros licitantes, o que não é o caso dos autos, e seu lance superar ao destes. Afóra esta exceção, tudo o que pode pretender é que se lhe adjudique o bem constrito, a teor do art. 714 do CPC (JC 58/188)” (Ap. Cív. n. 24.435, de Rio Negrinho, in Alexandre Rosa, CPC anotado, Obra Jurídica, 1997, pág. 290).

No mesmo diapasão já se posicionou esta Colenda Câmara, em recente acórdão da lavra do Des. Francisco Borges:

“Agravado de instrumento. Praça. Ausência de licitante. Arrematação pelo credor. Adjudicação fática. Valor da avaliação.

“Não havendo concorrentes na segunda praça, não é lícito ao credor oferecer lance inferior ao valor constante do edital, sob pena de fazer letra morta o comando legal que vincula a adjudicação ao valor da avaliação. Embora operada como arrematação, o que ocorre, de fato, é uma adjudicação, impondo respeito às regras que lhe são pertinentes. Inteligência do

art. 714 do CPC” (AI n. 97.010403-0, de Criciúma).

In casu, o bem levado à hasta foi avaliado em R\$ 16.092,21 (dezesesseis mil e noventa e dois reais e vinte e um centavos), tendo sido praceado em um único lance, do próprio credor, pelo valor de R\$ 12.900,00 (doze mil e novecentos reais), ou seja, por valor inferior ao previamente avaliado, com flagrante inobservância de norma cogente e de ordem pública.

Só por esse fundamento já se imporá a nulidade da alienação, a teor do art. 694, I, do CPC.

Acrescente-se que a venda operou-se ao pressuposto de que o bem era indivisível, seguindo orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

“Sem embargos da controvérsia no tema, gerado pela deficiente disciplina legal, recomenda-se como mais adequada a orientação segundo a qual o bem, se for indivisível, será levado por inteiro à hasta pública, cabendo à esposa a metade do preço alcançado” (RT 698/212).

No caso sub judice, entretanto, não há qualquer elemento de prova, nos autos do recurso, a evidenciar tal indivisibilidade, aparentemente inexistente, já que se trata de gleba de terras de 487.643,00m<sup>2</sup>, ao que se supõe bem superior ao módulo rural. Se divisível a gleba, a venda da totalidade do bem teria sido equivocada, e, nesse caso, a meação dar-se-ia sobre a coisa e não sobre o preço.

De acordo com o disposto no art. 1.046, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil, os embargos de terceiro destinam-se precipuamente a proteger a posse. Substituir essa

proteção possessória pelo equivalente em dinheiro apurado na venda judicial é atentar contra as normas supra-aludidas. A lei confere ao cônjuge os embargos de terceiro para a defesa da posse em si; não do produto do preço obtido em praça pública.

Consoante lúcida observação lançada pelo Min. Barros Monteiro: “a conclusão, por conseguinte, se impõe: se a finalidade dos embargos de terceiro é defender a posse deste, não só de esbulho, mas de qualquer turbacção; se é impedir que se consume qualquer diligência judicial (desfazendo-a quando isso ocorrer) que possa atingir o bem, inclusive pela penhora (art. 1.046, caput, Código português, art. 1.037, I): é inadmissível que, no caso da meação do cônjuge, se permita que a penhora incida sobre ela e, mais, que seja alienada judicialmente com a meação do outro cônjuge, para, após, entregar-se ao embargante apenas a metade do produto da alienação. Onde estaria, aí, a defesa da posse? Permitir que a meação do cônjuge seja não somente penhorada mas também alienada judicialmente é fazer tábula rasa da regra legal, segundo a qual o bem (no caso a fração ideal do bem, a meação) ‘não pode ser atingido pela apreensão judicial (art. 1.046, § 2º), não deve ser atingido pela diligência ordenada’ (Código português, art. 1.037, n. 1, in fine)” (in

Rev. dos Tribs., vol. 698, págs. 213/214).

Sabe-se que a execução deve ser intentada pelo modo menos gravoso para o devedor. Não haveria, portanto, como impor à mulher condômina a alienação do seu patrimônio. Foi ela constangida a alienar o bem, ao pressuposto da indivisibilidade, como se fora ela a devedora, sem que lhe fosse dado o direito de permanecer na posse do bem que aparentemente lhe pertence.

Por esse fundamento, de igual sorte, a confirmar-se a indivisibilidade do bem, impor-se-ia o decreto de nulidade da alienação judicial.

3. Em face do exposto, conhece-se do recurso, negando-se-lhe provimento, declarando-se de ofício, entretanto, a nulidade da hasta pública, por inobservância das normas processuais de regência.

Participou da sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar.

Florianópolis, 7 de maio de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Pedro Manoel Abreu,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.008327-3, DE TAIÓ

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Agravo de instrumento. Litisconsórcio ativo entre particulares e pessoa jurídica de direito público. Representação pelo mesmo*

*procurador. Não conhecimento do recurso dos particulares por intempestividade. Inteligência dos arts. 188 e 191, ambos do CPC. Recurso desprovido.*

*O privilégio do art. 188 do Código de Processo Civil não alcança os litisconsortes da Fazenda Pública. Estando as partes representadas pelo mesmo procurador, não se pode aplicar o art. 191 da Legislação Processual Civil, sendo o prazo para apelar comum para os particulares e em dobro para a Fazenda Pública.*

*Recebimento da apelação do Município e da Câmara Municipal somente no efeito devolutivo. Ausência de interesse recursal.*

*Interposto recurso da sentença que julgou extinto o processo, falta interesse recursal para reformar a interlocutória que recebeu o apelo somente no efeito devolutivo. Ocorre que o reconhecimento do efeito suspensivo não traria nenhum benefício aos apelantes, pois não há o que suspender.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.008327-3, da comarca de Taió (Vara Única), em que são agravantes Lorenzetti Indústria Química, Lorenzetti Química Ltda., Nelson Goetten de Lima, José Goetten de Lima, Paulo Uhlmann, município de Taió e Câmara Municipal de Taió, sendo agravado o Ministério Público:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Lorenzetti Indústria Química Ltda. e outros interpõem agravo de instrumento contra decisão nos autos da ação declaratória de nulidade de ato jurídico ajuizada contra o Ministério Público, que considerou intempestiva a apelação interposta pelas pessoas jurídicas de direito privado e pessoas físicas, e ainda recebeu o

apelo, interposto pelas pessoas jurídicas de direito público, apenas no efeito devolutivo.

Alegam que o recurso interposto por um dos litisconsortes necessários aproveita aos demais e que o recebimento do recurso somente no efeito devolutivo foi inoportuno.

Após as contra-razões, os autos foram remetidos à douta Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Nenhum reparo deve ser feito à interlocutória agravada, pois, de acordo com certidão de fls. 91, o procurador, que é comum às partes autoras da ação declaratória, foi intimado da sentença em 6/5/98, com a irresignação conjunta protocolada em 2/6/98, bem além do prazo consignado no art. 508 do CPC.

Assim, é intempestiva a apelação com relação aos recorrentes não

acobertados pelo privilégio constante do art. 188 do CPC, já que para estes o prazo era de 15 (quinze) dias.

Theotonio Negrão anota:

“Se a parte for litisconsorte da Fazenda Pública ou do MP, aplica-se a estes últimos o art. 188 e, para falar nos autos, o art. 191. Ao particular se aplica somente o art. 191.

“Por estranho que pareça, não há jurisprudência sobre o assunto, salvo um acórdão do TFR, 3ª Turma, com ementa pouco explícita (Ag 52.330—RS, j. 29/5/87, pág. 16.623, 1ª col., em.)” (in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 29ª ed., Saraiva, pág. 204).

Como no caso em apreço, os particulares possuem o mesmo procurador das pessoas jurídicas de direito público, portanto não há falar em aplicação do art. 191 do Código de Processo Civil.

Bem verdade que ocorrendo litisconsórcio, os efeitos do resultado do recurso, em determinadas situações, são estendidos às partes que não recorreram, ou tiveram seu recurso não conhecido. Contudo, esse fato

não tem o condão de alargar o prazo recursal da parte que não tem o privilégio previsto no art. 188 do CPC.

Com relação ao recebimento do recurso somente no efeito devolutivo, falta interesse recursal aos agravantes para reformar o decisum nesse aspecto. O recebimento do recurso no efeito suspensivo, como bem frisaram os recorrentes, seria inócuo, pois, diante do julgamento de extinção do processo, não há o que suspender. Portanto, o reconhecimento também daquele efeito não traria nenhum resultado prático aos apelantes.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer, e lavrou parecer pela Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raul Schaefer Filho.

Florianópolis, 6 de outubro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.011536-1, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Agravo de instrumento. Penhora de bem do fiador. Contrato anterior à Lei n. 8.245/91. Impenhorabilidade.*

*A fiança locatícia prestada na vigência da Lei n. 8.009/90, mas antes do advento da Lei n. 8.245/91, é alcançada pelo benefício da impenhorabilidade.*

*Imóvel com destinação mista. Terreno com várias construções não averbadas. Divisibilidade aparente. Impenhorabilidade*

*somente da parte destinada à residência.*

*Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.011536-1, da comarca de Criciúma (3ª Vara), em que são agravantes Dalvis Amboni Aléssio, Osmar Aléssio, José Custódio de Bem e Maria Nilda G. de Bem, sendo agravado Lidio de Bona:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de agravo instrumentalizado, com pedido de efeito suspensivo, interposto por Dalvis Amboni Aléssio e outros, contra decisão proferida nos autos da execução ajuizada por Lidio de Bona, que rejeitou a alegação de impenhorabilidade do bem construído.

Alegam que a casa existente no terreno penhorado é a residência da executada Dalvis Amboni Aléssio e sua família, e as demais “benfeitorias” servem para o exercício da atividade profissional de seu marido Osmar Aléssio e filhos.

Sustentam que em razão da fiança ter sido prestada em 15/10/90, não pode ser aplicada a exceção do art. 3º da Lei 8.009/90, introduzida pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91, que entrou em vigor em 21/12/91, pois a eficácia das leis somente pode abranger atos ocorridos na sua vigência.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo.

O agravado apresentou resposta defendendo a validade da penhora, pois o débito é decorrente de fiança locatícia.

Assevera que não sendo este o entendimento, como o imóvel penhorado compreende 1.517,77m<sup>2</sup>, sendo que somente 120m<sup>2</sup> referem-se à residência dos executados, há que ser respeitada somente a área em que se encontra a residência, permanecendo a penhora sobre o restante.

É o relatório.

Devido ao acréscimo do inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90, a impenhorabilidade de imóvel residencial do casal ou da entidade familiar não será oponível em processo de execução civil, movido por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação.

No caso em apreço, a controvérsia é relativa à aplicação do art. 82 da Lei n. 8.245/91 — que acrescentou o inciso VII ao art. 3º da Lei n. 8.009/90 — ao contrato de locação celebrado em 15/10/98, portanto anteriormente àquela legislação.

Conforme Rainer Czajkowski, muito embora divergência jurisprudencial a respeito, no Superior Tribunal de Justiça “já se definiu que a fiança locatícia prestada na vigência da Lei n. 8.009/90, mas antes do advento da Lei n. 8.245/91, é alcançada pelo benefício da impenhorabilidade” (A impenhorabilidade do bem de família: Comentários à Lei n. 8.009/90, 3ª ed., Juruá, Curitiba, 1998, pág. 188).

Comenta o precedente do STJ dizendo:

“A ementa oficial da decisão aparenta a defesa de um entendimento mais abrangente do que na realidade sustenta: ‘1. É impenhorável o único bem do garantidor do contrato de locação, mesmo que o ato de constrição tenha sido realizado segundo a regra do art. 82 da Lei n. 8.245/91, que introduziu um novo caso de exclusão de impenhorabilidade, pois o bem não perde a qualidade de bem de família. 2. Recurso provido’ (STJ — REsp. n. 79.108 — rel. Min. Edson Vidigal — j. em 10/2/98). No voto, todavia, encontra-se o esclarecimento: ‘A fiança foi prestada antes do advento da Lei n. 8.245/91, que introduziu novo caso de exceção à impenhorabilidade do bem de família, disposta na Lei n. 8.009/90 (...)’. Com efeito, com o advento da referida Lei n. 8.009/90, o imóvel em questão passou a ser protegido sob o nomen juris — bem de família. Não pode, destarte, ser objeto de penhora em razão de Lei Posterior” (ob. cit).

Colhe-se outra decisão a respeito:

“21.462 Fiança anterior à nova Lei do Inquilinato — Lei n. 8.245/91, art. 82 — Bem de família do fiador — Impenhorabilidade

“Lei n. 8.009/90, com a redação dada pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91. Fiança prestada antes da data em que entrou em vigor o último diploma legal mencionado — Impenhorabilidade do único imóvel do fiador. Se a fiança foi prestada em data anterior a 18 de outubro de 1991, vigente a Lei n. 8.009/90 na sua redação original, impenhorável é o imóvel residencial do

fiador, considerado bem de família, pelo aludido diploma legal. A exceção introduzida pelo art. 82 da Lei n. 8.245/91 não alcança contratos já existentes (TJ/DF — Ap. Cív. n. 32.057 — Ac. 72779 — unân. — 2ª T. Cív. — rel.: Des. Romão C. Oliveira — Fonte: DJU III, 5/10/94, pág. 12.220)” (Bonijuris).

Superada a questão referente à retroatividade da legislação, resta saber a abrangência da impenhorabilidade no caso concreto.

Dispõe a Lei n. 8.009/90:

“Art. 1º — O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

“Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados” (grifei).

Conforme o auto de penhora e depósito (fls. 12) foi constriado um terreno com área de 1.517,77m<sup>2</sup>, matrícula n. 31.815, R—01.31.815, do Cartório de Registro de Imóveis Rubens Costa. Informou o Meirinho que no terreno encontram-se várias construções como: “um escritório com aproximadamente 93m<sup>2</sup> (distribuídos em dois andares); uma casa mista com aproximadamente 120m<sup>2</sup>; um galpão de material com aproximadamente 200m<sup>2</sup>; uma oficina mecânica



com aproximadamente 150m<sup>2</sup>" (fls. 12/v.).

Convém ressaltar que as construções existentes no imóvel não se confundem com "benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional", referidos no parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.009/90.

As construções são acessões artificiais (Cód. Civil, art. 536), portanto, não enquadráveis como benfeitorias. Aquelas são coisas novas, estas têm cunho complementar.

Por outro lado, não podem ser consideradas impenhoráveis, por serem utilizadas, segundo os agravantes, às atividades profissionais. O que a legislação protege são os equipamentos, tais como os livros, as máquinas, os utensílios necessários ao exercício de qualquer profissão.

Dito isso, verifica-se que existem edificações não averbadas no registro de imóveis, o que não impede a concessão do benefício da impenhorabilidade do bem de família, desde que a edificação existente seja destinada à sua moradia.

Ocorre que no caso em apreço o imóvel tem destinação mista.

Rainer Czajkowski, alertando para o perigo do benefício da impenhorabilidade, observa que os imóveis comerciais e industriais estão excluídos, e que se tratando de imóveis com destinações mistas, devem ser realizadas algumas distinções:

"Áreas justapostas, com matrículas autônomas, formam um conjunto de imóveis, não uma unidade jurídica. A impenhorabilidade da Lei 8.009/90 poderá incidir sobre aquele

com destinação residencial, não sobre os demais com destinação diversa.

"Se é um só o imóvel, uma só a matrícula, a definição da impenhorabilidade legal orienta-se por dois critérios: o primeiro é o da utilização predominante, o outro é o da divisibilidade do bem. Assim, o pequeno empreendimento comercial ou industrial que o devedor instala em um dos cômodos, ou nos fundos do terreno, ou de frente para a via pública, no mesmo imóvel em que reside com sua família, continua sendo impenhorável, desde que preenchidos os demais requisitos legais. A principal destinação do bem, mais transcendente e mais relevante, é de servir de moradia à família. É o que a lei protege.

"Por outro lado, se o imóvel for composto por diversas edificações perfeitamente individualizáveis e cuja divisão seja juridicamente viável, passa a ser plausível que a impenhorabilidade incida só sobre as edificações destinadas à moradia e suas adjacências, e não sobre as outras edificações com finalidade diversa, comercial ou industrial" (ob. cit., págs. 63/64).

Assim, possuindo o imóvel várias construções, sendo, a princípio, perfeitamente possível a individualização da parte destinada à residência, e, ainda, da parte destinada à atividade comercial, verifica-se que a impenhorabilidade do bem de família, instituída pela Lei n. 8.009/90, não se estende a esta parte.

Logicamente, deverá ser realizado o desmembramento, observando-se o que dispõem as leis municipais sobre o parcelamento mínimo, ocasião em que deverá ser verificada

a real possibilidade de divisibilidade do bem.

Diante do exposto, dá-se provimento parcial ao recurso para desconstituir a penhora tão-somente na parte do imóvel destinado à residência da família, mantendo-a no que se refere ao restante do bem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos.

Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra e Vanderlei Romer.

Florianópolis, 3 de novembro de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.006995-5, DA CAPITAL

**Relator: Des. Newton Trisotto**

*Conflito de competência — Financiamento habitacional — Ação revisional do contrato — Competência — Fundo de Compensação e Variação Salarial não pactuado — Inexistência de litisconsorte necessário.*

*Salvo se previsto no contrato que o saldo devedor do financiamento imobiliário, com recursos do Sistema Financeiro da Habitação, será coberto pelo FCVS, compete à Justiça Estadual conhecer da causa em que o mutuário questiona o coeficiente aplicado na atualização da dívida (STJ, CC n. 19.314, Min. Ari Pargendler).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.006995-5, da comarca da Capital (1ª Vara Cível), em que é agravante José Luiz Netto da Costa, sendo agravado Besc S.A. — Crédito Imobiliário:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

José Luiz Netto da Costa ajuizou "ação ordinária de revisão contratual" contra Besc S.A. — Crédito Imobiliário, com o qual celebrou, em 13/9/88, contrato de financiamento para aquisição de imóvel residencial.

Por entender que a Caixa Econômica Federal, gestora dos recursos do Sistema Financeiro da Habitação, é litisconsorte necessária, a Dra. Dayse Herget de Oliveira declinou da competência e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal.

Discordando do entendimento de Sua Excelência, o autor interpôs agravo de instrumento.

## II — Voto

No Conflito de Competência n. 19.314, decidiu o Superior Tribunal de Justiça: “A CEF é litisconsorte necessária nas causas que possam comprometer o fundo de compensação de variações salariais” (Min. Ari Pargendler, DJU de 13/10/97, pág. 51.511).

Há outros acórdãos nesse mesmo sentido:

“SFH. Liquidação antecipada. Lei n. 8.004/90. CEF. Gestora do FCVS. Denúnciação da lide. Competência.

— Nas ações que envolvem interesse do Sistema Financeiro da Habitação, é obrigatória a intervenção da Caixa Econômica Federal, vez que gestora do sistema.

— Anulados os atos decisórios, remete-se o feito à Justiça Federal, competente para a causa, face a intervenção do gestor do FCVS” (REsp. n. 43.440-94—RS, Min. Américo Luz).

“Em litígio originado de contrato de financiamento de casa própria, beneficiário da cobertura pelo FCVS, regrado pelas normas gerais do SFH, sob o luzeiro de litisconsórcio necessário da Caixa Econômica Federal, finca-se a competência da Justiça Fe-

deral” (CC n. 17.258-96-RS, Min. Milton Luiz Pereira).

“Se no mútuo hipotecário há comprometimento do fundo de compensação de variações salariais — FCVS — quanto ao resíduo do saldo devedor não satisfeito após o pagamento das prestações previstas contratualmente, o respectivo gestor deve participar do processo como litisconsorte necessário, assim definindo-se a competência da Justiça Federal para a causa” (CC n. 15.188-95—SP, Min. Ari Pargendler).

O contrato firmado pelo agravante não prevê cobertura do saldo devedor pelo FCVS. Assim sendo, a Caixa Econômica Federal não é litisconsorte necessária.

Em face do exposto, dou provimento ao recurso.

## III — Decisão

Nos termos do voto do relator, deram provimento ao recurso.

Participou do julgamento o Exmo. Sr. Des. Orli Rodrigues.

Florianópolis, 1º de setembro de 1998.

*Carlos Prudêncio,*  
*Presidente com voto;*  
*Newton Trisotto,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.006061-3, DA CAPITAL

**Relator: Des. Sérgio Paladino**

*Ação de consignação em pagamento. Contrato bancário. Discussão judicial do débito. Pedido rotulado de antecipação de tutela*

*visando obstar a inscrição do nome dos devedores nos cadastros das instituições de proteção ao crédito. Pretensão cautelar que não se confunde com antecipação de tutela. Recurso provido.*

*“O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar. A semelhança formal que a antecipação de tutela inegavelmente mantém com a pretensão cautelar, da qual efetivamente se distingue não só em razão da vida efêmera desta última mas, principalmente, em razão do próprio exame do direito afirmado que a primeira comporta, embora resguardada pela provisoriedade, não enseja deferimento alternativo (Ac. un. da 9ª Câm. do 2º TACiv.SP de 10/4/1996, no Ag 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de agosto/96, n. 8.151.009)” (Paula, Alexandre de. Código de processo civil anotado: Do processo de conhecimento: arts. 270 a 565, vol. 2, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág. 1.377).*

*“Se a liminar contiver decisão que apenas garanta o resultado final da lide, de tutela antecipada não se trata, mas, sim, de tutela cautelar.*

*“O sistema processual, a teor do estatuído no art. 292, § 1º, inc. III, do CPC, não admite a concessão de provimento cautelar em processo cognitivo.” (JC 77/518)*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.006061-3, da comarca da Capital (4ª Vara Cível), em que é agravante Banco do Brasil S.A. e agravados Ocident Administração e Participação de Imóveis Ltda., José Carlos Daux e Célia Couto Daux:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por votação unânime, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Irresignado com a decisão que deferiu a tutela antecipada requerida nos autos da ação de consignação em pagamento que lhe movem Ocident

Administração e Participação de Imóveis Ltda., José Carlos Daux e Célia Couto Daux, Banco do Brasil S. A. interpôs agravo de instrumento, pretendendo a sua reforma, bem como a atribuição de efeito suspensivo ao recurso.

Em suas razões, alega, preliminarmente, ilegitimidade passiva ad causam, uma vez que o órgão responsável pela inclusão do nome dos agravados no rol de devedores é a Serasa — Centralização de Serviços de Bancos S. A.

Assevera, ainda, que o depósito autorizado pelo Magistrado está em

desacordo com o estipulado na cédula de crédito comercial, eis que de valor inferior ao previsto no contrato. Sustenta, outrossim, a ausência do periculum in mora e do fumus boni iuris, pressupostos que autorizariam a medida liminar, e insurge-se contra a proibição de incluir o nome dos devedores nos cadastros da Serasa, por tratar-se de exercício regular de direito, que não pode ser limitado pelo Poder Judiciário.

Negado o efeito suspensivo, os agravados deixaram transcorrer in albis o prazo para apresentar contraminuta.

É o relatório.

A prefacial de ilegitimidade passiva não pode prosperar. Com efeito, legitimado passivo para a ação de consignação em pagamento é o credor, no caso, inegavelmente o agravante.

Por outro lado, atente-se para o detalhe de que o precedente jurisprudencial invocado na petição de interposição do agravo, para amparar a prefacial de carência da ação, não tem similitude com a hipótese de que aqui se cuida. Naquele, postulavam os devedores, por meio de ações cautelares, que os credores promovessem a exclusão de seus respectivos nomes dos cadastros das entidades de proteção ao crédito, não obstante sejam instituições autônomas. Neste, o pedido cautelar foi formulado em autos de ação de consignação em pagamento, sob o rótulo de tutela antecipada.

Quanto ao mérito, a apreciação do presente recurso impõe que se estabeleça a distinção entre antecipação de tutela, disciplinada pelo art. 273 do CPC, e tutela cautelar. Para isto, socorremo-nos da lição de José Joaquim Calmon de Passos que, ao

comentar o preceito legal em exame, assevera, verbis:

“A antecipação de tutela ora disciplinada, com a nova redação dada ao art. 273 do CPC, não é medida cautelar, nem liminar. Tem feição e dogmática próprias, como veremos adiante. O que disciplina o art. 273 do CPC não significa a permissibilidade de se requerer liminar em todo e qualquer processo e de o juiz concedê-la com generosidade ímpar, convencido de que o réu é, no processo, um sujeito indesejável, que põe obstáculos à celeridade da Justiça, sua efetividade, sua instrumentalidade, sua eficácia decisiva etc. Toda liminar é antecipação de tutela, mas não é essa antecipação liminar a disciplinada no art. 273 do CPC, só admissível se presentes os pressupostos indicados na lei e havendo, nos autos, prova inequívoca da alegação do autor que fundamente a tutela cuja antecipação postula. As liminares comuns são de outra natureza, pedem expressa previsão legal e prescindem tanto do risco de dano como da ilicitude do comportamento do réu. Assentam-se em posições de política legislativa, e colocam-se na esfera da discricionariedade do legislador, seu espaço político valorativo, tal como ocorre nas possessórias, na ação popular, no mandado de segurança etc.

“Também é um imperativo não se identificar a antecipação do art. 273 do CPC com medida cautelar. Como adiante demonstraremos, ao cuidar do pressuposto da prova inequívoca da alegação, uma e outra coisa se distinguem perfeitamente.

“A antecipação da tutela ora prevista no art. 273 do CPC é, em verdade, medida pela qual se empresta,

provisoriamente, eficácia executiva à decisão de mérito normalmente desprovida desse efeito...

Omissis...

“A tutela suscetível de ser antecipada é aquela constitutiva do pedido formulado na inicial. Só isso pode ser antecipado, no todo ou em parte. Não se cuida de medida cautelar, pela qual se resguarda (pelo meio próprio) a futura tutela que se consubstancia no pedido formulado pela parte. Aqui, há absoluta identidade entre a tutela passível e antecipação e o pedido formulado pelo autor, não podendo o juiz deferi-la nem ultra, nem extra petita...” (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. III, arts. 270 a 331, 8ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1998, págs. 20 a 22).

No rumo traçado pela doutrina, fixou a jurisprudência:

“O limite objetivo da tutela é a coincidência em extensão com a prestação definitiva ou a procedência da inicial caracterizada pela provisoriedade, e não se confunde com o provimento cautelar. A semelhança formal que a antecipação de tutela inegavelmente mantém com a pretensão cautelar, da qual efetivamente se distingue não só em razão da vida efêmera desta última mas, principalmente, em razão do próprio exame do direito afirmado que a primeira comporta, embora resguardada pela provisoriedade, não enseja deferimento alternativo (Ac. un. da 9ª Câm. do 2º TACiv.SP de 10/4/1996, no Ag 456.382-00/8, rel. Juiz Francisco Casconi; RT 729/246; Adcoas, de agosto/96, n. 8.151.009)” (Paula, Alexandre de. Código de processo civil anotado: Do processo de conhecimento: arts. 270 a 565, vol. 2, 7ª ed. rev. e atual., São

Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1998, pág. 1.377).

Da lição e do precedente transcritos extrai-se a conclusão de que, se presentes os requisitos capazes de autorizar a concessão, no caso dos autos a antecipação da tutela consistiria na atribuição de eficácia liberatória ao depósito efetuado pelos autores. E “a declaração de liberação, e nada mais do que ela, é o bem da vida perseguido pelo autor; só ela é objeto do petitum que, por sua vez, delimita o conteúdo do decismum” — di-lo Adroaldo Furtado Fabrício ao dissertar sobre os limites da cognição e da coisa julgada na ação de consignação em pagamento (Comentários ao Código de Processo Civil, vol. VIII, tomo III, arts. 890 a 945, 5ª ed. rev. e ampl., Rio de Janeiro, Forense, 1993, pág. 33).

Nesse passo, pode-se afirmar que o Magistrado, ao determinar que o agravante não inscreva o nome dos agravados nos cadastros dos serviços de proteção ao crédito, concedeu tutela cautelar, destinada a assegurar a eficácia prática da futura decisão judicial, embora sob o rótulo de antecipação de tutela, com a qual, aliás, não se confunde.

E o fez ao arrepio da lei, haja vista que “acolheu provimento cautelar em processo cognitivo, o que todavia não é admitido pelo sistema processual, a teor do estatuído no art. 292, § 1º, inc. III, do CPC, e à luz da jurisprudência, consoante precedentes em RTFR 152/29, RT 498/92, JTA 47/74, RJTJERGS 153/285 (cfé. Theotonio Negrão, in Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, 27ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 263, art. 292:10)”. (Excerto extraído do acórdão proferido no AI n. 96.008465-7, de Ita-

jaí, da lavra do Dr. Nelson Schaefer Martins, publicado na JC 77/520).

Ante o exposto, rejeitada a preliminar, deu-se provimento ao recurso para cassar o despacho recorrido.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Gaspar Rubik.

Florianópolis, 10 de setembro de 1998.

*Anselmo Cerello,*  
*Presidente, com voto;*  
*Sérgio Paladino,*  
*Relator.*

## AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 97.010202-0, DE BRAÇO DO NORTE

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*“Processo civil. Agravo de instrumento. CPC, art. 526. Imposição legal. Descumprimento. Pressuposto. Doutrina. Precedente da turma. Recurso desacolhido. A não-observância do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil leva à ausência de pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não-conhecimento do recurso” (REsp. n. 0148770—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 20/4/98, pág. 93).*

*O objetivo do art. 526 do Código de Processo Civil é dar condições para que o juízo a quo tome ciência da interposição do agravo e possa, ante os seus argumentos e eventuais provas, querendo, proferir juízo de retratação da decisão agravada. Não há censura alguma aos defensores de que o agravante tem interesse no cumprimento da disposição legal em foco. Mas não tem ela natureza puramente facultativa, pois é também norma cogente, de ordem pública, ante o inescandível escopo de, oportunizada a retratação, evitar-se processamento e julgamento desnecessários de recursos no Segundo Grau, já tão sobrecarregado.*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso.

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n. 98.010202-0, da comarca de Braço do Norte, em que é agravante Roberto Kindermann & Cia. Ltda. e agravado o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc:*

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por Roberto Kinder-

mann & Cia. Ltda. contra a decisão que, nos autos de ação ordinária proposta contra o Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, negou o pedido de exibição de documentos.

Diz que a decisão proferida pelo douto Magistrado, invocando o art. 333, inc. I, do CPC, e justificando-se no fato de o agravante ter recebido uma via dos documentos, cerceia a sua defesa, já que pretende provar as suas alegações através deles.

Que para a instrução efetiva do processo, necessária se faz uma perícia técnica, sendo assim indispensável a verificação do conteúdo das cláusulas contratuais constantes nos documentos a serem exibidos pelo agravado.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade do recurso, determinou-se que o juiz prestasse as informações que entendesse necessárias e a intimação do agravado para responder no prazo legal.

Apresentadas as contra-razões, o agravado alegou, preliminarmente, além da intempestividade do recurso, a falta de juntada nos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, além de, no mérito, refutar toda a matéria levantada pelo agravante.

Nas informações, o Magistrado também informou que não foi cumprido pelo agravante o disposto no art. 526 do CPC.

Negado o efeito suspensivo almejado, após intimadas as partes, os autos restaram conclusos.

É o relatório.

## II — Voto

Ao se manifestar nos autos, como relatado, o prolator do decisum vergastado informou que os recorrentes não haviam comunicado ao Juízo a quo a interposição do agravo.

Restou descumprido, portanto, o art. 526 do CPC, o qual determina ao agravante que no prazo de três dias requiera a juntada aos autos do processo de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruírem o recurso.

Objetiva tal norma tornar ciente o Juízo a quo da interposição do recurso a fim de que, querendo, possa retratar-se.

Mas conquanto seja indubitável qual o fim visado pelo legislador, há acirrada controvérsia no que se refere ao caráter do dispositivo em tela. Ou seja, se seu cumprimento é mera faculdade do agravante ou, do contrário, se é obrigação, cuja inobservância leva ao não conhecimento do recurso que interpôs.

É possível encontrar entendimentos diametralmente opostos, tanto na doutrina como na jurisprudência.

Entendem como mera faculdade, de acordo com Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery (in Código de Processo Civil Comentado, pág. 770), os processualistas Dinamarco (Reforma, 288), Sérgio Bermudes (Reforma, 91) e Alvim Wambier (Agravo, 159/160).

Em sentido contrário, temos J. E. Carreira Alvim.

E tenho para mim, permissa venia, que lhe assiste inteira razão.



Os argumentos de que se utiliza para declarar a imperatividade do preceito sob comento são extremamente coerentes, e mesmo convincentes, razão pela qual aqui os transcrevo:

“Com a nova técnica de fazer o agravo ingressar diretamente no tribunal, o juiz a quo, prolator da decisão agravada, fica inteiramente alheio ao procedimento recursal, a menos que o agravante (art. 526), ou o relator (art. 527, I), dê-lhe ciência do agravo. Se o relator não se utilizar do poder de requisitar informações ao juiz da causa — o que é facultativo —, este só virá a saber do agravo quando comunicado da decisão (liminar) ou do acórdão do tribunal.

“Estabelece o novo art. 526:

‘Art. 526. O agravante, no prazo de 3 (três) dias, requererá juntada, aos autos do processo, de cópia de petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso’.

“(…)

“Como se trata de um ônus recursal, e, portanto, de um encargo do agravante, não lhe cabe requerer a juntada desses documentos, senão promover a sua juntada, já que não é dado ao juiz deferi-la ou indeferi-la. Aliás, trata-se de mais um daqueles atos a que se refere o art. 162, § 4º, permitido ao servidor do juízo.

“Embora endereçado ao tribunal, não se pode desconhecer tratar-se de um recurso contra decisão interlocutória, cuja característica é a retratação, não sendo conveniente subtraí-la do poder de quem tem o maior interesse em corrigir o ato impugnado: o próprio juiz que o prolatou. Este é um dos objetivos que se procu-

ra colimar com a regra do art. 526, mesmo porque o tribunal não dispõe dessas peças para encaminhá-las ao juiz, com a requisição de informações (art. 527, I), nem ao advogado do agravado, com a intimação para resposta (art. 527, III), a menos que fossem apresentadas em duplicata ou triplicata, por ocasião da interposição, o que o Código não exige”.

“Portanto, interposto o agravo, sem que tenha o agravante dado cumprimento ao disposto no art. 526, não terá cumprido um dos pressupostos desse recurso. Pelo descumprimento desse ônus, estará o agravo deserto, pelo que a consequência será o relator negar-lhe seguimento. Ocorrida a deserção, pelo simples decurso do prazo (três dias), não mais se permitirá ao agravante a prática do ato.

“(…)

“Por tais motivos, entendo que o ato processual referido no art. 526 — que é um ônus do agravante — condiciona o conhecimento do agravo pelo tribunal, devendo ser reputado verdadeiro pressuposto desse recurso (condição de validade), e que, não satisfeito, ocasiona o seu arquivamento.

“De outro lado, a satisfação do disposto no art. 526 permite ao juiz reformar a decisão agravada, ainda no liminar da impugnação, ficando ele tolhido dessa faculdade, se o agravante não obedece o prazo legal para formalização da juntada. E mais, não estando comprovada a interposição do agravo, como saber se foi obstaculizada a preclusão, *conditio sine qua non* para a retratação?

“Para Cândido Dinamarco, a primeira e mais intuitiva finalidade com que foi ditada essa norma (art. 526) é a

de propiciar ao juiz o juízo de retratação, que é do interesse do próprio agravante. No entanto, entende o ilustre jurista que o retardamento ou a omissão no cumprimento de tal preceito não será fatal a este, nem obstará ao conhecimento do agravo interposto, porque a) a ciência ao agravado não se dá por esse caminho, mas pelo relator e não pelo juiz a quo; b) este não tem qualquer influência no julgamento do agravo de instrumento, salvo a que puder exercer mediante as informações que eventualmente prestar.

“Assim, não me parece, data venia, a uma, porque seria inconcebível que a lei impusesse ao agravante um ônus, fixando-lhe prazo, sem nenhuma consequência processual — aliás, uma das consequências do ônus é exatamente a de produzir resultado em desfavor de quem o descumpre — e, a outra, porque, sem essa juntada, o juiz não terá ciência da interposição do agravo e nem dos fundamentos em que se alicerça; a não ser que o relator peça as informações (art. 527, I), o que, no entanto, é facultativo. E o que é pior: o agravado não terá conhecimento dos termos do agravo, para responder, a não ser que recebesse cópia das peças com a intimação, o que, no entanto, não é exigido pelo Código” (Novo Agravo, 2ª ed., Belo Horizonte, Livraria Del Rey Editora, 1996, págs. 108/110).

Acompanham tal entendimento os seguintes julgados do STJ:

“Processo civil. Agravo de instrumento. CPC, art. 526. Imposição legal. Descumprimento. Pressuposto. Doutrina. Precedente da turma. Recurso desacolhido. A não-observância do disposto no art. 526 do Código de Processo Civil leva à ausência de

pressuposto de admissibilidade recursal, impondo o não-conhecimento do recurso” (REsp. n. 0148770—SP, rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, DJU 20/4/98, pág. 93).

E mais:

“Processual civil. Agravo de instrumento (art. 526, CPC).

“1. A norma do art. 526, CPC, é de natureza imperativa. 2. Precedentes jurisprudenciais. Recurso improvido” (REsp. n. 162990, rel. Min. Milton Luiz Pereira, DJU 25/5/98, pág. 58).

Ainda:

“Processo civil. Agravo de instrumento. CPC, art. 526. Sistemática inobservada. Recurso acolhido.

“I — nos termos do art. 526, CPC, com a redação que lhe deu a Lei n. 9.139/95, ‘o agravante no prazo de 3 (três) dias requererá juntada, aos autos do processo, de cópia da petição do agravo de instrumento e do comprovante de sua interposição, assim como a relação dos documentos que instruíram o recurso.

“(…)”

“Não cabe ao relator do recurso a iniciativa de exigir a comprovação desses requisitos. Vindo ele, no entanto, a ter ciência do descumprimento da norma, quer através de certidão apresentada pela parte interessada, quer por comunicação do juiz da causa, deverá do recurso não conhecer, por inadmissibilidade, mesmo que anteriormente tenha deferido liminar” (REsp. n. 150019—MG, rel. Min. Sálvio Figueiredo Teixeira, DJU 2/2/98, pág. 113).

Enfim, o objetivo do preceito sob enfoque é dar condições para que o Juízo a quo tome ciência da interpo-

sição do agravo e possa, ante os seus argumentos e eventuais provas, querendo, proferir juízo de retratação da decisão agravada.

Não há censura alguma aos defensores de que o agravante tem interesse no cumprimento da disposição legal em foco. Mas não tem ela natureza puramente facultativa, pois é também norma cogente, de ordem pública, ante o inescandível escopo de, oportunizada a retratação, evitar-se processamento e julgamento desnecessários de recursos no Segundo Grau, já tão sobrecarregado.

Historicamente, a jurisprudência tem servido de posição pioneira para posterior normatização em lei.

O caso em tela não é diferente, posto que os juscivilistas e Ministros do STJ, professores Athos Gusmão Carneiro e Sálvio Figueiredo Teixeira, autores do 12º Anteprojeto de Reforma do CPC, já encaminhado ao Ministério da Justiça, entenderam fazer lei daquilo que já é entendimento dos Tribunais, com a inclusão de um parágrafo único no art. 526, com o seguinte teor:

“Art. 526...

“Parágrafo único. O não cumprimento do disposto neste artigo acarreta a

inadmissibilidade do agravo” (Revista Jurídica: Consulex, n. 12, de 31/12/97. “Reforma do CPC: o 12º Anteprojeto”, pág. 23).

Obviamente que a inclusão de tal dispositivo dirimirá qualquer dúvida a respeito de exato alcance do art. 526. De qualquer sorte, a pretendida alteração só vem a reforçar a convicção que a inobservância deste preceito leva ao não conhecimento do recurso.

Por tais razões, voto no sentido de não conhecer do recurso.

### III — Decisão

Nos termos do voto do Relator, a Terceira Câmara Civil decidiu, por votação unânime, não conhecer do recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 23 de junho de 1998.

*Silveira Lenzi,*  
*Presidente para o acórdão com voto;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## AGRAVOS NOS AGRAVOS DE INSTRUMENTO

### AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.006047-8, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Gaspar Rubik**

*Agravo. Art. 557, parágrafo único, do CPC. Intempestividade. Termo a quo do prazo recursal. Ciência inequívoca da decisão recorrida. Data em que foi redigido e assinado pedido de reconsideração. Negativa de seguimento mantida. Recurso desprovido.*

*“(...) A prática de ato processual posterior acarreta a presunção de ciência do anterior, quando petítório é entranhado antes da respectiva intimação. (...)” (Agravo Inominado no Agravo de Instrumento n. 97.007379-8, de São José, rel. Des. Francisco Oliveira Filho).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 557, parágrafo único do CPC) no Agravo de Instrumento n. 98.006047-8, da comarca de Criciúma (3ª Vara Cível), em que é agravante Sulbra — Sul Brasileira de Bebidas Ltda., sendo agravada Cerâmica Flávio Salvam Ltda.:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Civil, por maioria de votos, desprover o recurso.

Custas legais.

Sulbra — Sul Brasileira de Bebidas Ltda. interpôs o presente agravo, com fundamento no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, contra decisão monocrática deste relator que negou seguimento, por manifesta intempestividade, ao seu agravo de instrumento desferido contra decisão do Dr. Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da comarca de Criciúma.

Alega, em síntese, que em nosso sistema procedimental o prazo recursal é contado a partir do protocolo da petição, e não da data em que esta foi redigida e assinada.

Acrescenta que, não obstante datado de 12 de maio do corrente ano, o petítório de fls. 70/72 foi elaborado no dia 13 seguinte, sendo apenas aproveitada a matriz de outra petição gravada no arquivo do computador.

Por fim, aduz que a emissão da carta precatória e a efetiva intimação do seu representante legal deram-se apenas no dia 13, não se podendo, portanto, cogitar a intempestividade do seu reclamo.

É o relato do necessário.

Fazendo uma resenha cronológica dos fatos ocorridos nos autos, em 12 de maio do corrente o Dr. Juiz de Direito a quo determinou a prisão civil do Sr. Jarvis Gaidzinski, apontado como depositário infiel do bem penhorado nos autos da execução movida pela agravada. Na mesma data, a agravante redigiu e assinou a petição de fls. 70/72, protocolizada no dia seguinte, onde postulou a reconsideração do interlocutório recorrido. Diante desse contexto, entendeu-se que a recorrente teve ciência inequívoca do despacho já no dia 12, sendo este, portanto, o dies a quo do prazo recursal, que expirou em 22 daquele mês, ficando caracterizada a intempestividade do reclamo, já que interposto somente em 25 do mesmo mês e ano.

De fato, inexistente em nossa legislação processual norma específica prevendo que o prazo flui a partir da data da petição, como também não há no sentido que flua da sua protocolização. O que, porém, têm dado a entender doutrina e jurisprudência é que o prazo recursal inicia-se a partir da ciência inequívoca, pela parte ou por seu advogado, da decisão ou sentença recorrida.

Nesse sentido, pronunciou-se o Superior Tribunal de Justiça:

"Processual civil. Apelação. Intempestividade. Ciência inequívoca da sentença antes da publicação. 1. A regra geral estabelece que o prazo para recorrer começa a partir da data da intimação da sentença (art. 236, c/c o art. 242, ambos do CPC). 2. A orientação consolidada na jurisprudência, contudo, em casos especialíssimos, admite seja afastada a regra geral, para considerar-se intimada a parte que, antes da publicação, indubitavelmente, haja tomado ciência inequívoca da decisão — por outro meio qualquer" (REsp. n. 2.915—SP — 3ª T., rel. Min. Waldemar Zveiter).

Na hipótese vertente, compulsando os autos, a única conclusão a que se pode chegar é que a agravante teve ciência do interlocutório combatido no mencionado 12 de maio, já que nessa mesma data redigiu e assinou a petição de fls. 70/72, onde postula, em resumo, a reconsideração daquele. Não se pode admitir, data venia, que alguém peça a reconsideração de algum despacho sem tomar conhecimento dele.

Em situação semelhante, este Tribunal decidiu:

"Agravado — Art. 557, parágrafo único, do Código de Processo Civil — Negativa de seguimento impugnada - Presunção de intimação reconhecida — Intempestividade declarada — Decisum confirmado — Reclamo improvido. A prática de ato processual posterior acarreta a presunção de ciência do anterior, quando petítório é entranhado antes da respectiva intimação. Inexistindo prova em sentido contrário, persiste aquela exegese" (Agravado

Inominado no Agravo de Instrumento n. 97.007379-8, de São José, rel. Des Francisco Oliveira Filho).

Acrescenta-se que inexistia qualquer prova acerca de que o petítório foi redigido no dia seguinte, sobre matriz de outra manifestação arquivada no computador, até porque se tal aconteceu foi por culpa do doutor procurador da recorrente, que não tomou as cautelas necessárias ao elaborar o seu petítório.

De resto, a agravante não negou terminantemente que na referida data teve ciência e redigiu dita petição, apenas se saindo com evasivas.

Destarte, por se entender que a agravante teve ciência inequívoca da decisão em 12 de maio, seja de dia ou à noite, como ela própria admite, uma vez que o prazo aqui questionado não é contado em horas, o termo inicial seria o primeiro dia útil imediato, ou seja, o dia 13, encerrando-se o prazo recursal em 22 do mesmo mês. Como o inconformismo foi protocolizado em 25 de maio, é ele intempestivo.

Ante o exposto, conhece-se do recurso, porém, para negar-lhe provimento.

Participou do julgamento com voto vencedor o Exmo. Sr. Des. Sérgio Paladino.

Florianópolis, 20 de agosto de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente com voto vencido;*  
*Gaspar Rubik,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Xavier Vieira:

Ousei divergir do Exmo. Sr. Des. Relator, por entender que o Agravo é tempestivo.

Com efeito, compulsando-se os autos verifica-se que a Agravante teve ciência inequívoca da decisão objurgada em 13 de maio do corrente ano, data em que protocolizou o petítório de fls. 70/72, postulando reconsideração do despacho que, ao decretar a prisão civil do Agravante, facultou-lhe, para livrar-se da custódia, o depósito da quantia correspondente ao montante do débito reclamado. Entendo, data venia, que não importa a data da petição (12/5/98), que pode ser fruto de equívoco. O que dá certeza a esse respeito é a protocolização. Portanto, o prazo decencial a que alude o art. 522 do CPC começou a fluir a partir da autenticação mecânica aposta na mencionada peça.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Xavier Vieira.*

## **AGRAVO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO N. 98.004884-2, DE JOAÇABA**

**Relator: Des. Vanderlei Romer**

*Agravo. Código de Processo Civil, artigo 557, parágrafo único. Agravo de Instrumento interposto por pessoa jurídica de direito*

*público estadual, através de procurador do Estado. Posição jurisprudencial no sentido de ser desnecessária a procuração. Hipótese distinta da dos autos. Despacho que inadmite agravo de instrumento por ausência do ato de nomeação. Condição de procurador do Estado não comprovada. Agravo desprovido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo no Agravo de Instrumento n. 98.004884-2, da comarca de Joaçaba (2ª Vara da Fazenda Pública), em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravada Cecília Eguiomar Soltes:*

ACORDAM, em Terceira Câmara Civil, por unanimidade, desprover o agravo, artigo 557.

Custas de lei.

Trata-se de agravo previsto no parágrafo único do art. 557 do Código de Processo Civil, manejado pelo Estado de Santa Catarina, objetivando a reforma da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto, cujas peças não atenderam ao preceito do art. 525 do Código de Processo Civil.

Assevera que seus procuradores estão desobrigados de apresentar qualquer credencial para desempenhar seu munus, à semelhança dos magistrados e membros do Ministério Público.

Afirma, também, que o ato de nomeação de procurador de Estado decorre dos artigos 132 da Carta Magna e 12, I, do Código Buzaid, sendo, portanto, ato institucional.

Por derradeiro, defende ser a investidura do procurador de Estado através de concurso, nomeado e empossado e que existe presunção de

validade de seus atos até prova em contrário.

É o relatório.

Primeiramente, esclareça-se que, como já ressaltado na decisão ora agravada, a negativa do seguimento do agravo de instrumento não se operou em razão da ausência de procuração do dito representante legal do Estado. É claro que, ante o tratamento peculiar dispensado pela Constituição Federal, em seu artigo 132, e pelo artigo 12, inciso I, do Código Buzaid, estão os procuradores do Estado dispensados de juntar aos autos instrumento procuratório. Conforme a posição pacífica da jurisprudência, e, diga-se de passagem, coerente, sua juntada é despicienda, pois com a nomeação está o respectivo mandatário investido de todos os poderes capazes de garantir o desempenho da representação estatal.

Todavia, o que se discute nos autos é a obrigatoriedade da juntada, em agravo de instrumento, do ato de nomeação, ou similar, o qual, por óbvio, em nada se confunde com o instrumento de mandato.

A afirmação do agravante de que o ato de nomeação de procurador de Estado decorre dos artigos 132 da Carta Magna e 12, I, do Código Buzaid, sendo ato institucional, cabe algumas considerações.

Se o dispositivo constitucional determina que "Os Procuradores dos

Estados e do Distrito Federal exercerão a representação judicial e a consultoria jurídica das respectivas unidades federadas, organizados em carreira na qual o ingresso dependerá de concurso público de provas e títulos", é porque exige que o exercício do poder de representar a respectiva unidade federada seja atribuído somente àquele que se submeteu ao exame de seleção e, com êxito, foi aprovado e, via de consequência, nomeado como tal.

O artigo 132 da Carta Magna de modo algum dispensa o patrono da prova de sua condição de procurador do ente federativo em processo de que participa, ou, mais especificamente, de agravo que interpõe. A capacidade de representação e postulatória em favor da pessoa jurídica de direito público, atribuída pela norma constitucional, só se aplicará no momento em que o então candidato estiver investido das funções inerentes aos procuradores do Estado, o que se perfectibiliza somente através do ato de nomeação.

Tampouco o inciso I do artigo 12 do Diploma Processual Civil corrobora o entendimento esposado pelo recorrente, pois apenas garante que os entes federativos serão representados por seus procuradores, verbis:

"Serão representados em juízo, ativa e passivamente:

"I — a União, os Estados, o Distrito Federal e os Territórios, por seus procuradores".

Não há no dispositivo qualquer dispensa da comprovação da condição funcional de seu mandatário legal.

As normas não atribuem especificamente ao dito procurador do Estado que subscreve a inicial do agravo inadmitido o poder de representar o ente federativo estadual, mas, sim, conferem aos procuradores dos entes federativos em geral capacidade de representá-los, havendo necessidade da comprovação da condição de procurador do Estado, o que, in casu, não ocorreu.

Cogita o agravante que os procuradores estão desobrigados de apresentar qualquer credencial para desempenhar seu munus.

Pelo contrário, o inciso I do artigo 525 do Código de Processo Civil é expresso em determinar:

"A petição de agravo de instrumento será instruída:

"I — obrigatoriamente, com cópias da decisão agravada, da certidão da respectiva intimação e das procurações outorgadas aos advogados do agravante e do agravado".

A finalidade da obrigação contida no preceito legal acima é justamente a de comprovar a regularidade da representação da parte pelo causídico.

É a lição de Nelson Nery Jr. e Rosa Maria Andrade Nery:

"É obrigatória a juntada, com a petição de interposição do agravo e com as razões do inconformismo e o pedido de nova decisão (CPC, 524) as seguintes peças: (...); c) procuração aos advogados do agravante e do agravado, para que se comprove ter o subscritor da petição de recurso poderes para representar o agravante e, ao mesmo tempo, capacidade postulatória; (...)" (Código de Pro-



cesso Civil Comentado, 3ª ed., 1997, pág. 767).

Ora, se a finalidade do dispositivo é a comprovação de que o causídico detém poderes de representação da parte por quem postula em juízo, não excepcionando qualquer hipótese em que a juntada do referido documento é despicienda, e considerando a desnecessidade de juntada do instrumento de mandato para o procurador do Estado, conclui-se que a esse cumpre juntar, obrigatoriamente, a cópia do ato de nomeação ou documento equivalente, para que comprove sua condição de procurador e, conseqüentemente, sua capacidade de representar o ente federativo estadual.

Não se desconhece o precedente jurisprudencial de uma das Turmas do STJ, citado no agravo, dispensando a apresentação de ato de nomeação do procurador.

Mas não se trata de precedente com efeito vinculante e, com a devida vênia, seria absurdo, por exemplo, que no Estado de São Paulo, provavelmente com centenas de procuradores, tivesse o magistrado, desde que diligente em relação aos requisitos de admissibilidade do agravo, que vasculhar todos os periódicos oficiais em busca do ato de nomeação daquele que se intitula procurador estadual ou, então, permitir passivamente que qualquer um assim se rotule, aguardando eventual prova em contrário.

O mesmo se aplica, em menor escala, para Santa Catarina.

Por derradeiro, defende ser a investidura do procurador de Estado através de concurso, nomeado e em-

possado e que existe presunção de validade de seus atos até prova em contrário.

Não há dúvida quanto a isso, mas para que a presunção de validade dos atos se imponha, necessária a demonstração de que ele exerce regularmente a representação estatal, ex vi o disposto no inciso I do artigo 525 do CPC.

A jurisprudência também aponta nesse sentido:

“Procuradores. Legitimação de representação. Fazenda Pública. TST. AgRR n. 10173/SP. Rel.: Min. Francisco Fausto. 3ª Turma. Decisão: 20/5/92. DJU 1 de 21/8/92, pág. 12.919.

“1 — O fato de os Procuradores da Fazenda Pública serem detentores de mandato legal, por força do disposto nos arts. 132 da Constituição Federal e 12, I, do CPC, não os isenta de comprovar tal condição, pela juntada do título de nomeação para o cargo ou de documento designando-os para representar o órgão que integram em juízo.

“2 — Agravo regimental desprovido” (Celso Ribeiro Bastos, Ives Gandra Martins, Comentários à Constituição do Brasil. 1997, 4º vol., tomo IV, pág. 238).

E mais:

“É de se exigir dos entes autárquicos dos órgãos da administração direta que seus procuradores exibam, pelo menos, o ato de nomeação para o respectivo cargo, em decorrência da dispersa e desigual atuação que têm em relação aos Juizes e membros do Ministério Público. Agravo regimental não provido” (TST — AG-AI n. 82.996/93.3 — 2ª Reg. — Ac. 1948/94

— 5ª T. — unân. — Rel: Min. Antônio Maria Thaumaturgo Cortizo — Fonte: DJU I, 12/8/94, pág. 20.220).

Acrescente-se que não há qualquer dificuldade para o Estado em suprir tal falta, pois é perfeitamente possível a apresentação do ato de nomeação de seu procurador ou, ao menos, a indicação de sua fonte oficial, de modo a permitir a verificação da regularidade da representação.

Ante o exposto, nega-se provimento ao recurso.

Presidiu o julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Silveira Lenzi, e participou dele, também com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Cláudio Barreto Dutra.

Florianópolis, 30 de junho de 1998.

*Eder Graf,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Vanderlei Romer,*  
*Relator.*

## AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR

### AGRAVO REGIMENTAL NA MEDIDA CAUTELAR N. 97.014154-8, DA CAPITAL

**Relator: Des. João Martins**

*Agravo regimental — Descumprimento de transação em precatório — Decisão que revoga despacho que autorizava o seqüestro dos valores em favor dos agravantes — Inocorrência de preterição do direito de preferência — Manutenção da decisão — Desapensamento do precatório e remessa dos autos à Vara de origem — Agravo desprovido.*

*A transação efetuada nos autos do Precatório configura título executivo judicial, e seu descumprimento dá ensejo à nova execução, cuja competência é do Juízo de Primeiro Grau, não caracterizando a hipótese prevista no art. 100, § 2º, da Constituição Federal, qual seja, a preterição do direito de preferência, a ensejar o seqüestro.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental na*

*Medida Cautelar n. 97.014154-8, da comarca da Capital, em que são*

*agravantes o município de Blumenau e outros, sendo agravado o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por maioria de votos, negar provimento ao agravo.

Custas de lei.

Trata-se de agravo regimental interposto pelo município de Blumenau e outros, com fundamento no art. 195 do Regimento Interno desta egrégia Corte, inconformados com a r. decisão que revogou o despacho que determinou a expedição de mandado de seqüestro, nos autos da ação cautelar incidental de seqüestro proposta em face do Estado de Santa Catarina, em virtude do não cumprimento de transação global por parte do agravado, no tocante ao Precatório n. 1419/89.

Afirmam os agravantes que, após terem vencido integralmente ação pelo procedimento ordinário proposta contra o Estado de Santa Catarina, visando o pagamento de valores referentes à destinação de parcelas do ICM ao FUNDESC/PROCAPE, devidas aos Municípios, procederam à execução provisória do julgado, que resultou no Precatório n. 1419/89.

Os exequêntes, antes do pagamento final e integral dos valores correspondentes, formalizaram transação global com o Estado de Santa Catarina, o qual se comprometeu a pagar as verbas pendentes aos credores; o que, todavia, não cumpriu, ocorrendo sucessivas inadimplências de natureza contratual.

Asseveram os requerentes que, desrespeitando as regras da transação, o Estado auto-regulou o

critério de atualização monetária e fez com freqüência pagamentos mensais a destempo, circunstância a impor incidência de multa, consoante teor e exigência de cláusula específica.

Sustentam que há saldo pecuniário a pagar, compreendendo o principal, juros e multa, apurados por escritório de perícias contábeis contratado pelos agravantes, mediante laudo atualizado até 1º de fevereiro do corrente ano, correspondente ao total de R\$ 1.476.323,41 (um milhão, quatrocentos e setenta e seis mil, trezentos e vinte e três reais e quarenta e um centavos).

Como não houve solução administrativa, os requerentes, invocando a cláusula quarta da transação global, que dispõe que o pagamento da referida dívida independerá da expedição de novos precatórios pela Vara da Fazenda Pública, ingressaram com ação cautelar, pleiteando o seqüestro da quantia que julgam devida, ou, alternativamente, a importância de R\$ 625.194,93 (seiscentos e vinte e cinco mil, cento e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), dita controversa pelos pleiteantes, vez que o Estado de Santa Catarina não contesta referido débito.

Os autos foram distribuídos para o Des. Carlos Prudêncio, por sorteio, que na decisão de fls. 107/8 declinou de sua competência para a análise da questão, fundamentado no disposto no art. 731 do CPC e no art. 100, § 2º, da CF/88; bem como no art. 90, XXII, da Lei Complementar n. 148/96 (que alterou o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado de Santa Catarina).

Em decisão de fls. 117, do emittente Des. Napoleão Xavier do Amarrante, foi expedido mandado de seqüestro do valor de R\$ 625.194,93 (seiscentos e vinte e cinco mil, cento e noventa e quatro reais e noventa e três centavos), sobre o numerário disposto em contas correntes do Estado no Banco do Estado de Santa Catarina S/A — Besc, ato este devidamente cumprido pelo Sr. Oficial de Justiça.

Posteriormente, postularam os requerentes o levantamento dos valores seqüestrados, com remessa de ofício ao representante legal da instituição bancária, e em seguida requereram a transferência da quantia para a conta de seu patrono.

Em decisão de fls. 125/131, revoguei o prefalado despacho de fls. 117 e determinei a liberação dos valores seqüestrados em favor do Estado de Santa Catarina, ordenando a remessa dos autos à Vara de Precatórias e Precatórios da comarca da Capital, consoante o disposto no Provimento n. 14/94 e nos Conflitos de Competência ns. 705 e 717 da Capital.

Irresignados, os requerentes interpuseram agravo regimental às fls 134/144, ao argumento de que: houve omissão relativamente à existência de cláusula expressa impeditiva da expedição de novo precatório, diante da qual não pode prevalecer a determinação de remessa dos autos à Vara das Precatórias e Precatórios; não foi levada em consideração a especificidade da matéria; tendo havido o reconhecimento de parte incontroversa, não tem sentido o retorno dos autos à Vara de origem; tendo sido descumprida a transação, voltou-se ao status quo ante, caracterizando-se preteri-

ção ao direito de preferência com o pagamento dos precatórios ulteriores, dando oportunidade ao seqüestro consagrado no § 2º do art. 100 da Constituição Federal.

Finalizaram requerendo a reatração da decisão ou a apresentação dos autos em mesa, na sessão seguinte, na hipótese de manutenção desta, com o conhecimento e o provimento do agravo regimental para efeito de ser reformada a decisão agravada, deferindo-se o seqüestro da parte incontroversa.

Em despacho de fls. 149/160, manteve a decisão agravada.

É o relatório.

Não merece provimento o agravo regimental interposto.

Como é cediço, determina o art. 100, caput, da Constituição Federal:

“Art. 100. À exceção dos créditos de natureza alimentícia, os pagamentos devidos pela Fazenda Federal, Estadual ou Municipal, em virtude de sentença judiciária, far-se-ão exclusivamente na ordem cronológica de apresentação dos precatórios e à conta dos créditos respectivos, proibida a designação de casos ou de pessoas nas dotações orçamentárias e nos créditos adicionais abertos para este fim”.

Anteriormente à transação global celebrada nos autos do Precatório n. 1419/89 e à devida homologação, o Poder Judiciário havia expedido, em momento adequado, regular ofício requisitório ao Governo Estadual, para a satisfação da dívida executada. Tal circunstância restou prejudicada diante do acordo celebrado estabelecendo-se uma nova situação, cuja conse-

quência foi a retirada do precatório da lista, aniquilando a ordem judicial requisitória anterior.

Colhe-se da doutrina pátria, acerca do correto procedimento de precatórios:

“A expedição de precatório finaliza uma atividade de natureza administrativa. É autorizado para expedir-lo o juiz do processo de execução, que o encaminhará por intermédio do presidente do tribunal competente” (Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 4º vol., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 63 — grifei).

“A atividade jurisdicional se encerra com a expedição do precatório, seguindo-se-lhe uma atividade de ordem administrativa a cargo do presidente do tribunal competente. Este salienta, por meio da apresentação do precatório, a verba necessária ou quando há verba disponível, expede ordem de pagamento, exercendo ademais fiscalização e controle sobre as formalidades intrínsecas do pagamento. Nos casos de erro material, o precatório é devolvido ao juiz de origem, para as correções necessárias.

“O STF já decidiu que ‘a atribuição do Presidente do Tribunal, ao processar o precatório, não é seqüencial jurisdicional. É atividade puramente administrativa. A atividade jurisdicional termina com a expedição do precatório. É o último ato do processo jurisdicional’ (RTJ 71/572)” (Pinto Ferreira, Comentários à Constituição Brasileira, 4º vol., São Paulo, Saraiva, 1992, págs. 67/68 — grifei).

Quanto ao caráter administrativo das atribuições do Presidente do Tribunal em matéria de precatórios,

reiterada é a Jurisprudência, senão, vejamos:

“Agravos de decisão — Precatório — Natureza administrativa da competência do Presidente do Tribunal — Descabimento do recurso — Não conhecimento.

“Tendo em vista a natureza administrativa da competência do Presidente do Tribunal de Justiça em matéria de precatórios, lhes cabe a interposição de agravo de decisão ou de agravo regimental das decisões daquela autoridade, proferidas no referido instrumento, salvo a hipótese do artigo 247, parágrafo único, do Regimento Interno desta Corte.

“Ademais, a solução de questão incidente em execução pela via do precatório, tal como a regularidade ou não da atualização do débito deve ser decidida pelo Juízo de execução” (Agravos Regimentais no Precatório n. 1.224, da Capital, relator Des. Tycho Brahe).

“Competência — Execução de sentença — Depósito — Insuficiência alegada — Competência do Juízo da Execução para dirimir a controvérsia, visando a complementação do Precatório, ressalvada a função administrativa do Presidente do Tribunal de Justiça — Preliminar rejeitada”.

E no corpo deste aresto se lê:

“(…)”

“Em suma, ressalvada a função de natureza administrativa do Presidente do Tribunal para expedição de ofícios requisitórios, assim como para determinação de seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito, remanesce a competência jurisdicional de Primeira Instância para a aferição

do valor atualizado do débito, visando a devida complementação do precatório, como verificado na espécie” (RJTJESP 131/295, julgamento 22/2/91).

“Competência — Execução contra a Fazenda Pública — Complementação do precatório e extinção da execução — Caráter jurisdicional — Competência do Juízo a quo e não do Presidente do Tribunal de Justiça — Uniformização de jurisprudência nesse sentido.

“(…)

“Se é do Juízo da execução a competência para extingui-la por sentença (...), dele será, obviamente, a competência para verificar se, efetivamente, o executado cumpriu a obrigação exequenda. Ora, se a execução é por quantia certa, apurada em liquidação, conotado que o devedor não solveu integralmente o débito exequendo, ainda que o seja o Poder Público, será o mesmo Juízo quem determinará a complementação, requisitando na Presidência do Tribunal a execução do precatório” (RJTJESP 126/408, julgamento em 23/5/90 — grifei).

“Precatório. Execução.

“Compete ao Juiz de execução o cumprimento do precatório e não ao Presidente do Tribunal que exerce atividade administrativa, podendo, no entanto, examinar as formalidades extrínsecas do precatório, o erro material que jamais transita em julgado e podem ser corrigidos a qualquer tempo. Recurso especial conhecido e provido” (RSTJ n. 65/464).

“Processual civil. Execução de sentença. Precatório. Solução de questões incidentes. Competência. Juiz da causa.

“— Em sede de execução de sentença por via de precatório as questões incidentes, tais como índice de atualização da conta anterior ou extinção da execução, situam-se fora da competência administrativa do Presidente do Tribunal, devendo ser examinadas e decididas pelo Juiz da execução.

“— Recurso provido” (RSTJ n. 64/304 — grifei).

“Precatório — Irregularidade — Competência.

“A função de natureza administrativa do Presidente do Tribunal, ao atender a precatório, não comporta decisão e conseqüentes recursos de natureza jurisdicional. Se não é mero autômato e não está impedido de verificar a regularidade do precatório, se verifica erro, deve encaminhá-lo à autoridade judiciária que o expediu, porque esta sim é a competente, com função jurisdicional, como juiz do processo, para decidir do erro e, eventualmente, corrigi-lo. Nem se diga que o Presidente do Tribunal não pode estar submetido à decisão do juiz de Primeira Instância, revestida de poder jurisdicional. E da decisão do juiz de Primeiro Grau poderão os interessados interpor os remédios cabíveis para o Tribunal competente. Outrosim, texto algum de lei outorga competência aos Presidentes dos Tribunais para a revisão, como caráter jurisdicional, dos precatórios. Tem competência para determinar seqüestro de quantia necessária à satisfação do débito, a requerimento de credor preterido no seu direito de precedência, porque a dá o texto constitucional. Não, para rescisão das decisões tomadas nos processos, pelos

juízes ou pelos Tribunais" (TJSP — Agravo de Instrumento n. 141.184-2, ac. unân. da 12ª Câm. Cív. — j. em 28/2/89 — rel. Des. Carlos Ortiz — Agte: Fazenda do Estado — Agda: Clementina Rizzo).

O § 2º do art. 100 da Constituição Federal assim dispõe:

"§ 2º. As dotações orçamentárias e os créditos abertos serão consignados ao Poder Judiciário, recolhendo-se as importâncias respectivas à repartição competente, cabendo ao Presidente do Tribunal que proferir a decisão exequenda determinar o pagamento, segundo as possibilidades do depósito, e autorizar, a requerimento do credor e exclusivamente para o caso de preterimento do seu direito de precedência, o seqüestro da quantia necessária à satisfação do débito" (grifei).

Como se depreende do comando constitucional, o seqüestro é medida utilizada exclusivamente para o caso de preterimento do direito de precedência, constituindo, assim, medida excepcional ou extrema. No caso em tela, não se evidencia esta circunstância, uma vez que o precatório foi retirado da ordem cronológica por vontade dos próprios agravantes, ao celebrarem a mencionada transação com o agravado. Os valores em debate não foram repassados aos municípios em razão do descumprimento da transação global por parte do Estado de Santa Catarina e não por inversão na ordem de pagamento dos precatórios à revelia dos agravantes.

Milton Flack, em consubstancioso artigo (Precatório Judiciário na Constituição de 1988) salienta:

"Esclarecendo que o seqüestro se presta 'exclusivamente' para o caso de infração da ordem de precedência dos credores, procurou o legislador constituinte enfatizar que, em outras hipóteses, a exemplo de recusa da administração em colocar a quantia necessária à disposição do judiciário, a correção da ilegalidade deverá observar-se através de outros meios, igualmente previstos em lei ou na própria Constituição, impedimento, intervenção etc., conforme a hipótese".

Pinto Ferreira, por sua vez, esclarece que:

"O objeto do seqüestro é a importância recebida indevidamente pelo credor que não tinha assegurado a precedência. A intangibilidade é um dos atributos dos bens públicos, intocáveis diante de qualquer ato de contrição judicial (penhora, arresto, seqüestro, arrecadação), porém, permitido excepcionalmente o seqüestro no caso do art. 100, § 2º, da Constituição Federal, como norma derogatória do processo comum" (do autor, Comentários à Constituição Brasileira, 4º vol., São Paulo, Saraiva, 1992, pág. 67).

Conforme também leciona José Cretella Júnior:

"A verba existe, tendo sido incluída no orçamento — da União, do Estado ou do Município —, para o pagamento do débito contraído, depois do julgamento, em juízo. As importâncias foram depositadas na repartição competente. O Presidente do Tribunal que proferiu a decisão exequenda ordena o pagamento, segundo as disponibilidades em caixa. Ao procurar receber o que lhe é devido, o credor é

informado que seu direito de precedência foi violado. Subvertida a ordem dos precatórios, pessoa em colocação inferior, na lista, passou-lhe à frente. A quantia do depósito, que estava reservada, foi entregue a outrem. Nesse caso, o credor, ferido em seu direito de precedência, requer o seqüestro da quantia que lhe fora reservada e necessária à satisfação de seu crédito e que foi para as mãos de terceiros” (do autor, Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. VI, Rio de Janeiro, Forense Universitária, 1992, pág. 3.058).

Colhe-se ainda da doutrina:

“A homologação é, pois, ato jurisdicional dotado, também, de dupla eficácia, já que, a um só tempo, põe fim à relação processual em curso, e outorga ao ato negocial das partes a qualidade de ato processual, com aptidão para gerar a res iudicata e o título executivo extrajudicial, conforme a natureza do acordo (arts. 269, n. III, e 584, n. III)” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. I, 20ª edição, RJ, Forense, 1997, pág. 322 — grifei).

“O certo é que, concluído, em forma adequada, o negócio jurídico entre as partes, desaparece a lide, e sem lide não pode o processo ter prosseguimento.

“Se, após a transação, uma parte se arrependeu ou se julgou lesada, nova lide pode surgir em torno da eficácia do negócio transacional. Mas a lide primitiva já está extinta” (Humberto Theodoro Júnior, Curso de Direito Processual Civil, vol. II, 20ª edição, RJ, Forense, 1997, pág. 323 — grifei).

“O eventual descumprimento do acordo somente pode ser remedia-

do através das vias judiciais adequadas, nunca, porém, nos mesmos autos em que a convenção se firmou (ac. unân. da 3ª Câmara do TJSC, de 30/8/83, na Apelação Cível n. 19.316, rel. Des. Wilson Guarany)” (O Processo Civil à Luz da Jurisprudência, de Alexandre de Paula, vol. XI, Forense, 1989, pág. 237 — grifei).

Sem sombra de dúvida, o acordo realizado nos autos configura título executivo judicial, e seu descumprimento dá ensejo à nova execução, cuja competência é do Juízo de Primeiro Grau.

De outro modo, haveria afronta ao art. 100 da CF/88, uma vez que, com o acordo realizado, deixou o precatório de ser incluído no orçamento estadual do exercício financeiro a que estaria inserido não fosse o pacto realizado, sendo ainda relevante mencionar que os demais exeqüentes que permaneceram na lista, obedecendo a ordem cronológica, não poderiam, a pretexto de descumprimento da aludida transação, restar prejudicados.

Extrai-se, ainda, da Jurisprudência:

“A Fazenda Pública não está impedida de fazer acordo. Só não pode empenhar sua solução na verba destinada, pelo orçamento, ao pagamento dos precatórios judiciais, porque isto implicaria procrastinar o pagamento de obrigações preferenciais, resultaria em ilegal interferência na posição dos exeqüentes que permanecem na fila, para receber seu crédito no exercício programado pela respectiva previsão orçamentária, obedecida a ordem cronológica dos precatórios (TJSP, Seq. 1718-0 e 2649-0, rel. Des. Carvalho Filho, j.



29/4/1982 e 28/9/1983, in Mazzilli, *Acordos...*, 'O Estado de São Paulo', 24/3/1995, pág. 2)" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo, RT, 1997, pág. 129 — grifei).

Sem querer abarcar o mérito da questão que envolve o caso em apreço nesta passagem invocado, cabível é seu registro a fim de evidenciar em que consiste o fundamento esposado por parte da doutrina, ao entender que acordos desta natureza são inconstitucionais:

"Transação. O acordo celebrado entre a Fazenda Pública e a parte contrária não é admissível, pois viola o princípio constitucional da ordem cronológica e de preferência dos precatórios (CF, 100), implicando escolha ilegítima do credor a pagar em primeiro lugar. Neste sentido: Greco, *Exce. Faz. Púb., 90/91*" (Nelson Nery Júnior e Rosa Maria Andrade Nery, *Código de Processo Civil Comentado*, 3ª edição, São Paulo, RT, 1997, pág. 881).

É também do escólio de Pinto Ferreira:

"Cumprido o precatório e paga a importância respectiva, que foi consignada, a cobrança de juros só pode ser efetivada em ação própria (RTJ 86/627)" (obra citada, pág. 66).

Como se pode concluir, faz-se necessária a remessa dos autos à Vara de Precatórias e Precatórios da comarca da Capital, a fim de que seja expedido um segundo Precatório a ensejar o pagamento das parcelas remanescentes.

No que concerne à aludida cláusula quarta da transação invoca-

da pelos agravantes para sustentar a impossibilidade de novo precatório, tem-se por despicienda, ante as razões a seguir mencionadas.

Dispõe a citada cláusula:

"O pagamento de que trata este termo de transação independará da expedição de novos precatórios pela Vara da Fazenda Pública da comarca da Capital, comprometendo-se o Estado a depositar os valores avençados, a disposição do Tribunal de Justiça, que os repassará na forma costumeira aos Procuradores dos Municípios ou diretamente aos credores através de seus Procuradores" (fls. 54).

Em primeiro lugar, dita cláusula não tem o alcance pretendido pelos agravantes, porquanto limita-se a dispor no sentido de que os pagamentos parcelados serão feitos independentemente da expedição de outros precatórios, e não que, na hipótese de descumprimento da avença, a execução far-se-ia independentemente da observância das normas que disciplinam a execução contra a Fazenda Pública, visto assim que a cláusula IX remete as partes às vias judiciais cabíveis no caso de adimplemento.

Ainda que assim não fosse, e que a cláusula IV merecesse a interpretação conferida pelos agravantes, seria totalmente ineficaz, uma vez que o princípio da liberdade contratual, conferida às partes em qualquer transação, não pode dar guarida, a toda evidência, às disposições pactuadas aleatoriamente, desguarnecidas de amparo por parte do ordenamento jurídico vigente, seja no âmbito legal ou constitucional, mormente em se tratando de questões atinentes ao interesse público.

Tal cláusula, portanto, é totalmente ineficaz, uma vez que ofensiva à Constituição Federal, em seu artigo art. 100, a par de usurpadora da competência do Presidente do Tribunal de Justiça, além de contrária ao interesse público, na medida em que estaria interferindo indevidamente na ordem de pagamento dos precatórios, estabelecida na Constituição e até mesmo burlando a sua regular forma de expedição.

Dentre os princípios norteadores do direito administrativo determinados na Lei Maior, destaca-se o da legalidade, entendido “não só a conformação do ato com a lei, como também com a moral administrativa e com o interesse coletivo” (Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, 6ª ed., RT, São Paulo, pág. 71).

“O princípio da legalidade é o antídoto natural do poder monocrático ou oligárquico, pois tem como raiz a idéia de soberania popular, de exaltação da cidadania” (Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 4ª ed., Malheiros, São Paulo, pág. 48).

Admitir-se a prevalência da citada cláusula, a fim de garantir aos agravantes algo não previsto e absolutamente contrário ao ordenamento jurídico, implicaria, indubitavelmente, ante às razões já expendidas, em negar-se vigência ao princípio da supremacia do interesse público, em seu sentido mais amplo.

Diante de tais fundamentos, nega-se provimento ao agravo regimental interposto. Sejam desapensados os autos de Precatório e remetidos à origem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Xavier Vieira, Francisco Oliveira Filho, Eder Graf, Alcides Aguiar, José Roberge, Amaral e Silva, Álvaro Wandelli, Anselmo Cerello, Jorge Mussi e Sérgio Paladino; e, com voto vencido, o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer.

Florianópolis, 17 de junho de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator.*

## AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA

### AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.006372-8, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Carlos Prudêncio**

*Agravo regimental — Mandado de segurança — Irresignação contra despacho deferitório de liminar — Impossibilidade — Agravo não conhecido.*

*Segundo o ordenamento jurídico processual vigente, o agravo de instrumento é o recurso próprio a respaldar a irresignação advinda de decisões interlocutórias, não podendo ser transferida esta atribuição a agravo regimental.*

*O agravo regimental submete-se ao crivo do Regimento Interno e tem por finalidade precípua a integração do pensamento do colegiado sobre determinado assunto examinado monocraticamente, mas não é substitutivo do recurso próprio a ser manejado.*

*Ademais, as hipóteses relacionadas a mandado de segurança, conforme enunciado no § 1º do art. 195 do RITJSC, limitam-se a indeferimento de inicial e suspensão de execução de sentença.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo Regimental no Mandado de Segurança n. 98.006372-8,*

*da comarca de Criciúma, em que é agravante o Estado de Santa Catarina, sendo agravado Volnei da Luz:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Civil, à unanimidade de votos, não conhecer do agravo regimental.

Custas legais.

## I — Relatório

Cuida-se de agravo regimental interposto nos presentes autos de mandado de segurança pelo Estado de Santa Catarina, em virtude de sua irresignação com o despacho de fls. 37/43, que deferiu medida liminar em favor de Volnei da Luz — impetrante, ora agravado — para efeitos de mantê-lo interinamente no cargo de Escrivão da Escrivania de Paz do Distrito de Rio Maina, na mencionada comarca de Criciúma.

Alega, o Estado, em síntese, que o Mandado de Segurança n. 98.002149-9 — julgado em junho deste ano e que declarou inexistir direito líquido e certo do impetrante, Volnei da Luz, a permanecer como escrivão efetivo do mencionado cargo, ante a declaração de inconstitucionalidade do art. 14, do ADCT, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição do Estado — tinha “o mesmo escopo prático” do writ ora em exame.

Suscita ainda ilegitimidade passiva ad causam, eis que o ato tido por ilegal não pode ser a portaria baixada pelo meritíssimo Juiz de Direito que designou outro serventuário para substituir interinamente o titular do referido cargo, e sim o Sr. Presidente desta Corte, o qual foi quem decretou a nulidade das efetivações de tais cargos com fulcro nas disposições do art. 14 do mencionado ADCT.

Com efeito, e salientando inexistirem pressupostos à concessão da liminar, requer o agravante a retratação da decisão monocrática deste relator, reformando-se, via de consequência, o aludido despacho de fls. 37/43.

É o sucinto relatório.

## II — Voto

### 1 — Preliminares

Imerecem acolhida as preliminares, senão vejamos:

a) Afirmção de identidade de objetos — o presente feito tem objeto diverso do constante do MS n. 98.002149-9, em que o impetrante se insurgiu contra a decisão do Exmo. Sr. Presidente desta Corte que decretou nula sua efetivação no cargo de Escrivão da Escrivania de Paz do Distrito de Rio Maina, em função da declaração de inconstitucionalidade do art. 14 do mencionado ADCT, pelo qual assumiu o impetrante a titularidade do aludido cargo. Neste mandado de segurança objetiva o impetrante tão-somente ver-se na condição de substituto interino do titular, enquanto perdurar a vacância do cargo. Logo, bem distintos os objetos.

b) Alegação de ser a autoridade de impetrada parte ilegítima — também improcede esta afirmativa, eis que a autoridade — o Exmo. Sr. Juiz de Direito, Diretor do Foro local — foi quem praticou diretamente o ato ora impugnado, permanecendo inserida, portanto, neste contexto.

c) Inexistência de pressupostos à concessão da liminar — resta prejudicada ante os fundamentos do despacho agravado.

### 2 — Mérito

O agravo regimental não é recurso propriamente dito, ou seja, na sua acepção técnica, pois não está arrolado como tal na lei processual vigente. É tão-somente o meio utilizado excepcionalmente para que possa se pedir ao relator da matéria novo exame, podendo ensejar a retratação da decisão monocrática, ou, quando não, uma nova avaliação efetuada pelo colegiado a que pertença o relator. Submete-se ao crivo do Regimento Interno e tem por finalidade precípua a integração do pensamento do colegiado sobre determinado assunto examinado monocraticamente. Todavia, não é substitutivo do recurso próprio a ser manejado e indicado pelo ordenamento processual vigente.

Pela nova sistemática processual, em que pese não ser muito conveniente, toda e qualquer decisão interlocutória é passível de ser atacada mediante interposição de agravo de instrumento.

É o que, na mesma linha de pensamento do mestre Arruda Alvim, ensina a renomada Teresa Arruda Alvim Wambier, in *O Novo Regime do Agravo*, 2ª ed., São Paulo, RT, 1996, pág. 94, de onde se extrai “não ser conveniente ter-se, no Código Vigente, tão amplo espectro de recorribilidade. Esse amplo espectro de recorribilidade das interlocutórias foi mantido pela Reforma. Segundo a nova redação do art. 522, continua sendo cabível o recurso de agravo de toda e qualquer decisão interlocutória”.

Decorre daí uma conclusão que me parece a mais lógica: de decisão liminar proferida em mandado de segurança, concessiva ou denegatória, o recurso a ser utilizado é o agra-

vo de instrumento e não agravo regimental.

Aliás, o próprio STF já entendeu assim, em decisão do Ministro Sydney Sanches, in RF n. 548, pág. 213, in verbis:

“Firme a jurisprudência no sentido de que não cabe agravo regimental contra decisão de relator de mandado de segurança que, no STF, defere ou indefere medida liminar”.

Mesmo sentido, tem-se, entre outras decisões desta Corte, nas proferidas pelo Exmo. Sr. Des. Amaral e Silva, no ARMS n. 6.496, e pelo Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu, no ARMS n. 9.022, da Capital.

Colhe-se também do TJSP:

“Incabível é o agravo regimental contra despacho denegatório de liminar em mandado de segurança, por absoluta inexistência de ordenamento legal nesse sentido” (TJSP — in RF n. 548, pág. 123).

Além disso, o Regimento Interno de nosso Tribunal, em seu art. 195, mencionando os casos que se relacionam a mandado de segurança, não faz menção a nenhuma hipótese semelhante à trazida à luz por meio do presente feito.

Ante o exposto, sou pelo não conhecimento do agravo regimental.

### III — Decisão

Assim, decide este colegiado, à unanimidade de votos, não conhecer do agravo regimental.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Orli Rodrigues e Trindade dos Santos.

Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

*Carlos Prudêncio,  
Presidente e Relator.*

## AGRAVO NOS EMBARGOS INFRINGENTES

### AGRAVO NOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS À APELAÇÃO CÍVEL N. 97.001959-9, DE CRICIÚMA

**Relator: Des. Xavier Vieira**

*Embargos infringentes. Seguimento negado por ausência de preparo.*

*Interposição de agravo na forma do disposto no art. 532 do CPC. Desprovemento.*

*— Um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal é o preparo que consiste no pagamento das custas relativas ao processamento do recurso.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo (art. 532 do CPC) nos Embargos Infringentes opostos à Apelação Cível n. 97.001959-9, da comarca de Criciúma, em que é agravante Hoechst do Brasil Química e Farmacêutica S/A, sendo agravada B.C.Goes Comércio e Representações Ltda.:*

ACORDAM, em Primeiro Grupo de Câmaras, sem voto discrepante, negar provimento ao Agravo.

Custas ex lege.

Trata-se de recurso interposto na forma do artigo 532 do CPC, objetivando a reforma do despacho que negou seguimento aos embargos infringentes protocolizados por Hoechst do Brasil Química e Farmacêutica S/A, por ausência de preparo.

Salienta a agravante que os embargos infringentes não estão sujeitos ao preparo, por ausência de legislação específica a ditar a obrigatoriedade de tal exigência.

É, resumidamente, o relatório.

Inicialmente, importante consignar a competência deste Grupo de Câmaras, eis que do indeferimento li-

minar dos embargos infringentes cabe o recurso de agravo dirigido ao órgão colegiado competente para o julgamento dos embargos (ver nota 2 ao art. 532, do CPC Comentado e legislação processual civil extravagante em vigor, de Nelson Nery Junior e Rosa Maria Andrade Nery, Ed. RT, 3ª edição, pág. 779).

Diz o despacho objurgado, da lavra do signatário:

“Cuidam os autos de embargos infringentes opostos ao acórdão não unânime da e. Segunda Câmara Civil, proferido nos autos da Apelação Cível n.97.001959-9, da comarca de Criciúma, objetivando ver acolhido o voto minoritário defendido naquele julgado pelo Exmo. Sr. Des. Anselmo Cerello.

“A pretensão não pode lograr perspectiva de êxito.

“Com efeito, compulsando-se os autos, verifica-se que a embargante não efetuou o preparo, restando desatendido um dos requisitos extrínsecos de admissibilidade recursal, importando na deserção dos presentes embargos.

“Pela sistemática processual implantada na Lei n. 8.950/94, o recorrente teria de juntar o comprovante do preparo com a petição de interposição do recurso. Os atos de recorrer e de preparar o recurso formam um ato complexo, devendo ser praticados simultaneamente, na mesma oportunidade, sob pena de preclusão consumativa.

“É da jurisprudência:

‘A teor do art. 511 do CPC, o preparo do recurso deve ser comprovado no ato de sua interposição.

Inocorrente a providência, a deserção impõe-se’ (STJ, 6ª T., AgRgAg 93227-RJ, relator Min. Willian Patterson, j. 11/3/96, DJU 20/5/96, pág. 16.775).

“Por tais razões, neste juízo de admissibilidade, não admito os presentes embargos” (fls. 152/153).

Com efeito, a questão resume-se na seguinte indagação: os embargos infringentes estão sujeitos ou não ao preparo?

Para Theotonio Negrão, “o texto anterior era expresso em exigí-lo, mas o atual silencia a respeito, ao contrário do que ocorre com os embargos de declaração, em que, expressamente, reproduzindo a disposição anterior, dispensou dito preparo (cf. art. 536)” (CPC e Legislação processual em vigor, 28ª edição, nota 2 ao artigo 533 do CPC, págs. 425/6).

Por sua vez, o art. 511 do CPC dispõe que “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” (grifei).

Ocorre que há neste Estado legislação específica a regular o recolhimento das custas de preparo e despesas relativas aos recursos em geral, conforme se vê do Regimento de Custas e Emolumentos, bem como da Resolução n. 4/97 do Conselho da Magistratura, cujo artigo primeiro alterou as disposições da Resolução n. 4/96-CM, passando a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 1º — O valor inicial das custas de preparo e de despesas relativas a recursos em geral no Tribu-

nal de Justiça, para efeito do disposto no art. 511 do Código de Processo Civil, é fixado em R\$ 70,00 (setenta reais)”.

Esclareça-se que tal Resolução entrou em vigor em 3/11/97.

Ademais, oportuno consignar que já há precedentes do egrégio Superior Tribunal de Justiça, verbis:

“Embargos infringentes — Preparo — Prazo para recolhimento das custas — Súmula 83/STJ.

“I — Conforme o disposto no art. 511 do CPC, no ato da interposição recursal, deve o recorrente comprovar o pagamento do preparo. Precedente da eg. Corte Especial.

“II — Recurso especial não conhecido” (REsp. 0141947/RS, 1997,

relator Min. Waldemar Zveiter, j. 3/2/98, DJU de 18/5/98).

E ainda:

REsps. ns. 127.536—RS, 94.204—RS e 67.945—RS.

Por tais razões, mantém-se a deliberação agravada, desprovenendo-se o recurso.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Anselmo Cerello, Carlos Prudêncio, Gaspar Rubik, Orli Rodrigues, Trindade dos Santos, Newton Trisotto e Sérgio Paladino.

Florianópolis, 9 de setembro de 1998.

*Xavier Vieira,*  
*Presidente e Relator.*

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 98.006701-4, DE BLUMENAU

**Relator designado: Des. João Martins**

*Ação direta de inconstitucionalidade proposta pelo Ministério Público, em face de decreto legislativo e resolução de Câmara de Vereadores que criaram cargos de provimento em comissão — Ausência de inconstitucionalidade e de violação ao princípio da moralidade pública — Liminar indeferida.*

*O art. 37, inciso II, da Constituição Federal, ressalva a possibilidade de nomeação para cargos em comissão, independentemente de concurso público, desde que sejam declarados de livre nomeação e exoneração.*



*É característica dos cargos comissionados a confiança e a temporariedade, fazendo-se necessários nos gabinetes de vereadores, a fim de garantir-se o sigilo e resguardo das matérias lá veiculadas, não havendo, no caso, qualquer infringência aos princípios que regem a administração pública.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98.006701-4, da comarca de Blumenau, em que é requerente o Ministério Público do Estado de Santa Catarina, por seus Promotores de Justiça, sendo requeridos o município de Blumenau e outro:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por maioria de votos, denegar a liminar.

Custas de lei.

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pelo Ministério Público do Estado de Santa Catarina, representado pelos Promotores de Justiça Luiz Carlos Schmidt de Carvalho e Anselmo Jerônimo de Oliveira, objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 297/97 e do art. 17 da Resolução n. 313/98, originários da Câmara de Vereadores de Blumenau.

Afirma que, no mês de fevereiro do corrente ano, a Curadoria da Moralidade Pública com atuação em Blumenau tomou conhecimento, pela imprensa, de que o Poder Legislativo daquela cidade havia editado o DL n. 297/97, que criou, no âmbito da Câmara de Vereadores, quarenta e dois cargos de Secretário Parlamentar de provimento em comissão.

Aduz que o preenchimento dos cargos deu-se, em sua maioria, por

parentes dos vereadores, culminando com manifestação popular de repulsa, consoante matérias veiculadas na imprensa escrita e falada. Diante de tal fato, a Curadoria instaurou procedimento preliminar de investigação, visando apurar se o ato feriu alguma norma constitucional.

Sustenta que, após análise criteriosa, entendeu que o Decreto Legislativo n. 297/97 afrontava dispositivos constitucionais, sendo que os cargos de provimento em comissão, na realidade, eram típicos de cargos de provimento efetivo, sendo imperiosa a realização de concurso público. Alega ainda que não havia necessidade de criação de tais cargos.

Diante da conclusão do procedimento preliminar, resolveu a Câmara de Vereadores de Blumenau editar a Resolução n. 311/98, mantendo os 42 (quarenta e dois) cargos anteriormente criados, alterando apenas a denominação, agora com nomenclatura Assessor Parlamentar e Assistente Parlamentar, no total de 21 (vinte e um) cargos cada um.

Assevera que a contratação dos assessores é despicienda, onerando os cofres públicos para satisfazer interesses pessoais. Sublinha que no Decreto Legislativo n. 297/97, o cargo de Secretário Parlamentar destinava-se a executar tarefas de digitação, redação, datilografia da Secretaria, trabalho típico de cargos efetivos.

Já na Resolução n. 311/98, que a revogou parcialmente, excluíram-se estas atribuições e como Assistente Parlamentar fixou-se a função de assessoria direta ao vereador, no trabalho interno e externo, e para o de Assessor Parlamentar, as mesmas atribuições do Assistente, apenas com a responsabilidade pela Secretaria de Gabinete e elaboração de discursos, pesquisas e estudos de problemas comunitários. Com isso, segundo afirma, foram criadas duas nomenclaturas de atribuições, todas semelhantes, a fim de justificar a existência de dois assessores sem concurso, quando a função é típica de cargo efetivo.

Conclui dizendo que houve violação aos princípios da impessoalidade, da razoabilidade e da moralidade, bem como o ato tipifica improbidade administrativa. Assim, pugna pela concessão de liminar, a fim de sustar o Decreto Legislativo n. 297/97, na íntegra, e o artigo 17 da Resolução n. 313/98, que reputa inconstitucionais, e, em consequência, suspender as nomeações efetivadas, declarando-se inconstitucionais as normas citadas, por infringência ao art. 37, inciso II, da Constituição Federal, e art. 16 de sua congênera estadual.

É o relatório.

Não merece deferimento a liminar postulada.

A Constituição Federal dispõe, em seu art. 37, II:

“Art. 37. A administração pública direta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade,

de, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

“I — (...).

“II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração” (grifo nosso).

Ressalva, portanto, a Lei Maior a nomeação para cargos em comissão, independentemente de concurso público, desde que estejam declarados em lei de livre nomeação e exoneração.

A Câmara de Vereadores tem características diferentes de outros órgãos públicos. Um de seus principais atributos está na temporariedade de seus membros. São vinte e um vereadores eleitos para mandato temporário, oriundos de diversas correntes políticas, exigindo-se sigilo e resguardo das matérias veiculadas nos gabinetes — por isso a confiança.

É característica dos cargos de confiança a temporariedade. Ocorre no Legislativo Federal, Estadual e Municipal. Ocorre até mesmo no Judiciário, onde existem os cargos de confiança dos Desembargadores. Quando sai o vereador, o cargo, por suas próprias e particulares características, torna-se demissível.

Não há, portanto, inconstitucionalidade na forma de provimento dos cargos de assessoria dos edis, que têm que se supor de confiança, não havendo necessidade de concurso, conforme previsto no Decreto Legislativo n. 297/97, e na Resolução n. 313/98, inexistindo elementos que justifiquem a concessão da liminar.

Não há falar aí em violação aos princípios que regem a administração pública, já que o cargo em comissão pode ser mais vantajoso do que o cargo efetivo para os cofres públicos, pois não gera direito à aposentadoria, evitando o inchaço na Previdência, que atualmente é um dos fatores que mais onera financeiramente o Estado.

Nesse sentido, colaciona-se da jurisprudência pátria:

“Nomeação sem concurso (Emenda n. 1/1969, art. 97, § 1º; Emenda Constitucional do Ceará n. 4/1973).

“I. Não é inconstitucional o art. 31 da Emenda n. 4/1973, a Constituição do Ceará que criou 2 cargos de Procuradores junto ao Conselho de Contas dos municípios, os quais pela Lei Estadual n. 9.819/1974 serão providos em comissão, a exemplo do que acontece com o Procurador-Geral do Tribunal de Contas da União (Decreto-Lei federal n. 1.313/1974).

“II. O art. 97, § 1º, da Emenda n. 1/69, exige o concurso para provimento de cargos mas acrescenta a exceção ‘salvo os casos indicados em lei’.” (Representação n. 916 — CE, relator: Ministro Aliomar Baleeiro — publicação — DJU 18/4/75, pág. 2.523, RTJ vol. 73, pág. 700).

Leciona Celso Bandeira de Mello:

“Embora o art. 37, II, estabeleça que a investidura em cargo público depende de aprovação prévia obviamente está a se referir de modo exclusivo, ao provimento originário e autônomo, que tecnicamente se denomina nomeação. Isto é: ao provimento que independe de qualquer relação anterior que o eventual candidato à inves-

tidura tenha ou haja tido com o serviço público. Isto porque inúmeras outras formas de provimento prescindem de concurso público (...)” (Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, Ed. Revista dos Tribunais, 1990, pág. 44 — grifo nosso).

Os atos da administração pública presumem-se revestidos de moralidade, sendo que não há nos autos evidência de confronto a este princípio. Ao aceitar-se este argumento, corre-se o risco de jamais se poder criar os cargos comissionados previstos constitucionalmente, sem que se atribua a pecha de imoralidade.

Por outro lado, não ficou satisfatoriamente demonstrado, com dados seguros e insuspeitos, tenham os vereadores de Blumenau efetuado as admissões ocasionando lesividade à moralidade administrativa.

Hely Lopes Meirelles deixou escrito que:

“a moralidade administrativa constitui, hoje em dia, pressuposto da validade de todo ato da Administração Pública. Não se trata como diz Hariou, o sistematizador do conceito da moral comum, mas sim da moral jurídica, entendida como o conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração.

“(…) os cargos em comissão, para os quais se dispensa concurso (art. 37, II, última parte), serão unicamente aqueles por tal modo qualificados em lei, valendo pois a mesma averbação que se vem de fazer com respeito à acessibilidade.

“Em todos os casos, a lei mencionada será federal, estadual, municipal ou distrital, conforme se trate de

cargo pertencente a uma ou outra destas esferas. Cada qual legisla para si, respeitados os princípios constitucionais e obedecida a legislação federal pertinente às condições para o exercício das profissões (art. 22, XVI)" (in Regime Constitucional dos Servidores da Administração Direta e Indireta, pág. 50).

Ainda que não se tenha por certo que o volume de serviço na Câmara de Vereadores de Blumenau demanda o número de cargos criados, impossível se torna a concessão de uma liminar que pode prejudicar o trabalho dos edis, ao desfaltar-se a Câmara dos seus funcionários, em detrimento do serviço.

Posto isso, indefiro a liminar postulada.

É o voto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Amaral e Silva, Álvaro Wandelli, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Sérgio Paladino, Xavier Vieira, Wilson Guarany, João José Schaefer, Eder Graf e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar e Anselmo Cerello.

Florianópolis, 5 de agosto de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente e Relator designado.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar:

Ementa aditiva:

Ação direta de inconstitucionalidade — Ato normativo municipal — Criação de cargos em comissão a serem lotados nos gabinetes dos vereadores

— Desproporcionalidade entre os motivos geradores da resolução e o ato editado — Limites da discricionariedade — Aparente violação de princípios constitucionais — Arts. 37, II, da CF, e 16 da CE/89 — Liminar concedida.

Ao lado dos cargos de provimento efetivo, possível é à administração criar cargos comissionados, de livre nomeação e exoneração. Todavia, se no exercício pelo Judiciário do controle dos atos discricionários constata-se que ocorre aparente inadequação entre o motivo gerador do ato administrativo e o ato praticado, vale dizer, se o cargo em comissão criado não se enquadra aparentemente entre aqueles que exigem absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar e mais se ajusta aos de provimento efetivo preenchidos via concurso público, emergem satisfeitos os requisitos de relevância dos fundamentos e do periculum in mora hábeis à concessão liminar da suspensão do ato, por violação a princípios constitucionais que balizam o preenchimento dos cargos públicos.

O Ministério Público de Santa Catarina, representado pelos Drs. Luiz Carlos Schmidt de Carvalho e Anselmo Jerônimo de Oliveira, Promotores de Justiça, ajuizou ação direta de inconstitucionalidade objetivando a declaração de inconstitucionalidade do Decreto Legislativo n. 297/97 e do art. 17 da Resolução n. 313/98, originária do Poder Legislativo local.

Menciona que no mês de fevereiro p.p. a Curadoria da Moralidade Pública, com atuação em Blumenau, pela imprensa, tomou conhecimento de que a Câmara de Vereadores da-

quela cidade editou o Decreto Legislativo n. 297/97, que criou, no âmbito da Câmara de Vereadores, quarenta e dois cargos de Secretário Parlamentar, de provimento em comissão.

O preenchimento dos cargos, na sua maioria, por parentes dos Edis, culminou com manifestação popular de repulsa, consoante matérias veiculadas na imprensa escrita e falada. Diante disso e com fulcro na Lei Federal n. 8.625/93 e na Carta Magna, a Curadoria instaurou procedimento preliminar de investigação, a fim de aquilatar se o ato feriu alguma norma constitucional.

A Câmara de Vereadores, atendendo promoção do Ministério Público, prestou informações, dizendo que a Casa Legislativa local possui em seus quadros funcionais cinco cargos comissionados e treze cargos de provimento efetivo, além de quinze estagiários. Ainda restou consignado nas informações que em 9/3/98 existiam trinta e três Secretários Parlamentares, nomeados em setembro de 1997. Registra, também, que, dos vinte e um Vereadores, nove haviam empregado filhos e outros parentes.

Menciona que após análise criteriosa entendeu que o Decreto Legislativo n. 297/97 feria dispositivos constitucionais, além do que os cargos criados como de provimento em comissão na realidade eram típicos de cargos de provimento efetivo, com indispensável a realização de concurso público. Além disso, não havia necessidade da criação de tais cargos, mormente porque a Câmara de Vereadores de Blumenau sempre foi modelo no País.

Concluído o procedimento preliminar, aos Vereadores foi dado conhecimento do entendimento supra — e a imprensa o divulgou —, ressaltando-se que se não houvesse a imediata desconstituição do ato, seriam tomadas as providências judiciais cabíveis.

Após diversos contatos com integrantes do Poder Legislativo Municipal, ficou sinalizado que o Decreto seria revisto e que haveria redução do quadro funcional, além de outras adaptações que se faziam necessárias, tais como duração de trabalho, local, salário e atribuições do cargo de confiança.

Ocorre que, em vez de revogarem o Decreto Legislativo, editaram a Resolução n. 311/98, mantendo os quarenta e dois cargos, anteriormente criados, alterando apenas a denominação, agora com a nomenclatura Assessor Parlamentar — 21 cargos — e Assistente Parlamentar — 21 cargos.

Ressalta que a contratação dos assessores é despicienda, onerando os cofres públicos para satisfazer interesse pessoal, “que a pretexto de melhorar o atendimento à população, alguns diretamente estão aumentando a renda familiar, empregando parentes e outros, propiciando que pessoas ingressem no mercado de trabalho sem passarem pelo crivo do julgamento universal que seria o concurso público”.

Então, exigia a população, do Ministério Público, uma atitude contra os atos dos Edis de Blumenau.

Assim, ajuizou Ação Direta de Inconstitucionalidade neste Tribunal de Justiça, autuada sob o n. 98.005467-2 e relatada pelo que ora

subscreve. Menciona que anteriormente ao desfecho desta ADIn. — “Por maioria de votos, afastar a preliminar de emenda da inicial suscitada pelo eminente Desembargador Genésio Nolli (vencidos os Exmos. Srs. Desembargadores suscitantes, Francisco Oliveira Filho e Sérgio Paladino), e, por votação unânime, indeferir a inicial e julgar extinto o processo. Custas de lei”, correto, pois tinha o entendimento de que a Resolução 311/98 havia revogado por completo o Decreto Legislativo 297/97 —, a Câmara de Vereadores de Blumenau editou a Resolução n. 313/98, revogando inteiramente a Resolução n. 311/98 e incorporando os cargos criados no Decreto Legislativo ao Anexo criado para a nova estrutura de cargos da Câmara.

Enfatiza que os cargos criados pelo Decreto Legislativo 297/97 continuam valendo, com o único equívoco de ter constado no art. 17 da Resolução n. 313/98 que seriam de Assistente Parlamentar e Secretário Parlamentar, quando deveriam ser Assistente Parlamentar e Assessor Parlamentar. A par disso, com a nova alteração, ficou a cargo do Presidente da Câmara de Vereadores a escolha de pessoas a preencher os cargos (art. 14 — Res. 313/98).

Após citar entendimentos doutrinários, e sob a ótica da moralidade, sustenta que os Edis exorbitaram em suas funções, criando despesas desnecessárias, incompatíveis com a atual realidade do País.

Sublinha que no Decreto Legislativo n. 297/97 o cargo de Secretário Parlamentar destinava-se a executar tarefas de digitação, redação, datilografia da Secretaria, trabalho típico de

cargos efetivos. Já na Resolução n. 311/98, visando mascarar o objetivo (“trem da alegria”), excluíram-se essas atribuições e para Assistente Parlamentar fixou-se a função de assessoria direta ao Vereador, no trabalho interno e externo, e para o de Assessor Parlamentar — as mesmas atribuições do Assistente, apenas com a responsabilidade pela Secretaria de Gabinete e elaboração de discursos, pesquisas e estudos de problemas comunitários. Com isso, foram criadas duas nomenclaturas de atribuições, todas semelhantes, a fim de justificar a existência de dois assessores sem concurso quando a função é típica de cargo efetivo.

Conclui dizendo que houve violação aos princípios da impessoalidade, da razoabilidade e da moralidade, bem como que o ato tipifica improbidade administrativa. Assim, pugna pela concessão de liminar, a fim de sustar o Decreto Legislativo n. 297/97, na íntegra, e o artigo 17 da Resolução n. 313/98, por isso que inconstitucionais, e, em consequência, suspender as nomeações efetivadas, com declarando-se inconstitucional as normas citadas, por infringência ao art. 37 e inciso II, da CF, e por simetria ao art. 16 da Carta Estadual.

É o relatório.

Exsurge o Ministério Público, ante o que dispõe o art. 129, inc. IV, da Constituição Federal, e inc. VII do art. 85 da CE/89, legitimado a promover ação de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou municipal contestado em face da Carta Estadual. Igual competência lhe defere a Lei Federal n. 8.625/93, no seu artigo 25, IV, letra b.

Objetivam os representantes do Parquet estadual ver declarado inconstitucional o Decreto Legislativo n. 297/97, na íntegra, e o art. 17 da Resolução n. 313, de 21/5/1998, originários da Câmara de Vereadores do município de Blumenau, que, violando princípios constitucionais, editou inicialmente o Decreto n. 297/97, criador de quarenta e dois cargos de Secretário Parlamentar, denominados como de confiança, mas que na verdade eram típicos cargos efetivos, a exigir o preenchimento mediante concurso público.

Em revogando o Decreto n. 297/97 e editando em seu lugar a Resolução n. 311/98, o Legislativo local manteve os quarenta e dois cargos já criados, apenas alterando-lhes a denominação — para Assessor Parlamentar (vinte e um) e Assistente Parlamentar (vinte e um), persistindo, conforme a inicial, a mesma eiva de inconstitucionalidade. Seguiu-se a edição da Resolução n. 313/98, em que os cargos criados pelo Decreto Legislativo n. 297/97 continuam hígidos, com a única diferença: cargos de Assistente Parlamentar e Secretário Parlamentar, quando deveriam ser Assistente Parlamentar e Assessor Parlamentar. Além disso, ficou a cargo do Presidente da Câmara a escolha de pessoas a preencher os cargos.

O ato impugnado teria violado os artigos 37, II, da CF, e 16 da CE, que prescrevem:

“Art. 37. A administração pública direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de

legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e, também, ao seguinte:

“II — a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

O art. 16 da Carta Estadual vem assim expresso:

“Os atos da administração pública de qualquer dos Poderes do Estado obedecerão aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade”. E o art. 21 e seu inciso I, em simetria com o preceituado no inc. II, do art. 37, da Lei Maior, preconizam: “Os cargos, empregos e funções públicas são acessíveis aos brasileiros que preencham os requisitos estabelecidos em lei, observado o seguinte: I — a investidura em cargo ou admissão em emprego da administração pública depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração”.

Os pressupostos para a concessão liminar na ação direta de inconstitucionalidade são os mesmos do mandado de segurança, a saber — a relevância na fundamentação (*fumus boni juris*) e a ineficácia da medida se a final (*periculum in mora*) for acolhida a pretensão.

Ressai das disposições constitucionais transcritas que, paralelamente à criação de cargos de provimento efetivo preenchidos mediante concurso público, poderá a adminis-

tração criar cargos comissionados de livre nomeação e exoneração.

Colhe-se da doutrina que “a competência legislativa para criar cargos públicos visa ao interesse coletivo de eficiência e continuidade da administração. Sendo, em sua essência, uma faculdade discricionária, está, no entanto, vinculada à finalidade, que lhe é própria, não podendo ser exercida contra a conveniência geral da coletividade, com o propósito manifesto de favorecer determinado grupo político (...)” (Caio Tácito, Professor na Faculdade de Direito da Universidade do Rio de Janeiro, in “RDA” vol. 59/347).

E qual o papel do Judiciário nesse contexto?

A Professora Lúcia Valle Figueiredo, no artigo “Cargos em Comissão e Funções de Confiança”, in RDB 99/22, após realçar que os princípios da administração pública são de fundamental importância para o tema “Cargos Públicos”, e que se encontram eles arrolados no art. 37 da Constituição, a saber: o princípio da legalidade, da impessoalidade, da publicidade e da moralidade, anota textualmente:

“É de particular importância o inc. XXXV que alarga o controle jurisdicional, incluindo aí não só a lesão, mas a ameaça à lesão. Inclusive também o texto constitucional amplia para os direitos coletivos, e, também, os difusos (art. 119)”.

E mais adiante:

“Com relação ao princípio da razoabilidade, e da boa-fé, diria serem princípios implícitos do Texto Constitucional. São princípios que se espraiam por todo o Texto Constitucional”.

E indaga:

“Como pode o Judiciário controlar determinado ato da Administração Pública, se não fizer também o controle, sobretudo nos chamados atos discricionários, da razoabilidade?”

E esclarece:

“No controle terá necessariamente o Judiciário de verificar a congruência, a pertinência lógica entre o motivo gerador do ato, ou seja, o fato que ensejou o ato administrativo e o ato praticado. Se não houver razoabilidade entre o ato praticado e o seu motivo ensejador, tal ato seria inválido. O Judiciário estará a fazer, pois, controle por meio da razoabilidade”.

Mais adiante é textual:

“O Texto Constitucional, ao falar em cargos em comissão ‘declarado em lei de livre provimento e livre exoneração’, está a pressupor a necessidade administrativa de tais cargos. Por isso, é importante a questão da boa-fé, da lealdade e moralidade.” E acentua:

“O cargo pode ser em comissão, quando sua vocação é para este efeito, ou seja, o elemento que vai se investir neste cargo deve gozar da mais absoluta confiança daquele com quem vai trabalhar.

“Se assim é, não há possibilidade de qualquer cargo ser em comissão, mesmo que a lei assim diga ou considere. Isto seria passível, por hipótese, de uma impugnação judicial, em que o Judiciário poderia verificar, pelo controle amplo, que lhe é assegurado pelo Texto Constitucional, se aquele cargo é de molde a ser provido em comissão ou, de revés, é cargo



que poderia ser pertencente ao quadro de cargos de carreira. É de se acrescentar que o Texto Constitucional, no seu art. 37, V, diz claramente: "Os cargos em comissão e as funções de confiança serão exercidos, preferencialmente, por servidores ocupantes de cargo de carreira técnica ou profissional, nos casos e condições previstos em lei".

Assevera mais a ilustre Magistrada:

"Se, ao contrário, tivermos uma profusão de cargos em comissão, que sejam ocupados não pelos méritos daqueles que vão oferecê-los, mas, sim, pelas ligações que possam ter com os detentores do poder (em qualquer Administração, seja no Executivo, Legislativo ou Judiciário), é preciso um cuidado muito grande para saber-se o limite do cargo em comissão".

Por sua vez, Maria Sylvia Zanella Di Pietro, in "Direito Administrativo", 4ª ed., Atlas, 1994, pág. 69, leciona:

"Autores mais antigos, considerando a moral administrativa como algo relacionado à disciplina interna da Administração, entendiam que o seu controle também só podia ser feito internamente, excluída a apreciação pelo Poder Judiciário. Este só examinaria a legalidade dos atos de Administração; não o mérito ou a moralidade".

"Certamente com o objetivo de sujeitar ao exame judicial a moralidade administrativa é que o desvio de poder passou a ser visto como hipótese de ilegalidade, sujeita, portanto, ao controle judicial (...)."

E a propósito do princípio da razoabilidade, aduz que este "exige proporcionalidade entre os meios de que se utilize a Administração e os fins que ela tem que alcançar". E enfatiza: "se a decisão é manifestamente inadequada para alcançar a finalidade legal, a Administração terá exorbitado dos limites da discricionariedade e o Poder Judiciário poderá corrigir a ilegalidade" (págs. 72/73).

Na lição do festejado Celso Antonio Bandeira de Mello, in "Direito Administrativo na Constituição de 1988", Ed. RT, pág. 173:

"Também a indiscriminada criação de cargos em comissão, por definição de livre provimento e exoneração, prestou-se a contornar a regra do concurso público. Com efeito, está implícito no sistema Constitucional que não são quaisquer cargos que podem ser declarados de livre provimento e exoneração mas apenas aqueles que a natureza das atribuições cometidas a seus titulares justifica sejam ocupados por pessoas de absoluta confiança das autoridades superiores, como os de assessoria e algumas chefias" (grifei).

Enfim, não pode a administração favorecer alguém, excluindo outros de um dado benefício, ou discriminar por discriminar (Diógenes Gasparini, in "Direito Administrativo", Ed. Saraiva, 1992, pág. 15).

Dir-se-ia que cargo em comissão é aquele que a lei considera como tal (Themistocles Brandão Cavalcanti, in "Tratado de Direito Administrativo", 3ª ed., 1956, vol. IV, pág. 166).

A propósito é mister ressaltar o entendimento do Supremo Tribunal

Federal, retratado inicialmente pelo ilustre Min. Octávio Gallotti, verbis:

“Assim, a criação de cargo em comissão, em moldes artificiais e não condizentes com as praxes de nosso ordenamento jurídico e administrativo, só pode ser encarada como inaceitável esvaziamento da exigência constitucional do concurso, erigido em pressuposto de acessibilidade aos cargos públicos” (Representação n. 1.368, j. 21/5/1987, in RDA 176/31), e, ato contínuo, pela manifestação do ilustre Min. Moreira Alves:

“Em primeiro lugar, a simples previsão em lei não ilide a investigação do intérprete, na judicial review, sobre a natureza do cargo, se de confiança ou não. Na espécie, como se viu, as atribuições deste se comportam dentro das atividades típicas dos cargos de carreira, de provimento efetivo”. E prosseguindo:

“Em segundo lugar, inobstante os cargos em comissão sejam sempre isolados, a lei impugnada instituiu os de agente de segurança em carreira (referências 6 a 23), o que desnatura seu caráter de comissão e revela o nítido propósito de burla à norma constitucional que faculta a todos os brasileiros o acesso aos cargos públicos”.

Enfim, o cargo em comissão “é o nomeado para desempenho especial e temporário de atividades públicas de confiança” (“Princípios Gerais de Direito Administrativo”, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, vol. II, Forense, Rio, pág. 313). Vale dizer, desde que o cargo de provimento em comissão não se revista das características excepcionais hábeis a qualificá-lo como sendo daqueles que exigem de seus ocupantes o requisito de confia-

bilidade, mas antes se revelam cargos comuns, a serem assumidos em caráter permanente pelos servidores (RJTJESP 132/437), o ato normativo que o constitui afronta os princípios constitucionais mencionados.

Portanto, ainda que a escolha seja livre, podendo a autoridade, para nomear, selecionar qualquer pessoa, inclusive um seu parente, como leciona Diógenes Gasparini (ob. cit., pág. 128), é mister que este não seja o escopo que norteou o ato de criação dos cargos, mas sim a necessidade imperiosa de provê-los, sob pena de malferir o princípio da finalidade ou da impessoalidade. Se a natureza ou a atribuição do cargo refoge àquele de provimento em comissão e revela-se muito mais adequado aos quadros de cargos de carreira, sem olvidar que a Lei Maior, embora não imperativamente, prescreve que os cargos e funções de confiança devem ser providos preferencialmente por servidores ocupantes de cargos de carreira, poder-se-á concluir que o ato de criação daqueles vem tisonado de inconstitucionalidade.

No caso concreto, constata-se que, pelo Decreto Legislativo n. 297, de 21/8/97, artigo 1º, que criou grupo de assessoramento parlamentar, com cargos de Secretário Parlamentar, lotados nos Gabinetes dos Vereadores, até dois cargos para cada Gabinete (artigos 1º e 4º), as atribuições que lhes confere o art. 5º (fls. 47) são as de:

“assessoria direta ao vereador titular do gabinete no acompanhamento interno e externo dos trabalhos de interesse do vereador e/ou: a redação de correspondência, discursos e

pareceres de interesse do vereador, o atendimento a pessoas que se dirigirem ao gabinete, a execução de serviço de digitação, arquivo e secretaria do gabinete”.

Sobreveio então a Resolução n. 311, de 27/4/98, que, alterando o Decreto Legislativo supra, deu nova redação ao seu art. 1º, dispondo:

“Fica criado no quadro de servidores de provimento em comissão grupo de assessoramento parlamentar, com 21 (vinte e um) cargos de Assessor Parlamentar, com vencimento equivalente à referência 47, e 21 (vinte e um) cargos de Assistente Parlamentar, com vencimento equivalente à referência 21 — cujos requisitos para o desempenho serão regulamentados por ato da Mesa Diretora — lotados nos gabinetes dos vereadores da Câmara Municipal”.

E o art. 5º:

“São atribuições do cargo de Assistente Parlamentar, a assessoria direta ao Vereador titular do Gabinete no acompanhamento interno e externo dos trabalhos de interesse da Câmara Municipal, e para o cargo de Assessor Parlamentar, além destas atribuições, também a responsabilidade pela secretaria do gabinete do Vereador, a elaboração de discursos e pesquisas e estudos de problemas comunitários que afetam a atividade da Edilidade”.

Posteriormente, foi editada nova resolução, dispondo sobre a reorganização do Poder Legislativo Municipal de Blumenau, constando no seu art. 17:

“Art. 17 — Ficam incorporados ao Anexo II, os cargos de Assistente Parlamentar e Secretário Parlamen-

tar, criados pelo Decreto Legislativo n. 297, de 21 de agosto de 1997, e Resolução n. 311, de 27 de abril de 1998”.

Verifica-se por primeiro e no mínimo uma profusa criação de cargos em comissão (quarenta e dois), sobressaindo o fato de sobrepujar o número de cargos de provimento efetivo (apenas II e III — fls. 68/69). Assim é que, enquanto permanecem como de provimento efetivo — trinta e nove cargos, os comissionados — até então em número de cinco, até set./97, com os ora criados atingem um total de cinquenta e sete a esse título.

Aparentemente estaria comprometido o princípio da razoabilidade, pois, seguramente quanto à metade das atribuições dos cargos criados — Assessor Parlamentar e Assistente Parlamentar — não se vislumbra, a priori, estarem relacionadas com funções de precípua ou absoluta confiança, ou política, mas de rotina do servidor público, portanto aptas a ser executadas por servidor de carreira. O concurso público, assim, é que equacionaria a dificuldade ou a necessidade em parte dos edis de Blumenau.

Em síntese: há prova de aparente desproporcionalidade entre os motivos geradores do ato e aquele a final editado, a malferir os princípios que devem nortear a atuação da Administração diante dos limites da discricionariedade (*fumus boni iuris*). O *periculum in mora* reside na continuidade da oneração do erário consabidamente combatido nas esferas dos Poderes em seus vários níveis.

Dissenti por tais razões da dou-  
ta maioria, para conceder a liminar.

*Alcides Aguiar*

## AÇÕES RESCISÓRIAS

### AÇÃO RESCISÓRIA N. 96.009940-9, DE BLUMENAU

**Relator: Des. Alcides Aguiar**

*Ação rescisória — Sentença proferida e transitada em julgado por Juizado Especial na vigência da Lei Complementar n. 77/93, que vedava (art. 15) expressamente a ação em epígrafe — Superveniência da Lei n. 9.099/95, com idêntica vedação (art. 59) — Pessoa jurídica no pólo ativo da actio — Retroatividade inadmissível — Competência definida pela lei processual vigente à data do trânsito em julgado da decisão rescindenda — Inaplicabilidade da regra da perpetratio jurisdictionis (art. 87, CPC) — Art. 1.211, CPC — Condição de ação — Extinção do processo.*

*Os artigos 15 e 59 da LC 77/93 e Lei Federal n. 9.099/95, respectivamente, expressamente inadmitem a ação rescisória nas causas sujeitas aos Juizados Especiais.*

*“Segundo princípio de direito intertemporal salvo alteração constitucional, o recurso próprio é o existente à data em que publicada a decisão” (STJ — Min. Sálvio Figueiredo, CC n. 1.133, DJU 13/4/92).*

*“As condições de admissibilidade da ação rescisória são as da lei sob cujo império transitou em julgado a sentença rescindenda” (STJ — Min. Fontes de Alencar, AR 48 — RJ, j. 25/4/90, DJU 28/5/90).*

*Proferida a sentença por Juizado Especial e com trânsito em julgado ao tempo em que era vedada por lei a ação rescisória, a alteração da competência, deslocando o tipo de ação para a órbita da esfera comum, não tem o condão de alcançar a situação pretérita supra já consolidada processualmente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 96.009940-9, da comarca de Blumenau (Juizado Especial), em que é autora Fascinação Comércio e Representações Ltda., sendo ré NBS Shopping Centers Ltda.:*

ACORDAM, em Quarta Câmara Civil, por votação unânime, indeferir a inicial, julgando a autora carecedora de ação.

Custas legais.

Trata-se de ação rescisória ajuizada por Fascinação Comércio e Representações Ltda. contra NBS Shopping Centers Ltda., em razão da ação de despejo ajuizada pela segunda contra a primeira, que foi processada e julgada procedente pelo Juizado Especial de Causas Cíveis de Blumenau, tendo a sentença transitado em julgado em agosto/95.

A ação sofreu contestação pugnano pela inépcia da inicial ou sua improcedência.

A ação de despejo cuja sentença é objeto da presente rescisória obedeceu ao procedimento da Lei Complementar Estadual n. 77/93, que dispunha sobre os Juizados Especiais até a vigência da Lei Federal n. 9.099/95, que traçou novos parâmetros para tais órgãos jurisdicionais.

A LC n. 77/93 permitia o ajuizamento de ações por pessoas jurídicas, porém seu artigo 15 vedava a propositura de ação rescisória de seus julgados.

A Lei n. 9.099/95, com vigência a partir de 27/11/95, permite apenas que pessoas físicas capazes atuem no pólo ativo da demanda (art. 8º, § 1º), vedando também a ação rescisória para desconstituição de seus julgados (art. 59).

Ocorre que a sentença proferida na ação de despejo data de 29/6/95, e seu trânsito em julgado, pelo que se extrai dos autos, deu-se antes da vigência da Lei n. 9.099/95, portanto sob a égide da LC n. 77/93, sendo que a ação rescisória foi ajuizada em 18/10/96.

Imerecem prosperar as preliminares suscitadas da tribuna na sustentação oral produzida pelo ilustre patrono da recorrente.

A decisão do relator de abreviar o julgamento da ação, sem oportunizar vista à autora sobre a contestação e não chegar a ouvir a douta Procuradoria-Geral de Justiça, deve-se à existência da prefacial passível de exame de ofício e, portanto, até monocraticamente pelo relator.

Dispõe o art. 1.211 do CPC:

“Este Código regerá o processo civil em todo o território brasileiro. Ao entrar em vigor, suas disposições apli-

car-se-ão desde logo aos processos pendentes”.

Ao aplicar a norma supra — que encerra o princípio *tempus regit actum*, o colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

“Segundo princípio de direito intertemporal, salvo alteração constitucional, o recurso próprio é o existente à data em que publicada a decisão” (2ª Seção — CC 1.133 — RS, rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJU, 13/4/92, pág. 4.971, in “CPC e legislação processual em vigor”, Theotonio Negrão, 28ª ed., pág. 688).

Mais especificamente sobre a condição de ação do feito rescisório, é também enfático o mesmo STJ:

“As condições de admissibilidade da ação rescisória são as da lei sob cujo império transitou em julgado a sentença rescindenda (2ª Seção, AR 48-RJ, rel. Min. Fontes de Alencar, j. 25/4/90, v. u. DJU 28/5/90, pág. 4.719, 2ª col., em., STF — RTJ 81/978, 82/982, 120/969, STF — RT 504/259; TJSP — RT 503/118; RJTJESP 32/190, 35/182, 45/284, 48/241; 1º TASP — JTA 40/62; 2º TASP — RT 494/153; TAPR — RT 497/109” (ob. e a. cits., pág. 689).

No Supremo Tribunal Federal assente tornou-se o entendimento de que:

“...A lei vigente à época do trânsito em julgado da sentença regula as hipóteses de cabimento da rescisória” (Min. Francisco Rezek, j. de 18/2/1987, unânime, in RTJ 120/969).

O egrégio Tribunal de Justiça do Paraná profliga igual entendimento: “...a vigência imediata da norma

processual de competência só sofre restrições em se tratando de processo onde foi proferida a sentença, ponto em que a lei nova tem efeito imediato, mas não retroativo” (Conflito de Competência n. 387, rel. Desembargador Otto Sponholz, Coad. Bol. n. 23/1987 e 33.449, cit. no CC n. 96.001359-8, relator o ilustre Desembargador Anselmo Cerello, em julgado da eg. 2ª CC desta Corte, de 4/6/96).

Mesmo o princípio da perpetuação *jurisdictionis* — art. 87, CPC, segundo o qual a competência determina-se no momento em que a ação é proposta e são irrelevantes as modificações do estado de fato ou de direito ocorridas posteriormente, salvo quando suprimirem o órgão judiciário ou alterarem a competência em razão da matéria ou da hierarquia — e no caso, em razão da pessoa (superveniência da Lei n. 9.099/95) — não se conforma com o caso concreto, diante ainda aqui da regra prevalente e assaz consagrada — de direito intertemporal — de que o recurso, ou a ação como na espécie, se rege pela lei vigente à data da publicação da decisão, exceituando-se apenas a hipótese de alteração de ordem constitucional, que tem incidência imediata.

Urge acrescentar que as decisões dos Juizados Especiais têm a mesma eficácia de outras sentenças. É o que se depreende do comentário à Lei n. 7.244/84:

“As sentenças do Juizado Especial das Pequenas Causas, ou acórdão em caso de recurso, sendo de mérito terão normal aptidão a obter a autoridade da coisa julgada material. A celeridade do processo e o seu informalismo não constituem fato

de qualidade inferior do serviço jurisdicional assim prestado, mas de seu aprimoramento nessa Justiça que se preocupa em chegar até a essência do litígio e ao nível em que as partes se colocam, para decidir com aderência ao caso concreto. Por isso, razão inexistiria para que seus julgamentos ficassem sem a firmeza resultante da coisa julgada, o que ademais permitiria a repetição da demanda e com isso o escopo de pacificação social estaria fatalmente comprometido. A lei nada diz e, por isso, é de se entender que toda a disciplina da coisa julgada, seus pressupostos limites e extensão, contida no Código de Processo Civil, é de plena aplicação à sentença dada no processo das pequenas causas" (in Juizado Especial de Pequenas Causas: Lei n. 7.244, de 7 de novembro de 1984, Kazuo Watanabe, SP, RT, 1985, pág. 144). E continua:

"O art. 57 da Lei das Pequenas Causas proclama que 'não se admitirá ação rescisória nas causas sujeitas ao procedimento instituído na presente lei'. Essa é mais uma medida destinada a acelerar o resultado final, firme e definitivo dos litígios. A discussão da causa é bastante ampla e direta, sendo menor o risco de errar quando o Juiz dá efetividade ao processo autenticamente oral. Um vício gravíssimo do processo, que faz nula a sentença e rescindível no sistema tradicional, é a falta ou nulidade de citação. Inadmissível a ação rescisória das sentenças e acórdãos do Juizado, esse vício poderá ser reconhecido judicialmente em qualquer sede ou oportunidade, seja mediante ação declaratória, repetição da demanda, embargos à execução (CPC, art. 741, I),

etc., conforme vem sendo afirmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. A falta de ação rescisória, portanto, não será fonte de prejuízo às partes" (o. e a. cit., págs. 144/145).

Na espécie, a lei a ser aplicada é a do tempo da publicação da sentença, conforme o entendimento expresso nas decisões retiradas da obra do renomado Arruda Alvim — "Jurisprudência do CPC", SP, RT, 1978, págs. 160/161/176/184/185:

"A lei do recurso é a vigente ao tempo da sentença, considerando-se como tal o dia da publicação, ainda que a intimação se dê posteriormente" (2º TACSP — 4ª Câmara — Apelação n. 16.191 — S. Bernardo do Campo — rel. Kazuo Watanabe — v. u. em 31/7/74).

"A lei vigente ao tempo da publicação da sentença é que deve nortear a disciplina dos recursos.

"Sem cabimento a invocação ao novo Código de Processo Civil, com remissão ao rito sumaríssimo (art. 275, n. I) e ao quinquídio para recurso (art. 508, parágrafo único); o feito não seguiu o rito sumaríssimo, não previsto no Código de Processo Civil de 1939, e a sentença foi publicada ainda na vigência daquele diploma legal; e a lei vigente ao tempo da publicação da sentença é que deve nortear a disciplina dos recursos, como é de doutrina prevalente, pois efeito imediato da lei não se confunde com efeito retroativo; o conceito de efeito imediato é equívoco, como ressaltam Pontes de Miranda e Arruda Alvim (cf. Arruda Alvim, Curso de Direito Processual Civil, I/118). 'Aos atos processuais, praticados na vigência da lei anterior, desde que devem produzir

efeitos no futuro e ocorra mudança de lei, é a lei anterior que deverá ser aplicada, porque ela continua legitimamente a reger aqueles efeitos ulteriores'; essa a lição de Carnelutti, lembrada pelo ilustre docente da Faculdade de Direito da Universidade Católica de São Paulo (ib.)" (1º TACSP — 3ª Câmara — Apelação n. 202.446 — S. Paulo — rel. César de Moraes — v. u. em 8/5/74). E mais:

"Não é de se conhecer de recurso adesivo, quando a decisão recorrida foi proferida antes da vigência do atual Código de Processo Civil, apesar de o prazo para a interposição do recurso ter-se estendido até a vigência do atual estatuto.

"Assim decidem, quanto ao recurso adesivo, porque, ao tempo em que foi proferida a sentença recorrida, não era ele reconhecido pela lei processual anterior. Como bem ensina Barbosa Moreira: 'O princípio fundamental, na matéria, é o de que a recorribilidade se rege pela lei em vigor na data em que foi publicada a decisão: a norma processual superveniente respeita os atos já praticados e os respectivos efeitos já produzidos antes de sua vigência' (Comentários ao Código de Processo Civil, V/214). Dessa forma, proferida a sentença no dia 28 de novembro de 1973, quando ainda em vigor o Código de Processo Civil de 1939, que desconhecia esta espécie de recurso, não poderá ele ser admitido, embora, quando interposto, já em vigor o atual Código de Processo Civil. Versando esta matéria, escreve o Prof. Barbosa Moreira: 'À luz desse princípio, rigorosamente aplicado, se a lei nova concedeu recurso que não cabia, a decisão permanece irrecurável, mes-

mo que, ao entrar aquela em vigor, ainda não tenha decorrido lapso de tempo equivalente ao prazo de interposição por ela fixado' (op. cit., V/215). Em tais condições, o recurso adesivo interposto não merece ser conhecido" (TJSP — 6ª Câmara — Apelação n. 236.194 — S. Paulo — rel. Souza Lima — v. u. em 29/8/74).

Na espécie a sentença foi prolatada em 29/6/95, portanto antes da vigência da Lei n. 9.099/95. Tanto ao tempo em que vigia a Lei Complementar n. 77/93, art. 15, quanto na que se lhe seguiu — lei federal supra, art. 59 —, a ação rescisória se ressentia de condição de admissibilidade por disposição expressa. Irrelevante, pois, que ante a novel legislação, o feito de que trata esta ação esteja adstrito ao Juízo Comum (autora — pessoa jurídica).

Pelo exposto, a Câmara, indeferindo a inicial, julga a autora carecedora da presente ação, e, assim, extingue o processo por inviável juridicamente (art. 267, VI; 295, parágrafo único, II; e 490, I, do CPC). Arca o requerente com as custas processuais e os honorários advocatícios, que são arbitrados em R\$ 200,00. O valor do depósito será levantado pela ré (art. 488, II, CPC).

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges e Pedro Manoel Abreu.

Florianópolis, 12 de fevereiro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente;*  
*Alcides Aguiar,*  
*Relator.*



**AÇÃO RESCISÓRIA N. 97.014320-6, DA CAPITAL****Relator: Des. Cláudio Barreto Dutra**

*Rescisória — Acórdão — Violação a literal disposição de lei e obtenção de documento novo, apto a assegurar pronunciamento favorável à autora (art. 485, incs. V e VII, do CPC) — Ação de reconhecimento de direito e indenização — Prescrição quinquenal — Preliminar repelida — Funcionário público estadual — Exercício de cargos em comissão — Cômputo exigido pela Lei n. 6.901/86 (art. 3º) — Aposentadoria da autora superveniente a essa lei — Aplicação da Súmula 359 do STF — Agregação reconhecida — Procedência da rescisória.*

*“— A violação do direito expresso, para fins de ação rescisória — art. 485, V, CPC — corresponde à desconsideração pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação, no caso concreto, implique atentado à ordem jurídica” (RTFR 128/3).*

*“— Só deve ser considerado documento novo, para o efeito de rescisória, o que poderia ter sido utilizado anteriormente à decisão rescindenda, mas não o foi” (RT 652/159).*

*“— Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários” (Súmula 359 do STF).*

*“— ...o contrato administrativo em causa, firmado por funcionário do Estado a ele já vinculado estatutariamente, constitui uma superfetação, mascarando simples designação, não retirando do servidor os benefícios que auferiria se passasse a exercer as funções técnicas, de confiança, em decorrência de ato unilateral da administração” (apud MS n. 2.658, da Capital).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Rescisória n. 97.014320-6, da comarca da Capital (Vara dos Feitos da Fazenda Pública e Acidentes do Trabalho — 2º Cartório), em que é autora Iraci Schmidlin, sendo réu o Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras, à unanimidade, rejeitar a preliminar e, no mérito, julgar procedente a Ação Rescisória para desconstituir o v. acórdão, negando-se provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário interposto pelo Estado de Santa Catarina para julgar procedente

a ação de reconhecimento de direito e indenização n. 395/91, movida contra este por Iraci Schmidlin.

Custas na forma da lei.

Ação rescisória aforada por Iraci Schmidlin, qualificada às fls. 2, contra o Estado de Santa Catarina, com fulcro no artigo 485, incisos V e VII, do Código de Processo Civil, objetivando desconstituir acórdão proferido na Apelação Cível n. 47.483, da Capital, que, por votação unânime, repeliu a preliminar de prescrição quinquenal, e, no mérito, proveu o recurso do ente estatal, na ação de reconhecimento de direito e indenização n. 395/91.

Alega, em síntese, que o acórdão incorreu em infração literal a dispositivo de lei, ensejando a rescisória sob o pálio do artigo 485, V, do CPC, pois, contrariamente ao nele inserido, não haveria como esbarrar em outra disposição legal disciplinadora do mesmo instituto (art. 160 da Lei n. 4.425/70), porque ao tempo em que a autora exerceu o cargo comissionado — conforme dicção do próprio aresto — não vigorava mais o artigo 160 da Lei n. 4.425/70, pois expressamente revogado pelo artigo 9º da Lei n. 4.738, de 28 de junho de 1972.

Asseverou, ainda, que o caráter comissionado do cargo de chefia da Coordenadoria Estadual de Educação Moral e Cívica e os direitos dele advindos estão integralmente comprovados por documentos e se constituem em argumento legal subsidiário à presente rescisória, pois, embora existentes anteriormente, sua importância surgiu após o pronunciamento da Corte, que deixou de considerar o exercício anterior à Lei n. 6.745/85 para efeito de reconhecimento do direito

à estabilidade financeira. Termina dizendo aplicável ao caso a Súmula 359 do STF, segundo a qual “ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários”, requerendo a procedência da ação para o fim de restabelecer a sentença de Primeiro Grau; condenar o Estado, via de consequência, a pagar-lhe a diferença entre os vencimentos do cargo em comissão de Coordenador Estadual de Educação Moral e Cívica, padrão CC-2 (atualmente DGS-2), e o de Professor III, PE-MAGIP, tudo na forma da regra inscrita no artigo 80 da Lei n. 6.844/86, c/c o art. 90 da Lei n. 6.745/85; reconhecer, em favor da autora, “o direito de receber do vencido, a partir de 20/2/87, data em que postulou o pagamento do benefício, todas as diferenças que vierem a ser apuradas em liquidação de sentença, acrescidas dos juros de mora legais e de atualização monetária, conforme preconizado nos artigos 196 da Lei n. 6.745/85 e 117 da Constituição Estadual, inclusive suas incidências sobre 13º salário, 1/3 constitucional sobre as férias, a partir da Constituição de 1988, e adicional por tempo de serviço”, bem como ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios de 20% sobre o total dos atrasados, a teor do disposto no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil.

Juntou os documentos de fls. 21/272.

O Estado contestou o pedido, ocasião em que renovou a preliminar de prescrição quinquenal, ao argumento de que o “único erro de direito cometido pelo acórdão foi em identifi-

car o fundo do direito e, a partir daí, julgar a prescrição. Se o fundo do direito é a agregação, como parece evidente, é a partir de 1978, quando o Estado negou o direito, que começou a fluir o prazo prescricional". No mérito, aduziu que o período em que a autora prestou serviços mediante contrato não se presta à contagem de tempo para efeito de agregação, diante do art. 90 da Lei n. 6.745/85, que exige, para tanto, nomeação para cargo comissionado ou função gratificada. Argumentou, por outro lado, ser inviável a aplicação retroativa da mencionada lei, eis que surgiu após 8 (oito) anos do término de prestação de serviço pela autora, e que o artigo 160 da Lei n. 4.425/85 não é suficiente à rescisão do acórdão, que teve como sustentáculo ao provimento da remessa e do recurso voluntário a irretroatividade da Lei n. 6.745/85 e a impossibilidade de contar tempo de serviço prestado sobre o regime contratual para efeito de agregação.

Por fim, sustentou que os precedentes administrativos juntados pela requerente não poderão ser admitidos como documento novo, pois não eram desconhecidos da parte por ocasião da ação ordinária.

Réplica às fls. 301/305.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Jobél Braga de Araújo, posicionou-se no sentido de ser julgada procedente a ação rescisória.

É o relatório.

De início, cabe rejeitar a preliminar aventada pelo requerido, porquanto repelida anteriormente pela Câmara quando do julgamento da

apelação. Não fosse isso, como bem salientou o procurador da autora, "a ação rescisória, tendo por fundamento o artigo 485, V e VII, do Código de Processo Civil, insurgiu-se exclusivamente contra a parte do acórdão que, no exame do mérito, lhe foi adversa. Não há lugar, portanto, em sede rescisória, apreciar e julgar preliminar favorável à autora, decidida pelo Órgão Fracionário e contra a qual, no momento oportuno, não interpôs o Estado os recursos cabíveis. Já agora não poderá fazê-lo, porque, na dicção literal do Digesto Processual Civil (art. 485), só é cabível a ação rescisória para apreciar decisão 'de mérito' (art. 485) — 'A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: ...'" (fls. 301).

Entretanto, para que não paire qualquer dúvida sobre o assunto, vale a pena transcrever parte do acórdão objeto da presente ação:

"...ingressou a apelante com esta ação, postulando a percepção dessa diferença, a contar de 20/2/1987 – data da postulação feita administrativamente (fls. 26); por isso que entende haver exercido cargo em comissão, sob o regime estatutário da Lei n. 4.425, de 16/2/1970, e mais recentemente ao abrigo da Lei n. 6.745/85.

"Os autos demonstram que a autora percebeu o salário, como contratada, até junho de 1978 (fls. 36, 79 e segs.). A ação data de 22/11/91.

"Não se há cogitar da prescrição colimada.

"Dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/32:

'As dívidas passivas da União, dos Estados e dos Municípios, bem

assim todo e qualquer direito ou ação contra a Fazenda federal, estadual ou municipal, seja qual for a sua natureza, prescrevem em 5 (cinco) anos, contados da data do ato ou fato do qual se originarem’.

“Incogitável, na espécie dos autos, a pretendida prescrição do fundo de direito.

“Acerca da aplicação do citado dispositivo legal, sustenta o Supremo Tribunal Federal:

‘Se é certo que a prescrição quinquenal só abrange as parcelas anteriores a cinco anos quando o direito decorrente de uma lei, não é implícito ou explicitamente negado, pela Administração, atinge ela, porém, o próprio fundo do direito quando o ato atacado é a própria lei que teria retirado o benefício pleiteado, deixado ele de ser pago aos postulantes. É o que resulta do art. 1º do Decreto n. 209 e seu § 1º (RE n. 112.728-3—SP, Min. Aldir Passarinho, in RSTJ, vol. 7/459).

“Na espécie vertente, se o Estado deixou de pagar à autora a partir de 1978 a diferença entre os vencimentos do cargo efetivo e o comissionado, portanto, reconhecendo até então o direito postulado, não se há falar em prescrição do fundo de direito e sim das prestações a partir da interrupção do pagamento de cada uma delas.

“A propósito prescreve a Súmula 443 do Supremo Tribunal Federal:

‘A prescrição das prestações anteriores ao período previsto em lei não ocorre quando não tiver sido negado, antes daquele prazo, o próprio direito reclamado ou a situação jurídica de que ele resulta’. Quando correta

interpretação à Súmula citada, sustenta, ainda, o Supremo Tribunal Federal através do voto do eminente Ministro Décio Miranda:

‘Quando há um direito reconhecido e apenas não se satisfazem prestações, diz-se que a prescrição do direito a estas, nos cinco anos precedentes, não ocorre. Mas quando é negado o próprio fundo de direito, a prescrição o atinge, se a reclamação vem após o decurso de 5 anos (Súmula 443) RDA 152/182, j. de 17/8/84’.

“Enfim, já integrando o direito o patrimônio jurídico do servidor, a prescrição haverá de alcançar tão-só as prestações periódicas.

“Neste eg. Tribunal a matéria sofreu percuciente análise pela eg. Terceira Câmara Civil, verbis:

‘Funcionalismo. Prescrição. Fazenda Pública. Prestações periódicas e direito-base. Diferença. Aplicação da Súmula 6. Só se aplica o princípio da prescrição das prestações periódicas quando o direito a essas vantagens, já reconhecido, integra o patrimônio do funcionário. Nas hipóteses em que o direito-base foi indeferido, deixou de ser reconhecido expressamente ou houve errônea aplicação da lei, não há prestações periódicas a prescrever, porque não existiu direito capaz de gerá-las. Nesses casos a prescrição atinge o próprio direito de onde promanariam as prestações. Precedentes jurisprudenciais do STF (Ap. Cív. n. 34.392, Des. Amaral e Silva, j. de 12/3/91)’ (fls. 229/231).

Quanto ao mérito, procede a ação.

“A sentença de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando:

"(...)

"IV — violar literal disposição de lei;

"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" (art. 485 do CPC).

Violação literal à disposição de lei.

Para melhor compreensão do disposto acima, vale salientar:

"A documentação carreada aos autos dá conta que a apelada, pela Portaria n. 431, de 21/6/63, foi designada para a função de professora na cidade de Joinville, e, em 16/3/65, através do Decreto 204, foi nomeada, por concurso, para o cargo de Lente Catedrático, do Colégio Pedro Segundo em Blumenau.

"Entrementes, de 4/3/63 a 1º/8/64 (1 ano, 4 meses e 24 dias) face ao decreto de nomeação n. 1.647, de 13/9/63, exerceu o cargo em comissão de Secretária C-19, hoje Secretário de Escola nível DASI-3, no Colégio Governador Celso Ramos, de Joinville (fls. 61 e 75).

"Mediante contrato celebrado em 22/2/74 com o Estado, a autora foi afastada (fls. 30) da função de Professora, para exercer o cargo comissionado de Coordenadora Especial para Assuntos de Educação Moral e Cívica, a partir de 1º/2/1974, com exercício na SEE, com salário mensal de Cr\$2.153,00 (fls. 62). O holerit de fls. 79 comprova o recebimento do salário suso referido.

"No exercício do cargo último mencionado manteve-se a autora por 4 anos, 4 meses e 18 dias.

"Comprovam, o período supra, inicialmente, as Portarias ns. 4.771/74 e 5.720/75 e o Decreto 854/76, que prorrogaram o contrato até 31/12/76. Em obra dos autos não conste outros atos de prorrogação do contrato, tal restou evidenciado: primeiramente em razão ao Ato n. 2.016, de 19/6/78, que coloca a autora à disposição da Faculdade de Engenharia de Joinville, passando a ocupar o cargo de Professora Licenciada II e com todos os direitos e vantagens do cargo efetivo (fls. 62/63). Portanto, conforme se extrai da certidão de assentos funcionais de fls. 61, até então a postulante se mantivera afastada do cargo de Professora, posto que no exercício do citado cargo comissionado.

"Corroboram, ainda, a assertiva da exordial de que como Coordenadora Especial para Assuntos de Educação Moral e Cívica atuou a requerente até 19/6/78, o fato de que, em 19/10/77, 9/3/78 e 13/7/78, foram-lhe encaminhados os expedientes que se vêem às fls. 85,86 e 88, pelos Srs. Secretários de Educação e Cultura e Diretores da 12ª e 4ª UCRES, acusando o envio por aquela, na qualidade de Coordenadora Especial para Assuntos de Educação Moral e Cívica, do calendário/78 e sugestões de Campanhas Educativas.

"A própria Administração (fls. 74), por ofício datado de 23/1/87 da Supervisora Local de Educação de Joinville, encaminhado ao Diretor da 5ª UCRE, afirma que a autora possui 5 anos, 9 meses e 28 dias de exercício do cargo comissionado, corroborando

o que afirmara a autora, no requerimento ao Senhor Secretário da Administração em 20/2/87 (fls. 73).

"A propósito do cargo de Coordenador Especial para Assuntos de Educação Moral e Cívica, foi ele criado pela Lei n. 5.253 de 27/9/76, símbolo CC-2 (fls. 65), portanto enquanto ainda o exercia a autora, isto após ter sido instituída, por Decreto de 14/1/74 (fls. 22 e 66), a respectiva coordenação. Revelam mais os autos ter a autora sido aposentada em 27/3/87 (fls. 70 e 72), no cargo de Professora III" (fls. 7/8).

O ato de afastamento da autora de suas funções como professora fundou-se, como se vê às fls. 52, no artigo 281, parágrafo único, da Lei n. 4.425, de 16 de fevereiro de 1970, com a seguinte redação:

"O funcionário estável poderá ser admitido temporariamente sob o regime da legislação própria, para função de natureza técnica especializada.

"Parágrafo único — Enquanto perdurar a situação prevista neste artigo o funcionário ficará afastado do cargo que ocupar".

Tais funções, a toda evidência, representam funções de confiança, aquelas tidas como "situação funcional transitória criada por ato administrativo e cometida a funcionário público estadual, mediante livre escolha, para desempenho de atribuições regimentais" (art. 3º, § 1º, da Lei n. 6.745/85).

No Mandado de Segurança n. 2.581, impetrado por Neide de Almeida Fiori, em que foi relator o Desembargador João José Schaefer, este Grupo de Câmaras apreciou a segu-

rança impetrada em acórdão assim ementado:

"— Funcionário público titular de cargo efetivo — Agregação.

"— Desempenho de função de Assessor Técnico Pedagógico por prazo superior a 4 anos, mediante contrato com a administração.

"— O contrato de trabalho, sob a égide da CLT, firmado por funcionário do Estado, a ele já vinculado estatutariamente, constitui uma superfetação, mascarando simples designação, não retirando do servidor os benefícios que aferiria se passasse a exercer as funções técnicas, de confiança, em decorrência de ato unilateral da administração.

"— Mandado de Segurança concedido".

Do corpo do acórdão colhe-se:

"A lei da agregação, entretanto, estende a aplicação do instituto aos que tenham exercido 'função de confiança'.

"A requerente era funcionária do Estado.

"Preenchia, assim, requisito para o exercício de função de confiança.

"Sua contratação se deu em caráter transitório, por isso que os contratos administrativos sempre foram celebrados a prazo determinado (fls. 14 e 15).

"A forma por que se deu o aproveitamento da impetrante, exteriorizada através de contrato administrativo, portanto, um ajuste bilateral (Hely Lopes Meirelles, ob. cit., pág. 182), ao passo que o ato administrativo é manifestação unilateral (idem, idem pág. 116), não afasta a incidência do dispositivo legal conceituador da função de

confiança, porque dita forma é apenas a aparência, quando a essência do ato é a designação de um servidor do próprio quadro para exercer uma função técnica de confiança do administrador.

“E, aliás, uma superfetação, celebrar o Estado um contrato, sob o regime da CLT com um funcionário já vinculado estatutariamente a seus quadros e que, vencido o contrato, volta a seu cargo efetivo.

“O contrato, assim, mascara simples designação, não podendo afetar direitos que seriam inequívocos se a investidura nas funções técnicas de confiança se desse por simples designação — ato unilateral.

“A livre escolha do administrador se traduz na liberdade que teve de contratar a requerente.

“O último requisito, o desempenho de funções regimentais está igualmente atendido, com o ter sido ‘contratada’ para ter exercício... ‘na Coordenação de Ensino’.

“Nessas funções, típicas das reservadas à Secretaria da Educação e caracteristicamente de confiança, a impetrante permaneceu 4 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 6 (seis) dias, sendo injusto não auferir as vantagens que a legislação confere aos que hajam, por doze (12) meses, ininterruptamente, ou não, desempenhado funções de confiança ao Estado, nos termos do art. 80 da Lei n. 6.844/86, com redação da Lei n. 6.901/86”.

Idêntico entendimento perfilharam os Desembargadores Eder Graf no Mandado de Segurança n. 2.580, e João José Schaefer no de n. 2.658, ambos da Capital.

Diante disso, inegável que os 4 anos, 4 meses e 18 dias no cargo de Coordenadora Especial para Assuntos de Educação Moral e Cívica foram no exercício de função de confiança, tanto que o cargo foi posteriormente criado como de comissão pela Lei n. 5.253/76 (fls. 87), agora sob a denominação de Coordenador Estadual de Educação Moral e Cívica que, somados a 1 (um) ano, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias no exercício do cargo em comissão de Secretária C-19 (fls. 50), perfazem o cômputo necessário à pretensão da autora.

Dessa forma, há de se convir que, revogado ou não o artigo 160 da Lei n. 4.425/70, o acórdão ainda assim estaria violando literal disposição de lei, qual seja: a de n. 6.901, de 5 de dezembro de 1986, que por seu artigo 3º dispõe:

“Art. 3º — O caput e o § 3º do artigo 90 da Lei n. 6.745, de 28 de dezembro de 1985, o artigo 86 da Lei n. 6.843, de 28 de julho de 1986, e o artigo 80 da Lei n. 6.844, de 29 de julho de 1986, passam a vigorar com a seguinte redação:

“Art. 90 — O funcionário que contar 12 (doze) meses consecutivos, ininterruptos ou não, de exercício de cargo em comissão ou função de confiança, terá adicionada ao vencimento do seu cargo efetivo, passando a integrá-lo, para todos os efeitos legais, a importância equivalente a 20% (vinte por cento) do valor:

“... ”

“§ 3º — Ao funcionário que completar 5 (cinco) anos de exercício, fica assegurado que o cálculo do benefício, nas condições deste artigo, terá por base o valor do maior nível con-

quistado ou que venha a conquistar” (grifei).

Nesse sentido, a jurisprudência que segue:

“A violação do direito expresso, para fins de ação rescisória — art. 485, V, CPC — corresponde à desconsideração pelo julgador de uma lei que claramente regule a hipótese e cuja não-aplicação, no caso concreto, implique atentado à ordem jurídica” (RTFR 128/3).

En passant, quando da aposentadoria da autora, que se verificou em 23 de março de 1987, conforme Portaria n. 0956/87/SEA (fls. 94), vigia a lei acima mencionada. Portanto, aplicável ao caso dos autos a Súmula 359 do Supremo Tribunal Federal, assim vazada:

“Ressalvada a revisão prevista em lei, os proventos da inatividade regulam-se pela lei vigente ao tempo em que o militar, ou servidor civil, reuniu os requisitos necessários” (Súmula 359 do STF).

Nesse sentido, a jurisprudência:

“Servidor público aposentado. Remuneração.

— As vantagens que se integram no patrimônio do servidor são as da lei vigente ao tempo do requerimento de aposentadoria (STF, RE 55.059—MG, uma das decisões formadoras da Súmula 359)” (MS n. 5.090, da Capital, rel. Des. João José Schaefer).

“Satisfeito o requisito de tempo, o funcionário faz jus a auferir proventos com as vantagens do cargo em comissão ou da função gratificada, ainda quando não mais os exerça no

momento da aposentadoria” (RTJ 132/839).

No que se refere aos documentos de fls. 245/248, tidos como novos (art. 485, VII, do CPC), estes existiam ao tempo da ação ordinária; entretanto, como bem salientou a autora, tornaram-se importantes após o pronunciamento da colenda Câmara Civil, fazendo-se necessária a sua inclusão.

Tais documentos referem-se à comprovação do exercício de cargo comissionado — o mesmo ocupado pela autora, apesar de nomenclatura diversa —, cuja agregação foi reconhecida pelo réu.

Aliás, já decidiui esta Corte que “a extinção de cargos de provimento em comissão, com a simultânea criação de outros, de nomenclatura diversa e, bem assim, a transformação do regime jurídico, não prejudica direitos adquiridos” (MS n. 3.113, da Capital, rel. Des. Xavier Vieira).

“Só deve ser considerado documento novo, para o efeito de rescisória, o que poderia ter sido utilizado anteriormente à decisão rescindenda, mas não o foi” (RT 652/159).

Finalizando, no que se refere ao pedido no sentido de ser pago à autora a diferença entre os vencimentos do cargo comissionado padrão CC-2 (atualmente, segundo afirma, DGS-2), não poderá ser reconhecido, sob pena de supressão de um grau de jurisdição, vez que a correlação entre o cargo CC-2 exercido, e os atuais DGS, não foi sequer objeto da ação ordinária que resultou no acórdão rescindendo.

Ante o exposto, o Segundo Grupo de Câmaras, por votação unânime, decidiu rejeitar a preliminar de



prescrição quinquenal, e, no mérito, julgar procedente a ação rescisória para desconstituir o v. acórdão, negando-se provimento ao reexame necessário e ao recurso voluntário interposto pelo Estado de Santa Catarina para julgar procedente a ação de reconhecimento de direito e indenização n. 395/91, movida contra este por Iraci Schmidlin.

Resta o vencido, via de consequência, condenado ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, os quais são arbitrados em 20% a incidir sobre o valor atribuído à causa.

Na forma do disposto no artigo 494 do Código de Processo Civil, res-

titua-se à autora o depósito a que alude o artigo 488, inciso II, do CPC.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Francisco Borges, Pedro Manoel Abreu, Silveira Lenzi, Vanderlei Romer, Nilton Macedo Machado e Cesar Abreu, lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jobél Braga de Araújo.

Florianópolis, 14 de setembro de 1998.

*João José Schaefer,*  
*Presidente com voto;*  
*Cláudio Barreto Dutra,*  
*Relator.*

## EMBARGOS INFRINGENTES

### EMBARGOS INFRINGENTES N. 302 (88.078931-7), DA CAPITAL

**Relator: Des. Silveira Lenzi**

*Embargos infringentes — Reintegração de posse — Praia do Campeche — Ebulho cometido em área alodial e de marinha — Acórdão embargado que deu provimento parcial à apelação, excluindo da reintegração de posse o terreno de marinha — Prevalência do voto vencido que mantém a sentença determinando a reintegração de toda a área.*

*Consoante respeitável entendimento doutrinário e jurisprudencial, é possível adquirir a posse sem a constante apreensão da coisa.*

*Demonstrada a aquisição da posse das áreas, de origem única e anterior à invasão dos demandados, é correta a sua reintegração.*

*Embargos infringentes providos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos Infringentes n. 302 (88.078931-7), da comarca da Capital (4ª Vara), em que são embargantes Luiz Werlang e sua mulher, Helena Lisboa Werlang, e embargados José Hermínio Faustino e outros:*

ACORDAM, em Segundo Grupo de Câmaras Cíveis, por maioria de votos, dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Trata-se de ação de reintegração de posse, força velha, ajuizada por Luiz Werlang e sua mulher, Helena Lisboa Werlang, contra José Hermínio Faustino e sua mulher, Ema Daniel Faustino, Caetano Angelo Negri e sua mulher, Ivete Terezinha Rezende Negri, Valter Chagas, Renato Cândido da Rocha e sua mulher, Sueli da Rocha, Aparício Manoel Inácio, Élio Hermínio Faustino e sua mulher, Maura Farias Faustino, Gilberto Ataídes Ferrugem e sua mulher, Renilda R. Ferrugem, Célio Genésio da Silva e sua mulher, Mariléia da Silva, Telmo Tarcio Trilha, Acílio Pereira e sua mulher, Celina Pereira, objetivando a tutela possessória das áreas que adquiriram de Odair Scheidt, em 1974, representada por dois terrenos contíguos, sendo um de marinha (1.419m<sup>2</sup>) e outro alodial (2.326,25m<sup>2</sup>), situados na praia do Campeche, nesta Capital.

Afirmaram que sempre exerceram a posse dos dois imóveis, embora

não tenham edificado neles qualquer prédio, uma vez que em terreno de marinha tal não é permitido, pois foi declarada como sendo área de preservação permanente.

Sustentaram que, inobstante a proibição pela Prefeitura Municipal, há dois ou três anos — 1985 ou 1986 — foram construídos, clandestinamente, diversos barracos, por pessoas que não desfrutavam de ocupação, aforamento ou domínio dos terrenos, que são de sua propriedade e posse.

Acrescentaram que levaram o fato ao conhecimento das autoridades administrativas, e após frustrada tentativa de conversação com os invasores, não obtiveram solução da situação, buscando, então, a proteção possessória dos imóveis.

O processo seguiu sua tramitação normal, tendo o pedido sido julgado procedente pelo Togado a quo, o então Juiz de Direito, hoje eminente Desembargador, Anselmo Cerello.

Os vencidos apelaram, tendo sido o recurso julgado pela egrégia Quarta Câmara Cível, que em aresto da lavra do eminente Des. Alcides Aguiar decidiu, em votação unânime, afastar a preliminar suscitada pelos apelantes, e no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, excluindo da reintegração o imóvel situado em área de marinha, relativamente aos réus Aparício Manoel Inácio, Célio G. da Silva, José Hermínio Faustino, Roberto Coelho

Peixoto, Ana Clélia Salerno e José Dario Cunha.

Relativamente a Atilio Alves de Souza, que adquiriu a posse de Ério Cardoso da Rosa, o acórdão ressaltou que ficará ou não excluído da reintegração, conforme for apurado em liquidação de sentença.

A sentença recorrida foi mantida quanto aos réus Élio Faustino, Roberto Ferrugem, Telmo Trilha, Castino Alves de Souza, Valter Chagas, Adilson de Souza ou Adilson Lourenço Vidal, que esbulharam a área alodial.

Os réus que não obtiveram êxito com a apelação interpuseram embargos infringentes, que foram rejeitados de plano por ausência de pressupostos de admissibilidade. Desta decisão foi interposto agravo regimental que restou desprovido por este Segundo Grupo de Câmaras.

Os autores também interpuseram embargos infringentes ao venerando acórdão, insurgindo-se contra o indeferimento de parte do pedido, referente à área de marinha. Buscam o reconhecimento da proteção possessória sobre toda a gleba em litígio.

Salientam que não são ocupantes, mas foreiros do terreno de marinha por título legítimo que lhes foi fornecido pelo SPU — Serviço de Patrimônio da União —, depois de pagarem, por vários anos, a taxa de ocupação. Narram que se tornaram foreiros por força do que dispõe o art. 10, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.490/40, e não com base no art. 1º do Decreto-Lei n. 7.937/45, cujo texto não tem aplicação no caso dos autos, porque o terreno de marinha em tela não comporta divisão em lotes e posterior transferência a terceiros, até por ex-

pressa proibição nesse sentido do município de Florianópolis, já que se trata de área de preservação permanente — APP.

Em contra-razões aos embargos, os réus pugnam pelo seu não conhecimento, por falta da nomeação dos recorridos, e, no mérito, pela manutenção da decisão proferida pela maioria da Quarta Câmara Civil.

É o relatório.

A preliminar argüida pelos embargados foi muito bem afastada pelo então relator deste recurso, Des. Pedro Manoel Abreu, que rechaçou a alegação de que a falta de indicação dos nomes dos recorridos redundaria na inadmissibilidade recursal, dizendo que não houve prejuízo à identificação dos litigantes. Salientou que sendo os embargos infringentes o recurso cabível contra acórdão não-unânime, prolatado em apelação ou ação rescisória, infere-se que, in casu, figuram como embargados os apelantes.

Dito isso, tenho que restou incontroverso nos autos que os autores detêm o título de domínio de dois terrenos, um de marinha — domínio útil — e outro alodial, ambos contíguos e localizados no Campeche, que foram adquiridos de Odair Scheidt em 12/7/74.

A divergência restringe-se somente ao efetivo exercício da posse dos demandantes em relação ao terreno de marinha, pois do imóvel alodial — como se pode notar da prova produzida nos autos e das decisões proferidas em ambas as instâncias — restou incontroversa a posse anterior daqueles e o esbulho praticado pelos demandados.

Do voto divergente, que acabou por prevalecer, da lavra do Des. Nilton Macedo Machado, destaca-se:

“A razão da divergência, data venia, está, primeiro, na certeza de que o pleito é possessório unicamente, com os autores demonstrando que adquiriram a posse integral do terreno (constituído em parte por terras de marinha — das quais detêm aforamento e não simples título de ocupação — e o restante sendo alodial, com título devidamente transcrito) mediante um só ato translativo (escritura pública de compra e venda), transmitindo-lhes os vendedores a posse justa e de boa-fé, com o mesmo caráter com que foi adquirida (art. 492 do Código Civil).

“A partir da aquisição da posse (claro que com o domínio do alodial), mediante justo título, os autores estavam legitimados a defendê-la integralmente, em toda a sua extensão, tanto na parte da ‘marinha’, quanto alodial, pois o que caracteriza a posse não é o efetivo exercício de atos possessórios, a prática de atos materiais sobre a coisa, mas a possibilidade de dispor dela (vide RT, 268/221)” (grifei) (fls. 321).

Por outro lado, tem-se como indiscutível que no momento em que os autores adquiriram a propriedade em 1974 — ou o domínio útil no caso da área de marinha — e, conseqüentemente, a posse jurídica das áreas, nelas não havia nenhuma construção, ou seja, os imóveis, tanto o de marinha quanto o alodial, não eram ocupados por nenhum dos demandados. Comprovado, inclusive, que os autores mantinham constante vigilância no local, pessoalmente ou através de terceiros, e foram surpreendidos pela in-

vasão clandestina dos réus. Portanto, em nenhum momento houve desinteresse daqueles pelo imóvel, pelo contrário, ao constatarem o esbulho tomaram as providências necessárias, enviando correspondência ao poder público municipal e, posteriormente, ingressando com a demanda sub judice.

Por outro lado, depois da aquisição da posse, não se caracterizou nenhuma das hipóteses previstas no art. 520 do Código Civil, autorizadas da perda daquela.

Com relação ao Decreto-Lei n. 7.937/45, invocado pelo eminente relator do acórdão embargado, entendemos não ser aplicável à espécie. Dita o art. 1º do mencionado decreto que “fica permitida a concessão de aforamento em áreas de terrenos de marinha, para divisão em lotes, e posterior transferência a terceiro, desde que os lotes a transferir tenham sido aproveitados com construções”. Colhe-se da leitura e interpretação lógica do dispositivo, tratando sobre loteamento de terreno de marinha, que o permissivo legal refere-se a loteamento residencial — aí sim com função social das áreas de marinha — e não para a exploração predatória comercial, como é o caso dos autos.

Observa-se, ainda, que não poderiam os autores aproveitar o terreno de marinha em tela com construções, pois é notório que se trata de área de preservação permanente (APP).

Assim, diante desses fatos incontroversos — posse de origem única e anterior, esbulho cometido tanto na área alodial como na de marinha, ressalte-se, contíguas — outra não

era a solução senão a reintegração de posse dos dois imóveis.

No entanto, como houve invocação pelo relator inicial dos embargos infringentes, o eminente Des. Pedro Manoel Abreu, do princípio da função social da propriedade, e principalmente dado o relevante interesse social e comunitário da demanda, entendemos de realizar inspeção pessoal no local objeto do litígio, buscando verificar a situação atual do imóvel e de seus ocupantes.

A inspeção ocorreu no dia 6 de maio último entre as 15 e 16h30. Verificamos que na área existem bares e pequenos restaurantes, de precária construção, de madeira ou alvenaria, destinados à exploração de comércio turístico (venda de alimentação, bebidas). Constatamos a existência de instalações sanitárias sem qualquer condição de higiene, sem esgoto adequado, ofendendo o meio ambiente e a saúde pública. O imóvel — parte de marinha e alodial — está dividido por uma mureta baixa, entremeada de cordas náuticas. No lado esquerdo (de frente para o mar) ergueu-se uma construção de alvenaria de andar térreo e superior. O acesso às areias da praia é feito por escada de tapumes, constatando-se, também, que águas (de esgoto ou não) oriundas das construções são lançadas diretamente no mar.

Notamos, inclusive, que a grande maioria dos atuais ocupantes das construções, dizendo-se proprietários, locatários e sublocatários, não são aquelas pessoas que figuram no pólo passivo inicial da demanda.

A rotatividade na ocupação clandestina da área de marinha foi

constatada pelo relatório de vistoria realizado pela Divisão Sanitária da Prefeitura Municipal — juntado com o memorial — e, igualmente, pela inspeção pessoal realizada pelo ora relator, apontando que as pessoas que atualmente ocupam as precárias construções sobre o terreno não são partes na ação, dando os nomes de “Zizela Moraes, Fabiana André C. Teixeira, Giane Mari Trilha, José Dario da Cunha, Ademir Waither dos Santos e Mara Rubia Garcia Bonato”.

Ao próprio autor da demanda e ocupante da área, ao requerer consulta de viabilidade, em 1992, foi negado o direito de construir, pois aquela área de marinha está destinada à “implantação de terminal turístico com possibilidade de construção de hotel, restaurantes, comércio”. A despeito, a Prefeitura Municipal de Florianópolis fez “vista grossa” para as construções clandestinas erguidas pelos ocupantes, conforme fotografias que se encontram nos autos.

Por último, cumpre observar que na hipótese dos autos não se está a desconsiderar a importância da função social da propriedade, prevista no inciso XXIII do art. 5º da Constituição Federal. Essa função deve ser marcada pela imposição de uma correta e adequada utilização dos bens, em proveito da coletividade, o que no caso não foi observado pelos demandados, eis que edificaram na área de marinha, sem observância da legislação urbanística para o local, e como já foi frisado, cometendo verdadeiro atentado à saúde pública e ao meio ambiente. Importante ressaltar ainda — embora refira-se a propriedade rural — que o texto constitucional prescreve que a função social é cumprida,

entre outros requisitos, quando há "utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente" (art. 186, inc. II).

Portanto, deixar de tutelar a posse dos autores, com fundamento na não observância da destinação social da propriedade é, diante das peculiaridades do caso em apreço, um equívoco, ou no mínimo temerário, pois estar-se-ia incentivando as invasões de terrenos de marinha e, o que é mais grave, valorizando não o proprietário ou possuidor que respeita a legislação ambiental, mas aquele que edifica em local não permitido, com a conivência do poder público municipal, e finalidade puramente argentária.

Diante do exposto, dá-se provimento aos embargos infringentes para reformar o acórdão embargado, mantendo hígida a sentença proferida no Primeiro Grau, que julgou procedente o pedido de reintegração de posse de toda a área esbulhada.

Participaram do julgamento com votos vencedores os Exmos. Srs. Des. Cláudio Barreto Dutra, Vanderlei Romer e Eder Graf, e, com votos vencidos, os Exmos. Srs. Des. Pedro Manoel Abreu, Alcides Aguiar e Francisco Borges. Impedido o Exmo. Sr. Des. João José Schaefer.

Florianópolis, 11 de maio de 1998.

*Eder Graf,*

*Presidente com voto;*

*Silveira Lenzi,*

*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Pedro Manoel Abreu:

1. A egrégia Quarta Câmara Civil, por votação unânime, em aresto lavrado pelo Exmo. Sr. Des. Alcides Aguiar, decidiu afastar a preliminar suscitada pelos apelantes e, no mérito, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso, excluindo da reintegração colimada os imóveis ocupados e situados na área de marinha (1.419m) relativamente aos réus Aparício Manoel Inácio, Célio G. da Silva, José Hermínio Faustino, Roberto Coelho Peixoto, Ana Clélia Salerno e José Dário Cunha.

O voto vencido do eminente Des. Nilton Macedo Machado (fls. 320/3) divergiu da maioria unicamente na conclusão da análise do mérito, quando se reconheceu a inexistência de prova de atos possessórios dos autores apelados sobre a área intitulada como terra de marinha, o que motivou a improcedência do pedido em relação aos réus acima relacionados. Fundamentou sua tese no entendimento de que o que caracteriza a posse não é o efetivo exercício de atos possessórios, a prática de atos materiais sobre a coisa, mas a possibilidade de dispor dela.

Luiz Werlang e sua esposa, Helena Lisboa Werlang interpuseram embargos infringentes, insurgindo-se contra o indeferimento de parte do pedido, referente à área de marinha. Reclamam o reconhecimento da proteção possessória sobre toda a gleba em litígio.

Acrescentaram que não são ocupantes, mas foreiros do terreno de marinha, por título legítimo que lhes foi fornecido pelo SPU, depois de pagarem, por vários anos, a taxa de ocupação àquele ente. Narram que se torna-

ram foreiros por força do que dispõe o art. 10, § 1º, do Decreto-Lei n. 2.490/40 e não com base no art. 1º do Decreto-Lei n. 7.937/45, cujo texto não tem aplicação ao caso dos autos, porque o terreno de marinha não comporta divisão em lotes e posterior transferência a terceiros, até por expressa proibição, nesse sentido, do município de Florianópolis, por tratar-se de área de preservação permanente (APP).

Contra-arrazoando os embargos apresentados pelos autores/apelados, os réus pugnaram, no mérito, pela manutenção da decisão proferida pela Quarta Câmara Civil.

2. Ousei dissentir da douta maioria, para desprover os embargos, mantendo a decisão recorrida por seus próprios e jurídicos fundamentos, pelas razões que sublinhei por ocasião do julgamento, e que agora reproduzi.

É incontestável a prescindibilidade, para a caracterização do direito possessório, do efetivo exercício de atos sobre o bem. Necessária, tão-somente, a vigilância sobre ele, não se podendo olvidar, no entanto, que a posse sobre terrenos de marinha não comporta análise idêntica à que se confere quando em tela a posse sobre bens alodiais.

Os bens alodiais regem-se pelas disposições do Código Civil, enquanto os terrenos de marinha têm suas diretivas traçadas pelo Decreto-Lei n. 9.760/46, de índole evidentemente publicística.

Nessa senda é a preleção de Darcy Bessone, abordando o aforamento nos imóveis daquela espécie:

“Não se inclui no campo do direito civil o estudo da enfiteuse ou afo-

ramento de terrenos de marinha, uma vez que, nos termos do art. 1º do Decreto-Lei n. 9.760, de 5 de setembro de 1946, confirmado pelo inciso VII do art. 20 da Constituição, tais terrenos pertencem à União e, portanto, são bens públicos. Não são bens privados sob disciplina do Código Civil” (Direitos Reais, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 276).

Corroborando esse ensinamento, Rosita de Sousa Santos anota que “O aforamento que sobre ela (terra de marinha) incide não pode ser tratado, tão-somente, sob o escopo do Direito Privado. O Direito Civil nos ensina o que é a enfiteuse, mas sua aplicação pela União é assunto de lei administrativa, e é dentro dos parâmetros do Direito Público que ela se poderá compreender e usufruir” (Terras de Marinha, Rio de Janeiro, Forense, 1985, pág. 123).

Também o egrégio Superior Tribunal de Justiça, conquanto cuidasse de questão relativa à atualização do foro, já decidiu que a enfiteuse de imóveis da União rege-se por normas de direito público (v. REsp. n. 68.342-4, do Rio de Janeiro, 1ª Turma, rel. Min. Demócrito Reinaldo, in DJ 1º/7/96).

A diversidade de perspectivas entre bens alodiais e terrenos de marinha, ressoando, logo, em uma desigualdade de tratamento entre esses imóveis, parece ser entoada pelo bom senso. Nessa contextura, oportuno salientar que os rigores para a concessão de interdito possessório sobre terrenos de marinha hão de ser maiores, em atenção à natureza desses bens.

Extrata-se do corpo do Decreto-Lei n. 9.760/46 que “O aforamento se dará quando coexistirem a conveniência de radicar-se o indivíduo ao solo (grifou-se) e a de manter-se o vínculo da propriedade pública” (art. 64, § 2º). Ao permitir a ocupação de imóveis caracterizados como terrenos de marinha, a União antevê o cumprimento de uma função social que deve imbuir tanto a propriedade, quanto a posse. Nessa linha, é pertinente consignar que “Terra de Marinha é fruto de decisões e de atos da Administração visando à reserva de um espaço físico para desenvolvimento de uma política econômica” (Rosita de Sousa Santos, op. cit., pág. 61). Ainda no escólio da mestra, almeja-se, com o aforamento daquelas terras, proporcionar “...a fixação de núcleos econômicos e sociais” (op. cit., pág. 59).

Acatando a ocupação ou o aforamento de bens seus, a União concretiza o postulado básico incrustado no texto constitucional (art. 5º, XXIII, e 170, III), que, a propósito, de longa data vem merecendo a chancela da melhor doutrina e a inclusão nos ordenamentos jurídicos mais avançados, como revela Philadelpho Azevedo:

“A Constituição alemã (art. 153, III) já declara que a propriedade obriga; seu uso deve ser, ao mesmo tempo, um serviço prestado ao interesse geral; a cultura e a valorização do solo são obrigações do proprietário para com a comunidade (art. 155)” (Destinação do Imóvel, 2ª ed., São Paulo, Max Limonad, 1957, pág. 25).

E prossegue:

“Considerando a faculdade do proprietário deixar inculca a terra, de

não beneficiá-la, Masucci a equipara a uma subtração das vantagens da coisa ao patrimônio nacional, a um abuso social, se não também jurídico, pois o Estado não reconhece a propriedade como domínio absoluto da pessoa sobre a coisa, mas a regula como a mais útil das funções sociais.

“Micelli também, na sua serenidade, chega a conclusões idênticas, reputando abuso, contrário ao interesse público e ao privado, a não utilização da coisa, segundo sua natureza. Se se tratasse da exclusiva conveniência do dono ainda se poderia excluir a ingerência da norma jurídica, mas sobreleva a da coletividade, e uma vez que as coisas são limitadas, quem não usa delas, ou, o que é pior, as destrói, não faz mais do que subtraí-las a outros, que melhor as poderia utilizar, impedindo ainda que o bem possa contribuir, embora indiretamente, para a prosperidade comum.

“Nenhum motivo justificaria essa subtração, e o direito não pode tutelar poderes inativos, que impedem à propriedade de preencher suas funções.

“O desperdício de riqueza não se harmoniza nem com os fins individuais, nem com os sociais, justificativos do instituto da propriedade — complemento da personalidade e instrumento de prosperidade econômica...” (op. cit., págs. 23/5).

Salientando o caráter relativo do direito de propriedade, o chileno Jorge Precht Pizarro observa que “No existiendo ningún derecho incondicional o ilimitado, el derecho de propiedad se ve regulado en los ordenamientos positivos por una serie de normas que, sin seguir una vertiente



doctrinal precisa, buscam restringir su ejercicio" (Fundamento Teorico de las Limitaciones al Derecho de Propriedad en Razon de Interes Publico, Santiago, Editorial Juridica de Chile, 1968, pág. 9).

Os rudimentos da função social da propriedade — abarcando, outrossim, a posse —, tal como hoje é concebida, datam de 1905, quando Duquit escreveu:

"A propriedade não é um direito, é uma função social. O proprietário, isto é, o detentor da riqueza, tem, devido ao fato de possuir essa riqueza, uma função social a desempenhar; enquanto ele desempenhar essa missão os seus atos de proprietário serão protegidos" (apud Jean-Philippe Lévi, História da Propriedade, Lisboa, Estampa, 1973).

É certo que, ainda antes, já se condenava o mau uso das terras, como nos dão conta, por exemplo, alguns textos da Idade Média cristã, da autoria de São Basílio, São João Crisóstomo, Santo Ambrósio e Santo Agostinho. Desses escritos, ao que parece, advém a idéia de que a função social não tem apenas uma faceta jurídica, mas também moral. Como sustenta Carlos Mario Londoño, "Los caracteres individual y social del derecho de propiedad deben estar articulados. Y los articula el deber que el derecho encierra. Deber que es a la vez moral y jurídico. Moral, en cuanto implica obligación para el titular de comunicar a los demás sus beneficios. Y jurídico, en cuanto el Estado es el encargado de hacerle cumplir su función social" (Libertad y Propriedad, Madrid Rialp, 1965, pág. 54).

Toma corpo a concepção de que a função social não é um elemento exógeno da propriedade — e também da posse —, mas algo que é intrínseco, compondo-lhe a existência. É dizer, com Londoño: "No es, pues, la función social un mero apéndice del derecho de propiedad, sino parte sustancial de él. Si esta nota desaparece, desaparece el concepto verdadero de propiedad" (op. cit., pág. 53); e, em outro ponto, reafirma: "...la función social no es un mero accidente de la propiedad, algo circunstancial y adventicio, sino una dimensión de su propia esencia" (op. cit., pág. 56).

Ao assegurar, no inciso XXII do art. 5º da Carta Constitucional vigente, o direito de propriedade, para, em seguida, enunciar que deverá atender a sua função social (inc. XXIII, do mesmo preceito), o constituinte vinculou a garantia daquele ao cumprimento desta. Daí dессome-se que a propriedade descumpridora de sua função social desmerecerá o beneplácito do direito, ficando a descoberto de eventuais violações, porque, então, não haverá interesse do Estado em defendê-la.

A falta de utilização da coisa de acordo com aquilo que a sociedade necessita e espera, conflita com a vedação constitucional ao emprego do bem para benefício exclusivamente individual, plasmada no art. 5º, XXIII, já citado, e no art. 170, III, ambos da Constituição Cidadã.

A função social da propriedade guindada à condição de princípio constitucional mereceu a atenção do Dr. Carlos Araújo Leonetti, professor da Universidade Federal de Santa Catarina e da Escola Superior da Magis-

tratura do Estado de Santa Catarina, em prestimoso artigo, intitulado "A Função Social da Propriedade".

Nele, o talentoso mestre explica que "...a propriedade deve cumprir sua função social, para que possa ser garantida pela ordem jurídica: ou, por outra, o direito de propriedade que não atende sua função social não merece a proteção do Estado, vale dizer do ordenamento jurídico". Ressalta, categórico: "Ao prever, num dispositivo constitucional, a garantia do direito de propriedade, e, noutro, a necessidade de a propriedade atender a sua função social, por óbvio está a Carta Magna condicionando a primeira ao cumprimento da segunda".

Em comentário bastante útil à solução do caso sub judice, Leonetti indaga: "...pode um Juiz, com base no não-cumprimento da função social da propriedade por parte de seu titular, autor de uma ação reivindicatória, julgar o pedido improcedente, reconhecendo que o réu logrou fazer com que o bem em questão cumprisse sua função social?" E responde: "Me parece que sim, ainda que, aparentemente, estar-se-ia negando vigência ao disposto no art. 524, in fine, do Código Civil, que consagra o poder do proprietário de reivindicar a coisa de quem quer que a possua sem razão jurídica.

"Falo em negar aparentemente, porque entendo que, após a vigência da atual Constituição, a regra do art. 524, do Código Civil, assim como todas as demais relativas à posse e propriedade, e aos demais direitos reais, encontram-se, irremediavelmente, impregnadas do princípio da função social da propriedade".

Em seguida, o destacado professor justifica a incidência do princípio da função social também sobre a posse, anotando que, sendo multifária, a propriedade tem na posse um de seus fracionamentos. Dessarte, em linhas gerais, o que se aplicar à primeira aplicar-se-á à segunda; o que valer para o todo, valerá para a parte.

Prestadio, ademais, colacionar os apontamentos de Vladimir da Rocha França, advogado potiguar, exaltando a relevância do postulado constitucional em debate:

"Há a concretização da função social da propriedade quando a sua instituição serve de instrumento para a preservação da ordem de funcionamento prescrita pela sociedade, atuando de maneira integrada com as demais instituições jurídicas a ela correlacionadas.

"A sincronia entre a instituição jurídica da propriedade e a função social da propriedade representa a reprodução de um processo social associativo.

"A instituição da propriedade não pode ser empregada sem que esta atenda sua função social, pois, do contrário, o Estado poderá estar consagrando sob o manto da legalidade um volátil e prejudicial processo social de afastamento..." (A Instituição da Propriedade e sua Função Social, in Revista Teia Jurídica, <http://www.teia-juridica.com/propried.htm>).

Ministrando as lições expostas ao caso concreto, ressuma que se aquele em cujo nome encontra-se registrado o imóvel junto ao SPU dele não se serve, entremostrando mover-se por impulsos especulativos, descumpre preceito constitucional, perdendo a pro-

teção possessória em favor daqueles que efetivamente deram destinação econômico-social ao bem.

Ao depois, não se olvide que os títulos de domínio útil encartados não atestam, per se, a posse dos autores/embarbantes, até porque "...a Administração, de acordo com o parágrafo único do art. 105, remete à competência dos tribunais judiciais todas as questões que versarem sobre definição de direito de propriedade, de servidão e de posse. A União não se arroga o direito de determinar, discricionariamente, quem é o proprietário de uma terra, nem mesmo de se achar dona, ela própria, de uma propriedade. Em havendo contestação, dela ou de outrem, a dúvida terá que ser dirimida pelo Poder Judiciário. O mesmo critério alcança os casos de servidão e de posse (grifou-se)" (Rosita de Sousa Santos, op. cit., pág. 69).

A alegativa dos embargantes de que se trataria de imóvel único, não comportando cisão, não é de ser confortada, porquanto, como bem posto no acórdão censurado, é perfeitamente viável discriminar, a partir do laudo pericial fornecido, o que é bem alodial e o que é terreno de marinha.

A par disso, a prova testemunhal revela tibieza, potencializada pela natureza da coisa, lembrando-se a necessidade de dispensar-se tratamento especial quando em análise terrenos de marinha. Efetivamente, se por um lado as testemunhas Odacir Scheidt e Reduzino Zeferino Bregue parecem conferir razão aos embargantes, por outro, as testemunhas Ve-

rondino Plácido da Rocha e Elenir Manoel Inácio infirmam as declarações das primeiras.

Curial rememorar que aquilo que exsurge como verdade incontrastável tocantemente a terrenos alodiais, nem sempre é servível ao deslinde de controvérsias que recaiam sobre terrenos de marinha, porque, como frisado, são dotados de caráter eminentemente público, descabendo a utilização do enfoque dado pela legislação civilista. Por força da natureza peculiar do bem em tela, não se respalda, com a devida vênia, o entendimento da douda maioria.

3. Por todo o exposto, pelo meu voto, negava-se provimento aos embargos.

Florianópolis, 11 de maio de 1998.

*Pedro Manoel Abreu.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Francisco Borges:

Embora ponderáveis os argumentos da douda maioria, votei pela negativa de provimento aos embargos infringentes pelas mesmas razões brilhantemente defendidas pelo eminente relator Des. Pedro Manoel Abreu em seu voto de fls. 423 usque 431, cuja fundamentação peço vênia para ratificar na íntegra.

Florianópolis, 26 de outubro de 1998.

*Francisco Borges.*



# **JURISPRUDÊNCIA CRIMINAL**



## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 96.006763-9, DE PINHALZINHO

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Habeas corpus. Extorsão e formação de quadrilha. Pretendido trancamento da ação penal, por falta de justa causa. Constrangimento ilegal fundado na falta de indícios da participação do acusado no fato delituoso denunciado. Inexistência de nexo causal entre os fatos narrados na denúncia e a procuração outorgada pelo paciente a um dos co-denunciados. Ordem concedida.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 96.006763-9, da comarca de Pinhalzinho (Vara Única), em que é impetrante o Dr. Joarez Luiz Sandri, sendo paciente Nevi Sassi:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conceder a ordem para determinar o trancamento da ação penal.

O presente pedido de habeas corpus, impetrado pelo Dr. Joarez Luiz Sandri, em favor de Nevi Sassi, tem como fundamento o art. 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna de 1988, e visa o trancamento da Ação Penal n.

2.249, apontando como autoridade coatora o Exmo. Sr. Juiz da comarca de Pinhalzinho, onde tramita o processo crime, o qual, recebendo denúncia do Órgão do Ministério Público, deflagrou processo judicial contra o paciente pelos crimes dispostos nos arts. 288, parágrafo único, e 158, § 1º, do Código Penal.

Após as informações (fls. 29/30), estes autos foram enviados à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, que se manifestou pela denegação do remédio heróico, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine.

É o breve relatório.

Colhe-se dos autos que, no dia 23 de maio do corrente ano, o MM. Juiz da comarca de Pinhalzinho recebeu denúncia contra o paciente e mais quatro indivíduos, a saber: Vitor Hugo Ribas de Moura, Sidiclei José Padilha de Oliveira, Otelmo de Lima Franco e Alessandro Valmor Eccel, oferecida pelo digno representante do Parquet, nos seguintes termos:

“No dia 15 de abril de 1996, por volta de 11h30min, os quatro primeiros denunciados foram até o restaurante ‘Recanto Beira-Rio’, em Saudades, a fim de cobrarem uma pretensa dívida do Sr. Valter Pedrinho Dessoí. Como não encontraram o Sr. Valter, quebraram um baleiro, um ventilador, diversas garrafas de refrigerante e três litros de uísque e uma mesa, todos objetos do referido estabelecimento. Após, foram embora dizendo que iriam voltar.

“Na manhã do dia 3 de maio de 1996, os mesmos denunciados, conduzindo um automóvel Opala, voltaram até o mencionado local, onde chegaram afirmando que iriam cobrar o dinheiro de qualquer maneira. Como a vítima Valter disse não dispor de dinheiro para pagá-los, mediante ameaça de entrarem em casa e fazerem um escarécú, os denunciados tentaram constrangê-lo a transferir um veículo Brasília de sua propriedade como forma de pagamento da ‘dívida’, não obtendo seu intento delituoso pelo fato de terem sido presos pela polícia enquanto se dirigiam ao Cartório de Pinhalzinho com a referida Brasília.

“Os denunciados mantinham uma quadrilha de cobrança de ‘dívidas’ da Empresa Eronita Leonita Franco Mello, conforme procuração

outorgada pelo acusado Nevi Sassi ao denunciado Vitor (fls. 38), e termos de Apreensão de fls. 24 a 26, onde constam uma série de notas promissórias e cheques que esses visavam cobrar mediante seus métodos ameaçadores e violentos.

“O denunciado Nevi Sassi, para cobrar as pretensas dívidas da empresa referida, ao invés de utilizar-se dos meios legais cabíveis, valia-se da ação truculenta empreendida pelo acusado Vitor e seus comparsas, a fim de receber os ‘créditos’ com maior rapidez e com os acréscimos decorrentes do ‘método’ de cobrança empregado.

“Ademais, o denunciado Otelmo trazia consigo, sem o devido porte legal, um revólver calibre 38, marca Taurus, e uma faca, marca Tramontina, com 15cm de lâmina, ambos descritos a fls. 27”.

Pretende, o impetrante, com a presente medida, ver trancada a ação penal contra si deflagrada pelo cometimento dos delitos descritos nos arts. 288, parágrafo único, e 158, § 1º, ambos do Código Penal, sustentando, para tanto, a falta de justa causa.

Assevera que, na qualidade de corretor de imóveis e de seguros atuante na cidade de Erechim/RS, outorgou procuração a Vitor Hugo Ribas de Moura, um dos co-denunciados, com a finalidade de que este efetuasse cobrança de uma dívida na cidade de Porto Alegre/RS, e que este cidadão, antes de cuidar dos interesses do ora paciente, esteve na cidade de Saudades/SC, realizando uma cobrança para um terceiro que não o paciente, e que, por ter-se excedido na cobrança, neste local foi preso em fla-



grante, oportunidade em que foi encontrado, em poder deste, a procuração outorgada pelo paciente, dentre outros documentos.

Ora, da análise dos fatos, ainda que de um exame perfuntório, vislumbra-se que a ação penal deflagrada contra o paciente carece de justa causa, e por este motivo é que merece acolhida o presente writ.

Primeiramente é importante salientar que hábil e competente se faz o remédio impetrado, para fins de trancamento da ação penal, uma vez que os fatos narrados na exordial, a olhos vistos, não legitimam a denúncia contra o paciente.

Segundo se infere da doutrina de Julio Fabbrini Mirabete:

“Também somente se justifica a concessão de habeas corpus por falta de justa causa para a ação penal quando é ela evidente, ou seja, quando a ilegalidade é evidenciada pela simples exposição dos fatos com o reconhecimento de que há imputação de fato atípico ou da ausência de qualquer elemento indiciário que fundamente a acusação. É possível, entretanto, verificar perfunctoriamente os elementos em que se sustenta a denúncia ou a queixa, para reconhecimento da ‘fumaça do bom direito’, mínimo demonstrador da existência do crime e da autoria, sem o qual há falta de justa causa para a ação penal (in Código de Processo Penal Interpretado, 3ª ed., São Paulo, Atlas, 1995, pág. 760, o grifo é nosso).

Com efeito, em momento algum é vislumbrado, in casu, o necessário nexu causal entre o fato que originou a prisão em flagrante dos quatro primeiros denunciados e a procuração

outorgada pelo ora paciente a Vitor Hugo, que legitimassem a denúncia contra si ofertada.

Ora, o paciente outorgou uma procuração para um dos denunciados, Vitor Hugo Ribas de Moura, para que este atuasse como seu preposto, efetuando cobrança e/ou acerto de contas na empresa “Eronita Leonita Franco Mello”, localizada na cidade de Porto Alegre/RS.

É evidente que não há nenhuma correlação entre o motivo que originou a prisão em flagrante destes denunciados, a saber, a cobrança das duplicatas acostadas às fls. 10 e 11, e a procuração outorgada pelo paciente, porquanto não há meios de admitir-se que aquele instrumento procuratório poderia ligar o outorgante a uma eventual quadrilha, constatação que se faz da mais simplória interpretação do tipo descrito no caput do art. 288 do Código Penal.

De mais a mais, o simples fato de um dos denunciados trazer consigo uma procuração dada pelo paciente de maneira alguma pode servir como prova da ligação do outorgante a uma possível associação de pessoas com o objetivo de cometer crimes, mormente quando o paciente sequer tomou parte nos fatos delituosos descritos na inicial, porquanto, é de ressaltar-se, não estava presente no local do crime.

Forçoso concluir-se, portanto, pela falta de indícios da autoria por parte do paciente nos crimes descritos na denúncia, caso contrário, toda vez que algum cidadão outorgasse uma procuração para outro indivíduo teria ele que necessariamente responder por todos os fatos que este segundo

praticasse, mesmo que estes fatos não estivessem em nada relacionados com o objeto do mandato procuratório.

Dessa feita, vê-se que o instrumento procuratório, tão-somente, é prova inábil para deflagração da actio poenalis em testilha, sendo que sequer serve como indício de que o outorgante/paciente estivesse participando de uma quadrilha montada com o intuito de efetuar, mediante violência ou ameaça, a cobrança de dívidas.

Por isso, verificando-se prima facie a não configuração do envolvimento do acusado no fato tido como delituoso, não se justifica a ação penal deflagrada contra ele.

Ex positis, resolve a Câmara

conceder a ordem de habeas corpus, para determinar o trancamento da Ação Penal n. 2.249, oriunda da comarca de Pinhalzinho, com relação ao denunciado e ora paciente Nevi Sassi, por falta de justa causa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e emitiu parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 10 de setembro de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## HABEAS CORPUS N. 98.005992-5, DE IÇARA

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Habeas corpus — Incompetência territorial da autoridade dita coatora — Falta de argüição oportuna — Preclusão — Prorrogação.*

*A competência territorial é de natureza relativa, sendo que a falta de argüição oportuna, vale dizer, no prazo de defesa (art. 108 do CPP), acarreta sua prorrogação e a preclusão do direito de argüi-la.*

*Realização de interrogatório no Juízo deprecado — Possibilidade — Ausência de prejuízo — Particularidades do caso que não recomendavam o deslocamento do réu para ser ouvido no Juízo processante — Intimação dos defensores para acompanhar a realização do ato — Desnecessidade — Cerceamento de defesa inócurre — Nulidades afastadas.*

*“O interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que*

*sempre fosse tomado pelo juiz processante. O Judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do País impede o deslocamento de pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatará a sentença. Admissível, pois, a tomada do interrogatório no Juízo deprecado” (STJ).*

*A falta de intimação do defensor para acompanhar o interrogatório do acusado não configura cerceamento de defesa, por ser ato privativo do juiz, não se admitindo a intervenção das partes.*

*Extorsão mediante seqüestro qualificada pelo resultado — Morte da vítima — Excesso de prazo na formação da culpa — Pluralidade de réus e defensores — Atraso justificável — Constrangimento ilegal ausente — Ordem denegada.*

*“Os prazos para instrução criminal não devem ser computados com radicalismo, pois, dependendo das circunstâncias, o excesso verificado não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em acurada atenção à celeridade processual” (JC 66/441).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus n. 98.005992-5, da comarca de Içara, em que são impetrantes os Drs. Ricardo Brandt Naschenweng e Giovano Ávila Alves, sendo paciente Sandro Luiz Correia:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, denegar a ordem.

Cuida-se de habeas corpus, com pedido de liminar, impetrado pelos Drs. Ricardo Brandt Naschenweng e Giovano Ávila Alves em favor de Sandro Luiz Correia, preso em flagrante delito, na comarca de Içara, acusado da prática do crime de extor-

são mediante seqüestro seguido de morte.

Sustentam os impetrantes, em síntese, que o foro de Içara é incompetente para conhecer e julgar a ação penal instaurada contra o paciente, pois, tratando-se de crime permanente, cuja consumação prolongou-se no tempo, alcançando o território de diversos Municípios, a decretação da prisão temporária de pessoas envolvidas nos fatos pelo Magistrado da 3ª Vara Criminal da Capital em 16/9/97 (fls. 20/22), local onde teve início a atividade delituosa, data anterior à homologação da prisão em flagrante pelo Juiz da comarca de Içara, 26/9/97 (fls. 27), tornou aquele Juízo prevento.

Acrescentam, ainda, que a circunstância de o interrogatório de San-

dro Luiz Correia ter sido deprecado ao Juízo da Capital, motivado pelo fato de ele encontrar-se recolhido à Penitenciária Estadual desta cidade, bem como a não intimação de seus advogados, para acompanharem o ato, caracterizam inegável cerceamento de defesa.

Por fim, aduzem que há excesso no prazo de formação da culpa, eis que, quando da impetração, o paciente já se encontrava segregado provisoriamente há duzentos e quarenta dias.

Negada a liminar e prestadas informações, manifestou-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser denegada a ordem.

Dispõe o art. 71 do Código de Processo Penal que, em caso de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições, firmar-se-á a competência pela prevenção.

Segundo as peças que acompanham a impetração, antes mesmo da prisão em flagrante do paciente, no Juízo da 3ª Vara Criminal da comarca da Capital, foi decretada a prisão temporária de Liziane Florence Luz, Vera Lúcia Gonçalves e Thaís de Miranda Lopes Camargo, suspeitas que eram de envolvimento no seqüestro do médico Werton Gomes, o que, em princípio, tornaria prevento aquele foro para conhecer da ação penal posteriormente deflagrada, incidindo na espécie o art. 83 da Lei Processual Penal.

Contudo, a competência territorial é de natureza relativa, acarretando a falta de arguição oportuna, vale dizer, no prazo de defesa (art. 108 do CPP), sua prorrogação e, por conse-

guinte, a preclusão do direito de impugná-la.

A propósito, Julio Fabbrini Mirabete observa:

“O processo de exceção de incompetência de juízo, também denominado declinatoria fori, é regido pelos artigos 108 e 109. Dispõe o primeiro que a exceção deve ser oposta, verbalmente ou por escrito, no prazo de defesa. A defesa a que se refere o dispositivo é a ‘prévia’, que deve ser apresentada no prazo de três dias após o interrogatório (art. 395). Nesse mesmo prazo a arguição pode ser feita oralmente, perante o juiz, que a fará reduzir a termo (art. 108, § 2º). Expirado o prazo, ocorre a preclusão, não podendo mais ser alegada” (Processo Penal. Atlas, São Paulo, 1994, 3ª ed., 2ª tiragem, pág. 208).

No caso, quando da apresentação da defesa preliminar, subscrita pelo Dr. Ricardo Brandt Naschenweng, conforme informação obtida por este relator junto ao Cartório de Içara, não foi apresentada a exceção declinatoria, tampouco mencionada a pretendida incompetência *ratione loci*.

Do Superior Tribunal de Justiça:

“A determinação da competência obedece a critérios que buscam realizar o interesse público. Pode ser argüida em qualquer foro ou instância, ocorrendo a chamada incompetência absoluta. Ao contrário, é alcançada pela preclusão a incompetência relativa” (ROrd. em HC n. 2.225, de Pernambuco, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU de 16/11/92, pág. 21.165).

E:

“Processual penal — Incompetência relativa não argüida no momento próprio — Preclusão — Inteligência do art. 108 do Código de Processo Penal.

“A incompetência *ratione loci* é relativa, pelo que, não argüida no momento próprio, vale dizer, prazo para a defesa prévia, opera-se a preclusão, restando, em atenção à prorrogação de competência, ratificados todos os atos praticados no processo” (HC n. 6.589, de São Paulo, rel. Min. Fernando Gonçalves, publicado no DJU n. 107, de 8/6/98, pág. 178).

Sendo assim, não há falar em coação proveniente de autoridade incompetente.

De outra parte, antes de mais nada, registre-se que é inegável a conveniência de que o interrogatório seja realizado pelo juiz que irá decidir a causa, por possibilitar uma melhor apreciação das nuances do caso sub judice, bem como a percepção das reações do agente e coleta de impressões sobre sua personalidade, que são sumamente importantes ao ato de julgar.

Não se pode olvidar, porém, que circunstâncias das mais variadas, tais como a distância territorial, a falta de recursos materiais e problemas de segurança, podem vir a tornar inconveniente o comparecimento pessoal do acusado perante o juiz da causa, não importando em ofensa à garantia constitucional da ampla defesa, nessas condições, sua ouvida em comarca distinta daquela onde tramita a ação penal.

Sobre o assunto, Paulo Édson Marques discorre:

“Se é bem verdade que o ideal

reclama a realização do interrogatório pelo próprio juiz sentenciante, nem por isso o fazimento por outro desatenderá ao princípio da obrigatoriedade, do personalismo, da judicialidade e da amplitude da defesa”.

E prossegue:

“Inteira é a procedência da crítica do Ministro à omissão do legislador processual penal, que só se ateve à previsão das hipóteses de réu surdo, mudo, surdo-mudo, analfabeto e que não compreenda a língua nacional (arts. 192 e 193 do CPP), inabrangendo as questões em baila, ou da impossibilidade de comparecimento ao juízo da causa por pobreza e falta de recursos materiais — seja do réu, seja do Estado — ou por prisão em outra unidade da Federação, ou, simplesmente, em comarca diversa, ainda que da mesma unidade federativa, ou, ainda, mesmo dispondo de bens, por doença que o impeça da locomoção até o juízo deprecante (o da causa).

“Lembre-se, por oportuno, que, se a omissão legislativa não encontrar solução dinamizadora, importando, pois, a estagnação do procedimento, fraudes poderão ser encetadas, visando (provavelmente com sucesso) à operação da prescrição da pretensão punitiva, ou, quando menos, assegurando a da pretensão executória.

“O suprimento da omissão está no emprego da analogia ao art. 220, combinado com o art. 222 e combinado com o art. 403 do CPP, com a precação de parte da função jurisdicional, porquanto o interrogatório do réu, essencialmente, não difere da inquirição de testemunhas, exceto quanto à desobrigação daquele à veracidade, liberto que é pelo princípio *nemo testis*

contra seipsum, anunciado, aliás, pela própria Exposição de Motivos, em seu n. VII (nemo tenetur se detegere).

“Com efeito, se ocorrer que nem todas as partes residam ou se encontrem sob a jurisdição do juiz, ou que nem todos os objetos da ação penal se achem dentro dela, ou que nem todos os atos a serem praticados tenham de sê-lo dentro daquele território, ao juiz que precisar da jurisdição de outro não restará senão o caminho da depreciação. Não irá, por esse meio, praticar lá fora o ato que deseja. O outro juiz fará seu esse ato.

“Pontes de Miranda ensina que ‘atos deprecáveis são atos que não exigem processo ordinário ou especial no próprio juízo deprecado’, exemplificando que seria inviável a precação de pedido de ‘dissolução de sociedade com sede no juízo deprecado, ou liquidação, ou prestação de contas’, obviamente porque tais pretensões demandariam, se não processo ordinário, o processo especial, implicando atos decisórios intermediários, que haveriam de ser prestados naquele mesmo juízo deprecado.

“Ora, identicamente à inquirição de testemunhas, que, igualmente, é meio de prova, a inquirição (sentido lato) do réu, pelo interrogatório, não está a exigir processo a ser deflagrado, nem especial, nem ordinariamente, resumindo-se a um ato judicial isolado, que se inicia e se finda sem irradiação única que afete ou vincule o juízo deprecado, que, outrossim, nenhuma decisão, nem sobre eventuais incidentes, haverá de prestar.

“Ademais, se a inquirição de testemunhas insere-se dentre os atos judiciais, legalmente deprecáveis, da

simples constatação de que o capítulo referente ao interrogatório, em nosso Código de Processo Penal, está sob o mesmo título (VIII — Das Provas) que o capítulo referente às testemunhas, infere-se o abono viabilizante ao recurso analógico”.

Por fim, conclui o autor:

“Em perfeita afinação com Artur Pagliusi Gonzaga, para quem a aplicação analógica, viabilizando, especificamente, a realização do interrogatório por carta precatória, é ‘corretíssima, pois os princípios processuais penais vigentes não são ofendidos com tal aplicação; pelo contrário: esse é o mais verdadeiro sentido que se deve dar a um Código que tem a finalidade de buscar a verdade real’, e considerando que a finalidade do processo penal outra não é senão a de possibilitar a aplicação do Direito Penal e: ‘seu objetivo é eminentemente prático, atual e jurídico, e se limita à declaração de certeza da verdade’, como ressalta Tourinho, e ressaltando, mais, que normas que violentem a sua própria essência e finalidade são espúrias em seu contexto, e, com muito menos razão, não se imporão princípios doutrinários que inviabilizem, gratuita e academicamente, aquele mister sem que visem à prevalência de valores outros, inequivocamente, maiores, e com o suporte avalizador da lição de Tornaghi de que ‘todo ato de exercício do poder jurisdicional que não contrarie o plano da lei é permitido ao juiz. E isso é exatamente a possibilidade. Possível é tudo que não envolve absurdo, que não é inseqüente, que não acarreta contra-senso’, é de se concluir que: 1º) impossibilitado o réu, comprovadamente pobre, de comparecer ao juízo da causa, por lhe faltarem recursos

materiais; 2º) carente o Estado-Membro, sem condições financeiras ou materiais de ordem outra que possibilitem a apresentação do réu preso ao juiz requisitante; 3º) doente o réu, em comarca diversa da do juiz da causa, sem, pois, condições de comparecimento, ou cumprimento do art. 403 do CPP, o interrogatório haverá de se realizar por meio de carta precatória ao juízo em cuja jurisdição territorial se encontrar o réu" (RT 536/260).

Do Supremo Tribunal Federal:

"Penal — Habeas corpus — Nulidades — Ausência de prejuízo.

"A ausência do acusado aos atos de instrução criminal, por estar preso em comarca diversa, não implica a anulação do processo se não foi argüida a nulidade no momento oportuno, nem demonstrado objetivamente o prejuízo. Precedentes.

"O interrogatório judicial através de carta precatória é admitido pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, sendo improcedente a alegação de prejuízo, mesmo porque restou evidenciado nos autos que, na ocasião, o paciente teve a oportunidade de narrar amplamente os fatos, produzindo substancial autodefesa" (HC n. 70.663, de São Paulo, rel. Min. Ilmar Galvão, publicado no DJU de 9/9/94).

O Superior Tribunal de Justiça também reconhece a possibilidade de ser deprecada a realização do interrogatório:

"Conflito de competência — Processual penal — Interrogatório — Precatória.

"O interrogatório é meio de prova e de defesa. Ideal seria que sempre fosse tomado pelo juiz processan-

te. O Judiciário, no entanto, precisa ser realista. A extensão territorial do País impede o deslocamento de pessoas de uma comarca para outra. Some-se a isso o ônus das despesas. O Código de Processo Penal, além disso, não consagrou o princípio da identidade física do juiz. Em havendo necessidade, admissível se faz a renovação do ato pelo magistrado que prolatará a sentença. Admissível, pois, a tomada do interrogatório no juízo deprecado" (Conflito de Competência n. 3.164, de Santa Catarina, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU de 10/5/93, pág. 8.599).

Mais recentemente:

"Conflito de competência — Carta precatória — Interrogatório do acusado.

"A tomada do interrogatório do acusado no juízo deprecado não apresenta nenhuma ilegalidade, tendo em vista o princípio da ampla defesa, consagrado pela Carta Magna, que não permite que o direito de defesa seja sacrificado.

"É vedado ao juízo deprecado recusar o cumprimento à precatória, podendo devolvê-la, somente, quando não revestida dos requisitos legais, nos exatos termos do art. 209 do Código de Processo Civil" (Conflito de Competência n. 17.529, do Paraná, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 22/10/97, publicado no DJU de 24/11/97, pág. 61.095).

Em outras Cortes, o entendimento não diverge:

"A coleta do interrogatório por precatória não é proibida pelo Código de Processo Penal, cujo sistema não se assenta sobre o princípio da identidade física do juiz" (JTARGS 98/76).

Ainda:

“Estando o acusado preso em outra comarca, é correta a expedição da precatória para o seu interrogatório” (RJDTACRIM 23/411).

E entre nós:

“A realização de interrogatório mediante carta precatória é prática reconhecida e admitida, descabendo, outrossim, falar em cerceamento de defesa se o referido auto contém os elementos usuais e a defesa prévia nenhum reparo opôs à forma de realização do ato.

“A não requisição do réu, preso em outra unidade da Federação, para a audiência de inquirição de testemunhas, além de, por razões materiais, inviável, não importa em nulidade se da ausência não adveio qualquer prejuízo” (JC 66-447/448).

É de se ter em conta, por fim, que se o Código de Processo Penal não admite expressamente o interrogatório por carta precatória, do mesmo modo não o proíbe, valendo acrescentar que nosso ordenamento jurídico não acolheu o princípio da identidade física do juiz criminal, o que vincularia o magistrado ao feito desde a inquirição do réu até a decisão final.

No caso, a inviabilidade de ser o paciente interrogado pela autoridade judiciária de seu juízo natural advém do risco de fuga que o deslocamento implicaria, eis que, conforme informações de fls. 44/45, descobriu-se que dois elementos de alta periculosidade, conhecidos como “Gaucho” e “Celinho”, pretendiam, mediante o emprego de armas, resgatar da prisão Sandro Luiz Correia, circunstância que determinou sua remo-

ção do presídio de Criciúma para a ala de segurança máxima da Penitenciária de Florianópolis (fls. 43).

Destarte, não tendo gerado qualquer prejuízo a ouvida do paciente pelo Juízo deprecado, merecendo registrar que ele valeu-se da prerrogativa constitucional de manter-se calado (fls. 32), não pode ser acolhida a alegada nulidade.

A falta de intimação dos defensores de Sandro Luiz Correia para acompanhar seu interrogatório igualmente não configura cerceamento de defesa, já que se trata de ato privativo do juiz, não comportando intervenção das partes, sendo que a presença do advogado apenas se prestaria à fiscalização da regularidade da audiência, que, em momento algum, foi questionada.

Outra vez do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal — Revisão criminal — Recurso especial — Interrogatório judicial — Ausência de intimação do defensor — Nulidade do processo — Inocorrência — CPP, arts. 185, 187, 394, 563 e 566.

“A jurisprudência pretoriana e a doutrina nacional, de modo uníssono, consagram o entendimento de que o interrogatório do réu é um ato pessoal do magistrado processante, que não comporta intervenção nem do Ministério Público, nem do advogado do réu (CPP, art. 187).

“Embora seja o interrogatório judicial meio de defesa e fonte de prova, não está ele sujeito ao princípio do contraditório (STF, HC n. 68.929, de São Paulo, rel. Min. Celso de Mello, DJ de 28/8/92), não constituindo nulidade a ausência do defensor do réu,



à minguada de obrigatoriedade de sua intimação, conforme inteligência do art. 394 do CPP (STJ, RHC n. 1.280-0, de Minas Gerais, rel. Min. Adhemar Maciel, in Ementário 7/289).

“Em tema de nulidade no processo penal, é dogma fundamental a assertiva de que não se declara a nulidade de ato se dele não resulta prejuízo para a acusação ou para a defesa ou se não houver influído na apuração da verdade substancial ou na decisão da causa (CPP, arts. 563 e 566)” (REsp. n. 62.515, de São Paulo, rel. Min. Vicente Leal, julgado em 4/12/95, publicado no DJU de 4/12/95).

Portanto, também no ponto, inexistiu eiva a macular o feito.

Finalmente, quanto ao atraso na instrução, é de se ter em conta que em sede de prazos processuais vige o princípio da razoabilidade, devendo seu cômputo se dar sem radicalismo, considerando-se sempre as circunstâncias e particularidades do caso concreto.

Constata-se dos documentos acostados à inicial que o paciente e outros quatro acusados foram denunciados como incurso nas sanções dos arts. 159, § 3º, e 288, parágrafo único, os dois do Código Penal, porque, em 14/9/97, com fins de obter vantagem econômica, teriam seqüestrado Werton Gomes Figueiredo, vindo posteriormente a matá-lo.

Tendo Sandro Luiz Correia sido preso em 15/9/97, não alcançando a instrução processual, até a presente data, seu fim, tem-se que a formação da culpa transcorre em tempo superior ao recomendável. Todavia, tal atraso veio justificado pela autoridade

dita coatora, fls. 38/42, e decorre da existência de vários réus, alguns até há pouco foragidos, com defensores diversos, havendo, ainda, a notícia da expedição de diversas precatórias para oitiva de testemunhas.

Do Superior Tribunal de Justiça:

“Direito, como fato cultural, é fenômeno histórico. As normas jurídicas devem ser interpretadas consoante o significado dos acontecimentos, que, por sua vez, constituem a causa da relação jurídica. O Código de Processo Penal data do início da década de 40. O País mudou sensivelmente. A complexidade da conclusão de inquéritos policiais e a dificuldade da instrução criminal são cada vez maiores. O prazo de conclusão não pode resultar de mera soma aritmética, faz-se imprescindível raciocinar com o juízo da razoabilidade para definir o excesso de prazo. O discurso judicial não é mero simples raciocínio de lógica formal” (HC n. 4.664, do Maranhão, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, publicado no DJU n. 98, de 26/5/97, pág. 22.567).

E desta Corte:

“Os prazos para instrução criminal não devem ser computados com radicalismo, pois, dependendo das circunstâncias, o excesso verificado não deve redundar na soltura daqueles que merecem estar presos, mas em acurada atenção à celeridade processual” (JC 66/441).

Ademais, é bom lembrar que o crime imputado ao paciente causou grande comoção social, sendo amplamente divulgado por toda a imprensa do Estado, circunstância que, aliada ao malsucedido plano de fuga,

recomenda a manutenção da segregação como garantia da ordem pública, da aplicação da lei penal, bem como por conveniência da instrução.

Por tais fundamentos, denega-se a ordem.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella, lavrando parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 23 de junho de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Paulo Gallotti,*  
*Relator.*

## RECURSOS CRIMINAIS

### RECURSO CRIMINAL N. 98.007852-0, DE JOINVILLE

**Relator: Des. José Roberge**

*Recurso em sentido estrito — Homicídio duplamente qualificado — Decisão de pronúncia que exclui a qualificadora do motivo torpe (vingança) — Circunstância sem amparo razoável na prova colhida — Manutenção — Recurso ministerial improvido.*

*A pronúncia demarca os limites da acusação. Por isso, o afastamento desde logo de qualificadoras torna-se possível quando sua inexistência se oferece inquestionável, sendo desnecessária a sua apreciação pelo Tribunal do Júri.*

*“A vingança, por si só, não induz necessariamente à torpeza. Tal se dá somente quando a desforra, posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignomínia e a abjeção que a lei penal, com a qualificadora, especialmente incrimina” (TJSP — Rec. — rel. Aniceto Aliende — RJTJSP 9/535).*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Recurso Criminal n. 98.007852-0, da comarca de Joinville, em que é recorrente a Justiça, por seu*

*Promotor, sendo recorrido José Dirceu de Oliveira:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

1. Na comarca de Joinville, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Dirceu de Oliveira, como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Segundo consta na exordial acusatória, no dia 11 de dezembro de 1997, por volta das 15 horas, o acusado, movido por sentimento de vingança, já que semanas antes do acontecimento a vítima ter-lhe-ia aplicado violenta surra com "pranchaços" de facão e, após certificar-se de que George estava dormindo, posto que embriagado, desferiu-lhe três golpes com o "olho" do machado na cabeça, causando-lhe os ferimentos descritos no Laudo Pericial acostado, que foram a causa eficiente de sua morte.

Finda a instrução, o MM. Juiz, admitindo a acusação feita ao acusado, pronunciou-o como incurso no art. 121, § 2º, inciso IV (surpresa), do Código Penal, remetendo-o a julgamento perante o Tribunal Popular.

Inconformado, a tempo e modo, o representante do Ministério Público interpôs recurso em sentido estrito. Pretende a inclusão da qualificadora do motivo torpe descrita na denúncia, ao entendimento de que restou evidenciada no processo, razão pela qual não poderia o Magistrado afastá-la nesta fase processual.

Oferecidas as contra-razões, e mantida a decisão, nos termos do art. 589 do CPP, os autos ascenderam e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pe-

lo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

2. Sem razão o douto representante do Parquet.

A versão trazida aos autos é a de que o réu desferiu contra a vítima três golpes com o "olho" do machado, causando-lhe a morte. Segundo consta, George Francisco Alves, a vítima, estava dormindo quando o recorrente inesperadamente se aproximou dele e desfechou-lhe os violentos golpes, atingindo seu objetivo, não proporcionando qualquer oportunidade de defesa. Consta, ainda, que o acusado assim procedeu porque a vítima aplicara-lhe violenta surra dias antes dos acontecimentos.

In casu, a qualificadora do motivo torpe não restou configurada, posto que a causa que impulsionou o acusado a cometer o homicídio não foi desprezível, repugnante; foi, isto sim, praticado por medo que a vítima lhe inspirava, já que por diversas vezes aquela o agredira, valendo-se de sua força física superior.

Motivo torpe, como salientava Hungria, "é o motivo abjeto, ignóbil, repugnante, que imprime ao crime um caráter de extrema vileza ou imoralidade". É aquele que, segundo o mesmo insigne e saudoso penalista, "mais vivamente ofende a moralidade média ou o sentimento ético-social comum" (TJSP — Rec. — rel. Silva Leme — RJTJSP 22/449).

Ainda que se afirmasse que o crime fora praticado por vingança, como pretende a acusação, tal motivação, por si só, não induz à qualificadora da torpeza.

É o entendimento jurisprudencial:

“É certo que a vingança, por si só, não torna torpe o motivo do delito. Não é qualquer vingança que o qualifica, conforme a precisa e sempre lembrada lição de Pedro Vergara, que salienta a necessidade de se pesquisar sua origem, sua natureza: ‘A morte de uma pessoa, ainda que fosse causada por vingança, em represália a uma atitude sua, seria um ato grandemente reprovado, mas não se poderia considerar torpeza, senão através dos fatos que determinaram o ato vindicativo’” (TJSP — Rec. — rel. Silva Leme — RJTJSP 73/314).

Ainda:

“A vingança, por si só, não induz necessariamente à torpeza. Tal se dá somente quando a desforra,

posta em correlação com o ato que a motivou, exprime a ignomínia e a abjeção que a lei penal, com a qualificadora, especialmente incrimina” (TJSP — Rec. — rel. Aniceto Aliende — RJTJSP 9/535).

São essas as razões pelas quais conhece-se do recurso, negando-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Álvaro Wandelli. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*José Roberge,  
Presidente e Relator.*

## RECURSO CRIMINAL N. 10.084, DE ARARANGUÁ

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Recurso em sentido estrito. Pronúncia. Homicídio qualificado. Motivo torpe. Irresignação do órgão ministerial, com aplausos do assistente de acusação, visando a inclusão da qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal. Inconformismo da defesa objetivando, preliminarmente, a decretação da intempestividade do recurso aforado pelo órgão acusatório e o afastamento da qualificadora do motivo torpe, por não contida esta na denúncia nem ter sido objeto de aditamento, e pretendendo, alternativamente, a desclassificação do delito para homicídio culposo. Parecer do órgão ministerial do Segundo Grau de Jurisdição opinando pela exclusão da qualificadora do motivo torpe e pelo reconhecimento da qualificadora consignada no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal. Prefaciais defensivas improcedentes. Recurso acusatório tempestivo. Qualificadora do motivo torpe descrita expli-*

*citamente na denúncia. Eliminação da vítima pelo réu porque ela iria abandoná-lo. Caracterização. Reconhecimento e inclusão na pronúncia metida no rol do poder-dever do Juiz. Qualificadora descrita no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal inconfigurada nos autos. Improcedência do recurso ministerial nessa diretiva. Tese desclassificatória inacolhível em sede provisional, onde prevalece o princípio de in dubio pro societate. Réu que até esta fase processual apresenta duas versões para o mesmo fato — suicídio da vítima e disparo acidental da arma que ele portava. Recursos ministerial e da defesa improvidos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 10.084, da comarca de Araranguá (Vara de Exceção), em que são recorrentes e recorridos a Justiça, por seu Promotor, e Paulo César de Carvalho Rodrigues:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, rejeitar as preliminares defensivas de intempestividade e, no mérito, por maioria de votos, negar provimento ao recurso ministerial quanto à inclusão da qualificadora da surpresa (vencido o eminente Des. Álvaro Wandelli) e, por unanimidade, negar provimento ao recurso defensivo no tocante à exclusão da qualificadora do motivo torpe e à desclassificação do homicídio para a sua forma culposa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Araranguá, Vara de Exceção, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Paulo César de Carvalho Rodrigues, dando-o como incurso nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso II, do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "O denunciado vivia maritalmente com a vítima

Sandra Helena da Silva há aproximadamente três anos e meio, com quem possui uma filha, Sabina Helena, de três anos de idade.

"O relacionamento do denunciado com a vítima não era bom. As brigas eram constantes e eles já se haviam separado em outras oportunidades, mas voltavam a conviver devido à insistência do denunciado. Seguidamente ele ameaçava a vítima de morte, inclusive portando armas de fogo (espingarda e revólver). Além disso, tinha o costume de agredi-la fisicamente, causando-lhe lesões.

"Devido a estes fatos, a vítima, em meados do mês de dezembro de 1993, foi morar com sua mãe, levando consigo a filha do casal.

"Na noite de 21 de fevereiro de 1994, a vítima e sua filha foram pernoitar na residência de praia do denunciado, situada no Arroio do Silva. Na manhã do dia 22, a empregada Ergide Raupp esteve na residência. Ao aproximar-se, escutou o denunciado gritar 'cala a boca'. Entrando na residência e percebendo que o acusado estava bastante nervoso e a vítima entristecida, cabisbaixa e com as mãos encobrindo o rosto, como que a

esconder lesões, acabou saindo do local levando consigo a criança.

"Depois que a empregada retirou-se, isso em torno de 7h45min, o acusado tornou a discutir com a vítima no interior do quarto do casal. Simplesmente pelo fato de que a vítima pretendia abandoná-lo, o denunciado, então, resolveu matá-la. Movido por tal futilidade, pegou um revólver marca Rossi, calibre 38, especial, municiado com um projétil (termo de apreensão de fls. 15). Encostou a arma na cabeça da vítima e efetuou o disparo, cujo projétil penetrou-lhe na parte superior do crânio, ocasionando halo de tatuagem de pólvora em torno do orifício, vindo a alojar-se na musculatura paravertebral, na região occipital à esquerda, provocando-lhe a morte de acordo com o auto de exame cadavérico de fls. 13/14. Além disso, a vítima apresentava hematomas em ambas as pálpebras superiores (laudo pericial de fls.), demonstrando que havia sido agredida.

"Em seguida, colocou a arma na prateleira superior de um armário situado no quarto e tentou dissimular o crime. Aos gritos, com o corpo encoberto pelo sangue da vítima, saiu do interior da casa e foi pedir socorro aos vizinhos, dizendo que ela teria cometido suicídio. Retornou ao interior do lar e tratou de lavar-se por diversas vezes, ora no banheiro, ora na pia da cozinha.

"Com a chegada da polícia no local, o acusado foi preso em flagrante, apesar de continuar sustentando a tese do suicídio, negando-se a prestar declarações na fase policial" (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo deferiu, após manifestação fa-

vorável do Ministério Público, a admissão do assistente de acusação (fls. 142v.).

Em alegações finais, o órgão ministerial pugnou pela pronúncia do acusado nas sanções do artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, pronunciando Paulo César de Carvalho Rodrigues nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso I, do Código Penal, para ser submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri da comarca de Araranguá.

Irresignados, o representante do Ministério Público, com aplauso do assistente de acusação, e o acusado interpuseram recurso em sentido estrito.

O órgão ministerial, apoiado pelo assistente de acusação, objetiva a reforma do decísum, a fim de ser incluída a qualificadora prevista no inciso IV do § 2º do artigo 121 do Código Penal, eis que narrada implicitamente na denúncia.

O acusado objetiva a exclusão da qualificadora do motivo torpe, pois não está contida na denúncia e, tampouco, houve aditamento. Requer, também, a desclassificação do delito para homicídio culposo, uma vez que o tiro desferido contra a vítima foi acidental.

Oferecidas as contra-razões, o acusado pugnou pelo não conhecimento do recurso ministerial, uma vez que as razões do inconformismo foram apresentadas fora do prazo estipulado no artigo 588 do Código de Processo Penal.

Mantida a provisional (fls. 449), os autos subiram.

Com vista dos autos, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo provimento do recurso aforado pelo Ministério Público, para o fim de pronunciar o acusado nas sanções do artigo 121, § 2º, inciso IV, do Código Penal, e pelo provimento, em parte, do recurso da defesa, a fim de excluir da pronúncia a qualificadora prevista no inciso I do § 2º do artigo 121 do Digesto Penal.

Ab initio e com relação à preliminar de intempestividade do recurso aforado pelo representante do órgão ministerial, suscitada pela douta defesa nas contra-razões de fls. 405, faz mister ressaltar quedar-se aquela improcedente, uma vez que o recurso foi protocolado no prazo legal (17/4/95). É que, tendo o Dr. Promotor de Justiça sido intimado da provisional no dia 10/4/95, e, excluindo-se aquele dia, o prazo recursal iniciou-se no dia 11/4/95, ultimando-se o quinquídio legal no dia 15/4/95, um sábado, e, por isso, prorrogado para o dia 17/4/96, segunda-feira, quando a insurgência do representante do Parquet foi ajuizada.

Demais disso, na petição recursal, o Doutor Promotor de Justiça deixou consignado, desde logo, o motivo pelo qual não se conformava com a respeitável decisão de pronúncia, vale dizer, especificamente contra o não reconhecimento da qualificadora objetiva de recurso que tornou impossível ou dificultou a defesa da vítima (inc. IV do § 2º do art. 121 do Código Penal) (fls. 384).

De sorte que o fato de as razões recursais terem sido apresentadas fora do prazo legal, constitui mera

irregularidade, insuscetível de impedir o conhecimento do recurso.

Doutra parte, nas suas razões de recurso, o ilustre defensor do acusado, em preliminar, insurge-se contra o procedimento do Dr. Juiz de Direito a quo de ter incluído na pronúncia qualificadora não contida na denúncia, posto que, para tanto, entende S. Exa., exigível é o aditamento.

Inobstante cite dois precedentes deste egrégio Tribunal, nenhuma razão lhe assiste. A uma, à vista dos precedentes colacionados não guardarem qualquer identidade com a hipótese vertente nos presentes autos. A duas, em virtude de ser pacífico neste Pretório, com supedâneo na jurisprudência, até mesmo do Supremo Tribunal Federal, o entendimento de que na pronúncia o Juiz pode incluir circunstância qualificadora do delito, não prevista na denúncia. Confirma-se, nesse sentido, JC 19/20, pág. 439; 45/395; 48/381; Recursos Criminais ns. 7.754, de Urubici; 8.151, de Itajaí e 8.440, de São João Batista.

Por esses motivos, rejeita-se a preliminar suscitada.

Quanto ao mérito, procede o recurso ministerial quando colima a inclusão, na provisional, de recurso que tornou impossível ou dificultou a defesa da vítima, assim como não há como dar guarida à pretensão defensiva objetivando a exclusão da qualificadora do motivo torpe.

Na verdade, em que pese o brilho da argumentação exposta pelo douto parecerista, na diretiva de que a qualificadora do motivo torpe não estaria demonstrada nos autos, e sim a qualificadora do inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal, está-se em

que os elementos dos autos apontam para o acerto da decisão do Togado, ao reconhecer na conduta do acusado a qualificadora do motivo torpe, e a inocorrência da qualificadora ínsita no inciso IV do § 2º do art. 121 do Código Penal.

Ora, inobstante os autos demonstrem que a vítima recebeu um tiro à queima-roupa, não há falar em ocorrência de recurso empregado pelo acusado que tenha dificultado à defesa da ofendida.

As testemunhas ouvidas no decorrer da instrução, desde parentes, empregados e amigos comuns do casal, atestam que acusado e vítima andavam às turras. A vítima apanhava do acusado, tinha uma filha com ele, e não o deixava. Separavam-se e voltavam a se reconciliar.

No dia dos fatos, a empregada da vítima Ergide Raupp, do lado de fora da casa ouviu o acusado, em altos brados, mandar a vítima calar-se. A vítima estava cabisbaixa, triste, querendo esconder a face direita de seu rosto, que apresentava certa vermelhidão. A vítima determinou à empregada que retirasse a criança, filha do casal, da casa, enquanto o acusado, bastante nervoso, insistia na permanência da infante. Após certa discussão do casal em deixar a testemunha levar ou não a menina Sabina, Ergide Raupp culminou por levar a criança em direção da casa da vítima.

Os autos noticiam que acusado já ameaçara a vítima de morte, guardava arma em seu apartamento e na casa de praia, era dado ao uso de bebidas alcoólicas e de temperamento imprevisível.

É evidente que, ante tal contex-

to, a vítima, por mais que gostasse do réu, dispunha de razões próximas e remotas para esperar dele uma reação, uma conduta violenta, do jaez da retratada nos autos. E, no dia dos fatos, se a vítima, entristecida, porventura estivesse na condição de refém do réu, dispôs da oportunidade de pôr fim ao seu infortúnio, pedindo a ajuda de Ergide.

O crime, em que pese a intensa brutalidade, não foi cometido de surpresa para a vítima, e, tampouco, mediante qualquer outro recurso que dificultou ou tornou impossível sua defesa, pois ela dispunha, como já referido, do conhecimento acerca do propósito belicoso do réu.

O crime foi cometido sim, e aqui sem razão alguma o posicionamento contrário da nobre defesa e do douto parecerista, por motivo torpe, descrito explicitamente na denúncia, com apoio probatório na prova colhida no contraditório.

Pois muito bem, está na denúncia, a fls. 3, explicitamente descrito que, “simplesmente pelo fato de que a vítima pretendia abandoná-lo, o denunciado então resolveu matá-la”. O ilustre signatário da exordial acusatória, equivocadamente, referiu-se a motivo fútil, quando a conduta do réu revelava torpe motivação.

Da prova coletada, emerge esta convicção, e justo das declarações prestadas pelo informante Johni Lucas da Silva, irmão da vítima, que a fls. 144 disse textualmente: “que soube pela vítima, que esta não pretendia reatar seu relacionamento com o acusado, havendo interesse inclusive em exercer sua profissão noutra cidade, ou mesmo transferir sua residência



para o centro de Araranguá”. Registre-se que os autos noticiam que a vítima lograra êxito em concurso público realizado na comarca de Criciúma.

Já a testemunha Ergide Raupp, compromissada a fls. 149, declarou a fls. 151: “que certa vez Paulo comentou que iria retornar ao convívio de Sandra, sendo que esta, em conversa posterior com a depoente, esclareceu que isto não iria ocorrer, frente o fato daquele ser bastante nervoso e agressivo”. Idem no flagrante — fls. 12.

É sabido e ressabido que não existe crime sem motivo.

In casu, o acusado ceifou a vida da companheira, simplesmente porque ela pretendia abandoná-lo. E ela, naquele dia, deve ter comunicado a intenção ao acusado, que tomado de falso brio do macho prestes a ser abandonado, ensimesmado, encolerizado, frustrado e sentindo-se proprietário da vítima, como se coisa comum dele ela fosse, fulminou-a com o disparo, único, certo, mortal, correndo, a seguir, a lavar-se, até mesmo as mãos, para evitar os rigores de uma perícia.

As razões que levaram o réu a eliminar a vítima fincaram-se no ressentimento reprimido, mortal, desencadeante de torpe desejo de vingança, traduzido numa hostilidade feroz, até o homicídio, porque a vítima iria abandoná-lo, sentimento que causa repulsão a qualquer sentido ético, por isso mesmo vil, abjeto, ignóbil, caracterizando, inegavelmente, um motivo torpe.

Destarte, não sendo de manifesta improcedência a qualificadora em epígrafe, não há como subtrair ao Júri, juízo natural para o julgamento

de casos como o retratado nestes autos, a faculdade de acolher ou não a qualificação do homicídio.

Nessa conformidade, a respeitável decisão de pronúncia merece ser mantida negando-se provimento aos recursos da acusação, rejeitando-se as preliminares suscitadas pela defesa no recurso ministerial e no seu próprio, negando-se provimento a este, até mesmo no que tange ao pleito desclassificatório, pois, registrando os autos em seguimento de prova definido que houve dolo direto ao resultado, incabível, nesta fase processual, o reconhecimento de homicídio na modalidade culposa, inclusive à vista da duplicidade de versão apresentada pelo réu, a primeira, no sentido de que a vítima teria praticado suicídio (depoimento de Pedro Humberto Orellana Munoz — fls. 8), a segunda, na diretiva de que o disparo fora acidental, desconhecendo ele que a arma estivesse carregada, quando, em tom de brincadeira e após ter encostado o revólver na cabeça de Sandra e haver-lhe dito que a mataria se ela não se levantasse ligeiro da cama, apertando o gatilho a arma disparou (interrogatório — fls. 97).

Ora, se até a provisional o réu oferece duas versões para um mesmo fato, é porque, evidentemente, não tem nenhuma.

Demais disso, ante o princípio do *in dubio pro societate*, aplicável em sede de pronúncia, o caso, em toda a sua amplitude, deve ser julgado pelo Tribunal do Júri, competente, por prerrogativa constitucional, para a espécie versada nos presentes autos.

Por esses motivos, à unanimidade, rejeita-se as preliminares defen-

sivas de intempestividade e, no mérito, por maioria de votos, nega-se provimento ao recurso ministerial quanto à inclusão da qualificadora da surpresa (vencido o eminente Des. Álvaro Wandelli) e, por unanimidade, nega-se provimento ao recurso defensivo no tocante à exclusão da qualificadora do motivo torpe e à desclassificação do homicídio para a sua forma culposa.

Participaram do julgamento, com voto parcialmente vencido, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli e, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakís.

Florianópolis, 27 de agosto de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli:

Data venia da douta maioria, entendo que a qualificadora excluída da pronúncia, qual seja, do emprego de recurso que impossibilitou a defesa da vítima, deve ser levada ao conheci-

mento do Conselho de Sentença, com o provimento do recurso ministerial.

Como bem ressaltou o eminente relator, o tiro desfechado contra a vítima, "esposa" do réu, foi à queima-roupa, havendo notícias nos autos de que esta estava cabisbaixa, com as mãos no rosto, sem possibilidade de qualquer reação defensiva, considerando que o projétil "penetrou-lhe na parte superior do crânio, ocasionando halo de tatuagem de pólvora em torno do orifício, vindo a alojar-se na musculatura paravertebral, na região occipital à esquerda".

Ora, por mais que ambos brigassem, e por pior que fosse o temperamento do réu, poderia a vítima supor que ele a mataria, sendo ela a mãe de sua filha?

A hipótese é pouco provável.

Ouso divergir, pois entendo que, na esteira do entendimento desta egrégia Câmara, "tendo a qualificadora apoio razoável na prova coligida, é dever do magistrado mantê-la na provisional, a fim de que não subtraia do Júri o julgamento do litígio, em todos os seus aspectos" (RCR n. 9.925, de Campos Novos, rel. Des. Jorge Mussi, pub. DJSC em 18/10/95, pág. 22).

Este o motivo pelo qual quedei vencido parcialmente.

*Álvaro Wandelli*

## RECURSO CRIMINAL N. 96.001817-4, DE JARAGUÁ DO SUL

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Recurso em sentido estrito de despacho que rejeitou queixa-crime porque ajuizada após ultrapassado o prazo do art. 529 do CPP. Homologação do laudo pericial de falsificação de logomarca.*

*cas. Intimação por precatória. Contagem do prazo legal que começa a fluir a partir da juntada aos autos da precatória. Evidente erro material na certidão da juntada. Tempestividade do ajuizamento. Recurso provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Criminal n. 96.001817-4, da comarca de Jaraguá do Sul (2ª Vara), em que é recorrente Colcci Indústria e Comércio do Vestuário Ltda., sendo recorrida Ivanir Terezinha Chiodini Pacheco:*

ACORDAM, por votação unânime, dar provimento ao recurso para receber a queixa-crime.

Custas legais.

Baseada em provas obtidas mediante medida judicial (busca e apreensão), em 7 de agosto de 1995, a Empresa Colcci Indústria e Comércio do Vestuário Ltda. apresentou queixa-crime contra Ivanir Terezinha Chiodini Pacheco, por entender que esta infringiu os arts. 184 do Código Penal, e 175, e incisos, do Decreto-Lei n. 7.903/45.

Tão logo autuada a petição inicial contendo a queixa-crime, o MM. Juiz abriu vista ao Ministério Público para que este se pronunciasse acerca do dispositivo do art. 529 do Código de Processo Penal.

E assim o fez o Parquet a quo, opinando pelo não recebimento da queixa, visto entender que o prazo para sua apresentação havia decaído, uma vez que passados mais de 30 (trinta) dias entre a homologação do laudo pericial e a propositura da ação penal privada.

Assim, em despacho fundado nas mesmas razões, deixou o Magis-

trado a quo de receber a queixa-crime, ato que motivou o presente recurso em sentido estrito.

Recebido o recurso, foi intimada a querelada para a apresentação das contra-razões, o que deixou de fazer, como demonstra a Certidão de fls. 68. Na esteira, pronunciou-se novamente o representante do órgão do Ministério Público de Primeiro Grau, mantendo a posição anteriormente tomada.

Da mesma razão valeu-se o Togado singular para manter a decisão atacada, determinando, destarte, a remessa dos autos a este egrégio Tribunal de Justiça, onde a Procuradoria-Geral de Justiça emitiu parecer no sentido de conhecer e dar provimento ao recurso aforado.

Este é o relatório.

A empresa Colcci Indústria e Comércio Ltda. apresentou queixa-crime contra Ivanir Terezinha Chiodini Pacheco, pois, baseada em perícias realizadas durante busca e apreensão promovida preliminarmente, percebeu que a querelada confeccionou, comercializou e usou, desautorizadamente, a marca legítima da empresa-querelante em seus produtos e artigos, dizendo que, com esta atitude, induziu os consumidores em erro ou confusão, causando prejuízos à imagem do produto da querelante e incidindo, via de consequência, nas sanções dos arts. 184 do Código Pe-

nal, e 175, e seus incisos, do Decreto-Lei n. 7.903/45.

A r. decisão atacada, entendendo que já havia expirado o prazo previsto no art. 529 do Código de Processo Penal, isto é, que já haviam transcorrido 30 (trinta) dias da homologação do laudo pericial efetuado nos autos da ação de busca e apreensão, ultrapassado, portanto, o prazo legal para a propositura da ação penal privada, não recebeu a queixa-crime ajuizada.

Com efeito, razão assiste ao recorrente.

Ora, na espécie ocorreu evidente erro material, porquanto se infere pelo despacho que determinou a juntada da Carta Precatória — cujo objeto era a intimação dos advogados da querelante da homologação do laudo pericial de fls. 28/30 (fls. 36 do auto de busca e apreensão em apenso) — que a referida juntada só pode ter sido feita em data de 5 de julho de 1995, e não em 5 de junho de 1995, como consignado a fls. 35 verso do processo em apenso. Aliás, a certidão de fls. 81 dos autos principais veio esclarecer que a juntada deu-se em 5 de julho de 1995, confirmando o erro.

Não obstante o Código de Processo Penal não disciplinar sobre o termo inicial da contagem dos prazos neste caso, isto é, quando a intimação é feita mediante Carta Precatória, cabível aqui uma interpretação analógica, permitida pelo art. 3º do mesmo Código Adjetivo.

O art. 241, IV, do Código de Processo Civil, dispõe que se a intimação se der por Carta Precatória a

fluência do prazo é contada a partir da data da sua juntada aos autos.

Assim é que, para a hipótese versada, o prazo decadencial teve seu marco inicial quando da juntada da Carta que intimou os advogados da querelante da homologação do laudo de fls. 28/30 (dos autos de busca e apreensão), o que se deu no dia 5 de julho de 1995, como já demonstrado. A partir daí é que devem ser contados os 30 (trinta) dias ditados pelo art. 529 do Código de Processo Penal.

Nesse sentido caminham, há muito tempo, as decisões deste egrégio Tribunal de Justiça, veja-se:

“De acordo com a orientação pretoriana, inclusive do Supremo Tribunal Federal, o prazo de apelação, quando a intimação da sentença condenatória for por carta precatória, é contado a partir da data da juntada daquela peça aos autos e não da data da intimação do juízo deprecado” (Apelação Criminal n. 21.400, de Lages, rel. Des. Tycho Brahe, j. em 4/2/87, Jurisprudência Catarinense, vol. 55/385).

Por outro vértice, o despacho monocrático de fls. 39 dos autos de busca e apreensão determinou que o feito ficasse sobrestado em cartório até o dia 5 de agosto de 1995, que considerou como prazo final para o ajuizamento da queixa-crime.

Acontece que o dia 5 citado foi um sábado, e por isso o prazo fatal para o aforamento da queixa-crime prorrogou-se automaticamente para o dia 7 subsequente, por força do art. 798, §§ 1º e 3º, do Código Instrumental Penal, e esta foi realmente a data do seu ajuizamento,

como se vê dos carimbos apostos a fls. 2 e verso.

Ex positis, a Câmara conhece do recurso, dando-lhe provimento para que seja recebida a queixa-crime, uma vez demonstrada a sua tempestividade.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e emitiu parecer, pela

douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 13 de agosto de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

## APELAÇÕES CRIMINAIS

### APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003439-6, DE LAGES

**Relator: Des. José Roberge**

*Sonegação fiscal — Infração ao artigo 1º, inciso V, da Lei n. 8.137/90 — Agente que não entrega livros e documentos fiscais para alteração da razão social da empresa — Intimação e multa correspondente — Atipicidade.*

*O elemento subjetivo do tipo é a sonegação fiscal de tributos que não ocorre sem a inspeção nos documentos necessários, pelo órgão competente.*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n. 98.003439-6, da comarca de Lages, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelados Cláudio Luiz Bianchini Freitas, João Luiz Feldhaus e Sebastião Valdir Demertine:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas legais.

1 — Na comarca de Lages, perante o Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Cláudio Luiz Bianchini Freitas, João Luiz Feldhaus e Sebastião Valdir Demertine por infração aos artigos 1º, inciso V, c/c o parágrafo único, e 2º, in-

ciso I, ambos c/c o artigo 11 da Lei n. 8.137/90, porque o primeiro denunciado, a partir de junho/90, tendo resolvido mudar a razão social das suas lojas "CB Discos Ltda." para "Lojas CB Discos Ltda.", iniciou, em fevereiro de 1991, o processo de baixa destas junto à Fiscalização Estadual. Como não apresentou a documentação fiscal necessária junto com o aludido requerimento, suas lojas sofreram as Notificações Fiscais ns. 13975168, 13975169, 13975170, 13975171 e 13975172, datadas de 11/4/91, cujo objeto era a apresentação dos documentos fiscais de entradas e saídas de mercadorias dos estabelecimentos, referentes ao período de 1986 a 1991.

Em face do não atendimento das Notificações Fiscais expedidas, a Fiscalização Estadual promoveu intimação datada de 17/6/91, que foi recebida pelo segundo denunciado, João Luiz Feldhaus, contador da empresa, concedendo-lhe o prazo de 3 (três) dias para que exibisse ao Órgão Fazendário os "Documentos Fiscais de Entrada de Mercadoria e os de Saída, bem como a DIEF referente ao exercício de encerramento de atividades".

Consta que os dois primeiros denunciados relacionaram os documentos fiscais que entregariam ao Fisco e, contando com o concurso do terceiro denunciado, motorista da empresa, por conjugação de vontades e desforço comum, carregaram 19 caixas contendo os citados documentos no veículo furgão, placas RW 1021 e estacionaram-no em via pública; no dia seguinte (20/6/91), João Luiz registrou ocorrência de furto com arrombamento, de toda aquela docu-

mentação que estava no furgão para ser encaminhada à Fiscalização Estadual.

Procedidas as investigações de praxe, concluiu-se que a ocorrência mencionada fora forjada pelos denunciados com o objetivo de sonegar os documentos às autoridades fazendárias, buscando eximir a empresa do pagamento dos tributos devidos.

Instruído o feito, o Dr. Juiz de Direito julgou improcedente a denúncia e, em conseqüência, absolveu os acusados, com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformado, o representante do Ministério Público interpôs recurso, tempestivamente. Objetiva a procedência da acusação com a conseqüente condenação dos acusados nos termos do parágrafo único do art. 1º da Lei n. 8.137/90. Argumenta que há provas suficientes para arrimar o decreto condenatório e que a "estória" engendrada pelo apelado Cláudio, contando com o apoio explícito de João Luiz e Sebastião, é inverossímil, não podendo ser aceita.

Com as contra-razões, subiram os autos e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se pelo desprovemento do recurso.

É o relatório.

2 — A situação é deveras estranha. Em 15 de março de 1991, o ora réu João Luiz Feldhaus compareceu à Delegacia de Polícia comunicando que é contador da Loja CB Discos Ltda., e que dois blocos de notas do referido estabelecimento haviam sido extraviados.

No dia 20 de junho daquele

ano, João Luiz, agora acompanhado de Sebastião Valdir Demertine, motorista, novamente dirigiu-se à Delegacia de Polícia e comunicou que o caminhão da firma fora arrombado e dele subtraídos vinte e dois volumes contendo os documentos e livros fiscais que seriam entregues na Exatoria Estadual, em atendimento à notificação fiscal.

O proprietário da Loja CB Discos Ltda. havia requerido baixa do nome da firma para adotar outra razão social. Para assim proceder, o Fisco solicitou-lhe a documentação fiscal correspondente. Não o fazendo, foi notificado e intimado para fazê-lo.

Em virtude da Notificação Fiscal e a não entrega da documentação, que agora dizia extraviada em razão do furto das caixas no caminhão, o Fisco encaminhou a notícia ao Ministério Público que denunciou o proprietário da empresa CB Discos Ltda., Cláudio Luiz Bianchini Freitas e os dois outros que participaram da trama, dando fim aos documentos, como incursos nas sanções do art. 1º, V, da Lei n. 8.137/90.

O Dr. Juiz de Direito absolveu todos os três, o que ensejou o recurso ministerial ora em exame.

O inconformismo, todavia, impropede.

Como se vê do documento de fls. 12, o réu proprietário da Loja CB Discos Ltda. foi intimado para apresentar documentos fiscais de entrada e saída de mercadorias, bem como aquele referente ao exercício de encerramento de atividades. Tais documentos destinavam-se à alteração da razão social da firma CB Discos Ltda. para Lojas CB Discos Ltda., solicitada

pelo proprietário, ora réu. Como não apresentou a documentação requerida, resultou notificado em Cr\$ 14.727,50 consoante os documentos de fls. 13 a 17.

Não há nenhuma notícia de sonegação e, se sonegou, por tal não foi notificado; ora, o elemento subjetivo do tipo, segundo Antonio Correia (Dos Crimes contra a Ordem Tributária) "é a sonegação fiscal. Através da atividade desenvolvida pelo agente ou sujeito ativo, este ou a empresa que representa e de cujos livros é beneficiário, ocorre a sonegação e aumento do patrimônio particular, enquanto simultaneamente há o prejuízo e empobrecimento do erário público. O elemento subjetivo do delito é sonegação de tributos, contribuições sociais ou acessórias. É necessário o dolo específico para a configuração do delito, porque aqui também ocorre a circunstância encontrada no caput do artigo, de que o elemento subjetivo do injusto deve estar presente para a caracterização dos diversos tipos".

Note-se que a notificação não foi em razão de sonegação, por negar ou deixar de fornecer nota fiscal ou documento equivalente, quando obrigatório, relativa à venda de mercadoria. A notificação foi tão-somente porque não apresentou os documentos necessários à alteração da razão social.

Quanto ao parágrafo único, trata-se de uma norma penal em branco, situação que, quando ocorre, é criminalizada como desobediência.

No que pertine à norma penal inserida no art. 2º, inc. I, da Lei de Sonegação Fiscal, "o objeto material é a ação positiva para obter o não paga-

mento de tributos, exaurindo-se da obrigação em que figure como agente passivo" (op. cit.); é a ação conscientemente endereçada ao fim de sonegação.

Se o réu proprietário queria sonegar com a alteração da razão social, não conseguiu porque não obteve sucesso em sua empreitada. E se, antes, sonegou, necessária era a correspondente prova que não tem nos autos.

Os outros dois réus integraram a lide, mas sem qualquer relação devi-

da, posto que, não tendo participação na empresa, não poderiam sonegar.

Pelo exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Álvaro Wandelli. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 9 de junho de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006763-4, DE CONCÓRDIA**

**Relator: Des. José Roberge**

*Falsificação de documento público — Delito não caracterizado — Advogado que rasura data da certidão lavrada pelo escrivão judicial certificando a sua intimação do teor da sentença exarada em autos de embargos à execução, como forma de tornar tempestivo o recurso de apelação — Alteração de pronto percebida pelo Magistrado — Ausência de prejuízo e dano potencial — Decisão reformada.*

*“Se a deturpação é de natureza tal que pode ser facilmente percebida, o procedimento do falsário não atinge as culminâncias do ilícito penal. O falso punível é só aquele que ilude os sentidos ou a inteligência, ou que tem qualidades de semelhança com o original, capazes de produzir tal resultado, tomado por padrão o senso crítico do homem mediano. O falsário a quem falta habilidade para enganar o observador desprevenido é um malfeitor malogrado, dotado de malvagia intenzione, mas indiferente para o direito penal, que o não considera um violador da fé pública; ou, em verdade, não é um falsário evidenciando no desmazelo da falsificação a ausência do animus criminoso essencial aos crimes de falsidade” (RT 329/204 e RF 206/312).*

*Vistos, relatados e discutidos, estes autos de Apelação Criminal n.*



*98.006763-4, da comarca de Concórdia, em que é apelante Ademar Luiz Bortolini, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e dar-lhe provimento para, com fulcro no artigo 386, III, do CPP, absolver o apelante.

Custas legais.

1 — Na comarca de Concórdia, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Ademar Luiz Bortolini, como incurso nas sanções do art. 297, caput, do Código Penal, porque, no dia 9 de novembro de 1994, o denunciado, na qualidade de Advogado, retirou, mediante carga em livro próprio, do Cartório da Segunda Vara Cível, os autos de Embargos à Execução n. 3.146/94, em que é embargante Jaime A. Ziliotto & Cia. Ltda. e embargada Rádio Rural Ltda., procedimento pelo qual restou intimado da sentença prolatada naquele processo.

Segundo consta, visando tornar o recurso de apelação tempestivo, o denunciado após o número 10 (dez) sobre o 9 (nove), que designava o dia exato de sua intimação (9/11/1994), falsificando, desse modo, a certidão lavrada pelo Escrivão Judicial. A peça recursal somente foi protocolada em Juízo no dia 25 de novembro de 1994.

Instruído o processo, sobreveio a decisão de fls. 71/80, na qual restou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de ½ (meio) salário mínimo; foi-lhe concedido o benefício do sur-

sis, pelo prazo de 2 (dois) anos, com prestação de serviços à comunidade no primeiro ano da suspensão da pena.

Inconformado com a decisão adversa, interpôs tempestivo recurso. Objetiva tão-somente a absolvição ao argumento de que os elementos probatórios coligidos não são capazes de embasar o decreto condenatório, porquanto o laudo pericial confeccionado não o apontou como responsável pela falsificação do documento público e, em sendo a falsificação "grosseira" constatável a olho nu, o delito em tela não restou configurado.

Com as contra-razões os autos subiram e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça manifestou-se no sentido de conhecer o recurso e negar-lhe provimento.

É o relatório.

2 — O recurso, porque próprio e tempestivo, é conhecido.

Trata o artigo 297 do Código Penal do delito de falsificação de documento público, constituindo em "falsificar, no todo ou em parte, documento público, ou alterar documento público verdadeiro".

Segundo a lição de Celso Delmanto, são duas as condutas previstas: "a) Falsificar, no todo ou em parte, documento público. É a contrafação, a formação do documento. No todo, é a contrafação integral; ou em parte, quando se acrescentam mais dizeres ao documento verdadeiro; b) Ou alterar documento público verdadeiro. Nesta modalidade, há alteração (modificação) do teor formal do documento" (Código Penal Comentado, 3ª ed., Renovar, 1991, págs. 449/450).

Nessa conformidade, conclui-se que, em qualquer das duas hipóteses, é imprescindível que a falsificação seja idônea para enganar indeterminado número de pessoas, pois o falso grosseiro não traz perigo à fé pública; e que a falsificação seja capaz de causar prejuízo para outrem, pois o falso inócuo não configura o delito.

No caso em exame, colhe-se da prova carreada aos autos que, efetivamente, no afã de possibilitar a interposição de recurso de apelação em autos que tramitavam na esfera cível, rasurou a data de sua intimação alterando do dia 9 para 10 de novembro de 1994, atravessando a minuta de recurso juntamente com as razões do inconformismo, em 25 de novembro de 1994.

A autoria resultou certa diante dos elementos coligidos aos autos. Vejamos: no dia 9/11/94, o apelante esteve no Cartório da Segunda Vara Cível, de onde retirou três processos, dentre os quais os Embargos à Execução n. 3.146/94; ao retirá-los, o Dr. Ademar Luiz Bortolini assinou o livro carga mantido para controle do Cartório, onde constava a data de 9/11/94, conforme faz prova a fotocópia de fls. 14/15.

Ele próprio, ao ser interrogado, nas duas fases procedimentais, admitiu sem reboços a retirada dos processos, acrescentando que assinara a certidão de intimação da sentença no dia nove, mas como a data da certidão constava do dia dez, resolveu consigná-la no seu "ciente", sem contudo alterá-la.

A materialidade restou comprovada pelos documentos acostados. O

laudo pericial, ilustrado pelas fotografias de fls. 44 e 45, testifica minudentemente que a data da certidão foi alterada de 9 para 10 de novembro de 1994.

Entretanto, apesar da manobra altamente reprovável do Advogado, este não logrou êxito em seu intento, porquanto o douto Magistrado, percebendo a rasura, determinou que se certificasse o ocorrido, obstaculizando, ab initio, a ação do causídico, na medida em que a apelação não foi recebida em face da intempestividade.

Nesse diapasão, não ocorreu prejuízo algum aos sujeitos passivos do delito, quais sejam o Estado, ou a coletividade, nem mesmo, em segundo plano, a qualquer pessoa física ou jurídica, ressalvando-se, evidentemente, o seu constituinte que por sua vez dispõe de procedimentos próprios em relação ao seu procurador.

É pacífico na jurisprudência que, não sendo necessário o dano efetivo, é indispensável para a caracterização do crime de falso que a falsificação apresente a possibilidade de prejuízo. Desse modo, a falsidade inócua, sem qualquer repercussão na órbita dos direitos ou obrigações de quem quer que seja, não constitui ilícito penal, embora contenha em si, ostensivamente, o requisito da alteração da verdade documental (RT 518/347). Não existe falsificação criminosa quando não fica comprometida a verdade do fato que serve de fundamento do direito que se procura garantir por meio do documento (RT 330/144).

Assim, temos:

"A existência de uma falsidade inoperante, desde logo percebida pelo funcionário do estabelecimento ban-

cário em que apresentado o cheque para pagamento, elide a configuração do delito do art. 297 do Código Penal” (TJSP — AC — rel. Mendes França — RT 476/347).

E, ainda:

“Se a deturpação é de natureza tal que pode ser facilmente percebida, o procedimento do falsário não atinge as culminâncias do ilícito penal. O falso punível é só aquele que ilude os sentidos ou a inteligência, ou que tem qualidades de semelhança com o original, capazes de produzir tal resultado, tomado por padrão o senso crítico do homem mediano. O falsário a quem falta habilidade para enganar o observador desprevenido é um malfeitor malgrado, dotado de malvagia intenzione, mas indiferente para o direito penal, que o não considera um violador da fé pública; ou , em verda-

de, não é um falsário evidenciando no desmazelo da falsificação a ausência do animus criminoso essencial aos crimes de falsidade” (RT 329/204 e RF 206/312).

Pelo exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento para, com fulcro no artigo 386, inciso III, do CPP, absolver o réu das imputações que lhe foram feitas.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Álvaro Wandelli. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.007036-8, DE VIDEIRA**

**Relator: Des. José Roberge**

*Homicídio culposo — Acidente de trânsito — Atropelamento em rodovia secundária — Alegação de culpa exclusiva da vítima — Inocorrência — Excesso de velocidade — Conduta imprudente — Omissão de socorro — Não caracterização — Vítima que teve morte instantânea — Recurso provido para excluir da condenação a majorante do § 4º do artigo de incidência e reduzir o prazo de suspensão da pena para o mínimo legal.*

*Age com culpa o motorista que, dirigindo em velocidade excessiva para o local, acaba por atropelar pedestre que caminhava sobre o acostamento, causando-lhe a morte.*

*“Em tema de delito culposo de trânsito, falecendo a vítima de imediato, não há falar em omissão de socorro em relação a ela” (JUTACrimSP, vol. 51, pág. 410).*

*“O período de prova deve ser fixado segundo a natureza do crime, a personalidade do agente e a intensidade de pena, não podendo o juiz, senão em hipóteses excepcionais, estabelecê-lo no prazo máximo, exigindo-se que seja justificada expressamente a exacerbação quando for fixado prazo superior ao mínimo” (Julio F. Mirabete — Manual de Direito Penal, Parte Geral, 12ª ed., Ed. Atlas, 1997, pág. 326).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.007036-8 da comarca de Videira, em que é apelante José Januário Pinto, 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 excluir a majorante do § 4º do art. 121 do CP e reduzir o período de prova da suspensão condicional da pena para o mínimo legal.

Custas legais.

1 — Na comarca de Videira, a representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra José Januário Pinto, por infração ao artigo 121, §§ 3º e 4º, do Código Penal, porque, no dia 31 de maio de 1996, por volta das 18h30min, o denunciado trafegava na Rodovia SC 453, no sentido Videira/Fraiburgo, na direção de seu veículo Caravan, placa VU 4427, quando, imprimindo velocidade excessiva, imprudentemente atropelou a vítima Sebastião Ribeiro, que caminhava pelo acostamento, causando-lhe a morte.

Segundo se apurou, com o impacto, a vítima caiu sobre o capô do automóvel, sendo que o denunciado continuou seu trajeto, indo parar cerca de 100 metros à frente, quando então

derrubou o corpo de Sebastião no acostamento e, com o pé, empurrou-o para perto da vegetação ali existente, deixando de prestar-lhe socorro, seguindo viagem até a cidade de Fraiburgo.

Instruído o processo, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou o réu à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de detenção, nos termos da exordial; foi-lhe concedido o benefício do sursis, pelo prazo de 3 (três) anos, mediante condições; o regime para o cumprimento da pena, em caso de revogação da suspensão condicional da pena, será o aberto.

Inconformado com a decisão adversa, o réu apela a esta Instância, buscando a reforma da sentença condenatória, com a sua absolvição, argumentando para tal que a vítima transitava no leito carroçável da rodovia, não tendo a sua conduta se emoldurado nos dispositivos elencados em nossas leis repressivas, porquanto o evento lesivo deu-se por culpa exclusiva da vítima. Sustenta, ainda, a impossibilidade legal do acolhimento da causa especial de aumento da pena previsto no § 4º do artigo de incidência (omissão de socorro), posto que a vítima teve morte instantânea, nada sendo possível fazer em seu favor. Desse modo, reconhecida a não incidência

da majorante, pretende seja cumprido o disposto no artigo 89 da Lei n. 9.099/95 (suspensão condicional do processo), já que todos os demais requisitos estão preenchidos para a concessão desse benefício. Por último, ressalta que o d. Julgador, ao fixar o prazo do sursis em três anos, acima do mínimo legal, não justificou suficientemente, enfatizando que o prazo somente deve ser ampliado em casos de maior gravidade.

Com as contra-razões, os autos subiram e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Vilmar José Loef, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

2 — Inicialmente registre-se não ser cabível cogitar-se da suspensão condicional do processo, medida despenalizadora surgida com o art. 89 da Lei n. 9.099/95 (e que retroage atingindo aos processos pendentes), porque o crime de homicídio culposo foi descrito com omissão de socorro (e a sentença acolheu a denúncia integralmente), causa especial de aumento de pena prevista na primeira parte do § 4º do art. 121 do Código Penal, o que elevou sua pena mínima não mais para 1 (um) ano de detenção (limite máximo admitido pela lei especial), ou seja, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de detenção, escapando, assim, ao limite permissivo.

Assim, concorrendo com o tipo penal básico uma causa de especial aumento de pena, a pena mínima a ser levada em conta, para fins do disposto no art. 89 da Lei n. 9.099/95, será aquela mínima do tipo básico

acrescido com o aumento mínimo da causa especial.

3 — De outro tanto, realmente, o recurso merece parcial provimento, conforme adiante será analisado.

A pretensão de absolvição do apelante é inviável diante do elenco probatório. Ficou plenamente comprovada a culpabilidade do apelante na modalidade da imprudência, sendo que a sentença condenatória mostrou-se precisa na análise da responsabilidade penal do acusado.

A materialidade do delito encontra-se comprovada pelo auto de exame cadavérico de fls. 8; a autoria é indubitosa, ficando demonstrada no próprio depoimento do acusado e nas provas carreadas para os autos.

Segundo se infere no conjunto probatório (boletim de acidente de trânsito, croqui, exame de corpo-delito no automóvel, testemunhas) o acidente verificou-se quando o acusado, dirigindo o veículo Caravan, placa VU 4427, no sentido Videira/Fraiburgo, atropelou Sebastião Ribeiro que transitava no acostamento da Rodovia SC 453; depois do impacto o corpo da vítima permaneceu sobre o capô do veículo, e o acusado continuou sua trajetória cerca de cem metros à frente, quando então estacionou o carro e derrubou a vítima e, com o pé, empurrou-a para o acostamento próximo à vegetação ali existente.

Apesar de o apelante, em sua defesa, querer fazer crer que o atropelamento deu-se em razão de culpa exclusiva da vítima, posto que caminhava sobre a pista de rolamento, tais alegações não afastam sua imprudência, que exsurge evidente diante do quadro probatório coligido.

O próprio apelante, na polícia, narrou que a visibilidade não era boa, já que no momento do acidente havia bastante neblina e garoava, fato também constatado pelas testemunhas Patrícia e Silvana, ficando ainda comprovado que, mesmo necessitando fazer uso de óculos corretivos, naquela oportunidade não estava usando.

Diante de todas essas circunstâncias, tudo estava a recomendar ao motorista que redobrasse as cautelas, justamente visando evitar acidentes, cuidados estes certamente não tomados pelo apelante, tudo aliado ao fato certo de que no local transitam muitas pessoas, fazendo com que, sendo fato sabido pelo agente, devesse trafegar em velocidade compatível com a segurança.

Demais disso, as condições da pista e do tempo, que não eram favoráveis, aliadas às próprias declarações do réu de que somente avistou o vulto de uma pessoa quando estava muito próximo a ela, não tendo tempo e espaço para conter o seu veículo, desencadeando no atropelamento da vítima, são dados que demonstram, sem qualquer dúvida, a excessiva velocidade desenvolvida para o local a ponto de somente estancar o automotor cerca de cem metros adiante do ponto de impacto; embora tenha estimado sua velocidade em 60 ou 70km/h, sabe-se que há uma tendência natural dos envolvidos em acidente de trânsito em reduzi-las; no caso, aliás, pode ser medida pela extensão de suas conseqüências no acidente: uma morte, além das avarias avistadas no veículo dirigido pelo réu (exame de corpo-delito de fls. 12 e 13), bem como o depoimento da testemu-

nha Silvana Ferreira, que viajava com o apelante.

Colhe-se de seu depoimento prestado na fase indiciária: "(...) quando trafegavam pela SC 453, nas proximidades do Posto Dois Pinheiros, a declarante ouviu um barulho, momento então que percebeu que Januário havia atropelado uma pessoa; que a informante e sua tia falaram para Januário 'olhe o homem está em cima do capô', sendo que Januário ainda andou por vários metros com a pessoa sobre o capô para depois parar o veículo; que Januário saiu de dentro do carro e derrubou o corpo do homem sobre o asfalto e disse que não adiantava chamar a polícia, pois o mesmo já estava morto; que Januário falou que deveria estar andando a uma velocidade de 140 Km/h" (fls. 19).

Portanto, houve imprudência do réu e mesmo que se admita certa parcela de culpa da vítima não afasta a culpa comprovada do motorista; ainda que verdadeira a alegação de que a vítima se encontrava no meio da pista, tal fato não desobrigaria o réu de sua responsabilidade penal porque, ao contrário, deveria ter agido com atenção redobrada para o local, posto que totalmente previsível naquelas circunstâncias um possível acidente.

Nesse sentido, releva transcrever o seguinte aresto jurisprudencial:

"...Age com culpa o motorista que, dirigindo em velocidade excessiva para o local, acaba por atropelar pedestres que caminhavam sobre a pista, deixando marcas de frenagem de 76m30cm, causando-lhes a morte; é irrelevante a conduta dos pedestres diante da preponderância da imprudência daquele, mesmo porque, em

sede penal, as culpas não se compensam” (Ap. Crim. n. 31.420, de Canoíhas — rel. Des. Nilton Macedo Machado).

4 — No que diz respeito à omissão do socorro, a majoração da pena deve, em verdade, ser afastada. Em que pese a respeitável posição do d. Julgador, não houve a referida omissão de socorro, tendo em conta que a vítima faleceu no local. Logo, inócuo seria qualquer providência a respeito.

Neste sentido, já se decidiu:

“Em tema de delito culposo de trânsito, falecendo a vítima de imediato, não há falar em omissão de socorro em relação a ela” (JUTACrimSP, vol. 51, pág. 410).

E mais:

“Tendo a vítima morte instantânea, impossível se torna a prestação de qualquer socorro” (JUTACrim vol. 39, pág. 315).

5 — Por fim, a fixação do período de prova do sursis em três anos não se justifica no caso concreto; os fatos de o acusado explorar um bar (não restou cabalmente comprovado nos autos fosse o estabelecimento uma boate ou local destinado a encontros amorosos), ter agido com frieza e insensibilidade e, ainda, ter ameaçado as testemunhas que presenciaram o sinistro não constituem elementos bastantes a justificar o aumento do prazo da suspensão condicional da pena, até porque já foram considerados quando da fixação da pena-base. Sendo o apelante primá-

rio e sem registro de antecedentes criminais, é razoável estipular no mínimo legal o prazo previsto no artigo 77 do Código Penal, isto é, em dois anos.

A respeito da matéria, Julio Fabbrini Mirabete adverte: “O período de prova deve ser fixado segundo a natureza do crime, a personalidade do agente e a intensidade de pena, não podendo o juiz, senão em hipóteses excepcionais, estabelecê-lo no prazo máximo, exigindo-se que seja justificada expressamente a exacerbação quando for fixado prazo superior ao mínimo” (Manual de Direito Penal, Parte Geral, 12ª ed., Ed. Atlas, 1997, pág. 326).

Diante do exposto, conhece-se do recurso e dá-se-lhe provimento parcial para excluir a majorante prevista no § 4º do art. 121 do CP, reduzindo-se a pena para 1 (um) ano de detenção e estabelecer o período de prova da suspensão condicional da pena no mínimo legal, ou seja, 2 (dois) anos, mantidas as demais cominações da r. sentença.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa e Álvaro Wandelli. Lavrou o parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*José Roberge,  
Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 29.020, DE BLUMENAU****Relator: Des. Alberto Costa**

*Duplicata simulada. Negativa de autoria. Crime de natureza formal. Prova pericial e testemunhal a conspirar contra o apelante. Delito caracterizado. Tese defensiva rechaçada. Condenação mantida. Adequação da pena de multa com base na lei nova mais benigna (Lei n. 8.137/90). Recurso parcialmente provido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 29.020, da comarca de Blumenau (2ª Vara), em que é apelante Wagner Weber, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento parcial ao recurso, apenas para adequar a multa aplicada de conformidade com os parâmetros do artigo 49 do Código Penal, mantidas as demais cominações da decisão recorrida.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, 2ª Vara Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Wagner Weber e Edison Weber, dando-os como incurso nas sanções do artigo 172 do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "Os denunciados são sócios-proprietários da empresa Paulista Ind. Com. de Cereais e Representações Ltda., estabelecida na Rua Curt Hering, n. 3.747, na cidade de Presidente Getúlio/SC. Os denunciados são os responsáveis pelo gerenciamento e administração da empresa Paulista.

"A empresa Paulista, através dos denunciados, nos dias 9 de ja-

neiro e 3 de fevereiro de 1987 emitiu e expediu as duplicatas de n. 345/87 e 400/87, contra a empresa Vale do Iguaçu Dist. de Prod. Aliment. Ltda., estabelecida na cidade de Curitiba/PR, nos valores de Cz\$ 171.000,00 (cento e setenta e um mil cruzados) e Cz\$ 245.000,00 (duzentos e quarenta e cinco mil cruzados), respectivamente. Além disso, no dia 10 de janeiro de 1987, emitiu, contra a empresa citada, a duplicata n. 346/87, no valor de Cz\$ 171.000,00 (cento e setenta e um mil cruzados), conforme documentos de fls. 11 e 12 dos autos.

"Os denunciados, na condição de administradores da empresa emitente, colocaram os referidos títulos de crédito em circulação, ou seja, entregaram os mesmos no Banco Safra S/A, na cidade de Blumenau, com finalidade de desconto junto ao agente financeiro. Os denunciados, como se vê no verso dos títulos mencionados, endossaram os mesmos em favor do Banco Safra S/A. Tal fato, não deixa qualquer dúvida de que os denunciados expediram e colocaram em circulação as duplicatas mencionadas supra.

"Ocorre, conforme demonstra o documento de fls. 18, que as duplicatas de fls. 11 e 12 são simuladas. Não houve qualquer venda efetiva de bens



ou uma real prestação de serviços. Ao contrário, a empresa Paulista, representada pelos denunciados, jamais teve qualquer vínculo ou relação com a empresa Vale do Iguaçu Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda., que figura nos títulos como a empresa sacada" (fls. 2/3).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, absolvendo Edison Weber, com fulcro no artigo 386, inciso IV, do Código de Processo Penal; e condenando Wagner Weber, às penas de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, e multa correspondente a 23,33% sobre o valor de cada título simulado, por infração ao disposto no artigo 172 do Código Penal, sendo-lhe concedido o sursis, pelo prazo de 2 (dois) anos, mediante condições.

Inconformado com a prestação jurisdicional desfavorável, o acusado, por intermédio de seus defensores, apelou objetivando a absolvição, alegando que: a) não era o responsável pela expedição dos títulos de crédito emitidos pela empresa; b) não foi causado nenhum prejuízo para com terceiros, uma vez que o empréstimo tomado junto ao Banco Safra S/A fora devidamente quitado pela empresa Paulista; c) as provas amealhadas não deixam dúvidas de que o Gerente do Banco Safra tomou as duplicatas em discussão, em branco, e as emitiu sem qualquer participação do acusado; e, d) as provas dos autos são frágeis para ensejar um decreto condenatório.

Contra-arrazoado o apelo, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer

subscrito pelo Dr. Maurílio Moreira Leite, pelo "provimento do apelo, em parte, para ser fixada a pena de multa nos moldes previstos na Parte Geral do Código Penal", haja vista que na época da prolação da sentença já se encontrava em vigor a Lei n. 8.137, de 27/12/90, que, em seu artigo 19, deu nova redação ao artigo 172 do Código Penal.

O recurso merece prosperar, impendendo afirmar que, tangente à configuração do delito cuja prática foi atribuída ao apelante, adota-se como razão de decidir o parecer ministerial de fls. 247/249, in verbis:

"Egrégia Segunda Câmara Criminal:

"Wagner Weber, na comarca de Blumenau, foi condenado à pena de 1 ano e 2 meses de detenção, com enquadramento no artigo 172 do Código Penal, que trata do crime de 'duplicata simulada'. A pena de multa foi fixada em 23,33% sobre o valor de cada duplicata, nos termos do parágrafo único do referido dispositivo. Fixado o regime aberto. Contudo nos termos do artigo 77 do código citado, o sursis foi concedido, pelo prazo de dois anos, sob condições expressamente fixadas.

"A defesa não se conformou. Apelou, no prazo legal, objetivando a absolvição. Entende que não se caracterizou o crime mencionado pois o apelante limitou-se a entregar ao gerente do Banco Safra documentos assinados em branco, os quais eram preenchidos posteriormente, 'de acordo com sua conveniência'. Afirma que tal procedimento foi decorrente da 'sucumbência do Plano Cruzado' quando 'as entidades financeiras impuseram a

cobrança de altas taxas de juros, comprometendo sobremaneira a sobrevivência das pequenas e médias empresas, dentre as quais a Paulista Ind. Com. e Representações Ltda.’.

“Mas, ao contrário do pretendido, a prova coletada dá amparo à conclusão condenatória. Segundo a prova pericial, foi o réu quem assinou as referidas duplicatas, as quais não correspondiam a efetivas transações comerciais, conforme nos dá conta o depoimento de fls. 233: ‘que à época dos fatos era proprietário da empresa Vale do Iguaçu Distribuidora de Produtos Alimentícios Ltda.; que declara que conhecia os denunciados por estes freqüentarem a Bolsa de Mercadorias do Estado do Paraná; que declara que nunca realizou nenhuma espécie de transação comercial com os denunciados e sua empresa; que declara que a referida empresa onde os denunciados eram proprietários emitiram contra o depoente duplicatas frias e estas foram em diversos bancos e que só soube quando os bancos envolvidos acionaram a empresa do depoente’. Neste sentido, há referências no depoimento de fls. 176. Ora, se as duplicatas foram assinadas pelo réu (perícia fls. 76/81) sem a correspondente transação comercial, tipificado restou o delito previsto no artigo 172 do Código Penal.

“Contudo, pequeno reparo merece a sentença no concernente à pena de multa, aplicada nos termos do parágrafo único do artigo 172 do Código Penal. Mas, à época da prolação da sentença já se encontrava em vigor a Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, que, pelo seu artigo 19, deu nova redação ao artigo 172, de seguinte teor: ‘Emitir fatura, duplicata ou nota

de venda que não corresponda à mercadoria vendida, em quantidade ou qualidade, ou ao serviço prestado. Pena — detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos e multa’. Pela nova redação, a pena de multa é mais favorável, pois vinculada ao sistema previsto no Código Penal, Parte Geral, e que deveria ter sido aplicada em face do princípio da retroatividade da lei mais benigna, cominado no artigo 2º, parágrafo único, da lei citada, tendo em conta que o salário mínimo, à época do evento, era de apenas Cr\$ 964,80.

“Em face do exposto, somos pelo conhecimento e provimento do apelo, em parte, para ser fixada a pena de multa nos moldes previstos na Parte Geral do Código Penal.

“Florianópolis, 9 de novembro de 1992.

“Maurílio Moreira Leite, Procurador de Justiça”.

Na verdade, o crime inscrito no artigo 172 do Código Penal é de natureza formal, cujo dolo repousa na consciência da inexistência da venda, sendo desnecessária, para a sua caracterização, a existência de prejuízo para o sacado. In casu, os elementos dos autos autorizam concluir pela total configuração do delito em apreço, cujos essentiaia foram transgredidos pelo apelante.

De outra parte, impõe-se ressaltado que a Lei n. 8.137/90 (art. 19) modificou a redação do art. 172 do Código Penal, tornando-o mais abrangente e rigoroso, excetuada a pena de multa, que foi reduzida.

Destarte, na espécie dos presentes autos, sendo a pena pecuniária fixada na sentença, fulcrada na redação anterior do art. 172 do

Código Penal, mais grave, deve agora supedanear-se no artigo 49 do Estatuto Repressivo Penal, estabelecendo-se-a no quantum de 10 (dez) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal, aumentada de 1/6 (uma sexta) parte, isto é, de 1 (um) dia-multa, em virtude da ocorrência da continuidade delitiva (CP, art. 71), e quantificada em 11 (onze) dias-multa.

Por esses motivos, dá-se provimento parcial ao recurso, apenas para adequar-se a multa aplicada de conformidade com os parâmetros do arti-

go 49 do Código Penal, mantidas as demais cominações da decisão recorrida.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Maurílio Moreira Leite.

Florianópolis, 13 de fevereiro de 1996.

*Alberto Costa,*  
*Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.004134-6, DE PORTO UNIÃO**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Furto qualificado. Condenação. Réu menor de 21 (vinte e um) anos, cujo munus de curador, no interrogatório, recaiu na pessoa do Escrivão da 1ª Vara da Comarca. Inadmissibilidade. Nulidade manifesta. Decretação, de ofício.*

*— Constitui nulidade a designação de serventuário da justiça diretamente subordinado ao juiz do processo, para servir como curador em interrogatório de réu menor, por faltar-lhe, nessa qualidade, inteira liberdade e espontaneidade para o referido ato.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 96.004134-6, da comarca de Porto União (1ª Vara), em que é Apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado Valdecir Alves:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, conceder habeas corpus, de ofício, para anular o processo a partir de fls. 83, inclusive, prejudicada a análise do mérito.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Porto União, 1ª Vara, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Valdecir Alves, dando-o como incurso nas sanções do artigo 155, § 4º, incisos I e IV do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) que o denunciado, acompanhado de mais quatro adolescentes, em comumhão de vontades e interesses, na madrugada do dia 13 de janeiro de 1994, após arrombarem a porta dos fundos, adentraram no interior da relo-

joaria e papelaria de propriedade da vítima Cristiane Soares Margarida, sita no bairro São Pedro — Av. Perimetral, nesta Cidade, e, de seu interior, subtraíram diversas mercadorias, entre elas diversas bijuterias, brinquedos, duas calculadoras, um botijão de gás, um maçarico, escovas e pentes, três trenas de três metros, um mostruário com diversas jóias, três carteiras, 29 relógios de diversas marcas, e um toca-fitas de carro” (fls. 2).

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Valdecir Alves às penas de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, por infringir o disposto no artigo 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal, concedido o sursis, mediante condição.

Irresignado, o órgão ministerial apelou objetivando a reforma do decisor, a fim de ser majorada a pena aplicada ao acusado, eis que lhe são desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Código Penal e, em consequência, seja cassado o benefício do sursis.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Pedro Sérgio Steil, pelo provimento parcial do recurso, para o fim de ser cassado o sursis concedido ao acusado.

Em que pese os argumentos expostos pelo douto parecerista, está-se em que o processo deve ser anulado a partir do interrogatório de fls. 83/v., inclusive, em virtude de ter sido nomeado curador ao acusado,

menor à data dos fatos, auxiliar de justiça, pessoa que, em face de sua condição funcional, faltava-lhe qualidade para exercício daquele munus.

De fato, está no termo de interrogatório (fls. 83) que, diante da declaração de idade feita pelo acusado, a nomeação do curador recaiu na pessoa do Sr. João Carlos Ramos, Escrivão da 1ª Vara da Comarca, que aceitou o encargo.

Esta egrégia Segunda Câmara Criminal, em hipótese idêntica, assim decidiu:

“Roubo. Condenação. Réu menor de 21 (vinte e um) anos, cujo munus de curador, no interrogatório, recaiu na pessoa de escrivã judicial designada. Inadmissibilidade. Nulidade manifesta. Decretação de ofício. Recurso defensivo prejudicado” (Ap. Crim. n. 28.835, de Santo Amaro da Imperatriz, Relator Des. Alberto Costa, DJE n. 8.609, de 23/10/92, pág. 8).

E mais:

“Crime contra a saúde pública. Tráfico de maconha. Condenação. Réu menor de 21 (vinte e um) anos, cujo munus de curador, no interrogatório, recaiu na pessoa do Secretário do Fórum. Inadmissibilidade. Nulidade manifesta” (Ap. Crim. n. 26.674, de São José, Relator Des. Alberto Costa, DJE n. 8.495, de 12/5/92, pág. 15).

“Constitui nulidade a designação de auxiliar da justiça diretamente subordinado ao juiz do feito, para servir como curador em interrogatório de réu menor, por faltar-lhe, nessa qualidade, inteira liberdade e espontaneidade para o referido ato” (JC 56/310).

Pelo exposto, concede-se habeas corpus de ofício, para anular o processo a partir de fls. 83, inclusive, prejudicado o recurso interposto.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta

Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 19 de novembro de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.004512-0, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Crime contra a saúde pública. Cocaína. Posse para uso próprio. Condenação. Ausência do termo de apreensão do material tóxico, e do laudo de constatação previsto no artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76. Inconfiguração do delito. Absolvição do agente escudada na insuficiência de prova (CPP, art. 386, inciso VI). Apelo provido.*

*— A ausência do termo de apreensão do material tóxico, e do laudo de constatação a que se alude o artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76, tem o condão de fazer gerar dúvida sobre a materialidade do delito e sua prova. E, como dúvida e ausência de prova se equivalem, em casos que tais, a solução mais adequada é a absolvição do agente com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 96.004512-0, da comarca de Itajaí (1ª Vara), em que é apelante João Cristiano Fernandes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao apelo para absolver o apelante, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí, 1ª Vara

Criminal, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Wanderlei Celio da Silva e João Cristiano Fernandes, dando-os como incurso nas sanções do artigo 16 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória: "(...) no dia 2 (dois) de setembro de 1994, cerca de 14h25min, policiais militares abordaram os denunciados, que estavam na Rua Imaruí, no bairro de São Judas Tadeu, nesta Cidade, encontrando no bolso da calça do segundo (João Cristiano Fernandes) uma pequena quantidade de cocaína, substância capaz

de causar dependência física e psíquica.

“Referida substância destinava-se ao uso dos próprios denunciados, os quais, em conjunto, a adquiriram de uma traficante conhecida por ‘Bena’” (fls. 2/3).

Durante a instrução, o Dr. Juiz a quo decretou a revelia de ambos os acusados (fls. 29 e 40), pois, embora devidamente citados, não compareceram para o interrogatório.

Concluída a instrução criminal, o Dr. Juiz sentenciou, condenando Wanderlei Celio da Silva e João Cristiano Fernandes às penas de 6 (seis) meses de detenção e 20 (vinte) dias-multa, à razão de R\$ 5,00 (cinco reais) cada dia-multa, por infringirem o disposto no artigo 16 da Lei n. 6.368/76. A pena detentiva foi substituída pela pecuniária, correspondente a 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à data do fato.

Inconformado com a prestação jurisdicional desfavorável, o acusado João Cristiano Fernandes apelou objetivando a absolvição, alegando que a materialidade do delito não restou configurada, haja vista a inexistência nos autos do termo de apreensão da substância tóxica.

O representante do Ministério Público, às fls. 65/66, propôs a suspensão do processo ao acusado João Cristiano Fernandes, nos termos do artigo 89 da Lei n. 9.099/95. O benefício, entretanto, não lhe foi concedido, haja vista não ter ele comparecido à audiência designada para tal desiderato.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior

Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Demétrio Constantino Serratine, pelo provimento do recurso.

O estudo aprofundado dos elementos, que integram o bojo dos presentes autos, autorizou concluir em não ter a autoridade policial presidente do inquérito lastreador da denúncia agido com o indispensável atendimento às normas ínsitas no artigo 6º e respectivos incisos do Código de Processo Penal, aplicáveis subsidiariamente aos processos regidos pela Lei de Tóxicos (6.368/76).

Ora, o que se constata, logo de início, é que o Delegado de Polícia recolheu as declarações do apelante e de seu comparsa Wanderlei Celio da Silva, sem as cautelas do inciso V do precitado artigo 6º do Código de Processo Penal, deixando de fazer o termo de declarações dos indiciados a ser assinado por 2 (duas) testemunhas que lhe tenham ouvido a leitura. Ao depois, tendo a aludida autoridade policial feito constar das declarações do apelante (fls. 9) que ele contava 20 (vinte) anos de idade, deixou de nomear curador, consoante preceitua o artigo 15 do Diploma Adjetivo Penal. E, não bastasse isso, ante a flagrante discrepância existente entre a idade do apelante e sua data de nascimento, constante do sobrecitado termo, nada fez a autoridade policial no sentido de elucidar o fato.

Por sobre tudo isso, a autoridade policial omitiu-se na lavratura do termo de apreensão do material tóxico supostamente apreendido em poder do apelante e seu comparsa, e igualmente do laudo de constatação da na-

tureza da substância, a que se alude o § 1º do artigo 22 da Lei n. 6.368/76.

Ante a ocorrência de tais irregularidades, e em se tratando o delito descrito no artigo 16 da Lei Antitóxicos de injusto típico penal que se configura com a presença de seu elemento material, qual a substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica, devidamente apreendida e submetida a exame prévio de constatação. A antes mencionada omissão gera dúvida quanto à conclusão do exame toxicológico de fls. 12/14, haja vista não se ter certeza se o material tóxico periciado é o mesmo que as testemunhas de acusação afirmam ter encontrado em poder do apelante e do co-réu Wanderlei.

Na verdade, ante a desobediência ao preceituado no artigo 6º, inciso V, do Código de Processo Penal, aliada à dúvida acerca da idade do apelante, a confissão extrajudicial deste e do co-réu não tem valor nenhum como suporte probatório ensejador de uma condenação.

De sorte que, ante todo esse contexto, é de concluir-se que a au-

sência do termo de apreensão da cocaína e do laudo de constatação da natureza do aludido material tóxico tem o condão de fazer gerar dúvida sobre a materialidade do delito e sua prova. E, como dúvida e ausência de prova se equivalem, a solução mais adequada à espécie é a absolutória do apelante, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Ante o exposto, dá-se provimento ao apelo para absolver o apelante, com fulcro no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Demétrio Constantino Serratine.

Florianópolis, 15 de outubro de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Alberto Costa,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.008965-9, DE BRUSQUE**

**Relator: Des. Alberto Costa**

*Apelação criminal. Crime de injúria. Infração considerada, pela Lei n. 9.099/95, como sendo de menor potencial ofensivo. Inteligência do artigo 82 da referida lei e artigo 5º da Resolução n. 006/95, deste Tribunal. Remessa dos autos à Turma de Recursos competente para o processamento e julgamento do apelo. Não conhecimento.*

*Vistos, relatados e discutidos*

*estes autos de Apelação Criminal n.*

*96.008965-9, da comarca de Brusque (2ª Vara), em que é apelante Rosania Salazar Dauer, sendo apelados Rogéria Mello e Moacir de Oliveira:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, não conhecer do recurso, e determinar a remessa deste à Turma de Recursos competente para apreciar e julgar o caso sub judice.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Brusque, 2ª Vara, Rosania Salazar Dauer, em 10/8/94, ofereceu queixa-crime contra Rogéria Mello e Moacir de Oliveira, imputando-lhes a prática do delito previsto no artigo 140, caput, c/c o artigo 141, inciso III, ambos do Código Penal.

Instaurada a competente ação penal e finda a instrução, entendeu o Magistrado de dar pela improcedência da queixa-crime, absolvendo Rogéria Mello e Moacir de Oliveira, com fundamento no artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Inconformada com a decisão absolutória, Rosania Salazar Dauer recorreu pretendendo a reforma do decisum, a fim de que os querelados sejam condenados nos termos da inicial, pois restou comprovado, nos autos, a prática do crime de injúria.

Oferecidas as contra-razões, os autos ascenderam a esta Superior Instância, opinando a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscreto pelo Dr. Hipólito Luiz Piazza, pelo não conhecimento do recurso, devendo os autos ser remetidos à Turma de Recursos competente.

Tem razão o ilustre parecerista,

uma vez que o delito previsto no artigo 140, caput, do Código Penal, é considerado, pela Lei n. 9.099/95, como infração de menor potencial ofensivo.

O artigo 82 da Lei n. 9.099/95 determina que "Da decisão de rejeição da denúncia ou queixa e da sentença caberá apelação, que poderá ser julgada por turma composta de três juizes em exercício no primeiro grau de jurisdição, reunidos na sede do Juizado".

Este egrégio Tribunal, por intermédio da Resolução n. 006/95, estabeleceu em seu artigo 5º que "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".

Ora, in casu, constata-se que o presente recurso deve ser julgado pela 1ª Turma de Recursos, com sede na comarca da Capital, de conformidade com o artigo 82 da Lei n. 9.099/95, e artigo 5º da Resolução n. 006/95, deste Tribunal.

Pelo exposto, não se conhece do recurso, e determina-se a remessa deste à Turma de Recursos competente para apreciar e julgar o caso sub judice.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Álvaro Wandelli e Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 15 de outubro de 1996.



*José Roberge,  
Presidente;  
Alberto Costa,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.015679-0, DE ITAJAÍ**

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Penal — Estupro — Violência presumida — Aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil — Espécie peculiar — Absolvição decretada.*

*A função dos magistrados não é de mecânicos repetidores de textos legais, mas a de verdadeiros juízes de direito, que na interpretação e aplicação das leis têm em conta os fins do direito, o bem comum, a paz social, a equidade.*

*Hipótese peculiar de estupro com violência presumida, em que a “vítima” passou a viver em união estável, segundo sua mãe e testemunhas, “às mil maravilhas” com o “ofensor”, aguardando ambos o nascimento de um filho.*

*A prisão em regime fechado do “ofensor”, a separação do casal e o conseqüente desamparo da criança, no caso, representariam iniquidade, incompatível com o Direito que cabe ao juiz garantir.*

### **Relatório**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.015679-0, da comarca de Itajaí, em que é apelante Luiz Carlos da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso para absolver o réu com fundamento no item III do art. 386 do CPP.

Custas na forma da lei.

Luiz Carlos da Silva foi denunciado como incurso nas sanções do art. 213, c/c os arts. 224, a, e 225, § 1º, inciso I, e § 2º, todos do Código Penal.

Disse a vestibular:

“Em data de 24 de abril do ano de 1997, entre 3 e 4 horas, o denunciado Luiz Carlos da Silva, aproveitando-se da total inexperiência da vítima F. F. A., com apenas 11 anos de idade, sob a promessa de amor eterno, namoro e posterior casamento, atraiu a vítima até a residência dos seus pais — vizinhos da infante, localizada na

Rua Joaçaba, 742, nesta cidade, onde pernoitava, levando-a ao quarto que ocupava, para em seguida manter com a mesma conjunção carnal, desvirginando-a, conforme consta em exame de corpo-delito de fls. 4”.

Processado regularmente, foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, por infração ao art. 213 c/c o art. 224, a, c/c o art. 65, III, d, todos do Código Penal, c/c art. 2º da Lei n. 8.072/90, a ser cumprida em regime fechado.

Inconformado, alegou, em síntese, que por estar vivendo maritalmente com a vítima, com o consentimento da genitora desta, deve ser absolvido, ou, se condenado, seja-lhe aplicada pena alternativa.

Oferecidas contra-razões pelo Dr. Promotor, os autos subiram, e, nesta Instância, a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovemento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

A Câmara em acórdão unânime, assim ementado, converteu o julgamento em diligência:

“Processual penal — Apelação — Estupro com violência presumida — Extinção da punibilidade pelo casamento — Art. 107, VII, do CP — Suprimento judicial para o casamento — Princípio da verdade real e da interpretação sociológica — Lei de introdução ao Código Civil — Art. 5º — Conversão do julgamento em diligência.

“Tratando-se de estupro com violência presumida pela idade, convivendo more uxorio ofensor e ofendida, segundo a mãe da vítima ‘às mil mara-

vilhas’, converte-se o julgamento em diligência para verificar da possibilidade do suprimento judicial para o casamento”.

Diligência cumprida às fls. 80/81.

## II — Voto

1 — O réu foi condenado por estupro com violência presumida.

Nas alegações finais, pugnou pela aplicação, por analogia, da extinção da punibilidade pelo casamento com a vítima, previsto no art. 107, VII, do CP, porquanto estão vivendo maritalmente, caracterizada a união estável, nos termos do art. 226, § 3º, da Magna Carta.

A MMA. Juíza entendeu inaplicável a extinção da punibilidade por não se tratar de união duradoura.

Houve necessidade de diligência a fim de saber da possibilidade e do interesse do suprimento de idade para a transformação da relação concubinária em casamento.

A vítima F. F. A., por ocasião da reinquirição (fls. 80v.) alegou que:

“...vive maritalmente com o réu há aproximadamente dez meses e residem sozinhos numa casa; que a informante está grávida de sete meses; que a informante e o réu não casaram nem na Igreja nem no civil, mas pretendem casar; que a informante e o réu vivem muito bem...”.

Por sua vez, a progenitora ratificou a versão da vítima e acrescentou que:

“...a informante afirma que a vítima e o réu falam em casar, mas nunca providenciaram nada para o casa-

mento nem na igreja nem no civil; que a informante afirma que é costume na família da informante viverem maritalmente sem casar, pois os demais filhos da informante também são jovens e já desde treze anos de idade vivem maritalmente e ninguém fala em casar..." (fls. 81).

A MMA. Juíza entendendo cumprida a diligência, referiu-se ao bom relacionamento conjugal, afirmou não poder tomar providências a fim de obrigá-los a contrair casamento civil (fls. 81).

Data venia da Dra. Juíza, a diligência não cogitou disso.

Poderia, ao invés da observação, tê-los orientado a respeito da possibilidade do processo de suprimento de idade para o casamento, principalmente em face da gravidez.

Nunca é demais lembrar: a função do juiz não é a de mecânico aplicador de leis, mas de juiz de direito.

Serenamente deve decidir procurando a realização do bem comum, da paz social, da justiça, atividade que nada tem com a singela interpretação literal da lei.

Maria Helena Diniz explica:

"...A interpretação, como nos diz Ferrara, não é pura arte dialética, não se desenvolve como método geométrico num círculo de abstrações, mas perscruta as necessidades práticas da vida e a realidade social. O aplicador, nas palavras de Henri de Page, não deverá quedar-se surdo às exigências da vida, porque o fim da norma não deve ser a imobilização ou a cristalização da vida, e sim manter contato íntimo com ela, segui-la em sua evolução e adaptar-se a ela. Daí

resulta, continua ele, que a norma se destina a um fim social, de que o juiz deve participar ao interpretar o preceito normativo" ("Curso de Direito Civil Brasileiro", vol. 1, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 1996, pág. 60).

A lei repressiva ao presumir a violência, sancionando o estupro, protege a liberdade sexual, os costumes, principalmente a *innocentia consilii*.

A própria "ofendida" e sua mãe esclarecem que "ofensor" e "vítima" vivem maritalmente, "às mil maravilhas", em união estável.

O "ofensor" trabalha.

Aguardam o nascimento de um filho.

A prisão, separando o casal, data venia, representaria a iniquidade, antítese do direito.

No caso, como visto, não houve crime.

É invocável o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil:

"Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

"A vida não está ao serviço dos conceitos, mas sim estes ao serviço da vida. É preciso atender, não ao que ordena a lógica, mas sim ao que exija a vida, a sociedade, o sentimento jurídico, tanto quando seja necessário segundo a lógica, como quando seja logicamente impossível" ("A Interpretação dos Negócios Jurídicos", pág. 127)" (RT 175/684).

"O juiz, na aplicação da lei, deve perquirir suas finalidades procurando interpretá-la de forma a que venha a servir aos interesses sociais e não a contrariá-los. Usando dessa faculdade de interpretação, cabe-lhe dar ao

texto a necessária elasticidade, fazendo com que o texto, que muitas vezes pode ser acimado de anacrônico, se adapte e se conforme com o meio e as realidades do presente, atendendo às necessidades sociais desconhecidas na época em que a lei foi promulgada” (RT 167/286).

A prova evidenciou que réu e vítima são pessoas pobres, rústicas, simples e que é excelente o convívio conjugal.

A vítima, apesar de menor de idade, desde o início afirmou ter ido até a casa do réu de livre e espontânea vontade, não oferecendo qualquer tipo de resistência frente ao assédio de seu namorado, cedendo as suas carícias que culminaram na relação sexual.

Hoje vivem maritalmente e a “ofendida” está grávida.

“Estupro — Descaracterização — Ausência dos pressupostos de violência ou grave ameaça — Vítima que logo após a prática do ato sexual despede-se do acusado de forma carinhosa — Inteligência do art. 213 do CP.

“Ementa Oficial: Aceitando a vítima sair em companhia do réu logo depois da prática do ato sexual e dele se despedindo de forma carinhosa, com beijo na face, tais circunstâncias evidenciam a inexistência do crime de estupro.

“Recurso improvido” (RT 712/437).

“Estupro — Violência presumida — Vítima menor de 14 anos — Prematura vivência em matéria sexual — Delito descaracterizado.

“Ementa Oficial: Derrisca-se a

presunção de violência, derivada innocentia consilii, e de reboque a própria moldagem típica do estupro, quando a vítima, de viva voz e apesar dos seus 13 anos de idade, declara já ter mantido relações sexuais anteriormente a que tivera com o acusado, com quem passou a ter vida concubitária, revelando assim prematura capacidade de autodeterminação no trato da sexualidade” (RT 714/343).

Magalhães Noronha ensina:

“A Exposição de Motivos acrescenta ter sido fundamento a innocentia consilii da vítima. É a impossibilidade de compreender o menor em toda a extensão o ato que é levado a praticar. Faltam-lhe madureza fisiológica e capacidade psicoética para ter alcance, para estimar com precisão o ato violador dos bons costumes, donde não se poder falar em consentimento pleno e livre e donde conseqüentemente há presunção de violência.

“Não se contesta ser essa a regra geral e que as legislações devem mesmo conter disposição fundada na incapacidade do menor.

“Deve, entretanto, essa presunção ser absoluta, não admitir qualquer exceção? Será sempre exato que o menor de quatorze anos não atingiu ainda satisfatório desenvolvimento físico e não tem idoneidade psicoética para apreciar as regras atinentes à vida sexual?

“Temos sérias dúvidas em opinar pela invariabilidade dessa norma, máxime nos dias em que vivemos”.

E mais adiante:

“Fundada, portanto, a presunção de violência em innocentia consilii da ofendida, não nos parece científi-

co, justo e humano, tê-la como absoluta, no sentido de não admitir qualquer exceção (...).

"A conclusão que nos parece consentânea com o texto legal é, em sua interpretação, o Juiz ser rigoroso, mas não perder o senso de realidade" (in *Direito Penal*, 18ª ed., vol. III, São Paulo, Saraiva, 1986, págs. 225/227).

O Ministro Marco Aurélio, comentando a respeito da presunção de violência, em voto proferido no HC n. 73.662-9-MG, anota:

"...A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural. Tanto não se diria nos idos dos anos 40, época em que exsurgia, glorioso e como símbolo da modernidade e liberalismo, o nosso vetusto e ainda vigente Código Penal. Àquela altura, uma pessoa que contasse doze anos de idade era de fato considerada criança e, como tal, inde-

fesa e despreparada para os sustos da vida.

"Ora, passados mais de cinquenta anos — e que anos: a meu ver, correspondem, na história da humanidade, a algumas dezenas de séculos bem vividos — não se há de igualar, por absolutamente inconcebível, as duas situações. Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir. Tal lucidez é que de fato só virá com o tempo, ainda que o massacre da massificação da notícia, imposto por uma mídia que se pretende onisciente e muitas vezes sabe-se irresponsável diante do papel social que lhe cumpre, leve à precipitação de acontecimentos que só são bem-vindos com o tempo, esse amigo inseparável da sabedoria.

"Portanto, é de se ver que já não socorre à sociedade os rigores de um Código ultrapassado, anacrônico e, em algumas passagens, até descabido, porque não acompanhou a verdadeira revolução comportamental assistida pelos hoje mais idosos. Com certeza, o conceito de liberdade é tão discrepante daquele de outrora que só seria comparado aos que norteavam antigamente a noção de libertinagem, anarquia, cinismo e desfaçatez.

"Alfim, cabe uma pergunta que, de tão óbvia, transparece à primeira vista como que desnecessária, conquanto ainda não devidamente respondida: a sociedade envelhece; as leis, não?"

“Ora, enrijecida a legislação — que, ao invés de obnubilar a evolução dos costumes, deveria acompanhá-la, dessa forma protegendo-a — cabe ao intérprete da lei o papel de arrefecer tanta austeridade, flexibilizando, sob o ângulo literal, o texto normativo, tornando-o, destarte, adequado e oportuno, sem o que o argumento da segurança transmuda-se em sofisma e servirá, ao reverso, ao despotismo inexorável dos arquiconservadores de plantão, nunca a uma sociedade que se quer global, ágil e avançada — tecnológica, social e espiritualmente” (LEX — Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal 223/372).

Alberto Silva Franco, sobre a relatividade da presunção de violência, anota:

“Num mundo de contínuas, profundas e radicais transformações, não se poderia, realmente, esperar que o Direito Penal, em matéria sexual, permanecesse numa postura de total indiferença e que continuasse a adotar conceitos (ou preconceitos?) já esgotados de significado. Teve, como é óbvio, de adotar novas posições, de passar por um processo de recomposição e de reavaliação. Antes de tudo, renunciou à tendência de ditar normas em nome da moralidade e declarou sua neutralidade em face das diversas modalidades de orientação ou opção sexual”.

E, adiante, transcreve acórdão da lavra do Des. Márcio Bártolli, esclarecendo que se trata de “uma ‘leitura’ mais atual para o conceito de *innocentia consilii* e se ajusta, com propriedade, aos novos rumos adotados pelo Direito Penal, na questão da sexualidade.

‘Porque antes de um neutro aplicador da lei ao caso que lhe é apresentado, o juiz tem a obrigação de atentar e observar o que acontece, em termos de mudanças e transformações da realidade social, e a partir daí conjugar fatos e lei.

‘No campo da liberdade sexual é de evidência solar que muita coisa mudou. Pois o mundo e a sociedade mudaram. Entre os anos de 1940 (publicação do Código Penal) e 1991 (primeiro da década final do século), muita coisa mudou. Vários acontecimentos transformaram o mundo. Guerras e conflitos localizados. Mísseis, satélites, computadores de alta definição etc.

‘No campo das ciências humanas, a medicina avançou rapidamente até a fecundação *in vitro*. A psicanálise vem desvendando, com alguma nitidez, os caminhos do desconhecido que guiaram algumas decisões do homem.

‘A mulher, a duras penas, conseguiu crescer na sociedade dimensionando seu espaço.

‘Ante tantas mudanças, o tema sexo, evidentemente, não poderia continuar sendo tratado da mesma forma; um assunto proibido.

‘Sexo, que para alguns ainda continua sendo um assunto proibido, é uma realidade presente na sociedade, presente na vida das pessoas, assunto que de um tempo para cá passou a ser tratado com a maior e mais ampla liberdade, porque, é claro, se tudo muda, a visão das pessoas sobre tal tema também mudou. De tabu, tornou-se matéria curricular em algumas escolas. A família refere-se ao assunto sem tanto receio. Na mídia é objeto

de amplas discussões. A ciência psicológica, por si, e através de seus ramos da psiquiatria e psicologia, passou a estudar o tema 'sexualidade' e cogita-se já da sexualidade infantil e juvenil, sendo esta o início do processo de formação da capacidade de autodeterminação sexual.

'Mas, retornando-se ao campo penal, verifica-se que é nesse mundo transformado que se aplica ainda o mesmo direito penal de 50 anos atrás, sob o pretexto de 'proteger' a liberdade sexual das pessoas.

'Determinar o conceito do que seja liberdade sexual das pessoas não constitui tarefa gravosa. A dificuldade apresenta-se, em verdade, no momento de fixar a época em que a autodeterminação sexual pode ser exercitada livremente. É comum vincular-se tal ocasião a um determinado nível etário. Mas, o que se tem é que tal critério é de manifesta improbidade, porque significa que a pessoa adquire a capacidade de decidir, com liberdade, sua vida sexual ao atingir uma idade, legalmente, prefixada, mas está proibida de fazê-lo até a véspera de completar tal idade. Esta postura de rigidez atrita contra a lógica e o bom senso, porque não pode existir uma passagem brusca da privação da liberdade sexual para o exercício pleno dessa liberdade.

'A conquista da liberdade sexual é um processo dinâmico que pode, sem dúvida, perfazer-se bem antes do limiar etário estabelecido pelo legislador.

'As leis brasileiras filiaram-se à corrente que relaciona a capacidade de autodeterminação sexual à verificação de um determinado marco etá-

rio. Superado o limite da idade, a pessoa tem possibilidade de, livremente, exercer a sua sexualidade. Antes de tal faixa, mesmo tendo conhecimento a respeito de sua sexualidade, a vítima não tem disponibilidade alguma sobre o próprio corpo, nem condições pessoais para repelir propostas ou agressões que lhe são endereçadas nesta esfera.

'Nesse caso, seu consentimento para a prática sexual é inválido e se presume, por lei, que o agente atuou com violência.

'O Código Penal de 1890, em seu art. 272, presumiu, em relação ao crime de natureza sexual, o cometimento com violência 'sempre que a pessoa ofendida for menor de dezesseis anos'.

'Cinquenta anos depois, o Código Penal de 1940 reduziu esse limite etário estatuidando que a presunção de violência só teria cabimento nos crimes sexuais, se a vítima tivesse idade inferior a 'catorze anos' (art. 224, a, do CP).

'É de se indagar sobre o que teria considerado o legislador de 1940 para efetivar a redução ao limite etário da ofendida, passando a fixá-lo em 14 anos de idade, para a partir daí considerar que ela poderia dispor livremente de seu corpo para exercer a sua capacidade sexual?

'A resposta é encontrada na Exposição de Motivos ao Projeto de 1940 (item 70), de forma explícita: 'Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adoles-

centes é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hipocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem'.

'E agora, passados outros 50 anos, pode o intérprete continuar a considerar esse limite de 14 anos de idade ideal e adequado para efeito de autodeterminação sexual?

'Transformações sexuais, alteração dos padrões socioculturais do mundo atual não poderiam determinar uma nova leitura daquele preceito legal?

'É mais do que claro que nos dias atuais, não se pode mais afirmar que uma pessoa, no período de vida correspondente à pré-adolescência, continue, como em 1940, a ser uma insciente das coisas do sexo. Como antes mencionado, sexo, na atualidade, deixou de ser o tema preconceituoso e até 'imoral' de antigamente, para situar-se numa posição de grande destaque na família, onde é discutido livremente, até por uma questão de sobrevivência, em virtude do surgimento de uma moléstia letal; nas escolas, onde adquiriu o status de matéria curricular e nos meios de comunicação de massa, onde se tornou assunto corriqueiro. A quantidade de informações, de esclarecimentos, de ensinamentos sobre o tema 'sexo' flui rapidamente e sem fronteiras, dando às pessoas, até com menos de 14

anos de idade, uma visão teórica da vida sexual, possibilitando-a 'rechaçar' as propostas e agressões que nessa esfera produzirem-se e a uma consciência bem clara e nítida da disponibilidade do próprio corpo.

'Sob pena de conflitarem lei e realidade social, não se pode mais afirmar que se exclui completamente, nos crimes sexuais, a apuração do elemento volitivo da pessoa ofendida, de seu consentimento sob o pretexto de que continua não podendo dispor livremente de seu corpo, por faltar-lhe capacidade fisiológica e psicoética. A pressão exercida pela realidade social tem sido de tal ordem que a presunção de violência decorrente da circunstância da pessoa da ofendida dispor de idade inferior a 14 anos se relativizou. Para tanto, é só se verificar a doutrina e jurisprudência (...).

'Em decorrência do exposto, a tais situações de relativização da presunção, deve ser acrescida de uma outra, ou seja, exclui-se a presunção de violência quando a pessoa ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela adere prontamente ao convite de caráter sexual, que o agente lhe dirige, constitui um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se, nesses casos, relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido.



‘Hoje, com a edição da Lei n. 8.072/90, que passou a punir com maior gravidade os autores de crimes sexuais, verifica-se que essa presunção de violência deve ser analisada com bastante cautela e prudência pelo julgador, sempre tendo presente esta nova possibilidade de relativização do dispositivo’ (TJSP — AC n. 93.117-3 — rel. Márcio Bártoli)” (apud Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, vol. 1, t. II, Parte Especial, 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, págs. 3.031/33).

A matéria já foi analisada em diversos precedentes:

“Estupro — Violência presumida — Vítima menor de quatorze anos — Fuga voluntária da ofendida em companhia do réu — Relação sexual consentida — Relatividade da presunção de violência — Absolvção decretada — Artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal — Recurso provido” (Ap. Crim. n. 188.236-3, rel. Des. Vito Guglielmi — TJSP — 1995 — JTJ 177/302).

Do voto:

“Confirmou a vítima que voluntariamente aderiu à idéia de fugir em companhia do apelante — até por temor ao pai — e que embora não soubesse o que era, concordou com a relação sexual.

“Daí que a violência decorre, exclusivamente, da idade da vítima.

“A palavra desta, pese o esforço da Acusação, não merece o alcance que se lhe quis dar.

“Ainda que fundamental em delitos dessa natureza, deve guardar coerência com os demais elementos de prova e neles encontrar ressonância.

“É que o crime decorre da ausência de consentimento, ante a presunção de violência que a lei determina. Mas essa presunção de violência é relativa. Não se está afirmando que a vítima tenha vida sexual irregular. Muito pelo contrário, tanto que deflorada recentemente. Mas se eventualmente contribui para aquela prática, força convir a relatividade da Acusação. Até porque essa relatividade não deve ser admitida somente naquelas hipóteses em que a vítima mantenha vida desregrada ou promíscua. Pelo contrário, deve ser — com razão — ampliada a qualquer pessoa normal.

“Primeiro, porque nos dias de hoje, com proliferação dos meios de divulgação de práticas sexuais, causa estranheza dizer que a vítima não soubesse o que era relação sexual. Ademais, namorava contra a expressa vontade dos pais, procurando pelo apelante em mais de uma vez.

“(…)

“Em outras palavras, inexistente prova de que o consentimento fosse viciado pela pouca experiência da vítima...”.

“Outros são hoje os tempos. A proteção que a lei espelha certamente era válida ao tempo da edição da legislação penal. Não mais nos dias de hoje. Nem se diga que, residindo em cidade do interior, seja dificultado o acesso aos meios de comunicação, ou à própria educação. Aliás, esta, de natureza específica, é hoje ministrada no próprio currículo escolar e paira solta na imprensa, em especial nas emissoras de televisão. O jovem hoje não é mais aquele de outrora, onde o sexo consistia verdadeiro tabu.

“E isso o intérprete não pode

deixar de reconhecer. Aliás, a condenação tão grave nessas condições acaba por expor a própria Justiça à chacota popular. (...) O julgador deve estar atento aos fatos do mundo e, em especial, da própria evolução social, pena de se tornar um aplicador automático das leis. E não é isso que se espera de uma Justiça que, antes de mais nada, tenha por preocupação ser justa e não apenas legal..." (grifei).

"Estupro — Descaracterização — Relações sexuais mantidas com menor em regime de concubinato — Absolvição decretada.

"Ementa oficial: Apelação criminal. Estupro. Ausência de seus elementos. Concubinato. Absolvição decretada.

"Decreta-se a absolvição de condenado em crime de estupro porque a sua conduta não se revestiu dos elementos que constituem o tipo deste delito, pois as relações sexuais foram mantidas em regime de concubinato" (Ap. Crim. n. 29.799-4 — 1ª T. — j. 17/3/92 — rel. Des. Luiz Carlos Santini — RT 685/343).

Do paradigma:

"Pois bem, os autos demonstram que o apelante namorava a menor M.C., com o consentimento de seus pais, como dito por Assis Almeida Holisback, padrasto da menor (fls. 10). No dia 7/10/90, o apelante chamou a menor para com ele viver como marido e mulher, com o que ela aquiesceu e, assim, às escondidas, fugiram e passaram a viver juntos na mesma fazenda em que já moravam, consoante declarações da menor (fls. 8) e declarações da mãe da menor (fls. 7); ante essa conduta, o padrasto foi procurar o recorrente para tirar satisfa-

ções (fls. 7, 8 e 10), mas como Nelson disse que iriam se casar, houve concordância com a vida marital da menor.

"Observe que não ocorreu um estupro, porque não houve relação sexual mediante violência, sequer presumida, ou grave ameaça. O estupro é um delito contra a liberdade de dispor do próprio corpo e se constitui por relação sexual, em que o agente ativo constrange a mulher, mediante violência ou grave ameaça, a suportar o ato sexual.

"É evidente que, quando a vítima for menor, a violência é presumida, mas, no caso, o apelante estabeleceu uma vida marital e nesta a relação sexual é inerente, não constituindo o ato o tipo penal do estupro.

"Ora, viveram juntos, na mesma fazenda em que os pais da menor viviam, por cinco meses e, após este prazo, dissolveram essa convivência; segundo a menor, foi o apelante quem a mandou embora; esse fato não constitui crime de estupro.

"Se houve constrangimento, este se realizou no sentido de passarem a conviver (é público e notório este tipo de união no meio rural). Poderia o recorrente se conhecesse as leis pedir o suprimento de idade da menor, para com esta poder se casar e, se quisesse, cinco meses após, separar-se.

"Neste caso, não haveria estupro, mas ruptura do vínculo conjugal. Ora, o fato, ainda assim, não alcança independentemente da idade das partes o tipo penal do art. 213 (relações sexuais decorrentes de convivência more uxorio).

"Estupro — Violência presumi-

da — *Innocentia consilii* — Incompatibilidade da conduta da vítima para o seu reconhecimento — Absolvição decretada — Recurso provido.

“O fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescentes (artigo 224, a, do Código Penal), é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação a fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum a seu consentimento” (Ap. Crim. n. 127.011-3 — rel. Des. Gonçalves Nogueira — TJSP — 1994 — JTJ 178/295).

Do voto:

“Presume-se a violência quando a vítima é menor de quatorze anos (artigo 224, a, do Código Penal). Porém, essa presunção de violência, conforme proclama a doutrina e a jurisprudência, não é absoluta — *juris et de jure* — mas relativa — *juris tantum*; consoante a ‘Exposição de Motivos’ do Código Penal, ‘o fundamento da ficção legal de violência, no caso de adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum a seu consentimento’ (§ 70).

“Ora, evidencia-se, no presente caso, que a vítima, embora menor de quatorze anos de idade, não tinha a inocência apta a colocá-la sob a especial proteção do tipo. Caso fosse realmente ‘inocente’, teria levado o fato ao conhecimento de seus pais — porém manteve-se silente, sem se queixar — e continuou a namorar o apelante. O fato só chegou ao conhecimento da mãe da vítima através de uma vizi-

na, a testemunha Maria Aparecida de Almeida (fls. 9, 13 e 39).

“(…)

“Tais fatos demonstram que a conduta da vítima não é compatível com a *innocentia consilii*. Afastada a presunção de inocência, está descaracterizado o crime imputado ao apelante por falta de circunstância elementar”.

“Crime contra os costumes — Presunção de violência — Vítima menor de 14 anos — Relatividade da presunção” (Ap. Crim. n. 15.901/95 — 1ª T. — j. 7/3/1996 — rel. Des. Otávio Augusto — RT 733/629).

Do voto vencido da Des. Ana Maria Duarte Amarante:

“Nosso CP disciplina a presunção de violência no art. 224, elencando em suas alíneas os casos em que a vítima não é maior de 14 anos (alínea a), alienada ou débil mental (alínea b) ou sem capacidade de oferecer resistência, por qualquer outra causa (alínea c). Na Consolidação das Leis Penais, de 1890, no primeiro caso, a violência ficta ocorria com a menoridade de 16 (dezesesseis) anos. Esse limite etário veio a ser reduzido, em 1940, restando lançado, a respeito, na Exposição de Motivos:

“Com a redução do limite de idade, o projeto atende à evidência de um fato social contemporâneo, qual seja, a precocidade no conhecimento dos fatos sexuais. O fundamento da ficção de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, a sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento. Ora, na época atual, seria abstrair hi-

pocritamente a realidade o negar-se que uma pessoa de catorze anos completos já tem uma noção teórica, bastante exata, dos segredos da vida sexual e do risco que corre se se presta à lascívia de outrem’.”

Outros precedentes:

“Apelação crime — Estupro — Ausência dos requisitos integrantes do tipo penal — Menor de quatorze anos — Não demonstrado ser a vítima jovem inocente e desinformada sobre sexo — Presunção de violência relativa — Circunstância isolada que, por si só, não pode levar à condenação pois dissociada dos demais elementos inerentes ao crime — Absolvição do réu — Recurso provido.

“A norma legal que imprime a *ficto juris* da violência presumida, em função da idade da vítima, não pode ser vista pelo prisma de absoluta obrigatoriedade, sem que se atente para o avanço dos costumes e a evolução da sociedade. A Justiça não pode perder de vista esse caminhar, apenando gravemente, por crime etiquetado com a hediondez legal, a um acusado de estupro, sem que se tenha configurado em seu agir o necessário dolo.

“Aliado a isso, a violência presumida deve ser juridicamente conjugada com a figura original do ilícito penal — o estupro, pois a presunção isolada não tem alcance suficiente para configurar os requisitos identificadores do crime” (TJPR — Ap. Crim. n. 56.524-4, de Ribeiro do Pinhal — Ac. unân., rel. Des. Clotário Portugal Neto, j. em 14/8/97).

“Não se pode condenar baseado em suposições. O crime de estupro com violência presumida há de se estar robustamente comprovado nos au-

tos, caso contrário, melhor juízo é a absolvição, máxime em crime dessa natureza, quando a realidade social está, há muito, diferenciada da época da confecção do nosso Codex Reprimenda” (Ap. Crim n. 97.000392-7 — rela. Juíza Virgínia Maria Guimarães — TJRO — JUIS — Jurisprudência Informatizada Saraiva (11).

“Estupro. *Innocentia consilii*. Violência presumida. Namoro consentido. Capacidade para relacionamento com outro sexo. Falta de vigilância dos pais.

“O consentimento dos pais de menor com 11 anos de idade, a que namore varão maior, demonstra estar ela capacitada a se relacionar com o outro sexo, não sendo de se admitir a *innocentia consilii*, fundamento da violência presumida, se, quanto o namoro, os genitores não exercem a vigilância que deles é exigida” (Ap. Crim. n. 86.456 — rel. Des. Joazil Gardés — TJDF — op. cit.).

“Estupro — Ofendida menor de quatorze anos — Violência presumida — Inadmissibilidade — Hipótese em que a vítima entregou-se ao réu espontaneamente — Acusado que não fugiu à responsabilidade de seu ato — Ausência de interesse da ofendida e da sociedade que impossibilita a aplicação de pena carcerária tão pesada — Medida desproporcional e desumana — Absolvição mantida — Recurso não provido. A mulher em razão da modificação dos costumes, que interferem no conceito de moral, apresenta um grau de entendimento muito mais precoce, que antigamente. A mídia, os meios de comunicação em geral, muito cedo informam as pessoas sobre as coisas do sexo, fazendo com que as

mulheres amadureçam e tenham condições suficientes de exercer a sua defesa" (Ap. Crim. n. 144.043-3 — rel. Des. Nelson Fonseca — TJSP — op. cit.).

"Estupro — Não caracterização — Consentimento da ofendida menor de 14 anos, para a conjunção carnal — Relatividade da presunção de violência do art. 224, a do Código Penal — Ausência da innocentia consilii do sujeito passivo — Vítima e autor que mantiveram namoro cedendo aquela às promessas de casamento deste — Circunstância que caracteriza o crime de sedução não imputado ao réu — Absolvição decretada — Recurso provido. Para a caracterização do estupro com violência presumida não basta ser a vítima menor de 14 anos, fazendo-se mister também que se mostre ela inocente, ingênua e totalmente desinformada a respeito do sexo" (Ap. Crim. n. 152.204-3 — rel. Des. Breno Guimarães — TJSP — op. cit.).

"Estupro — Violência presumida — Não caracterização — Vítima menor — Coabitação com o réu, contudo, voluntária e espontânea — Violência sexual não configurada na hipótese — Absolvição decretada — Recurso provido" (Ap. Crim. n. 225.088-3 — rel. Des. Raul Motta — TJSP — op. cit.).

"Estupro — Violência presumida — Vítima menor de quatorze anos — Inocorrência — Ofendida que veio a consentir o relacionamento sexual — Ausência de constrangimento por violência ou grave ameaça — Ofendida que se mostrava interessada em relacionar-se com o recorrente — Absolvição decretada — Recurso pro-

vido" (Ap. Crim. n. 155.175-3 — rel. Des. Cardoso Perpétuo — TJSP — op. cit.).

Este Tribunal em idêntico sentido:

"Apelação criminal — Estupro (...).

"A presunção de violência incutida na lei penal, como todas as presunções, admitem prova em contrário. Para sua caracterização, necessário que a vítima se mostre inocente, despreparada, ingênua e principalmente desinformada sobre sexo.

"Quem expõe amor incontido, e predisposição ao concubinato, cedendo a promessas pueris, não pode ser enquadrada no dispositivo legal que tutela a inocência da criança. Recurso desprovido" (Ap. Crim. n. 28.467, de Quilombo, rel. Des. Solon d'Eça Neves).

"Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Vítima menor de catorze anos — Presunção de violência — Presunção relativa — Crime descaracterizado — Recurso provido" (Ap. Crim. n. 33.667, de Itajaí, rel. Des. Álvaro Wandelli).

"Crime contra a liberdade sexual — Estupro — Vítima menor de 14 anos de idade — Violência presumida — Art. 224, a, do Código Penal — Particularidade do caso recomendando que a ficção jurídica seja afastada — Absolvição mantida" (Ap. Crim. n. 97.014659-0, de Capinzal, rel. Des. Paulo Gallotti).

2 - Diante do exposto, dou provimento ao recurso para absolver o réu com fundamento no item III do artigo 386 do CPP.

**III — Decisão**

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Paulo Gallotti. Lavrou parecer, pela douta Pro-

curadoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 18 de agosto de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006976-9, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Penal — Furto qualificado pelo arrombamento — Autoria e materialidade comprovadas — Reconhecimento pela vítima e testemunhas — Dosimetria — Tentativa — Redução em grau máximo — Menor iter criminis percorrido.*

*Considera-se tentado o furto se, após arrombar porta da residência da vítima, o agente desiste da empreitada criminosa por motivos alheios à sua vontade — quer por ter sido visto por vizinhos, quer por deparar-se com a vítima.*

*Se o iter criminis percorrido foi pequeno, o decréscimo decorrente da tentativa deve ser em grau máximo.*

**Relatório**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.006976-9, da comarca de Criciúma, em que é apelante Romildo Francisco Napoleão, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso e, de ofício, reduzir a pena para 1 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, no valor mínimo.

Custas na forma da lei.

Romildo Francisco Napoleão foi denunciado por infração ao art. 155, § 4º, inciso I (por duas vezes), c/c os arts. 14, II, e 71, todos do Código Penal.

Constou da denúncia:

“No dia 1º de setembro do corrente ano (1997), por volta das 11 horas, no intento de subtrair coisa alheia móvel, o denunciado rompeu parte do marco de madeira que sustenta a fechadura da porta da residência do Sr. Vanderlei Batista, localizada na Rua 518, casa n. 161, Bairro Santa Luzia, nesta Cidade e Comarca. Entretanto, ao abrir a referida porta, o denunciado

notou a presença no local do menor W. S. B., filho do dono da casa. Assim, temeroso das possíveis conseqüências de seu ato, evadiu-se correndo, não conseguindo consumir a prática delitiva por circunstâncias alheias à sua vontade.

“Em seguida, persistindo em seu intento criminoso, o denunciado dirigiu-se à residência de Osvaldo Manoel Batista, sita na Avenida Progresso, n. 277, Bairro Santa Luzia, nesta Comarca. Lá chegando, rompeu parte do marco de madeira da porta, na região da fechadura, liberando a trava e facilitando sua abertura. No entanto, nesta oportunidade, foi avistado por vizinhas que se encontravam próximas ao local, e, mais uma vez, por circunstâncias alheias à sua vontade, não pode consumir a prática delitiosa”.

Devidamente processado, restou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime fechado e 10 dias-multa, no valor mínimo, por infração ao art. 155, § 4º, I, c/c o art. 14, II, todos do Código Penal.

Inconformado, apela, alegando em síntese que deve ser absolvido por não existirem provas capazes de ensejar o decreto condenatório.

Também em resumo, diz o Dr. Promotor que a sentença deve ser mantida pelos próprios e jurídicos fundamentos.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo, haja vista ser o simples rompimento de obstáculo me-  
rio ato preparatório.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Preliminarmente, cumpre destacar que a decisão é *citra petita*.

O acusado foi denunciado pela prática de dois furtos tentados em continuidade delitiva.

Quando da sentença, muito embora analisados os dois delitos, a aplicação da pena recaiu somente sobre um, não tendo sido considerado o aumento do art. 71 do Código Penal.

Acontece que o representante ministerial quedou-se silente, não sendo possível, em caso de recurso exclusivo da defesa, reconhecer nulidade em prejuízo ao réu.

2 — Data venia do culto representante da douta Procuradoria-Geral, a tentativa de furto restou configurada, não se podendo cogitar que o simples arrombamento das residências configure apenas ato preparatório, pois o delito não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, a presença da vítima.

Os laudos de fls. 18/26 confirmam o arrombamento das duas residências.

Após arrombar a porta da residência de Vanderlei, o apelante, verificando que o filho da vítima estava presente, não consumou a empreitada.

No segundo crime, após arrombar a porta, visto por vizinhos, fugiu.

Ora, a empreitada criminosa não se consumou por circunstâncias alheias à vontade do agente, que, a toda evidência, pretendia subtrair bens alheios.

“Tentado é o furto quando o agente percorre toda a trajetória do crime (cogitação, preparação e execu-

ção), não se consumando apenas por razões alheias à sua vontade — deparar-se com a presença da vítima na residência, após nela ter adentrado. Sentença condenatória mantida” (TARGS, Ap. Crim. n. 297017600 — Quarta Câmara Criminal, rel. Juiz Aido Faustino Bertocchi, j. 27/8/97).

“Furto qualificado — Tentativa — Agentes surpreendidos ao empregar força física contra janela e porta — Reconhecimento — Condenação.

“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” (JTACrimSP 84/305).

“Furto qualificado — Agente que, após estourar fechaduras, acaba preso em flagrante no jardim da casa da vítima — Arrombamento que constitui ato típico de início de execução de subtração de patrimônio — Tentativa reconhecida.

“O arrombamento constitui ato típico do início de execução de subtração patrimonial, de sorte a responder por furto tentado o agente que, após estourar fechaduras de um portão e de duas portas, acaba sendo preso em flagrante no jardim da casa da vítima, embora não houvesse penetrado no interior da residência” (JTACrimSP 95/203).

“Furto — Rompimento de porta de entrada de residência — Sentença absolutória fundada em que seriam atos meramente preparatórios os praticados pelos agentes — Arrombamento que visa violação patrimonial

— Apelo ministerial provido — Condenação.

“O rompimento de porta de ingresso de casa alheia constitui ato de execução e não mero ato preparatório de furto, se, com o arrombamento, visa o agente à violação patrimonial” (JTACrimSP 91/280).

Do paradigma:

“Consoante difícil estabelecer-se a distinção entre atos preparatórios e os iniciais da execução, propondo mesmo os autores critérios variáveis, para dirimir as questões que a diferenciação suscita, está mais que evidente no caso dos autos que os agentes iniciaram a execução do furto, pois ingressaram na residência da vítima mediante arrombamento da porta, pericialmente comprovado, e só não se apossaram de nenhum pertence porque uma vizinha ouviu o barulho que provocavam e chamou a Polícia (...).

“(...)

“Ao contrário do contido na respeitável sentença, o rompimento de porta de ingresso de casa alheia constitui tentativa de furto, como anota Manzini (cf. Trattato di Diritto Penale Italiano, Torino, Utet, 1938, vol. IX/158, 1ª parte, n. 3.239, nota n. 2), de forma que se aproveitando os apelos desse rompimento para entrar na habitação da vítima, deram desenganadamente início à realização do tipo do furto, pouco importando, afinal, fossem pilhados, ao ensaiar o arrombamento de uma outra porta interna, pois já se achavam em franca execução do delito a que se tinham proposto.

“De resto, como bem ressaltou o Promotor apelante, a execução ini-



ciou-se com a realização da qualificadora do furto, pois, na lição de Jescheck, 'nos tipos qualificados, a tentativa começar, ao dar-se princípio à realização do tipo, sendo indiferente se o autor começa primeiro com a ação do tipo qualificado ou com a do tipo fundamental' (v. Tratado de Derecho Penal, parte general, trad. castelhana de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, Bosch, 1981, v. 2º/79)".

3 — Muito embora a negativa do apelante, a autoria da tentativa dos furtos restou comprovada, já que reconhecido por vítima e testemunhas.

W. S. B. esclareceu:

"Que estava na sala de sua residência e escutou um barulho na porta dos fundos, e quando foi ver um elemento abriu a porta; que nunca tinha visto tal elemento; que posteriormente o declarante reconheceu o autor do fato na Delegacia, como sendo o acusado; que o acusado saiu correndo quando viu o declarante" (fls. 65).

Em sede de delitos patrimoniais, na maioria das vezes cometidos às escondidas, a palavra do ofendido é de fundamental importância para a elucidação dos fatos.

Julio Fabbrini Mirabete explica que tais declarações são "sumamente valiosas quando incidem sobre o proceder de desconhecidos, em que o único interesse do lesado é apontar os verdadeiros culpados e narrar-lhes a atuação e não acusar pessoas inocentes. É o que ocorre, por exemplo, nos crimes de roubo (...)" (in Processo Penal, 5ª ed., São Paulo, Atlas, 1996, págs. 288/289).

"Furto. Tentativa. Recurso defensivo objetivando a absolvição por

falta de provas. Palavra da vítima em consonância com os demais elementos constantes dos autos. Valor probatório. Condenação mantida. Recurso desprovido.

"Tendo o ilícito acontecido às escondidas e à revelia de testemunhas, figurando como protagonistas do fato apenas o agente e a pessoa ofendida, reveste-se de especial valor probatório a palavra da vítima, que deve prevalecer sobre a do réu, quando firme e amparada pelos demais elementos coligidos" (Ap. Crim. n. 33.157, da Capital, rel. Des. Álvaro Wandelli).

Por outro lado, a alegação de que as declarações do filho da vítima, adolescente com 12 anos não é válido por tratar-se de depoimento infantil, Julio Fabbrini Mirabete leciona que:

"O depoimento infantil deve merecer valor probatório em especial quando a criança relata fato de simples percepção visual e de fácil percepção e compreensão, mesmo porque em regra se presume a pureza do menor, o que lhe concede credibilidade" (op. cit., pág. 302).

De qualquer modo, as vizinhas da segunda vítima também reconheceram o apelante.

Janice Gonçalves Costa afirmou:

"Que, no dia 1º/9/97, por volta das 10h15min a declarante estava em sua residência, quando foi chamada por sua vizinha, Maria; Que, sua vizinha gritava e dizia que tinha um elemento estranho na residência do Sr. Osvaldo...; Que, a declarante chegou mais perto da cerca e viu que tinha um rapaz negro no pátio da residência; Que, a declarante gritou com sua vizi-

nha Maria para a mesma chamar a Polícia, sendo que o rapaz virou-se e gritou dizendo que não era para chamar a Polícia, e mexeu na camisa; Que, então o rapaz disse isto as mesmas; a declarante e sua vizinha saíram correndo em direção as suas casas; Que, o elemento na oportunidade saiu do pátio de sua vizinha; Que, logo em seguida a Polícia Militar trouxe o rapaz e viram o arrombamento; Que, então mostraram o rapaz à declarante e esta reconheceu como sendo o elemento que estava na casa de sua vizinha" (fls. 37).

Muito embora tais depoimentos não tenham sido confirmados na fase judicial, servem como indícios capazes de convencer da autoria. Ademais, outra circunstância que depõe contra o apelante, é o fato de registrar diversas condenações anteriores por cometimento de delitos contra o patrimônio.

Espínola Filho, citando Lucchini, afirma:

"Há um preconceito na doutrina e, principalmente, na prática, de que o indício é uma fonte imperfeita, e menos atendível, de certeza que a prova direta. Isso não é exato. A eficácia do indício não é menor que o da prova direta, tal como não é inferior a certeza racional à histórica e física. O indício é somente subordinado à prova, porque não pode subsistir sem uma premissa, que é a circunstância indiciante, ou seja, uma circunstância provada; e o valor crítico do indício está em relação direta com o valor intrínseco da circunstância indiciante. Quando esteja bem esclarecido, pode o indício adquirir uma importância predominante e decisiva no Juízo' (Ele-

menti di procedura penale, 4ª ed., 1920, n. 131)" (in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 6ª ed., vol. 3, Rio de Janeiro, Editora Rio, pág. 175).

"Prova indiciária — Força probante.

"Ementa da redação: No que interessa ao direito processual, a força probante dos indícios é igual à de qualquer outro meio de prova.

"Se o espírito humano, na maioria das vezes, não atinge a verdade senão por argumentos probatórios indiretos, para evidenciar a circunstância ignorada com o nexo de causalidade, ou de identidade específica, não poderia, pois, ser desprezada, nos juízos criminais, a prova indiciária, dêse que cada vez mais a inteligência, a prudência e a cautela dos criminosos dificultam a prova direta" (RT 728/543).

"Furto — Prova — Delito em regra dependente de clandestinidade — Suficiência para condenação a apreciação adequada de elementos fornecedores de convicção autorizadores da certeza de participação do acusado no evento.

"O furto é delito em regra dependente de clandestinidade. Não se pratica furto às escâncaras. O subtraente prefere atuar sozinho, longe das vistas do dono, pretensamente interessado em salvaguardar seu patrimônio. Por isso mesmo, a prova suficiente à condenação por furto não é daquelas contundentes, vistosas, bastando apreciação adequada de elementos formadores de convicção autorizadores da certeza de participação do acusado no evento" (RT 716/470).

“Prova — Indícios — Aceitação como meio comprobatório que se harmoniza com o princípio do livre convencimento do Juiz — Necessidade, porém, de se ter uma cautela maior sempre fundada no conhecimento e prudente critério que é dado ao julgador — Inteligência do art. 239 do CPP.

“A lei processual penal abriga a prova indiciária (art. 239 do CPP).

“Sua aceitação como meio de prova harmoniza-se com o princípio do livre convencimento do juiz. Embora, para certos autores, a prova indiciária seja incompatível com a exigibilidade da certeza da sentença condenatória, se delas não usarmos grassará, muitas vezes, a impunidade. O que se torna indispensável é ter-se uma cautela maior sempre fundada no conhecimento e prudente critério que é dado ao julgador” (RT 718/394).

4 — O iter criminis foi pequeno.

Considerando que — apesar de romper fechadura da porta — o apelante — não chegou a subtrair nenhum objeto, a redução do art. 14, II, do Código Penal, deve ser no grau máximo.

“Em casos de tentativa que não chega a haver subtração, a diminuição, pela insipiência da ação desencadeada, deve ser de 2/3: se ocorre o apossamento da res pelo furão, sem que este chegue a se afastar do local, a redução aplicável é a de metade da pena-base; e, se a subtração ocorre, o larápio logrando afastar-se do local, mas sem alcançar a posse tranqüila do material, o decréscimo observável será o de 1/3, até porque, se alcançada a posse imperturbada

do produto do ilícito, já se estará diante de furto consumado’ (TACrimSP — AC — rel. Bittencourt Rodrigues — JUTACrim 87/222)” (in Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, 6ª ed., vol. 1, tomo 1, Parte Geral, Alberto Silva Franco, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pág. 227).

Assim, se ao final das duas primeiras fases da dosimetria a pena restou quantificada em 3 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, no valor mínimo, agora, no último momento, a pena é diminuída em 2/3, concretizando-se ao final em 1 (um) ano de reclusão e 3 (três) dias-multa.

O regime de cumprimento é o fechado, consoante determina o art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Em face da reincidência, não cabe nenhuma das substituições.

5 — Pelo exposto, nego provimento ao recurso e, de ofício, reduzo a pena para 1 (um) ano de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, no valor mínimo.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Negaram provimento ao recurso e, de ofício, reduziram a pena para 1 (um) ano de reclusão e ao pagamento de 3 (três) dias-multa, no valor mínimo.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Rui Carlos Kolb Schiefler.

Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

*Amaral e Silva,  
Presidente e Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.007624-2, DE TIMBÓ**

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Direito penal juvenil — Estatuto da Criança e do Adolescente — Ato infracional — Medida socioeducativa — Advento da maioridade — Aplicação da lei especial — Data do fato — Recurso ministerial provido — Sentença anulada.*

*O direito subjetivo do Estado à imposição de medidas socioeducativas só se extingue quando o agente completa 21 anos de idade.*

*“Na aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA —, leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância de atingir o agente a maioridade (art. 104, parágrafo único)” (STJ).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.007624-2, da comarca de Timbó, em que é apelante a Justiça, por seu Promotor, sendo apelado F. de O.:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento ao recurso, determinando que seja proferida, com urgência, decisão de mérito.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

A Dra. Promotora ofereceu apresentação contra o adolescente F. de O., com 17 anos, por ter praticado a conduta tipificada no art. 155, § 4º, inciso IV, do Código Penal.

Segundo a vestibular:

“Consta do incluso procedimento, que no dia 19 de maio de 1996, por volta das 5h30min, o representado e Agerinaldo Lourenço Ribeiro, maior, previamente acordados e com união de esforços, quando retornaram de um baile, subtraíram da garagem da vítima Mauri Valcanaia, situada na Rua Tiroleses, s/n, nesta cidade, o veículo VW Fusca 1300, placas RD 0082 de propriedade desta, com o qual rumaram para a localidade de Rio Rosina, no mesmo Município.

“Posteriormente, após colidirem com o veículo num barranco, abandonaram-no, empreendendo fuga do local”.

O Magistrado extinguiu o feito, sem apreciação do mérito, ao funda-

mento de haver o adolescente atingido a maioridade penal.

Inconformada, apelou a Dra. Promotora, alegando, em síntese, que para a aplicação do Estatuto da Criança e do Adolescente deve ser considerada a idade à data do cometimento do ato, sendo que uma vez atingida a maioridade penal, as medidas socioeducativas podem ser aplicadas até os 21 anos de idade.

Também em resumo, diz o apelado, que houve a preclusão.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Assiste razão à zelosa representante do Ministério Público.

O Estatuto da Criança e do Adolescente aplica-se excepcionalmente às pessoas com idade entre 18 e 21 anos, sendo que, em se tratando de medida socioeducativa, deve ser considerada a idade do autor à época do fato.

O Prof. Ubaldino Calvento Solari, do Instituto Interamericano del Niño, ao comentar o parágrafo único do art. 2º do ECA, explica:

“De acordo com a denominação do novo ordenamento, o art. 2º do Estatuto refere-se à sua competência em razão da pessoa: em princípio, o menor de 18 anos. (...) Do mencionado art. 2º emerge também que, excepcionalmente e quando disposto na lei, o Estatuto é aplicável aos que se encontram entre os 18 e 21 anos” (“Esta-

tuto da Criança e do Adolescente Comentado — Comentários Jurídicos e Sociais”, Coordenadores: Munir Cury e outros, São Paulo, Malheiros Editores, 1992, pág. 14).

No mesmo sentido o Superior Tribunal de Justiça:

“Processual penal. Habeas corpus. Delito praticado por menor. Medida socioeducativa. Lei n. 8.069/90 — ECA. Advento da maioridade. Efeitos.

“Na aplicação das medidas socioeducativas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente — ECA —, leva-se em consideração a idade do menor ao tempo da prática do fato, sendo irrelevante, para efeito de cumprimento da sanção, a circunstância de atingir o agente a maioridade (art. 104, parágrafo único)” (STJ, RHC n. 7.308—SP, rel. Min. Vicente Leal, 6ª T., j. 2/4/98, DJU 27/4/98).

E ainda:

“Estatuto da criança e do adolescente. Imposição de medida socioeducativa. Data do fato.

“Na imposição de medida socioeducativa deve ser considerada a idade do autor na data do fato, de tal sorte que, mesmo já tendo completado 18 anos na data da sentença, deve ser imposta a medida, sob pena de não se impor nem a medida, nem pena criminal àqueles que cometerem ato infracional quando já prestes a completar 18 anos.

“Apelo provido para que seja desarquivada a representação” (AC n. 596105072, TJRS, 7ª CC, rel. Des. Paulo Heerdt, v. u. 20.11.96, in Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP — Jurisprudência — vol. 1/97).

“Agrav. Procedimento para

apuração de ato infracional praticado por menor. Pedido de extinção em razão de haver aquele completado 18 anos de idade. Impossibilidade por permanecer sujeito à atuação do Juízo da Infância e da Juventude. Art. 104, parágrafo único, do ECA. Art. 125, § 5º, ECA. Art. 228, CF, art. 27, CP (...).

"Na interpretação do art. 104, parágrafo único, art. 125, § 5º, ambos do ECA, e art. 228 da CF e art. 27 do CP, decorre do posicionamento de que, se o adolescente completar 18 anos antes de instaurado o procedimento socioeducativo ou sem ter sido executada a medida, permanecerá sujeito à atuação do Juízo da Infância e da Juventude. (...)" (AG n. 0115-2/95, TJPR, rel. Des. Ângelo Zattar, j. 21/8/95, in Biblioteca dos Direitos da Criança ABMP — Jurisprudência — vol. 1/97).

2 — Cumpre observar, ainda, que o autor do fato nasceu em 18/2/79, não tendo completado 21 anos.

A data de 16/9/77, que consta da sentença, refere-se ao nascimento de Agerinaldo Lourenço Ribeiro (fls.

12) — o maior que acompanhava o apelado quando do furto.

De qualquer forma, decadência do direito do Estado no tocante à aplicação de medida socioeducativa só ocorre quando o agente completa os 21 anos de idade.

3 — Pelo exposto, dou provimento ao recurso, determinando que seja proferida, com urgência, decisão de mérito.

### III — Decisão

Acompanharam o relator. Deram provimento, determinando que seja proferida, com urgência, decisão de mérito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 15 de setembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.007855-5, DE PONTE SERRADA

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual e penal — Furto — Menor penalmente inimputável — Decadência relativa ao processo estatutário penal juvenil — Prescrição na órbita penal comum — Recurso provido — Precedentes jurisprudenciais.*

*Estando prescritos o ato infracional e o crime só resta declarar extinta a punibilidade do agente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.007855-5, da comarca de Ponte Serrada, em que é apelante Alcione Capelletti, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, e de ofício, declarar prescrita retroativamente a pretensão punitiva.

Custas na forma da lei.

### **I — Relatório**

Anacleto Capelletti, Adécio Capelletti e Alcione Capelletti foram denunciados como incurso nas sanções do art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 69, ambos do Código Penal.

Segundo a vestibular:

“Consta que os denunciados que são irmãos e que moravam na localidade de Santo Antônio, interior do município de Passos Maia—SC, nesta comarca de Ponte Serrada—SC, pactuaram entre si perpetrar diversos furtos de suínos e bovinos na região citada.

“Para tanto, no ano de 1991, em mês e datas não determinados, os denunciados, mediante acordo de vontades e conjugando esforços, adentraram no interior de uma propriedade rural arrendada pela vítima Mário Varela, localizada em Santo Antônio (fazenda Ataíde) em Passos Maia, e subtraíram para si 3 (três) cabeças de suínos pesando em média 134kg, cuja avaliação consta do auto de fls. 26 do IP.

“Decorridos vários meses, já no

ano de 1992, os denunciados utilizando-se sempre do mesmo modus operandi, na localidade de Santo Antônio, da propriedade arrendada pela vítima João Maria Dias, subtraíram 12 cabeças de suínos, pesando em média 80Kg (cada um), cuja avaliação consta a fls. 26 do IP.

“No mês de março de 1993, em data e horários não precisados, os denunciados dando seqüência as suas empreitadas delituosas, sempre mediante acordo de vontades e conjugando esforços, dirigiram-se até a propriedade da vítima João Dal Bem, localizada também em Passos Maia—SC, nesta comarca, e posteriormente — já no interior da aludida propriedade, subtraíram para si 1 animal bovino com cerca de 3 anos de idade, avaliado em Cr\$ 185.000,00 (auto de fls. 26 do IP).

“Todos estes furtos só foram descobertos pela autoridade policial da DEPOL de Passos Maia em 21/1/94”.

Processados regularmente, Anacleto Capelletti e Adécio Capelletti foram condenados à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao disposto no art. 155, § 4º, IV, do Código Penal, sendo concedido o sursis. Alcione Capelletti foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime semi-aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no mínimo legal, por infração ao art. 155, § 4º, IV, c/c o art. 61, I, c/c o art. 65, I, todos do Estatuto Repressivo.

Inconformado, alega o apelante, em síntese, que deve ser reconhecida a inimputabilidade penal ao tem-

po dos dois primeiros furtos, porquanto menor de 18 anos à época; que inexistindo prova da autoria do furto do boi, deve ser absolvido com fulcro no art. 386, IV, do CPP.

O Ministério Público, em ambas as instâncias, é pelo conhecimento e provimento do apelo.

O recurso seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Segundo a denúncia e a sentença, os dois primeiros furtos foram consumados em 1991 e 1992, em datas não determinadas.

A carteira de identidade (fls. 91) informa que o apelante nasceu em 2/8/74, portanto ao tempo das infrações era penalmente inimputável, CF, 228.

Inexistindo imputabilidade penal, embora típico, antijurídico e culpável o fato ilícito, o agente não se submete ao Direito Penal Comum, muito menos à pena criminal, ficando sujeito à Legislação Penal Juvenil, no caso, o Estatuto da Criança e do Adolescente.

Acontece que pela Legislação Penal Juvenil, o Estatuto da Criança e do Adolescente, o ato infracional (art. 103) depende da ação de pretensão socioeducativa que tem de ser exercida até os 21 anos, a maioridade civil, pena de decadência do direito do Estado a aplicação de medidas socioeducativas — art. 2º, parágrafo único, c/c art. 121, § 5º.

No Habeas Corpus n. 97.002699-4, da Capital, de que fui relator, decidimos:

“Constitucional e processual penal — Habeas corpus — Menor penalmente inimputável — Processo crime anulado — Decadência relativa ao processo na órbita penal juvenil — Ordem concedida para anulação do processo criminal.

“Se o ato infracional foi praticado à época em que o autor era adolescente, não se submete ele à pena criminal e, muito menos, à jurisdição dos adultos, sendo nulo o respectivo processo.

“Decaindo o Estado do direito a aplicação de medida socioeducativa por haver o agente completado mais de 21 anos de idade, fica livre do processo na jurisdição penal juvenil”.

2 — Quanto ao terceiro furto, praticado no mês de março de 1993, o apelante, ao tempo do delito era menor de 21 anos, porém imputável frente à Lei Penal Comum, pois tinha mais de 18 anos.

Pelo referido furto acabou condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão.

A sentença foi publicada a 3 de setembro de 1996. A denúncia recebida dia 1º de março de 1994.

Entre a causa interruptiva da prescrição e a data da sentença, que transitou em julgado para a acusação, decorreu lapso de tempo superior a dois anos, estando prescrita a ação penal. Confira-se, artigos 109, V, 110, § 1º, 115 e 117, I, todos do Código Penal.

Nesse sentido a jurisprudência:

“Ação penal — Extinção da punibilidade — Prescrição da pretensão punitiva, na forma retroativa — Maté-



ria conhecível de ofício — Recurso — Exame do mérito prejudicado.

“Ocorrendo prescrição da pretensão punitiva, inclusive na forma retroativa, por ser matéria de ordem pública, deve ser reconhecida, de ofício, nos termos do art. 61, caput, do CPP, em qualquer fase da ação penal, pelo juiz ou Tribunal, sem entrar no exame do mérito, que ficará prejudicado” (Ap. Crim. n. 34.564, de Tubarão, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Réu condenado à pena de um ano e seis meses de reclusão. Lapso temporal entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória. Artigos 109, V, e 110, §§ 1º e 2º do Código Penal. Extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado” (Ap. Crim. n. 34.572, de Joaçaba, rel. Des. Genésio Nollí).

“Ação penal — Réu menor — Prescrição da pretensão punitiva, retroativa — Prazo contado pela metade (art. 115, CP) — Fluência entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença — Extinção da punibilidade declarada, de ofício — Recurso prejudicado” (Ap. Crim. n. 96.001700-3, de Laguna, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Ação penal — Extinção da punibilidade — Prescrição da pretensão punitiva retroativa — Réu menor — Condenação exclusivamente à pena de multa — Lapso temporal decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença — Reconhecimento de ofício — Mérito prejudicado” (Ap. Crim. n. 96.000026-7, da Capital, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

“Provimento do recurso de um

dos réus, a fim de decretar-lhe a extinção da punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pena, em face de sua menoridade à época do delito, a teor do disposto nos arts. 109, caput, c/c os §§ 1º e 2º do art. 110 e 115, todos do digesto repressivo penal” (Ap. Crim. n. 32.764, de Palmitos, rel. Des. Genésio Nollí).

“Furto qualificado. Prescrição. Decorrência de lapso temporal superior a 3 (três) anos entre a data do recebimento da denúncia e a publicação da sentença. Pena privativa de liberdade aplicada em 2 (dois) anos de reclusão. Acusado menor de 21 (vinte e um) anos de idade à data do fato. Redução do prazo prescricional pela metade (artigo 115 do CP). Extinção da punibilidade do apelante decretada, estendidos os seus efeitos aos co-réus não apelantes. Exame do mérito prejudicado” (Ap. Crim. n. 96.011855-1, de Timbó, rel. Des. Alberto Costa).

“Estelionato. Confissão detalhada dos réus, apoiada no restante do elenco probatório. Condenação mantida. Recurso provido para adequar as reprimendas impostas, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade de um dos réus, pela ocorrência da prescrição retroativa da pena, em razão de sua menoridade à época do delito” (Ap. Crim. n. 88.089180-1, de Lages, rel. Des. Genésio Nollí).

Damásio de Jesus explica:

“O art. 115 do CP determina que são reduzidos de metade os prazos da prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 ou maior de 70 anos na data da sentença. Em relação ao menor nenhuma

influência tem a emancipação civil, não afastando a redução do prazo.

“A disposição é aplicável aos prazos prescricionais dos arts. 109, 110 e 113. Tratando-se de co-autoria ou participação, a redução é incomunicável.

“Em relação ao menor, qual foi a teoria adotada pelo CP no tocante ao tempus delicti? A da atividade, do resultado ou a mista?”

“O CP apenas fala em ‘tempo do crime’.

“Cremos que deve ser levada em conta a idade do agente no momento da execução do crime (teoria da atividade). Assim, tratando-se de crime de homicídio, se o sujeito, antes de completar 21 anos, fere a vítima, vindo esta a falecer depois de ele completar a maioridade, o lapso prescricional deve ser reduzido de metade.

“A redução do prazo prescricional não é afastada quando o sujeito, tendo praticado o crime antes de completar 21 anos de idade, alcança a maioridade durante a persecução pe-

nal” (“Direito Penal”, São Paulo, Saraiva, 1993, vol. I, pág. 647).

3 — Pelo exposto, dou provimento parcial ao recurso, para reconhecer a inimizabilidade penal no tocante aos dois primeiros furtos, e, de ofício, declarar prescrita retroativamente a pretensão punitiva, quanto ao último delito.

### III — Decisão

Acompanharam o voto do relator. Deram provimento parcial ao recurso para reconhecer a inimizabilidade penal no tocante aos dois primeiros furtos, e, de ofício, declarar prescrita retroativamente a pretensão punitiva, quanto ao último delito.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nollí e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Hipólito Luiz Piazza.

Florianópolis, 8 de setembro de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.010022-1, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Acidente de trânsito. Homicídio culposo e lesões corporais culposas. Nulidade. Alegação de cerceamento de defesa por ausência de inquirição de testemunha arrolada na denúncia e na defesa prévia e ausência de degravação de fita de videocassete. Testemunha procurada por duas vezes em endereços diversos. Ausência de prejuízo. Poder instrutório do juiz. Inocorrência. Imprudência. Motorista que imprimindo alta velocidade em local de grande movimen-*

*to e em dia de chuva invade a contramão de direção, provocando diversas colisões. Alegação de culpa exclusiva de ciclista embriagado. Necessidade de conhecimento dos delitos de trânsito. Recurso desprovido.*

*Se do depoimento que à defesa parece fundamental nada pode ser coletado em favor do réu que já não esteja nos autos, inocorrendo o prejuízo alegado no caso em tela, a nulidade por cerceamento de defesa não pode ser reconhecida, da mesma forma que “vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência ou necessidade de qualquer exame pericial requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa” (RT 577/427).*

*Motorista que em local de intenso movimento e em dia de chuva imprime alta velocidade e, tentando evitar colisão com veículo à sua frente, invade a contramão de direção, provoca diversas colisões, com mortes e lesões corporais, age com inegável imprudência.*

*Com a recente entrada em vigor da nova Lei de Trânsito “é inegável que nesse contexto insere-se não só a necessidade de um procedimento criminal rápido e de medidas penais rigorosas e eficazes, mas também a de que a conclusão pela culpa decorra de uma operação mental previsível, segundo padrões homogêneos, de modo que ao motorista comum brasileiro seja dado conhecimento das condutas que, em determinadas situações, caracterizam a culpabilidade, ou não, conforme o que vem sendo decidido pelos tribunais, cujas formulações já é hora de deixarem os repertórios de jurisprudência para saírem às ruas, no trânsito” (in A Culpa e Sua Prova nos Delitos de Trânsito, Vicente Grecco Filho, Saraiva, 1993, pág. 2).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.010022-1, da comarca de Itajaí (2ª Vara), em que é apelante Jucenir Vieira e apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câ-

mara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e negar-lhe provimento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Itajaí (2ª Vara), o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Jucenir Vieira, dando-o como incurso nas san-

ções dos artigos 121, § 3º (6 vezes) e 129, § 6º (24 vezes), *c/c* artigo 70, todos do Código Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória: “no dia 7 de julho de 1995, no KM 111, da BR 101, por volta das 16 horas, o ora denunciado, conduzindo o veículo caminhão Mercedes-Benz, placas GB 8060, de propriedade de Expresso Litoral Ltda., no sentido Barra Velha/Itajaí, sobre a ponte do Rio Itajaí-Mirim, Navegantes—SC, agindo com imprudência, com velocidade incompatível com as condições da pista, tempo chuvoso, não conseguiu frenar eficientemente, colidindo contra a traseira do veículo Ômega/GM, placas BB 8100, conduzido por Sidemir Rogério de Souza e o veículo caminhão Mercedes-Benz, 1418, BC, placas IBK 1175, conduzido por Marino Fernandes de Barros, no mesmo sentido e direção, que haviam reduzido a velocidade em função da presença de um ciclista sobre a ponte.

“Ato contínuo, desgovernado, o veículo conduzido pelo denunciado atingiu o veículo Ônibus Mercedes-Benz, OF 812, placas JLZ 6147, conduzido por Ademir Duarte, na mesma direção em sentido inverso, que findou por capotar, caindo com o rodado para cima, dentro do leito do rio supracitado.

“Do evento resultou a morte das vítimas Fabíola Paulo Guerra, Renata Aparecida Machado de Moura, Renato Luiz Machado de Moura, Vanessa Pereira, Sueli Simões Siqueira e Ademir Duarte, conforme demonstram os autos de exame cadavérico de fls. 12/17 e lesões corporais nas vítimas Patrícia Antônio Vicente, Melissa Onofre Pereira, Nilton Cesar de S. Júnior, Gisele Pereira, Ivanir

Andrade, José Moura da Silva Filho, Elza Machado de Moura, Michele de Freitas, Simone Bernardes, Demétrio Bernardes, Rosângela Mazilda dos Santos, Marcia Correa do Nascimento, Tania Maria Fidelis dos Santos, André Luiz de Moura da Silva, Priscila Moraes, Andressa Simões Siqueira, Caio Simões Siqueira, Maicon Iliomar Correia, José Eduardo da Silva, Maria da Rosa Cercal, Adalberto Fernando Amorim, Maitê Martins, Simone Lopes e Sidemir Rogério de Souza, conforme demonstram os autos de exame de corpo-delito de fls. 18/32” (fls. 2/4).

Processado, restou condenado como incurso nas sanções do artigo 121, § 3º, *c/c* o art. 70, ambos do Código Penal, à pena de 1 (um) ano e 6 (seis) meses de detenção, que foi suspensa condicionalmente pelo prazo de dois anos, com a condição de apresentar-se trimestralmente no Juízo de sua residência.

Irresignado, apelou tempestivamente, pugnano pela apresentação de razões em Segundo Grau, como lhe faculta o art. 600, § 4º, do CPP.

Nesta Superior Instância, alega, em suas razões, preliminarmente, a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, em face da não inquirição da testemunha Marino de Barros Fernandes, e da não degravacão da fita de videocassete juntada aos autos.

No mérito, aduz que não teve culpa no evento, imprevisível e inevitável, ocorrido em virtude da “culpa exclusiva e preponderante do ciclista bêbado” (fls. 342), que causou a obstrução da corrente de tráfego em que seguia o caminhão do apelante.

Com as contra-razões, mani-

festou-se a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. André Carvalho, pelo conhecimento e improvemento do apelo.

É o relatório.

Preliminar

Com relação à preliminar argüida, referente a ocorrência de nulidade por cerceamento de defesa, não assiste razão ao apelante.

Para sustentar a tese de cerceamento de defesa, capaz de fulminar de nulidade os autos do processo, sustenta o apelante que a "fita de videocassete, a ser degradada, prova que a queda do ônibus transportador das pretensas vítimas foi motivada por ato culposo do respectivo motorista, conforme apurado in loco e imediatamente após o ocorrido. Por outro lado, a testemunha presencial Marino era o motorista de um dos veículos à frente do caminhão do apelante, cujo depoimento demonstraria cabalmente que o sinistro que se seguiu teve um único causador: o ciclista que inopinada e inadvertidamente ingressou na pista de rolamento e cortou a corrente de tráfego" (fls. 338).

Inquirido durante a fase investigatória (fls. 53), Marino não só confirmou a versão descrita no Boletim de Ocorrência (fls. 9/13) e nos depoimentos das demais testemunhas, especialmente de Sidemir Rogério de Souza (fls. 48/50) e Massataka Hokai (fls. 55/56), como de suas palavras nada pode ser coletado em favor do réu que já não esteja nos autos, incorrendo o prejuízo alegado no caso em tela.

Assim, como é sabido, "o Código de Processo Penal consagra o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a

acusação ou à defesa; assim, mesmo que tenha havido qualquer irregularidade, nenhum ato será declarado nulo se, atingindo sua finalidade, não tenha causado prejuízo à apuração da verdade substancial" (in Apelação Criminal n. 30.015, de Urubici, rel. Des. Nilton Macedo Machado, DJ 8.857, de 28/10/93, pag. 11).

Assim, a ausência de inquirição da testemunha Marino Barros Fernandes, depoimento que ao apelante parece fundamental, nenhum prejuízo acarretou à defesa, razão pela qual não lhe favorece a nulidade aventada.

Só para argumentar, totalmente apropriada a afirmação do Dr. Procurador que em seu parecer aduziu que "até mesmo com muita tolerância, o juízo a quo, incessantemente, procurou realizar esta prova testemunhal de todas as formas possíveis" (fls. 360), uma vez que o terceiro endereço fornecido pela defesa foi juntado aos autos um ano e meio após os fatos, em 9 de janeiro de 1997.

Em relação a não desgravação do videocassete, melhor sorte não tem o apelante, porquanto em nenhum momento dos autos foi a referida prova dada como necessária, cabendo ao prudente arbítrio do Juiz diretor do processo a verificação de sua importância, com o intuito de evitar a realização de perícias desnecessárias, impertinentes e procrastinatórias.

Às fls. 198 dos autos lê-se o despacho da MMa. Juíza:

"J.se. A Sra. Escrivã deverá atender o presente pedido.

"A fita que acompanha deverá ser guardada no cofre do Cartório".

Dessa forma, a não realização do exame pericial requerido, como no caso vertente, não se constituiu em cerceamento de defesa.

A jurisprudência pátria assim tem decidido:

“Vige na lei processual brasileira o princípio da livre apreciação da prova, impondo-se ao julgador apenas o dever de fundamentar os parâmetros norteadores da decisão. Como corolário, não é retirada da autoridade judiciária a exclusiva apreciação da conveniência ou necessidade de qualquer exame pericial requerido, não ficando o juízo sujeito a seu deferimento, e a negativa do pedido não constitui cerceamento de defesa” (RT 577/427).

No mais, convém lembrar, por oportuna, a transcrição das lições do mestre Francisco Campos, na Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, acerca das nulidades:

“Como já foi dito de início, o projeto é infenso ao excessivo rigorismo formal, que dá ensejo, atualmente, à infundável série das nulidades processuais. Segundo a justa advertência de ilustre processualista italiano, ‘um bom direito processual penal deve limitar as sanções de nulidade àquele estrito mínimo que não pode ser abstraído sem lesar legítimos e graves interesses do Estado e dos cidadãos’.

“O projeto não deixa respiradouro para o frívolo curialismo, que se compraz em espolhar nulidades. É consagrado o princípio geral de que nenhuma nulidade ocorre se não há prejuízo para a acusação ou a defesa.

“Não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente

na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade”.

Do que se valeu a providencial advertência feita pelo eminente Ministro Jesus Costa Lima, do colendo Superior Tribunal de Justiça, que se amolda como luva ao caso vertente:

“Já é tempo para deixar-se de espolhar nulidades em tudo, prejudicando a essência do processo que é encontrar a verdade” (in RHC n. 3.150-6/SP, DJU de 22/11/93, pág. 24.968).

Ora, se não bastasse, afinal de quem foi a culpa do sinistro na versão do apelante? Do ciclista, se inquirida fosse a testemunha Marino? Ou do motorista do ônibus, se efetuada a gravação do videocassete?

Por essas razões a preliminar de nulidade do processo por cerceamento de defesa merece ser repelida, por ambos os motivos alegados.

### *Mérito*

Compulsando os autos vê-se que a prova colhida durante a instrução do presente processo, aliada aos elementos da fase investigatória, demonstra que o réu, imprudentemente, dirigindo em velocidade incompatível com o local e as circunstâncias, adentrando a pista contrária, provocou o acidente fatídico que culminou com a morte de 6 (seis) pessoas e lesões corporais em outras 24 (vinte e quatro).

O acidente verificou-se quando o acusado, dirigindo o veículo caminhão Mercedes-Benz, placas GB 8060 (V3), de propriedade de Expresso Litoral Ltda. (ou Expresso Citazul

Ltda.), no sentido Barra Velha/Itajaí, sobre a ponte do Rio Itajaí-Mirim, Navegantes—SC colidiu com o veículos:

— Ômega/GM, cor bordeaux, placas BB 8100, conduzido por Sidemir Rogério de Souza (V2);

— Ônibus Mercedes-Benz, OF 812, placas JLZ 6147, conduzido por Ademir Duarte (V4);

— Ford/Del Rey, cor azul metálico, placas ADP 2684, conduzido por Massataka Hokai (V5);

O ponto de partida para a elucidação dos fatos está no Boletim de Ocorrência de fls. 9/15, cujas críticas feitas pela douta defesa não maculam a sua credibilidade, uma vez que corroborado pelos depoimentos dos motoristas envolvidos no sinistro.

Tal peça, elaborada pela Polícia Rodoviária Federal, por seu Patrulheiro, Sr. Carlos Alberto Ferreira do Nascimento, testemunha comprometida e isenta de qualquer interesse no feito, apontou que “para não colidir com ciclista no leito carroçável da ponte, o veículo 01 freou bruscamente; o veículo 02 que vinha a seguir idem; na seqüência, o veículo 03 desviou para a esquerda tentando inutilmente evitar a colisão com o veículo 02, e além de prensar o veículo 02 na traseira do veículo 01, o veículo 03 abalroou o veículo 04 (coletivo) que vinha no sentido oposto, projetando-o para fora da ponte, fazendo com que o veículo 04 (coletivo) caísse com o teto para baixo no plano inferior, sob a ponte; o veículo 05 que seguia atrás do veículo 04 acabou também sendo abalroado pelo veículo 03” (fls. 10).

O patrulheiro rodoviário Carlos Alberto Ferreira do Nascimento, inquirido durante a instrução do feito, de-

clarou que “o primeiro motorista que não se envolveu no acidente teve que parar seu caminhão em razão de um ciclista que estava transitando pela mesma mão de direção; que o segundo veículo, isto é, um caminhão que seguia na retaguarda do primeiro também conseguiu parar; que o terceiro veículo, no caso um Ômega, também freou, sendo, contudo, abalroado pelo quarto veículo, sendo projetado no segundo e o aludido quarto veículo, isto é, o caminhão dirigido pelo acusado invadiu a pista contrária, abalroou na lateral do ônibus, o qual tombou para fora da ponte, chocando na lateral também com um Del Rey” (fls. 264, v.).

Sidemir Rogério de Souza, condutor do veículo Ômega, afirmou que “quando ao subir o início da Ponte Itajaí-Açu, observou que o veículo caminhão que vinha a sua frente, de cor branca, estava parando sobre a ponte; que, como o declarante já vinha com a velocidade de seu veículo bastante reduzida, foi também parando normalmente atrás do caminhão; que, tão logo o declarante parou o seu veículo, olhando pelo retrovisor observou que uma carreta desenvolvendo velocidade alta, vinha na sua retaguarda, presumindo o declarante que a mesma não tinha parar repentinamente e iria colidir na traseira de seu veículo, ocasião em que o declarante ligou a seta de alarme para chamar a atenção do condutor da carreta, porém foi tudo em vão, pois logo veio a colisão da carreta contra a traseira de seu veículo” (fls. 49).

A testemunha Marino de Barros Fernandes, durante a fase investigatória, cuja ausência em Juízo se insurgiu a defesa, opinou “que a violência do acidente ocorreu talvez em virtude

de estar a carreta, que colidiu atrás do automóvel Ômega, em alta velocidade e não ter o condutor condições de evitar o acidente tanto contra o automóvel como contra o ônibus, que trafegava em sentido contrário" (fls. 53).

No entanto, a testemunha mais contundente com relação à culpabilidade do réu foi o motorista condutor do Ford/Del Rey, Massataka Hokai, cujas palavras são decisivas: "quando ao subir a Ponte Itajaí-Açu, já em velocidade de cerca de 30km/h, atrás de um ônibus de turismo, o declarante teve a sua atenção voltada para este, pois o mesmo foi colidido por uma carreta, que trafegava em sentido contrário, juntando o ônibus, que foi projetado para fora da ponte, caindo; ato contínuo a mesma carreta veio em direção ao veículo que o declarante conduzia, nada podendo fazer este, colidindo na dianteira da lateral esquerda do veículo que o declarante conduzia, onde parou junto ao veículo do declarante, pois a mesma colidiu com a dianteira" (fls. 55).

Assim, é que os subsídios informados pelo mencionado Boletim de Ocorrência, quanto ao ponto de impacto e à sede dos danos verificados nos veículos envolvidos, bem como os depoimentos coletados, permitem a conclusão sobre a responsabilidade do acusado, muito embora este procure desviar as atenções, dando conta para a responsabilidade exclusiva, ora do ciclista, ora do motorista do coletivo.

Ademais, ainda que se admitisse levíssima culpa por parte do ciclista ou do falecido motorista do ônibus, é consabido que em matéria penal não há que se falar em compensação —

não elidindo a culpa do agente, se porventura concorrente a culpa do ofendido.

Nesse sentido:

"Inexiste, em nosso Direito Penal, compensação de culpas. Não se exonera, assim, de responsabilidade o motorista que, culposamente, se envolve em colisão, pelo fato de haver contribuído para eventual culpa concorrente do ofendido" (TACrimSP — AC — rel. Gonzaga Franceschini — JUTACrim 86/220 — apud Código Penal e sua interpretação jurisprudencial, Alberto Silva Franco et al. — 3ª ed. — São Paulo, RT, 1990, pág. 94).

Por mais que se admita a manobra inopinada do ciclista a caracterizar sua contribuição na ocorrência do acidente, tal fato não afasta a culpa do apelante, pois é sabido que em sede criminal eventual concorrência de culpa da vítima não afasta a responsabilidade culposa do réu.

Por outro lado, a falta de prudência por parte do apelante foi fato determinante na ocorrência do evento.

Vicente Fontana Cardoso escreve que "imprudente é o motorista que usa seu veículo numa velocidade incompatível com as condições da via ou com as condições oferecidas pelo próprio veículo. Verdade é que o mundo moderno é um mundo de disputa, de concorrências, de corridas, de afofações, mas nem por isso é dispensada a prudência e o bom senso. A velocidade máxima permitida nos locais, estabelecida pelo regulamento, não é sinônimo de velocidade obrigatória ou que não possa andar abaixo dela. A velocidade sempre deve ser a que esteja de acordo com as condições favoráveis da via, observadas as cautelas



recomendáveis, não esquecendo que o motorista deve ter sempre seu veículo sob domínio. As ruas e estradas estão cheias de surpresas e imprevistos. Porém, estas surpresas e estes imprevistos são tão freqüentes que, praticamente, deixam de o ser, passando à categoria de fatos corriqueiros e comuns, perfeitamente previsíveis. O motorista, numa via pública, rua ou estrada, tem o dever de estar alerta e prevenido de tais surpresas previsíveis" (in Crimes em Acidente de Trânsito, págs. 17/18, 4ª ed., Forense, 1982).

Muito embora a defesa se oponha aos argumentos deduzidos na decisão condenatória de que efetivamente o apelante não imprimia excessiva velocidade ao automotor quando do choque, a prova coligida demonstra à saciedade que a velocidade imprimida pelo caminhão no momento do impacto, se não excessiva, pelo menos não condizia com o local onde ele trafegava, uma vez que perfeitamente previsível a ocorrência do evento danoso diante do intenso movimento no local e das condições climáticas, fatos esses ressaltados pelo próprio apelante, em alegações finais e razões.

Sustentando este entendimento, está o aresto citado no acórdão da Apelação n. 228.773, julgado pela 2ª Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo, verbis:

"É sabido que 'quem conduz veículo motorizado não pode procurar isentar-se de culpa invocando dificuldades ou obstáculos surgidos em seu caminho, a pretexto de que aí derivou o acidente. Impõe-se a solução eis que a velocidade dos veículos deve

ser tal que o condutor possa, a qualquer momento, moderar a marcha ou detê-la, conforme os obstáculos da via pública ou as situações que surjam" (Julgados do TACrim, Ed. LEX, vol. 39/169, extr. JTACrimSP — LEX 67-439/440).

Inafastável, ante todo o quadro que se descortina, na hipótese, a culpabilidade do réu.

Por fim, ante o reconhecimento da verdadeira função do judiciário em relação ao "genocídio ou massacre motorizado", nas palavras de Armindo Beux, in O Homem e o Massacre Motorizado — Delitos de Trânsito, 1986, pág. 11, tem-se, com a recente entrada em vigor da nova Lei de Trânsito que "os fenômenos do aumento populacional, da conturbação e da proliferação da máquina automóvel, assumida como indispensável ao transporte, de pessoas ou bens, individual ou coletivo, especialmente no Brasil, em que têm sido depreciados outros meios, geraram, direta ou indiretamente, número alarmante de mortes ou mutilações, além dos prejuízos materiais, os quais, a despeito de menos importantes no plano ético, não deixam de gravar a sociedade brasileira de custos adicionais em sua já fraca economia (...) como causa principal o fator humano, em face do qual a repressão penal representa instrumento muito importante, quer no sentido da prevenção geral, quer no da específica, a qual, porém, se torna ineficaz se o processo, em sua instrumentalidade essencial, não alcança resultados práticos relevantes. É inegável que nesse contexto insere-se não só a necessidade de um procedimento criminal rápido e de medidas penais rigorosas e eficazes, mas também a de que a con-

clusão pela culpa decorra de uma operação mental previsível, segundo padrões homogêneos, de modo que ao motorista comum brasileiro seja dado conhecimento das condutas que, em determinadas situações, caracterizam a culpabilidade, ou não, conforme o que vem sendo decidido pelos tribunais, cujas formulações já é hora de deixarem os repertórios de jurisprudência para saírem às ruas, no trânsito" (in A Culpa e sua Prova nos Delitos de Trânsito, Vicente Grecco Filho, Saraiva, 1993, pág. 1).

Ante o exposto, conhece-se do recurso e nega-se-lhe provimento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. André Carvalho.

Florianópolis, 26 de fevereiro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.013727-3, DE JOINVILLE**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Tóxicos. Desclassificação para o delito do art. 16 da Lei n. 6.368/76. Inconformismo do Ministério Público. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Confissão. Nulidade. Reformatio in melius. Absolvição. Recurso desprovido.*

*A ausência do laudo toxicológico definitivo, peça indispensável para o diagnóstico da presença de compostos tóxicos causadores de dependência física ou psíquica, equivale a ausência da materialidade do delito, não podendo subsumir-se a conduta do acusado nas figuras descritas como típicas dos artigos 12 e 16 da Lei de Tóxicos, nem mesmo diante da confissão do acusado e a da prova testemunhal produzida.*

*Se proibição legal é a da reformatio in pejus, e, por óbvio, não se há como proibir a reforma para melhor, ainda mais porque a apelação devolve à Instância Superior toda a matéria decidida, "repugna que o tribunal, verificando estar o acusado sujeito à pena injusta, se sirva de argumentos de lógica, em homenagem exclusiva à técnica e ao formalismo, para deixar perdurarem tão funestas conseqüências da injustiça. Acrescente-se que, realmente, a questão é de puro formalismo mesmo, pois, em assim decidido, o tribunal apenas adianta*

*ao réu o que fatalmente lhe concederia em revisão. E não há negar que os interesses deste são também sociais, não se podendo submeter a exigências meramente formalísticas" (Magalhães Noronha, Curso de Direito Processual Penal, 8ª edição, pág. 355).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.013727-3, da comarca de Joinville (1ª Vara), em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, e apelado Luiz Sérgio de Souza:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso do Ministério Público e, de ofício, absolver o acusado, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Custas na forma da lei.

O representante do Ministério Público em exercício na 1ª Vara Criminal da comarca de Joinville ofereceu denúncia contra Luiz Sérgio de Souza, dando-o como incurso nas sanções do artigo 12 da Lei n. 6.368/76, porque, segundo narra a exordial acusatória, em síntese, na madrugada do dia 4 de fevereiro de 1996, foi preso em flagrante pelos policiais militares Altair Gomes e Jair Ferreira Nonato, nas proximidades do restaurante Lagoa, localidade de Espinheiros, na comarca de Joinville, portando 6 (seis) papélotos de cocaína.

Em todas as oportunidades do processo o acusado negou ser traficante de entorpecentes, afirmando que a droga encontrada em seu poder era para uso próprio, requerendo, em alegações finais, a desclassificação

para o delito do artigo 16 da Lei de Tóxicos.

Concluída a instrução criminal, restou condenado à pena de 6 (seis) meses de detenção e 20 (vinte) dias-multa, por infração ao artigo 16 da Lei n. 6.368/76.

Inconformado com a decisão proferida pelo digno Magistrado, apelou, tempestivamente, o representante do Parquet, insurgindo-se em relação à desclassificação do delito para o do artigo 16, alegando que "o contexto da prova e as diretrizes jurídicas acerca da matéria, além da realidade jurisprudencial, não autorizavam a desclassificação do recorrido vez que inafastável nos autos a sua autoria, materialidade e culpabilidade, quanto ao crime de tráfico de entorpecentes" (fls. 82).

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Luiz Fernando Sirydakís, opinou pelo conhecimento e improvemento do apelo.

É o relatório.

Examinando os autos verifica-se que a análise do presente recurso resta prejudicada, ante a ausência do laudo toxicológico definitivo, peça indispensável para o diagnóstico da presença de compostos tóxicos causadores de dependência física ou psíquica, e, ainda, porque "não basta que se conclua ser a substância exami-

nada uma das indicadas em lei ou relacionadas pelo órgão oficial competente. Deve o exame toxicológico atestar, também, que a substância conserva as suas propriedades, que não as perdeu. Caso se tenha tornado inócua, o crime é impossível (CP, art. 14), em vista da absoluta impropriedade do objeto" (in *Tóxicos*, Celso Delmanto, 1982, pág. 69).

Esclarecedora é a norma do artigo 158 do Código de Processo Penal:

"Quando a infração deixar vestígios, será indispensável o exame de corpo de delito, direto ou indireto, não podendo supri-lo a confissão do acusado".

E, no mesmo diapasão, o artigo 564, inciso III, b, do CPP, que fulmina de nulidade o processo por ausência de exame de corpo-delito nos crimes que deixam vestígios, ressalvado o disposto no artigo 167 do mesmo diploma processual, ou seja, somente nos casos de desaparecimento dos vestígios do delito e, via de consequência, quando for impossível a realização do exame de corpo-delito, é que a prova testemunhal suprir-lhe-á a falta, o que certamente não se enquadra no caso em tela, uma vez presentes o termo de apreensão (fls. 10) e o auto de constatação da substância tóxica (fls. 15).

Assim, muito embora tenha o apelado confessado a posse de cocaína, tanto na fase inquisitorial (fls. 7), como em Juízo (fls. 27), "para a comprovação da materialidade da narco-trafficância é imprescindível apreensão da droga e exame toxicológico definitivo, não podendo ser suprida por prova testemunhal ou confissão do acusado" (Apelação Criminal n.

96.001955-3, de Imbituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado).

Conseqüentemente, tem-se que a materialidade do delito imputado ao acusado, não pode subsumir-se nas condutas descritas como típicas dos artigos 12 e 16 da Lei de Tóxicos.

Consoante a jurisprudência deste egrégio Tribunal:

"Tóxicos. Ausência de laudo toxicológico definitivo. Imprescindibilidade. Inexistência de prova material da infração. Decisão reformada para absolver os réus" (Apelação Criminal n. 23.659, de Joinville, rel. Des. Ernani Ribeiro, in JC 59/310).

Na mesma esteira é o entendimento do Supremo Tribunal Federal:

"HC. Tóxicos. Cannabis sativa. Laudo de exame toxicológico. Imprescindibilidade. O exame toxicológico da substância que motiva a ação penal contra o réu é assumido pela lei como elemento indispensável para apurar a identidade do material colhido, com vistas a demonstrar a realidade do comportamento típico.

"Tanto o artigo 22, § 1º, quanto o artigo 25 da Lei n. 6.368/76 fazem segura a necessidade de se produzir laudo de exame toxicológico do material incriminador. O primeiro dispositivo condiciona o oferecimento da denúncia e até a prisão em flagrante, a verificação preliminar da natureza da droga. Determina a outra norma que o laudo definitivo seja anexado ao processo até a audiência de instrução e julgamento. O exame, portanto, é assumido pela lei como elemento indispensável para apurar a identidade do material colhido, com vistas a demonstrar a realidade do comportamento típico" (STF — RE n.

112.895-00 — PR — 2ª Turma — 1987 — rel. Min. Francisco Rezek, in RT 621/417).

Aliás, a ausência do laudo definitivo é causa de nulidade absoluta conforme se vê no seguinte julgado:

“É nula a sentença condenatória, em processo por infração ao art. 12 (e também 16) da Lei Antitóxicos, proferida sem que tenha sido anexado aos autos o indispensável laudo de exame químico-toxicológico, que não é suprido pelo laudo de constatação preliminar ou por qualquer outra prova. A juntada posterior não convalida a nulidade visceral já configurada, afrontado que estava o princípio constitucional do contraditório, uma vez que subtraída ao defensor a oportunidade para falar sobre o serôdio laudo” (RT 714/359).

No mesmo sentido: RT 571/320.

Dessa forma, sendo a nulidade flagrante, o apelado deve ser absolvido, em face do princípio da não vedação da reformatio in melius, plenamente aceito em nosso ordenamento processual penal.

Segundo se tem entendido, a proibição legal é a da reformatio in pejus, e, por óbvio, não se há como proibir a reforma para melhor, ainda mais porque a apelação devolve à Instância Superior toda a matéria decidida, pois, “quando o Ministério Público apela, o Tribunal tem inteira liberdade de apreciar a sentença, como se fora uma segunda Primeira Instância, inclusive a parte que não foi objeto do recurso, mesmo porque o Estado, tutelando, como tutela, o direito de liberdade, tem interesse em que o réu não seja condenado injustamente” (in Prá-

tica de Processo Penal, Fernando da Costa Tourinho Filho, 19ª edição, 1997, pág. 488).

E acrescenta o mestre Magalhães Noronha:

“Repugna que o tribunal, verificando estar o acusado sujeito à pena injusta, se sirva de argumentos de lógica, em homenagem exclusiva à técnica e ao formalismo, para deixar perdurarem tão funestas conseqüências da injustiça. Acrescente-se que, realmente, a questão é de puro formalismo mesmo, pois, em assim decidido, o tribunal apenas adianta ao réu o que fatalmente lhe concederia em revisão. E não há negar que os interesses deste são também sociais, não se podendo submeter a exigências meramente formalísticas” (Curso de Direito Processual Penal, 8ª edição, pág. 355).

A jurisprudência é no mesmo sentido:

“Se a acusação recorre da sentença condenatória visando à imposição de pena mais grave, não está o tribunal impedido de reduzi-la ou de absolver o réu da imputação, ainda que este não tenha apelado, posto que o ordenamento processual proíbe a reformatio in pejus, mas não a reformatio in melius” (in RT 628/319).

Diante do exposto, e porque “ausente o laudo toxicológico definitivo, prova material do delito, anula-se de ofício a sentença, ficando o réu absolvido da imputação que se lhe foi feita” (TJMG — AC — 1299-7/26.426-2 — rel. José Arthur — JM 120/263), decidiu a Segunda Câmara Criminal, em votação unânime, conhecer e negar provimento ao recurso do Ministério Público e, de ofício, absolver o acusa-

do, nos termos do artigo 386, inciso VI, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Luiz Fernando Sirydakis.

Florianópolis, 10 de fevereiro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 97.014977-8, DE SÃO JOSÉ DO CEDRO**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Apelação — Segundo julgamento pelo Tribunal do Júri — Nulidade posterior à pronúncia — Respostas incoerentes e contraditórias aos quesitos — Não conhecimento — Extinção da punibilidade declarada de ofício.*

*Se, levado novamente a julgamento, entendeu o colendo Conselho de Sentença por confirmar a decisão desclassificatória anterior, configura-se o caso de apelação pelo mesmo motivo, defesa pelo art. 564, parágrafo único, do Código de Processo Penal, pouco importando que as apelações fundamentem-se em diferentes normas do inciso III do art. 593 do mesmo estatuto processual, uma vez que o que importa é o motivo.*

*“A expressão mesmo motivo, contida na última parte do § 3º do art. 593 do Código de Processo Penal, é no mesmo usada, ‘não no sentido hit et nunc do recurso e sim de pressuposto de admissibilidade da apelação’” (in JC 14/399).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 97.014977-8, da comarca de São José do Cedro, em que é apelante a Justiça Pública, por seu Promotor, sendo apelado Elso Clênio de Oliveira Brizola:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do recurso e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do apelado pela ocorrência da prescrição da pre-

tensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Custas na forma da lei.

Na comarca de São José do Cedro, Wilson Carlos de Souza Oliveira e Elso Clênio de Oliveira Brizola foram denunciados pelo representante do Ministério Público em exercício, como incurso nas sanções do art. 121, § 2º, incisos II (motivo fútil) e IV (à traição), c/c o art. 29, ambos do Código

Penal, porque, segundo narra a exordial acusatória:

“Em 26 de fevereiro deste ano, os denunciados deixaram Palmeira das Missões, no Rio Grande do Sul, para vir acertar contas, aqui nesta cidade, com a vítima Neo Antônio Albert, que, segundo aqueles, teria abalroado, em 25 de fevereiro, uma motocicleta conduzida por Wilson. Porém, no itinerário dos denunciados, foi incluída uma parada na cidade gaúcha de Frederico Westphalen, onde Wilson esteve na casa comercial BP — Caça e Pesca, para comprar 20 balas, calibre 38, as quais repartiu com o outro denunciado.

“Aqui chegando, os denunciados procuraram certificar-se, para dar prosseguimento ao plano já concebido, do local de trabalho da vítima. Recolheram-se ao hotel e aguardaram o momento propício do ‘acerto de contas’.

“Na manhã de 27 de fevereiro, já bem cedo, por volta das 6h45min, após encerrarem a conta do hotel, os denunciados dirigiram-se à rua Padre Aurélio, centro da cidade, sendo que Elso Clênio estacionou a motocicleta, que ambos denunciados usavam, na esquina da Rua Caxias, enquanto que Wilson esperava, sorrateiramente, pela vítima.

“Não tardou muito, e Neo Antônio, como de costume, apareceu em sua motocicleta, vindo para o trabalho. O indefeso homem não se apercebeu dos algozes e, ao passar por Wilson, foi alvejado (pelas costas) com três dos quatro tiros disparados do revólver Taurus, de que se utilizava este denunciado (termo de apreensão, fls. 21). Nesse instante, o

comparsa de Wilson deu partida na motocicleta, apanhou o assassino e assegurou o desfecho do crime com a fuga.

“O crime, que despertou revolta da comunidade, torna-se ainda mais repugnante se se atentar para a desproporcionalidade entre o fato e sua causa (o acidente automobilístico causado dias antes pela vítima)” (fls. 2/4).

Concluída a instrução criminal, os acusados foram pronunciados nos termos da denúncia e, desmembrado o processo (fls. 191), o acusado Elso Clênio foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, no qual restou condenado à pena de 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e ao pagamento de 15 (quinze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data dos fatos, desclassificada que foi pelo colendo Conselho de Sentença para a infração do art. 348, caput, c/c art. 29, § 2º, ambos do Código Penal (favorecimento pessoal).

O representante do Ministério Público não se conformou com a primeira decisão do Conselho de Sentença e interpôs recurso de apelação, fundamentando ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos (art. 593, inciso III, letra d, do CPP).

Após as contra-razões, manifestou-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Néelson Ferraz, pelo provimento do apelo.

Esta egrégia Câmara anulou aquele primeiro julgamento, por entender que a decisão dos senhores jurados foi manifestamente contrária à

prova dos autos, ante a desclassificação operada.

Submetido a novo julgamento, decorridos já quatro anos, entenderam, os senhores jurados, desclassificar o crime, novamente, para o do art. 348, caput, do Código Penal, pelo qual foi condenado à pena de 1 (um) mês de detenção, em regime aberto, e 11 (onze) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na época do fato delituoso.

Irresignado, apelou o representante do Ministério Público, requerendo a anulação do julgamento, com fundamento no art. 593, inciso III, letra a, do Código de Processo Penal, alegando que as "respostas oferecidas ao questionário restaram incompatíveis e contraditórias" (fls. 435).

Contra-arrazoado o apelo os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Paulo Antônio Günther, manifestou-se pelo provimento do apelo.

É o relatório.

O recurso, todavia, não deve nem mesmo ser conhecido.

É que, segundo disposição do § 3º do artigo 593, in fine, do Código de Processo Penal, não se admite segunda apelação fundada no mesmo motivo.

Segundo se verifica do processado, o apelado, em 20 de setembro de 1993, fora submetido a júri (fls. 234), tendo o Corpo de Jurados desclassificado o delito de homicídio qualificado para o de favorecimento pessoal.

Da decisão houve recurso, dis-

tribuído a esta egrégia Câmara Criminal, onde o julgamento foi anulado, por entendê-lo manifestamente contrário à prova dos autos (fls. 281).

Levado novamente a julgamento, entendeu o colendo Conselho de Sentença por confirmar a decisão anterior, conforme se verifica dos termos de votação dos dois julgamentos (fls. 229 e 421), onde os senhores jurados votaram, repito, nas duas oportunidades, afirmativamente, nos quesitos referentes à co-autoria no crime de homicídio e participação no crime de favorecimento pessoal, justamente no que se resume a irrisignação do Dr. Promotor de Justiça em seu apelo.

Ora, se o primeiro apelo fundou-se em decisão manifestamente contrária à prova dos autos, em função da desclassificação, conformando-se o Ministério Público com o resultado da votação dos quesitos, como pode agora se insurgir quanto a ela se operada da mesma forma?

Das palavras do MM. Juiz promotor da sentença do segundo julgamento colhe-se:

"O episódio criminoso, uma vez mais, foi exposto ao Conselho de Sentença, e as particularidades do julgamento anterior foram também objeto de enfoque da douta acusação e combativa defesa, de modo que os Senhores Jurados tiveram a compreensão, não só do fato delituoso em si, mas também do entendimento pretoriano que invalidou o julgamento anterior. Os quesitos de números três (que diz respeito a tese defendida pela acusação) e quatro (que retratava a tese defensiva), postos em votação, receberam franca abordagem das partes em plenário, tendo sido também explica-



do aos senhores jurados, na sala secreta, a fim de que a votação deixasse transparecer a real intenção do colendo Conselho de Sentença quanto aos destinos do réu Elso Clênio. Apesar disso, o soberano Conselho de Sentença reproduziu idêntico julgamento ao que havia sido hostilizado em grau de recurso. E, muito embora tenha entendimento pessoal diverso do manifestado pela maioria dos Senhores Jurados, respeito a decisão a que chegou o colendo Conselho de Sentença, que, repito, tornou a abraçar tese inovadora no Direito Penal ao admitir a figura do 'autofavorecimento'" (fls. 430).

Assim, não se argumente que os fundamentos das apelações são diversos, porque o primeiro calcado na letra d do inciso III do art. 593 do Código de Processo Penal, e o segundo, na letra a, do mesmo inciso e artigo, pois, como se sabe, "tampouco cabe segunda apelação sob o fundamento de que, na primeira, o thema decidendum do recurso era diverso do que deveria ser abordado no segundo. O vocábulo motivo está usado, no texto legal, não no sentido de fundamento hit et nunc do recurso e sim no de pressuposto de admissibilidade da apelação" (in Elementos de Direito Penal, José Frederico Marques, Forense, pág. 246).

Do que se valeu o eminente Des. João de Borba na Apelação Criminal n. 14.103, da comarca de Seara:

"A expressão mesmo motivo, contida na última parte do § 3º do art. 593 do Código de Processo Penal, é no mesmo usada, não no sentido hit et nunc do recurso e sim de pressuposto

de admissibilidade da apelação" (in JC 14/399).

No mesmo sentido: RT 476/346 e Justitia 91/476.

Além disso, "a lei não cuida de qualquer discriminação entre motivo e fundamento. Fala, apenas, em motivo e este consiste em que não se reitere a apelação, se o mesmo já foi anteriormente utilizado. Motivo, aí, é, evidentemente, a invocação de uma decisão, manifestamente contrária à prova dos autos e que já serviu de escudo à apelação anterior. Como repeti-lo, contra o mandamento peremptório da lei?" (RTJ 43/774).

Em outra moldura, proliferariam, a cada passo, motivos para sucessivas apelações, com evidente desapeço ao princípio de direito estrito, que deve informar a área dos recursos.

Por essas razões, não se conhece do recurso.

No entanto, compulsando os autos, tem-se que entre a data da publicação da sentença de pronúncia (23/6/93) e a da decisão do segundo julgamento (31/7/97), uma vez que o primeiro já fora anulado, transcorreu lapso superior a 2 (dois) anos, prazo suficiente para a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa, a teor do que prescrevem os arts. 109, inciso VI, e 110, §§ 1º e 2º, ambos do Código Penal.

Dessa forma, decidiu a Segunda Câmara, por votação unânime, não conhecer do recurso e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do apelado pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado, na forma retroativa.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Antônio Günther.

Florianópolis, 17 de fevereiro de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.001078-0, DE QUILOMBO**

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Crime contra os costumes — Estupro — Violência presumida (art. 224, a, do CP) — Delito não caracterizado — Vítima menor de 14 anos de idade que, entretanto, demonstrou ter consentido na consumação do ato sexual — Absolvição decretada — Recurso provido.*

*“...a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção da violência, quando a pessoa da ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido” (RT 678/411).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.001078-0, da comarca de Quilombo, em que é apelante Valdemar Rosa da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, por votação unânime,

conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento, para absolver o acusado, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, vencido o eminente Des. José Roberge, que votou no sentido de negar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Quilombo, o re-

presentante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Valdemar Rosa da Silva, dando-o como incurso nas sanções do art. 213, c/c o art. 224, a, do Código Penal, porque:

“Na data de 24/11/96, por volta das 21 horas, na localidade de Linha Beira Rio, interior do município de Irti—SC, o acusado Valdemar constrangeu a vítima I. B., de apenas 13 anos de idade, a manter consigo conjunção carnal, ocasionando a perda da virgindade da referida adolescente, conforme auto de exame de corpo-delito de fls. 4” (fls. 2/3).

Processado regularmente, restou condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime fechado, por infração ao disposto no art. 213, c/c o art. 224, a, do Código Penal.

Inconformado, apelou o réu, objetivando absolvição, alegando que o fato a ele imputado não constitui infração penal, invocando, para tanto, o art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Com as contra-razões, os autos ascenderam a esta Instância, onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer subscrito pelo Dr. Gilberto Callado de Oliveira, manifestou-se pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

A peça vestibular atribuiu ao acusado a responsabilidade por haver constrangido a vítima, menor de 14 anos de idade (art. 224, a, CP), a manter consigo conjunção carnal, ocasionando a perda da virgindade da referida jovem.

A materialidade do crime restou devidamente comprovada através do exame de corpo-delito de fls. 7, que

atestou ter ocorrido rompimento hime-nal.

No tocante à autoria, não se pode olvidar que o réu, tanto na fase policial (fls. 12), como em Juízo (fls. 24v.), confirmou o relacionamento sexual havido entre ele e a vítima, aduzindo, todavia, que não utilizou nenhum tipo de violência para a consumação do ato e que a menor entregou-se por livre e espontânea vontade.

Resta, assim, perquirir a respeito da culpabilidade.

O apelante alega, em sua tese defensiva, que o laudo pericial atestou a ausência de violência no momento da consumação do ato sexual, e, ainda, que a idade inferior a 14 anos não é requisito suficiente para a configuração de violência presumida absoluta, e, sim, meramente relativa.

No presente caso, evidencia-se que a vítima, embora contasse com apenas 13 anos de idade à época do ocorrido, não tinha a inocência apta a colocá-la sob a especial proteção do tipo — alínea a do art. 224 do Código Penal.

Colhe-se do contexto que a menor deixou sua residência, juntamente com a irmã do acusado, para, supostamente, passar o final de semana na casa dos avós, tendo-se dirigido, entretanto, até a residência dos pais do apelante, onde dormiu, inclusive, em sua cama, durante o período de três dias.

Os depoimentos da vítima, nas duas oportunidades em que foi ouvida (fls. 10 e 30 v.), apresentam-se confusos sob alguns aspectos, como se vê:

"...que na primeira noite, ou seja, no sábado, já havia dormido na casa do indiciado e na mesma cama, sendo que não tiveram nenhuma relação sexual; (...) que, porém, no domingo, diante da insistência do indiciado e por deliberação sua, resolveu voltar a dormir com o mesmo e manter relações sexuais; (...) que no dia seguinte voltou para a casa dos pais acompanhada do Delegado de Irati;" (fls. 10).

"...que a declarante permaneceu o sábado na casa de seus futuros sogros; (...) que a declarante foi dormir no quarto de E., no entanto lá apareceu o acusado; (...) que as três noites dormiu com o acusado; (...) que não houve nenhuma tentativa de manter relação sexual com o declarante nas duas primeiras noites; a relação sexual somente aconteceu na terceira noite..." (fls. 30v.).

Em seu interrogatório extrajudicial, afirmou ter mantido relações sexuais com o apelante no segundo dia em que dormiu com ele (domingo), sendo que voltou para casa no dia seguinte, todavia, em Juízo, disse que o ato sexual ocorreu somente na terceira noite (segunda-feira), momento em que caiu em contradição, pois, conforme seu antigo depoimento, teria, nesse mesmo dia, abandonado a casa, juntamente com seus pais.

A conclusão a que se chega é de que a menor não pretendia ir embora e somente deixou a referida residência no momento em que sua mãe, ao tomar conhecimento da vontade do apelante em morar com I., dirigiu-se até a delegacia e, após ter comunicado o fato à autoridade policial, foi bus-

cá-la, acompanhada do delegado de polícia.

É importante salientar as declarações de N. B., mãe da vítima, na fase judicial:

"...que a vítima recebeu consentimento da declarante e seu marido para passar aquela noite na casa de seus avós que fica próxima à casa dos pais do acusado; (...) na segunda-feira de manhã, como a vítima não aparecia em casa, ali apareceu o acusado dizendo que I. ia ficar morando com ele; (...) que imediatamente após a declarante tomar conhecimento que a vítima e o acusado pretendiam morar juntos, foi feita a comunicação do fato à autoridade policial; (...) que sempre orientou sua filha a ter paciência, eis que era muito nova para casar..." (fls. 31).

A respeito do namoro, dúvida alguma existe, bem como da intenção do réu em morar com a menor, o que não ocorreu por interferência de sua mãe.

Não obstante tenha I. declarado que não gostava mais do acusado, esta afirmativa cai por terra ante a existência de uma carta enviada e assinada por ela a Valdemar, quinze dias antes do ocorrido, onde se mostrou evidente o grande afeto que nutria por ele, ou seja, por algum motivo não esclarecido no processo, talvez para não causar mais problemas familiares, omitiu-se com relação aos seus reais sentimentos.

As testemunhas de fls. 38v./39 também confirmaram a presença da menor na residência dos pais do acusado, bem como sua intenção de não mais voltar para casa.

Dentro desse enfoque e sem

duvidar da honestidade da jovem, existem outros pontos importantes que devem ser levados em consideração:

1 — caso fosse totalmente ingênua ao tratar de assuntos relacionados a sexo, não teria aceitado dormir na mesma cama do acusado, pois eram namorados e, conseqüentemente, algo poderia acontecer;

2 — se, na ocasião dos fatos, realmente não tivesse concordado em manter relações sexuais, tendo sido, todavia, constrangida a tal, deveria ter gritado por socorro, pois havia muitas pessoas na casa; no entanto, nas duas oportunidades em que foi ouvida, alegou que não reagiu porque estava com vergonha;

3 — somente saiu da casa do apelante quando sua mãe foi buscá-la, atitude que poderia ter tomado logo após o acontecido, se, como afirmou, fora forçada a fazer o que não queria;

4- caso sua mãe não tivesse ido procurá-la, quem poderá afirmar que eles não estariam juntos até o presente momento, pois, conforme as palavras do próprio réu, tinha a intenção de morar com a menor?

Assim, feitas as devidas considerações, as evidências falam por si e tudo leva a crer que a vítima consentiu na prática do ato sexual, razão pela qual deve o apelante ser eximido de qualquer responsabilidade a ele atribuída, com fulcro no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Como modernamente vêm proclamando tanto a doutrina como a jurisprudência, nesses casos, a presunção de violência não é absoluta (juris et juri), mas relativa (juris tantum), an-

te prova que a desqualifique. E, consoante a “Exposição de Motivos” do Código Penal, o fundamento da ficção legal de violência, no caso dos adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, ou seja, o seu completo desconhecimento em relação aos fatos sexuais.

Nelson Hungria, discorrendo acerca da *innocentia consilii*, assim se expressa:

“O fundamento da ficção legal de violência no caso de adolescentes, é a *innocentia consilii* do sujeito passivo, sua completa insciência em relação aos fatos sexuais, de modo que não se pode dar valor algum ao seu consentimento” (in Comentários ao Código Penal, volume VIII, pág. 238).

Magalhães Noronha, in Direito Penal, vol. 3º, págs. 230/231, afirma que:

“...é relativa a presunção do art. 224, letra a. Nossos Tribunais têm muita vezes assim decidido. Ocasião há, entretanto, em que firmam em suas ementas a tese em contrário, mas observa-se a influência do caso que julgaram (...) Os que batem pela presunção absoluta devem lembrar-se que, mesmo entre os práticos, os mais severos admitiam a prova em contrário. (...) O futuro código deve baixar o limite da presunção. Nos dias que correm vai-se tornando difícil falar-se em *innocentia consilii* da menor de 14 (catorze) anos (...) É que está de acordo com a realidade dos nossos dias; a evolução dos costumes tem-se processado com bastante rapidez, de modo que a moça de hoje não é mais ignorante, crédula e inocente de trinta anos atrás...”.

É válido destacar trechos do ar-

tigo "A Capacidade de autodeterminação sexual da vítima como causa de relativização da presunção da violência", publicado na RT 678/411, cujo autor é Márcio Bártoli, Juiz de Direito em São Paulo:

"...a tais situações de relativização da presunção deve ser acrescida uma outra, ou seja, exclui-se a presunção da violência, quando a pessoa da ofendida, embora com menos de 14 anos de idade, deixa claro e patente ter maturidade suficiente para exercer a sua capacidade de autodeterminar-se no terreno da sexualidade. Se dela partir a iniciativa ou a provocação do ato sexual, ou se ela aderir prontamente ao convite de caráter sexual que o agente lhe dirige, constituiria um verdadeiro contra-senso entender que sofreu uma violência. O consentimento, ou a adesão da pessoa ofendida mostra-se nesses casos relevante e eficaz. Considerar-se, portanto, a presunção de violência mais uma vez relativa não lesiona o texto legal e permite colocar o juiz em sintonia com a realidade em que está inserido".

"Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos", expressou o Exmo. Ministro Marco Aurélio de Mello, no julgamento do Habeas Corpus n. 73.662-9, de Minas Gerais, em 14 de maio de 1996, decidindo caso de matéria análoga.

E prossegue:

"Precocemente amadurecidas, a maioria delas, já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a

sorte de conseqüências que lhes pode advir".

Cita-se também, por oportuno, parte do corpo do acórdão proferido nos autos da Apelação Criminal n. 947.357/9, da comarca de Dracena, Estado de São Paulo, da lavra do Juiz Abreu Oliveira, que acerca da matéria assim se expressa:

"Nada é tranqüilo na difícil tarefa de julgar. E o intérprete, no mundo fenomênico que o cerca, tem que possuir visão de homem do seu tempo, sensível às mutações sociais, à subversão de valores, às modificações dos costumes que a vida moderna e os meios de comunicação hoje em dia difundem e apologiam com sucesso, de modo instantâneo e em todo lugar (...).

"Agora cenas freqüentes de filme violento ou capítulo de novela que difunde o desamor, a malícia, o sexo, a intriga, entram pela televisão, simultaneamente em um lar urbano, rural, e até mesmo em tabas do confins de aldeia Yanomami, aparelhados com antenas parabólicas como as revistas retratam com freqüência.

"Como ninguém duvida, alteraram-se, portanto, os hábitos, os usos, os exemplos. E a legislação não. Daí por que a justiça criminal não pode ser sistematicamente punitiva nem o julgador deve atrelar-se exageradamente às correntes doutrinárias e jurisprudenciais de extremo conservadorismo, (...) sob pena de perder de vista a realidade social em que atua e jungir-se de conceitos que não se harmonizam mais com os fatos emergentes sob o seu crivo.

"Por isso, o que realmente se deseja evidenciar, em suma, é que a

regra velha comporta ser olhada de perspectiva diferente, mais moderna e mais faceira, como que submetida a uma imaginária cirurgia plástica intelectual, para amoçá-la, fazê-la mais eficiente e prazenteira, adequando-a nos limites do possível à realidade correntia do tempo atual" (in RT 724/680) (Ap. Crim. n. 30.197, de Tubarão, rel. Des. Jorge Mussi, j. em 27/11/95).

Por fim, é de bom alvitre frisar as palavras do ilustre Promotor de Justiça com relação a situação em que se encontra o apelante, no caso ora analisado: "primário, homem do campo e com apenas 22 anos de idade, não oferece perigo à sociedade, nem, tampouco, apresenta o perfil dos criminosos sexuais, sendo que a pena cominada é extremamente desproporcional ao ato praticado, lembrando-se, ainda, que em crimes tais, o apenado corre extremo perigo quando encarcerado, em virtude da ação de outros presos, pois, infelizmente, o Estado não fornece qualquer proteção" (fls. 57).

Diante do exposto, decidiu a Segunda Câmara Criminal, por votação unânime, conhecer do recurso e, por maioria, dar-lhe provimento, para absolver o acusado, nos termos do art. 386, III, do Código de Processo Penal, vencido o eminente Des. José Roberge, que votou no sentido de negar provimento ao recurso.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Jorge Mussi e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 7 de abril de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. José Roberge:

Votei vencido por entender perfeitamente tipificado o delito narrado na denúncia, como bem salienta o doutor Gilberto Callado de Oliveira, que trouxe em seu parecer a expressão correta da espécie.

Tenho presente que a presunção estampada no art. 224, a, é relativa, podendo ser elidida por circunstâncias outras que a jurisprudência mostra. Dentre elas está o erro justificado do agente quanto à idade da vítima. Mas é necessário que esse erro seja confiantemente justificado, o que pode ocorrer quando o agente, sem ligações mais íntimas com a vítima, se oferecia essa com compleição física avantajada, apta ao congresso carnal, tomando a iniciativa para a consumação. Há que se ver aqui, ainda, a possibilidade da presença do dolo eventual, próprio nessas hipóteses.

O próprio consentimento da vítima, desacompanhado de outras justificativas, não elide o crime. É que, e isto é pacífico, trata-se de um consentimento viciado, sem nenhum valor, posto que os menores de 14 anos não podem consentir.

"A incapacidade de consentir é o elemento que identifica a violência ficta no caso de estupro de menor de 14 anos".

Por outro lado, anterior incurção eventual da menor no mundo sexual, também isoladamente, não serve

para elidir a espécie criminosa, pois a leviandade de uma menor de 14 anos de idade não dá ensejo a que dela se aproveite o agente para satisfação de seus instintos sexuais, em face da sua imaturidade para consentir.

O que se pode admitir como exclusão do crime, mesmo assim com bastante relutância, é a hipótese de tratar-se de menor de vida inteiramente dissoluta, "prostituta de porta aberta", com visível capacidade de autodeterminação na vida sexual, o

que, seguramente, não é o caso dos autos, como bem observa o douto parecer. Os autos indicam exatamente o contrário, tratando-se de uma menina sem anterior experiência sexual que somente "cedeu" ao réu dada a insistência dele, de quem era namorada há aproximadamente nove meses, o que afasta a possibilidade dele julgá-la maior de 14 anos.

Por esses motivos, entendi que a condenação era de mister.

*José Roberge.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.001623-1, DE GASPAR**

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Lesões corporais e abuso de autoridade (Lei n. 4.898/65). Policiais civis que arrombam a porta da casa da vítima e passam a agredi-la, acabando por prendê-la injustificadamente. Apelantes que se omitiram e a tudo assistiram e permitiram por parte dos co-réus, além de aderirem à ação deles. Coerentes depoimentos das vítimas bem como das demais testemunhas que autorizam a condenação. Recurso provido parcialmente para reduzir a pena.*

*Dispõe o art. 29 do Código Penal que quem de qualquer modo concorre para o crime incide nas penas a ele imputadas. Reconhece-se a autoria na forma comissiva omissiva do agente que tinha a obrigação de impedir o delito, mas dolosamente permite ou procede de forma que ele se realize.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.001623-1, da comarca de Gaspar, em que são apelantes Adilson Jesus Cardoso e Moacir Franco Moreira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câma-

ra Criminal, por maioria de votos, dar provimento parcial ao recurso para aplicar aos apelantes a pena de 30 (trinta) dias de detenção, concedido o sursis, e com base no § 5º do artigo 6º do Decreto-Lei n. 4.898/65 inabilitá-los para o exercício da função, no Município da culpa, pelo prazo de 3 (três) anos.



Custas de lei.

Perante o Juízo de Direito da comarca de Gaspar, Márcio Rubens Passold, André Leonardo Peitter, Luiz Eduardo Ferencz, Moacir Franco Moreira, Carlinho Bogo Júnior e Adilson Jesus Cardoso foram denunciados por violação ao disposto nos arts. 129, caput, do Código Penal, c/c o art. 3º, alíneas b e i, e 4º, alíneas a e b, ambos da Lei n. 4.898/65, combinado ainda com os arts. 29 e 69, estes também do Código Penal.

Segundo descreveu a denúncia, no dia 6 de agosto de 1994, por volta das 3 horas, brigaram, no interior de um clube, Eduardo Spengler e os denunciados Márcio Rubens Passold e Carlinho Bogo Júnior. Após contidos os ânimos, estes últimos saíram do local e dirigiram-se até a cidade de Blumenau/SC. Lá chegando, juntaram-se aos denunciados Luiz Eduardo Ferencz e André Leonardo Peitter, vindo todos para a delegacia da comarca de Gaspar/SC. Neste DP, acompanhados dos dois plantonistas Moacir Franco Moreira e Adilson Jesus Cardoso, foram ao enalço do agressor. Mais tarde, por volta das 4 horas, invadiram a residência de Sérgio Spengler arrombando a porta. Sem que pudesse esboçar qualquer reação e após ser identificado, Sérgio foi agredido pelos denunciados. Neste ínterim chegou ao local o irmão de Sérgio, Roberto Spengler, que, inobstante as tentativas de solucionar o problema, foi também agredido pelos denunciados. Assim, foram os dois conduzidos à delegacia onde foram novamente vítimas de lesões, bem como o irmão deles Artur Spengler que para lá se havia dirigido a fim de solucionar o problema.

Após os interrogatórios, aos acusados Márcio Rubens Passold, Luiz Eduardo Ferencz, Carlinho Bogo Júnior e André Leonardo Peitter, em face de proposta do representante ministerial, foi aplicada a suspensão condicional do processo prevista no art. 89 da Lei n. 9.099/95.

Processados os demais, sobreveio a sentença que julgou procedente a denúncia e condenou: Moacir Franco Moreira às penas de 9 (nove) meses de detenção, em regime aberto, bem como a pena de perda da função (comissário de polícia) e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de 3 (três) anos; e Adilson Jesus Cardoso à pena de 8 (oito) meses de detenção, em regime aberto, bem como a pena de perda da função (investigador policial) e inabilitação para o exercício de qualquer outra função pública pelo prazo de 3 (três) anos.

Inconformados com as penas que lhes foram irrogadas apelaram. Pleitearam a absolvição sob o argumento de que o Magistrado não teria aferido adequadamente as provas, e que não tiveram participação alguma no evento tido como delituoso. Alternativamente, pedem a reforma da pena por serem primários e de bons antecedentes, o que inviabiliza a sua elevação. Entendem também que não restou justificada a necessidade da decretação da perda da função, bem como da inabilitação para exercer função pública.

Oferecidas as contra-razões, rumaram os autos a esta Instância onde a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do apelo.

É o relatório.

Sem reparos a condenação. O MM. Juiz bem se houve na apreciação das provas e como destacou o Dr. Promotor de Justiça, "a decisão guerreada, data venia, ao nobre procurador dos recorrentes, é uma obra-prima. Corresponde aos interesses mais imediatos da sociedade que deseja punição, resposta do Judiciário contra a violência policial, emanada de funcionários públicos despreparados e viciados em arbitrariedade. Apóia-se em prova sólida, em argumentos convincentes e bem-lançados, explorados com invejável sensibilidade jurídica".

Vejamos:

Infere-se das provas coligidas que os apelantes, na condição de policiais plantonistas na delegacia da comarca de Gaspar/SC, auxiliaram os demais acusados a vingarem-se de Eduardo Spengler, pessoa que havia brigado com dois daqueles. Assim é que foram até a residência do irmão de Eduardo, Sérgio, e após arrombarem a porta passaram a agredi-lo. Ato contínuo compareceu ao local outro irmão de Eduardo, Roberto, que também sem maiores justificativas foi agredido pelos acusados, que além de tudo ofendiam as mulheres das vítimas. Algemados, foram levados à DP onde novamente foram agredidos e sujeitos a toda a sorte de humilhações. Os acusados, ainda na DP, agrediram outro irmão de Eduardo, Artur, que a pedido das esposas dos dois primeiros para lá também se havia dirigido.

A materialidade do crime de lesões corporais ficou evidenciada pelos laudos de exames de corpo-delito

de fls. 37, 38 e 39. E a do crime de abuso de autoridade pelo laudo pericial de fls. 43/48 e depoimentos das vítimas que confirmam o arrombamento da residência e sua danificação. A prisão ilegal e a submissão das vítimas a constrangimento ilegal são evidenciadas pela prova testemunhal.

Já a autoria, em que pese a alegação da acusação e defesa de que os apelantes não teriam participado das agressões às vítimas, é inegável. Embora não tenham participado diretamente das agressões, com elas assistiram, quando deveriam impedi-las na qualidade de agentes públicos de segurança, além do que emprestaram efetivo auxílio aos demais acusados na empreitada criminosa. Invadiram a residência da vítima Sérgio e lá a tudo assistiram, sem tentar de qualquer forma impedir a ação criminosa, tendo ainda por fim conduzido ilegalmente, sem que houvesse razões para tal, as vítimas Sérgio e Roberto para a Delegacia de Polícia.

A atitude omissiva é assim conatuada por Damásio de Jesus:

"...a participação mediante omissão ocorre quando existe a obrigação de impedir o delito, que o omitente permite ou procede de forma que se realize. Existe nela um não fazer correlato a uma obrigação de fazer impeditiva do crime, obrigação esta ligada às formas das quais advém o dever jurídico de obstar a prática do fato. Condiciona-se a três requisitos: 1) nexo de causalidade objetivo entre a omissão do partícipe e o delito cometido pelo autor principal; 2) dever de o partícipe opor-se à prática do crime; 3)

vínculo subjetivo” (apud Da Co-Delinquência em face do Novo Código Penal, pág. 87).

A lição do não menos renomado José Frederico Marques:

“A inércia, o non facere, a imutabilidade comodista — tudo isto pode concorrer para a consumação de vários e inúmeros delitos. Sempre que a intervenção de alguém possa contribuir para evitar ou impedir a prática de um delito, haverá omissão causal no tocante ao resultado lesivo.

“Para atribuir-se a alguém, através da imputatio juris, a qualificação de sujeito ativo de um delito porque de sua conduta omissiva proveio o resultado, não basta estabelecer o nexó causal entre o non facere e o evento: é necessário um quid pluris consistente na obrigação de evitar a consequência típica” (in Curso de Direito Penal, vol. 2, Saraiva, 1956, pág. 62).

O testemunho coerente das vítimas e o das testemunhas empresta certeza inarredável sobre a condenação dos apelantes.

A vítima Sérgio Spengler, que teve a sua casa invadida, assim narrou os fatos:

“...quando ainda encontrava-se colocando as vestes para descer e ver o que estava acontecendo, ouviu um barulho na porta de sua residência, ocasião em que notou que a mesma foi arrombada; que naquela ocasião invadiram a residência umas quatro ou cinco pessoas, sendo que um deles colocou um revólver na cabeça do depoente e solicitou que o mesmo reagisse, pois queria lhe enfiar uma bala; que naquela oportunidade ainda chamaram a esposa do depoente de

‘vagabunda’, isto tão-somente porque a mesma perguntou o que estava acontecendo; que naquela oportunidade o depoente foi algemado e agredido; (...); que em razão do barulho que ocorreu o irmão do depoente que se chama Roberto, o qual reside no apartamento em frente do depoente, saiu para ver o que estava acontecendo, sendo que o mesmo foi agredido naquela ocasião, cujo autor dos golpes o depoente não sabe precisar; que ato contínuo foram encaminhados à delegacia de polícia, sendo que lá posteriormente chegou outro irmão do depoente, o qual se chama Artur; que naquela ocasião foi agredido por Luiz Eduardo Ferencz com uma coronhada na cabeça;” (fls. 167 verso).

Roberto Spengler na fase policial declarou:

“Que o declarante esclarece que os policiais Moacir e Adilson, ambos desta Delegacia, acompanharam o policial Eduardo até a residência de Sérgio no dia dos fatos; que o policial Adilson desta Delegacia também agrediu o declarante, quando encontrava-se no pátio do hotel;” (fls. 31/32).

E, em juízo:

“Que quem conduziu o depoente até a delegacia de polícia foram os comissários desta Comarca com a viatura da polícia;” (fls. 188).

As testemunhas Artur Spengler (fls. 24/25 e 189), Vânia Goedert Spengler (fls. 30 e verso e 191) e Ângela Pereira Spengler (fls. 192) afirmaram ainda que o policial Moacir agrediu verbalmente, chamando de “vagabunda” a mulher de Roberto Spengler, Vânia.

Constata-se dessa forma que

além da atitude passiva dos réus, aderiram ao ato dos outros na medida em que passaram a agredir verbalmente as esposas das vítimas, visando logicamente intimidá-las.

Assim, merece persistir a condenação.

No que tange à pena pelos delitos de lesões corporais, foram aplicadas corretamente. As circunstâncias judiciais do art. 59 do CP em relação aos apelantes não são de todo favoráveis, já responderam e ainda respondem a diversos processos, bem como revelaram uma culpabilidade extrema ao permitirem, na condição de policiais, o cometimento das barbaridades noticiadas contra as vítimas. Considerados estes aspectos e por tratarem-se de duas vítimas, a elevação da pena é justa.

Quanto ao crime de abuso de autoridade, a douda maioria, da qual divergi pois entendi que a pena irrogada aos apelantes deveria ser mantida nos parâmetros fixados na sentença, decidiu reduzir a pena da seguinte forma:

Aplicar-lhes a pena de 30 (trinta) dias de detenção, prevista na alínea b do § 3º do art. 6º da Lei n. 4.898/65, concedido o sursis, mediante condições a serem impostas no Juízo de origem.

Excluir da condenação a pena de perda do cargo e com base no § 5º do art. 6º da Lei n. 4.898/65 inabilitá-los para o exercício da função policial, no Município da culpa, pelo prazo de 3 (três) anos.

Nesses termos é que decidem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella. Lavrou parecer pela douda Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 28 de abril de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Noll,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.003287-3, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Genésio Noll**

*Furto qualificado pelo arrombamento. Confissão na fase extrajudicial corroborada pelo restante da prova produzida. Prova hábil para a condenação.*

*Qualificadoras dos incisos I e IV do § 4º do art. 155 do Código Penal caracterizadas. Uma, a do arrombamento, pelo laudo pericial e a outra, concurso de agentes, pela própria confissão do co-réu aliada às demais provas já citadas.*

*É entendimento assente neste Tribunal a impossibilidade do*

*reconhecimento da figura do furto privilegiado (art. 155, § 2º, do CP) em sede de crime qualificado.*

*Reconhecida a dupla qualificação, inviável o reconhecimento de uma delas como agravante, se não se enquadrar nas hipóteses previstas no art. 61 do Estatuto Repressivo Penal.*

*Recurso provido parcialmente.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.003287-3, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que é apelante Nilton César Antunes, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso.

Custas de lei.

Cuida-se de apelação criminal interposta por Nilton César Antunes, contra a sentença que por infração ao art. 155, § 4º, I e IV, do CP, condenou-o à pena de 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime aberto, e 30 (trinta) dias-multa, porque no dia 29 de agosto de 1996, por volta das 4h30min, adredemente acertado com um comparsa, teriam arrombado uma janela de um restaurante e de lá subtraído vários objetos.

Pleiteia sua absolvição, sob o argumento de que inexistem provas da sua participação no delito. Alternativamente requer a exclusão da qualificadora do concurso de agentes (art. 155, § 4º, IV, CP) e/ou o reconhecimento da figura do art. 155, § 2º, do CP, furto privilegiado.

Rebatido o inconformismo, nesta Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo seu desacolhimento.

É, em síntese, o relatório.

As provas coligidas não autorizam a reforma do decisum a fim de que seja o apelante absolvido, senão vejamos:

A materialidade emerge cristalina do termo de apreensão (fls.13/14), auto de avaliação (fls. 15) e termo de reconhecimento e entrega (fls. 16).

Inegável também o reconhecimento da autoria do crime. O apelante foi surpreendido no momento em que, após arrombar a janela, retirava-se do local do furto com uma caixa de alimentos furtados.

Confessou pormenorizadamente sua conduta na fase policial, bem como a de seu comparsa, em depoimento cercado de todas as garantias e em momento algum atacado pela defesa:

“Que, o declarante, na manhã de hoje, por volta das 4h30min horas encontrou com Reginaldo José João próximo ao Supermercado do Sesi, quando planejaram arrombar um restaurante que fica em frente ao mercado; que o declarante e Reginaldo utilizaram uma chave de fenda para quebrar a janela frontal do restaurante e entraram; que no interior do restaurante o declarante levava, digo, o declarante e Reginaldo levaram aproximadamente 30kg de carne, vários gêneros alimentícios e vários enlata-

dos; que o declarante diz não saber que objetos Reginaldo levou do restaurante, pois não se comunicou mais com o mesmo após o furto; que o declarante levou a bacia plástica com os objetos para o quarto do hotel Orlantur, onde reside no momento; que além de levarem gêneros alimentícios, o declarante e Reginaldo colocaram dentro, digo, perto da janela um televisor, uma balança e um aparelho de som para irem buscar posteriormente em uma outra viagem; que o declarante ao sair do restaurante com a bacia e os objetos foi pego por um popular que o deteve e entregou para uma guarnição da PM que passava pelo local no momento;" (fls. 9/10).

O co-réu Reginaldo José João (fls. 8/9) também admitiu os fatos e confirmou a presença do apelante. Não bastassem essas confissões, em que pesem as retratações em Juízo, o restante da prova produzida aponta de maneira inofismável a participação do apelante. A testemunha Evaristo Amboni assim narra os fatos:

"Que viu uma pessoa saindo do restaurante vítima carregando algo nas costas; que saiu atrás desta pessoa, perseguindo-a, conseguindo pegá-la; que era em torno de 5h30min da manhã; que o elemento que o depoente deteve no dia dos fatos é Nilton César Antunes, presente a este ato, o qual identifica;" (fls. 59 verso).

No mesmo sentido são os depoimentos dos policiais Cláudio Roberto Tancredo (fls. 5 e 59), José Carlos Hawerth (fls. 6 e 59) e Sílvio Soares Coutinho (fls. 7/8). E ainda o da vítima Claudemir Maximiano (fls. 12 e 59 verso).

Diante dessas provas, está

demonstrada à sociedade que o apelante, mediante arrombamento e acompanhado do co-réu, adentrou no estabelecimento comercial e de lá subtraiu vários objetos.

Da lição de Mirabete extraímos que "a confissão extrajudicial é insuficiente por si só, para lastrear a condenação, embora possa ser admitida como prova suficiente quando amparada por outros elementos" (in Código de Processo Penal Interpretado, 4ª ed., Atlas, SP, 1996, pág. 250).

Sobre a validade das provas colacionadas, os excertos jurisprudenciais:

"Roubo qualificado. Retratação em Juízo (...).

"A confissão do réu na fase policial, acompanhada pela apreensão da res furtiva e pela prova produzida em Juízo, é suficiente para decretar um edito condenatório..." (Ap. Crim. n. 96.000539-0 — rel. Des. Solon d'Eça Neves, j. em 3/9/96).

"Furto. Confissão perante a autoridade policial corroborada por prova testemunhal e apreensão do objeto furtado em mãos do réu se constituem em elementos suficientes para a condenação, mesmo ocorrendo retratação na fase judicial" (Ap. Crim. n. 20.879 — rel. Des. Marcio Batista — j. em 31/10/85).

As qualificadoras restaram efetivamente comprovadas. A do arrombamento (art. 155, § 4º, I, CP) pelo laudo pericial de fls. 39/43 que atesta o uso de uma chave de fenda para arrombar a janela.

A do concurso de agentes, da mesma forma, é inegável. A participação do co-réu Reginaldo José João fi-

cou evidenciada pela sua própria confissão, prestada na fase inquisitorial (fls. 8/9), e pela apreensão de parte da res furtiva em seu poder. A versão defensiva restou solteira, diante da prova testemunhal coligida.

Embora se reconheça o pequeno valor da res furtiva, quanto a pretensão de ver reconhecida a figura do furto privilegiado, entendemos inviável por tratar-se de furto qualificado. E à figura qualificada não se aplica a disposição do art. 155, § 2º, do CP. Nesse sentido tem reiteradamente decidido este Tribunal:

“Furto qualificado pelo concurso de agentes do inciso IV do artigo 155 do Código Penal. Pretendido benefício do furto privilegiado. Aplicação do disposto no § 1º do supracitado artigo. Descabimento.

“Não se aplica nos casos de furto qualificado nem a majorante do § 1º do próprio artigo (furto durante o repouso noturno) nem os benefícios da espécie privilegiada do seu § 2º. Recurso provido parcialmente” (Ap. Crim. n. 28.766 — rel. Des. José Roberto — JC 71/360).

“Furto qualificado — Art. 155, § 4º, IV, do CP — Sentença que condenou os acusados concedendo-lhes, todavia, o privilégio (art. 155, § 2º, do CP) — Recurso Ministerial pretendendo a cassação do benefício porque incompatível com o furto qualificado — Pretensão procedente — Apelo improvido.

“ — A jurisprudência dominante nesta Corte de Justiça inadmitte o reconhecimento do privilégio (art. 155, § 2º, do CP) quando o furto é qualificado, posto que ambos são incompatíveis, crescendo, ainda, a circunstância de que o valor da res, à

época, não era pequeno, pois equivalia a um salário mínimo então vigente” (Ap. Crim. n. 28.001 — rel. Des. Vladimir d’Ivanenko — JC 70/395).

Neste mesmo norte o entendimento do Excelso Pretório: RTJ 124/628 e 123/604.

Pequena reforma há de se fazer no que tange à aplicação da pena. O Magistrado ao fixar a pena pelo método trifásico, após fixar a pena-base, agravou de dois meses em virtude do reconhecimento da segunda qualificadora (concurso de agentes) como agravante, conforme remansoso entendimento (TACrimSP, RJDTACr 19/126; TARJ, RT 501/347 e TJSP, RT 579/307).

Porém in casu, tal exegese não é aplicável por não se enquadrar a qualificadora do concurso de agentes em nenhuma das hipóteses de agravação descritas no art. 61 do Código Penal.

Aliás outro não é o entendimento jurisprudencial:

“(…).

“ — As circunstâncias estampadas nos incisos I a IV do § 4º do artigo 155 do Código Penal constituem qualificadoras do furto, e quando presentes, por exemplo, duas delas, a primeira qualificará o delito, enquanto a segunda, quando muito, poderá ser considerada como circunstância judicial, amoldada pelo art. 59 do Código Penal, porque, na verdade, referidas qualificadoras não são enquadráveis às hipóteses dos arts. 61 e 62 do Estatuto Repressivo Penal, e, muito menos, guardam qualquer compatibilidade com as causas de especial aumento das penas previstas nas Partes Geral e Especial do supramencionado

Diploma Legal” (Ap. Crim. n. 28.872 — rel. Des. Alberto Costa — JC 72/546).

Assim, excluído tal aumento a pena-base permanece como a definitiva, fixada em 2 (dois) anos de reclusão. Da mesma forma a pena de multa é reduzida para o seu mínimo legal, 10 (dez) dias-multa, no seu valor mínimo legal.

Por preencher as disposições do art. 77 do CP, é concedido ao apelante o benefício da suspensão condicional da pena, sursis, pelo prazo de 3 (três) anos, mediante condições a serem impostas no juízo da execução.

Nesses termos é dado provimento parcial ao recurso.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 28 de abril de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 31.250, DE LAGES**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Apelação criminal. Júri. Tentativa de homicídio qualificado. Pretendida a anulação do julgamento popular por falta de questão obrigatória de tese defensiva ou por ter a decisão dos senhores jurados vulnerado a prova colacionada.*

*Ausência de quesito obrigatório quanto à desclassificação do delito doloso para homicídio culposo que, se reconhecida pelo Conselho de Sentença, favoreceria ao acusado e transformaria a competência.*

*Eiva reconhecida.*

*Recurso provido. Novo julgamento ordenado.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 31.250, da comarca de Lages (1ª Vara), em que é apelante Dercino Antunes da Silva, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar pro-

vimento ao recurso para que o réu seja submetido a novo julgamento.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Lages (1ª Vara), Dercino Antunes da Silva foi submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, por suposta infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c artigo 14, inciso II, ambos do Código Penal, restan-



do condenado à pena de 3 (três) meses e 20 (vinte) dias de detenção, por violação ao artigo 121, § 3º, c/c artigo 14, inciso II, do Código Repressivo.

Inconformado com a decisão, o representante do Ministério Público recorreu, a tempo e modo, forte no artigo 593, inciso III, alínea d, do Código de Processo Penal, asseverando que o veredicto afrontou a prova amealhada nos autos.

Rebatido o recurso, os autos ascenderam a esta Superior Instância, manifestando-se a douta Procuradoria-Geral de Justiça pelo conhecimento e provimento do recurso.

Neste Grau de Jurisdição foi provido o recurso ministerial para anular o julgamento, submetendo o acusado novamente ao Tribunal Popular do Júri (fls. 238/242).

Julgado pelo Colegiado Popular, o acusado restou condenado ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime fechado, por infração ao artigo 121, § 2º, inciso IV, c/c o seu § 1º, e artigos 65, inciso III, alínea d, e 14, inciso II, todos do Estatuto Penal.

Irresignado com o teor do decisor popular, apelou o acusado, tempestivamente, com base no artigo 593, inciso III, alíneas a, c e d, do Código Adjetivo Penal, pretendendo, em preliminar, a nulidade do julgamento, em razão do indeferimento de formulação de quesitos que entende obrigatórios à votação, ou a anulação da sentença, uma vez que o Corpo de Jurados não reconheceu desfavoráveis as circunstâncias do artigo 59 do Codex Penal, e o Juiz Presidente assim as considerou, na aplicação da reprimenda, fixando a pena-base acima do

mínimo legal, e, ainda, porque as atenuantes e a causa especial de aumento não foram aplicadas no seu máximo. No mérito, pleiteia a anulação do julgado, alegando ter sido a decisão manifestamente contrária à prova coletada, ou o ajuste da pena irrogada, fixando-se novo regime de cumprimento da sanção.

Rebatido o apelo, os autos retornaram a esta Superior Instância e foram com vista à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, que opinou pelo seu conhecimento e desprovimento.

É o relatório.

O recurso interposto merece provimento, eis que se vislumbra, in specie, a falta de quesitação obrigatória de tese defensiva, ensejadora de nulidade absoluta do julgamento, a teor do artigo 484, inciso III, do Código Processual Repressivo, e Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal.

Priori loco, no tocante à eiva suscitada pela defesa, consistente no indeferimento da formulação de quesitos, razão pela qual demonstrou sua irresignação no momento oportuno, sorte lhe socorre.

Conforme se verifica da Ata de Julgamento (fls. 273v.), a defesa do réu argüiu a desclassificação do crime doloso para o culposo, e a ocorrência de desistência voluntária e arrependimento eficaz, a legítima defesa, o homicídio privilegiado pela violenta emoção e a desclassificação do crime para homicídio simples.

Porém, observa-se dos quesitos formulados no julgamento do acusado Dercino Antunes da Silva (fls. 266 e 267), que primeiramente foi indagado ao Colegiado Popular a res-

peito da tentativa, posteriormente da legítima defesa própria, passando em seguida para o homicídio privilegiado.

Estabelece o artigo 484, inciso III, do Código de Processo Penal:

“Os quesitos serão formulados com observância das seguintes regras:

“Se o réu apresentar, na sua defesa, ou alegar, nos debates, qualquer fato ou circunstância que por lei isente de pena ou exclua o crime ou o desclassifique, o juiz formulará os quesitos correspondentes, imediatamente depois dos relativos ao fato principal;”.

O mestre Julio Fabbrini Mirabete, in “Código de Processo Penal Interpretado”, 2ª ed., São Paulo, Atlas, 1994, pág. 553, salienta:

“As regras para a formulação dos quesitos estão previstas no artigo 484 (...). Basicamente, nos termos do dispositivo legal, da doutrina e da jurisprudência, a ordem deve ser a seguinte: em primeiro lugar formulam-se os quesitos a respeito da autoria e materialidade do crime, ou seja, sobre o fato principal; em segundo, as referentes à tese de defesa (excludentes da ilicitude, da culpabilidade e da punibilidade); em terceiro, as relativas às circunstâncias qualificadoras; em quarto, as referentes às causas de aumento ou de diminuição de pena, se alegadas, e as agravantes; em quinto, as relacionadas às circunstâncias atenuantes”.

Ainda, sobre o tema, o autor ressalta:

“Após os quesitos a respeito do fato principal, o juiz deve formular os quesitos de defesa relativos às cau-

sas excludentes da ilicitude, da culpabilidade, da punibilidade e o quesito de desclassificação direto. A precedência dos quesitos de defesa sobre os demais é obrigatória” (grifo nosso) (pág. 554).

Dessa forma, logo após o fato principal e da indagação quanto à tentativa, deveria ter sido quesitada a tese defensiva de excludente de criminalidade, e posteriormente a da desclassificação para homicídio culposo, que, uma vez reconhecida pelos Senhores Jurados, transferiria a competência do julgamento para o Juízo singular.

Não sendo todos os quesitos defensivos obrigatórios indagados ao Júri Popular, manifesto prejuízo restou ao acusado, que teve a sua ampla defesa subtraída, resultando nulo o julgamento.

Extrai-se da Súmula 156 do Supremo Tribunal Federal que:

“É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri por falta de quesito obrigatório”.

No mesmo diapasão:

“Quesito obrigatório é o que compromete a defesa do réu e o julgamento pelo júri, impedindo-se-lhe afira o exato alcance e compreensão” (STF, HC, rel. Min. Oscar Corrêa, publ. em 31/10/84).

E, com relação à precedência dos quesitos da defesa, extrai-se da jurisprudência:

“A precedência dos quesitos de defesa sobre os demais quesitos é obrigatório. Segundo a Súmula 162 do STF, é absoluta a nulidade do julgamento pelo Júri quando os quesitos de

defesa não precedem os das circunstâncias agravantes" (RT 697/286).

O digno Magistrado ao indeferir os quesitos específicos referentes à desistência voluntária, ao arrependimento eficaz e ao homicídio culposo, assim se manifestou:

"(...) que indeferia a formulação de quesitos específicos para desclassificação do delito para crime culposo, bem como quanto à desistência voluntária e arrependimento eficaz, porque, no quesito 2º, se reconhecido que o acusado deu início à execução de um crime de homicídio, não consumado por circunstâncias alheias à vontade do agente, firmou a sua competência para julgar a causa e afastou a do Juízo singular. Na hipótese da negativa daquele quesito, perde a competência pra prosseguir no julgamento, cabendo a esta Presidência proferir a sentença, estando, desta forma, incluindo na resposta negativa, todas as teses desclassificadoras de tentativa de homicídio. Tal é o entendimento de Adriano Marrey e outros; 'negado o segundo (relativo à tentativa propriamente dita), fica desclassificado pelo Júri o crime descrito no libelo, perdendo, por isso, a competência para prosseguir no julgamento (CPP, artigo 492, § 2º)' (in Júri, Teoria e Prática, 3ª Edição — revisada e ampliada). Da mesma sorte tal ocorre quanto à desistência voluntária e arrependimento eficaz, pois confere-se na Jurisprudência: 'Em julgamento perante o Júri, de tentativa delinqüencial, as teses defensórias da desistência voluntária ou arrependimento eficaz ficam implicitamente respondidas com a votação do quesito relativo ao início de execução e incorrência de consumação por circunstâncias alheias à vontade do agente.

É que se este quesito for afirmado, as referidas teses implicitamente, cairão; e se negado, a queda terá sido da própria imputação da tentativa' (RT 521/372)" (grifo nosso) (fls. 274 e 275).

Essa decisão é inatacável no que tange ao arrependimento eficaz e à desistência voluntária, porque afirmado positivo, ante ter o réu iniciado um crime de homicídio, que só não se consumou por circunstâncias alheias a sua vontade, o júri afastou o crime de lesão corporal. No entanto, é de afastar-se os argumentos esposados pelo Togado singular, no que se refere à tese defensiva de desclassificação do homicídio doloso para o culposo, conquanto o expendido cuida-se de desclassificação própria, enquanto que, se acatada a tese defensiva apresentada e indeferida, estar-se-ia diante de uma desclassificação imprópria.

Pertinente à matéria, o professor Hermínio Alberto Marques Porto, in "Júri", 6ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1990, pág. 136, leciona:

"A desclassificação própria, operada, na votação do questionário, pelo Conselho de Sentença, entrega ao Juiz Presidente competência para decidir com a liberdade própria do Juiz singular. Sendo o réu, por exemplo, pronunciado por prática de homicídio tentado, o primeiro quesito versará sobre a autoria de atos agressivos e correspondente materialidade (se a vítima foi atingida, o quesito tratará da ação do agente e das lesões; se a vítima não foi lesada, o quesito dirá da ação voltada contra a vítima), e o segundo, formulado com

atenção ao inciso II do art. 14 do CP, indagará da intenção de praticar um fato definido como crime; afirmado, pelos jurados, o 1º quesito e também o 2º quesito (da tentativa), estará definida a figura do homicídio tentado, salvo posterior valoração justificante da conduta do agente ou posterior definição de novo crime; afirmado, pelos jurados, o 1º quesito, e também o 2º quesito (da tentativa), estará definida a figura do homicídio tentado, salvo posterior valoração justificante da conduta do agente ou posterior definição de novo crime; afirmado, pelos jurados, o 1º quesito, e, a seguir, negado o segundo, estará operada a desclassificação própria, pois afastada a tentativa de homicídio classificada pela pronúncia e não indicada a prática de qualquer crime, restando, por isso, não valorada, ao ponto de condicionar o Juiz Presidente, a resposta dada ao 1º quesito e que deve ser entendida como condição única à apreciação do segundo, competindo, então, ao Juiz Presidente decidir do mérito em relação à matéria coberta pelo 1º quesito, assim podendo absolver ou condenar o réu (condenar, por exemplo, pelo crime de lesões corporais, ou, se ausente estas, pelo crime de perigo de vida) (...).

"A desclassificação imprópria representa decisão dos jurados pelo afastamento da competência do Júri, dizendo, cumulativamente, da definição de um novo crime. Se, por exemplo, o réu está pronunciado por prática de homicídio consumado, simples ou qualificado, e a defesa em Plenário alega ter agido culposamente (art. 18, II, do CP), estará motivando a inclusão no questionário de quesito indagador de homicídio culposo (...), ope-

rando uma desclassificação em relação à classificação fixada pela decisão de pronúncia, e apontando qual o crime pelo réu praticado, aspecto que indica a desclassificação imprópria; voltando à hipótese de desclassificação própria, nela os jurados somente afastaram o crime proposto, sem valorar especificamente a conduta do réu; com atenção à desclassificação imprópria, a situação é diferente, pois os jurados, além do afastamento do crime classificado pela pronúncia, definem, por afirmar quesito defensivo, um novo tipo penal (...)."

Pois bem, nota-se, portanto, que o fato de o Juiz Presidente não prosseguir a quesitação com a tese defensiva argumentada, retirou do Corpo de Jurados, juízo natural para julgar os delitos dolosos contra a vida, a oportunidade de desclassificar a infração para a forma culposa, tornando o julgamento nulo.

Na hipótese, quanto à sequência de quesitos, após perscrutar sobre o fato principal, a tentativa e as excludentes de ilicitude, deveria o Juiz Presidente indagar aos Senhores Jurados a desclassificação para modalidade culposa, que caso afirmativa transformaria a competência do Tribunal Popular. Em caso de negativa prosseguiria com a quesitação.

Veja-se da jurisprudência deste egrégio Tribunal:

"Júri. Preliminares de nulidade de julgamento versando sobre: (...) não submissão de quesitos próprios à defesa desenvolvida na sessão de julgamento (...).

"(...).

"Nulo, entretanto, é o julgamento que deixa de submeter ao Conselho

de Sentença quesitos relativos à defesa produzida, na Sessão de Julgamento" (JC 75/ 583).

Ainda, desta Corte:

"Júri — Nulidade — Questionário — Indeferimento de quesito requerido pela defesa — Cerceamento caracterizado — Preliminar acolhida — Julgamento anulado.

"(...).

"O indeferimento de quesitos requeridos pela defesa, constituindo-se em cerceamento do direito que lhe assiste, acarreta, sem dúvida, a nulidade do julgamento" (in RT 427/481).

E, mais:

"Júri — Nulidade — Defeito do questionário — Supressão do quesito sobre a accidentalidade do homicídio — Indagação, todavia, obrigatória e que constava dos anteriores julgamentos do réu — Concessão de habeas corpus (...).

"É absoluta a nulidade do julgamento, pelo júri, por falta de quesito obrigatório" (RT 526/464).

Dessarte ressaltar, consoante se infere no corpo do acórdão desta egrégia Câmara Criminal, de fls. 238 usque 241, do presente processo, é impossível no direito pátrio a configuração de tentativa de homicídio culposo, pois esta figura (a tentativa) exclui a culpa, veja-se:

"Tentativa e culpa são coisas diametralmente opostas. O agente, na tentativa, fica aquém do resultado, enquanto que na culpa, vai além do que desejava. É da jurisprudência:

'Tentativa e culpa são noções antitéticas, pois o agente, na tentativa,

fica aquém do que queria e, na culpa, vai além do que desejava. Assim, impossível submeter ao Júri o quesito do excesso culposo, nos delitos de tentativa de homicídio, dada a inexistência, em nosso sistema penal, da figura da tentativa de homicídio culposo' (RT 620/336)".

Contudo, trata a espécie de julgamento feito por juízes de fato, autorizados pela Constituição Federal, que não têm compromissos doutrinários e jurisprudenciais, que por vezes decidem aberrando sobre o direito, como ocorreu no primeiro julgamento ao acatar a tese defensiva da tentativa de homicídio culposo, figura inexistente no direito penal pátrio.

Todavia, constata-se nos autos ofensa ao princípio constitucional da ampla defesa, eis que cerceada pelo indeferimento da apresentação de quesitos obrigatórios de tese defensiva, devendo, desse modo, anular-se o julgamento para que a outro seja o acusado submetido.

Ex positis, a Câmara decidiu, à unanimidade, dar provimento ao recurso defensivo para que o réu seja submetido a novo julgamento.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Alberto Costa, e emitiu parecer, pela ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Paulo Huáscar Viana.

Florianópolis, 22 de outubro de 1996.

*José Roberge,  
Presidente com voto;  
Jorge Mussi,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 96.007855-0, DE SOMBRIO**

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Apelação criminal. Crime contra os costumes. Estupro. Sentença condenatória. Materialidade e autoria comprovadas. Adolescente de treze anos que convive, por livre e espontânea vontade, com o apelante, mantendo com este, por inúmeras vezes, relações sexuais. Menor que, apesar de sua tenra idade, não se apresenta ingênua ou crédula, e sim perfeitamente consciente de seus atos. Relatividade da ficção de violência. Absolvição que se impõe. Recurso provido.*

*Nos crimes de estupro, praticados contra menores de catorze anos, a presunção de violência é absoluta somente se a vítima for recatada, inocente e ingênua no campo sexual, hipótese em que pode ser facilmente enganada e iludida pelo agente. Se, ao contrário, a menor possuir uma maturidade sexual acima da média da sua idade, tornando-a capaz de discernir acerca de sua conduta e conseqüências desta, a presunção do art. 224, alínea a, passa a ser relativa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 96.007855-0, da comarca de Sombrio, em que é apelante José Fernandes da Silveira, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Segunda Câmara Criminal, à unanimidade, dar provimento ao recurso para absolver o apelante.

Custas ex lege.

Na comarca de Sombrio, o representante do Ministério Público

ofertou denúncia contra José Fernandes da Silveira, dando-o como incurso nas sanções do art. 213, c/c arts. 224, a, e 226, III, todos do Código Penal, pela prática dos seguintes fatos delituosos, assim narrados na exordial acusatória de fls. 2/3:

“No dia 12 de fevereiro de 1988, o denunciado, homem casado, apanhou a menor O. da S. H., de treze anos, levando-a para sua residência na localidade de Pedra Branca, em Praia Grande, onde com ela manteve repetidas relações de sexo. Decorridos oito dias de convivência, José

Fernandes 'dispensou' O., deixando-a nas proximidades da residência de seu pai, local em que a havia pego.

"O denunciado tinha plena ciência da menoridade da vítima, mesmo assim a vinha assediando há três meses e, aproveitando-se de sua ingenuidade e inexperiência (sic), conquistou-lhe a confiança e afeto, induzindo-a a submeter-se a seus caprichos sexuais, conforme prova o auto de exame de corpo de delito de fls. 10".

Ao final da *persecutio criminis* in iudicium, José Fernandes da Silveira restou condenado à pena de 4 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, em regime aberto, por infração ao disposto no art. 213, c/c arts. 71, caput, 224, a, 226, III, e 65, III, d, todos do Codex Penal, concedido-lhe o direito de apelar em liberdade.

Inconformado com o teor da prestação jurisdicional entregue, recorreu, oportuno tempore, pretendendo a sua absolvição, sustentando que o decreto condenatório baseou-se tão-somente nos depoimentos prestados na fase policial, que não são suficientes para lastrear uma condenação.

Sem contra-razões, devido ao transcurso do prazo legal para sua apresentação, os autos ascenderam a esta Superior Instância, tendo a douta Procuradoria-Geral de Justiça, em parecer da lavra do Dr. Sérgio Torres Paladino, opinado pelo seu conhecimento e desprovemento.

É o relatório.

Merece prosperar a súplica absolutória, porquanto não restou caracterizado o dissenso da ofendida para a prática de relações sexuais com o

apelante, razão pela qual não se configurou, no caso em tela, o delito de estupro, inculpidado no art. 213, do Estatuto Repressivo Básico, mesmo em se cuidando de crime cometido contra menor de 14 anos, quando a violência é tida como presumida.

A despeito da tenra idade da ofendida à época dos fatos, ou seja, treze anos, o elenco probatório colhido faz ver que esta possuía maturidade e experiência suficientes para saber a gravidade e conseqüências dos atos praticados por ela e pelo acusado.

Muito embora não tenha sido ouvida na fase do contraditório, eis que não encontrada pelo oficial de justiça (documento de fls. 37 verso), em seu depoimento extrajudicial, colhido a fls. 14, a menor O. da S. H. afirma claramente que:

"(...) dia doze de fevereiro deste ano, fugiu em companhia de José Fernandes, que tinha conhecimento que era casado mas como a uns cinco dias antes conversaram na estrada e ele lhe disse que sua mulher só queria parar na casa dos pais dela e a convidou para ir morar com ele, aceitou porque gostava e a tempos e inclusive já vinham se encontrando escondidos dos pais e a três meses mais ou menos já tinham relações sexuais nos encontros; Que, conviveu com ele oito dias e depois ele a levou para casa de seu pai e prometeu de pegá-la no dia seguinte (...)".

Segundo o depoimento acima transcrito, pode-se observar que a ofendida, ao tempo dos fatos narrados na peça inaugural, apresentava-se extremamente consciente de seus atos, além de demonstrar-se madura e ex-

periente nos assuntos sexuais, uma vez que era sabedora do estado civil do apelante, e, mesmo assim, aceitou o seu convite para passar alguns dias em sua companhia.

Ademais, o pai da suposta ofendida, A. L. H., em suas declarações prestadas às fls. 12, assevera que esta última fugiu em companhia do apelante por livre e espontânea vontade.

Por seu turno, o apelante, em seu interrogatório de fls. 32, corrobora a versão trazida aos autos pela ofendida, ou seja, de que efetivamente manteve com esta, por inúmeras vezes, relações sexuais.

No entanto, o acusado, apesar de conhecedor da tenra idade da vítima, e tendo, mesmo assim, insistido na prática de relações sexuais com ela, em nenhum momento utilizou-se de qualquer ato de violência contra a menor. Pelo contrário, o que se extrai dos autos é que a vítima contribuiu, ativa e conjuntamente com o acusado, para a realização dos atos sexuais.

Em vista desses fatos, não se pode interpretar a presunção de violência contida no art. 224, a, do CP, como sendo absoluta, e, sim, deve-se considerá-la relativa, eis que se faz necessária a análise de cada caso concreto separadamente. A presunção de violência somente pode ser considerada absoluta na hipótese em que a menor é ingênua, pura, realmente inexperiente no campo sexual. Somente nesses casos, em que a ofendida não é capaz, ainda, em razão da sua idade, de defender-se das investidas do agente, é que sua anuência para a consumação da conjunção carnal torna-se irrelevante.

Ora, nos dias de hoje, impossível atribuir-se plena inocência a todas as jovens menores de quatorze anos. Muitas delas têm uma mentalidade mais madura e avançada do que a maioria das outras meninas da mesma idade. No caso sub judice, após analisar cuidadosamente o caderno processual, intolerável aceitar-se a idéia de que a menor O. pudesse ser ingênua, ou mesmo desinformada na área sexual.

Nesse vértice, o ilustre doutrinador Magalhães Noronha, in "Direito Penal", vol. 3, págs. 230/231, entende que:

"...é relativa a presunção do art. 224, letra a. Nossos Tribunais têm muitas vezes assim decidido. Ocasões há, entretanto, em que firmam em suas ementas a tese em contrário, mas observa-se a influência do caso que julgaram, no qual a vítima, não sendo um modelo de virtudes, não era também, ao que se pudesse dizer, uma corrompida. Os que se batem pela presunção absoluta devem lembrar-se que, mesmo entre os práticos, os mais severos admitiam a prova em contrário. (...) O futuro Código deve baixar o limite da presunção. Nos dias que correm vai-se tornando difícil falar-se em *innocentia consilii* da menor de catorze anos (...) É o que está de acordo com a realidade dos nossos dias, a evolução dos costumes tem-se processado com bastante rapidez, de modo que a moça de hoje não é mais a ignorante, crédula e inocente de trinta anos atrás..." (grifo nosso).

Esse posicionamento foi acertadamente defendido pelo Ministro Marco Aurélio de Mello, em voto proferido no recurso de Habeas Corpus n.



73.662-9—MG, em 14/5/1996, do corpo do qual passamos a transcrever os seguintes trechos, bastante elucidativos:

"(...) Diante de tais colocações, forçoso é concluir que não se verificou o tipo do art. 213 do Código Penal, no que preceitua como estupro o ato de 'constranger mulher à conjunção carnal mediante violência ou grave ameaça'. A pouca idade da vítima não é de molde a afastar o que confessou em Juízo, ou seja, haver mantido relações com o Paciente por livre e espontânea vontade (...).

"(...) A presunção de violência prevista no art. 224 do Código Penal cede à realidade. Até porque não há como deixar de reconhecer a modificação de costumes havida, de maneira assustadoramente vertiginosa, nas últimas décadas, mormente na atual quadra. Os meios de comunicação de um modo geral e, particularmente, a televisão, são responsáveis pela divulgação maciça de informações, não as selecionando sequer de acordo com medianos e saudáveis critérios que pudessem atender às menores exigências de uma sociedade marcada pelas dessemelhanças. Assim é que, sendo irrestrito o acesso à mídia, não se mostra incomum reparar-se a precocidade com que as crianças de hoje lidam, sem embaraços quaisquer, com assuntos concernentes à sexualidade, tudo de uma forma espontânea, quase natural.

"...Nos nossos dias não há crianças, mas moças de doze anos. Precocemente amadurecidas, a maioria delas já conta com discernimento bastante para reagir ante eventuais adversidades, ainda que não possuam

escala de valores definida a ponto de vislumbrarem toda a sorte de conseqüências que lhes pode advir.

"...De qualquer forma, o núcleo do tipo é o constrangimento e à medida em que a vítima deixou patenteado haver mantido relações sexuais espontaneamente, não se tem, mesmo a mercê da potencialização da idade, como concluir, na espécie, pela caracterização..." (grifamos).

No mesmo diapasão, é da jurisprudência pátria:

"Estupro — Violência presumida — Presunção relativa — Vítima menor de 14 anos experiente das coisas do sexo — Crime não caracterizado — Recurso provido para absolver os acusados" (TJMS — Ap. Crim., classe I, "1" — n. 2515/89 — Nova Andradina).

Ou então:

"(...) IV — Somente é válida a presunção do art. 224, letra a, do Código Penal, quando a ofendida for inexperiente, ingênua e recatada.

"V — Não configura o crime de estupro quando a ofendida tem perfeito conhecimento dos fatos sexuais e aceita o relacionamento" (TJMS — Ap. crim., classe I, "1" — n. 1.048 — Dourados)

Desse modo, para que haja infração ao disposto no art. 213 do Estatuto Penal, faz-se imprescindível a presença da violência ou da grave ameaça, as quais, na hipótese de ser a vítima menor de catorze anos, somente hão de ser reconhecidas se esta (a ofendida) apresentar-se imatura e inexperiente no campo sexual.

Assim, consoante se vislumbra do processado, a vítima consciente-

mente aceitou ter com o apelante conjunção carnal, sendo que este último não precisou fazer uso de qualquer meio violento ou ameaçador para obrigá-la a aceitar tais relações, pois a primeira já possuía condições de entender as conseqüências que sua conduta pudesse trazer-lhe. Tanto é assim que em seu relato a vítima confessa que já vinha mantendo encontros secretos com o acusado, há mais ou menos três meses antes dos fatos narrados na peça vestibular.

Desse modo, frente aos firmes elementos de prova atestando a aquiescência da menor, que por sua vez mostrou-se experiente e madura e ainda suficientemente consciente de sua conduta, não pode perseverar a sentença condenatória contra o apelante, pois, apesar de reprovável sua conduta, mesmo para os parâmetros sociais vigentes, não restou devidamente caracterizado o crime inserido

no art. 213 do Código Penal, razão pela qual a absolvição do apelante é medida que se impõe.

Ante todo o exposto, a Câmara conhece do recurso, dando-lhe provimento para absolver o apelante, com base no art. 386, IV, do Código de Processo Penal.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli, e emitiu parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Sérgio Torres Paladino.

Florianópolis, 22 de outubro de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

**APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.005452-4, DE BLUMENAU****Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Júri — Duplo homicídio — Crimes cometidos mediante surpresa — Coação moral irresistível não demonstrada — Agente que desferiu tiro contra a cabeça de sua esposa, grávida de nove meses — Parto prematuro — Criança que vem a morrer no dia seguinte ao nascimento em decorrência de anoxia grave — Concurso formal — Delitos cometidos mediante única ação — Art. 61, h, do CP — Infração praticada contra mulher grávida — Reconhecimento — Impossibilidade — Circunstância agravante não prevista na época do ocorrido — Irretroatividade da lei mais severa.*

*A coação moral, para configurar a excludente de culpabilidade do art. 22 do CP, deve ser de tal forma irresistível que não é juridicamente exigido do agente comportamento diverso do apresentado. Não existindo ameaça por um determinado coator, não é possível imputar a coação a uma circunstância abstrata, como o preconceito racial ou a dor moral.*

*O crime é cometido mediante surpresa que dificulta ou impossibilita a defesa da vítima quando não há razões próximas ou remotas para que se espere a agressão, máxime quando essa ocorre de inopino, de forma brusca, sem nenhuma discussão.*

*Se com uma mesma ação o agente pratica dois crimes, é de ser reconhecido o concurso formal (art. 70, CP), aplicando-se a pena mais grave, se diversas, ou somente uma delas, quando idênticas, acrescida, em qualquer caso, de um sexto.*

*Tendo o delito sido praticado antes do advento da Lei n. 9.318, de 5/12/96, que tipificou como agravante o crime cometido contra mulher grávida, forçosa é a aplicação do princípio da irretroatividade da lex gravior (art. 5º, XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.005452-4, da comarca de Blumenau (1ª Vara), em que é apelante Nilton Sales dos Santos, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, tão-somente para reconhecer o concurso formal entre os delitos e excluir a agravante do art. 61, h, do CP, reduzindo a pena a 14 anos de reclusão,

mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Blumenau, perante o Juízo da 1ª Vara Criminal, Nilton Sales dos Santos foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 121, § 2º, II e IV, e 121, caput, combinado com o art. 71, todos do Código Penal, porque, em 14/1/96, por volta das 15h30min, dirigiu-se até a residência de Terezinha Gomes Wosniak e ingressou na lavanderia da casa, onde, sem que houvesse qualquer discussão, desferiu um tiro contra Dione Raquel Wosniak, causa eficiente de sua morte, e, logo em seguida, disparou contra a própria cabeça, vindo a ficar completamente cego.

A vítima encontrava-se no nono mês de gestação e, em razão dos ferimentos por ela sofridos, foi necessária a realização de parto imediato, nascendo uma criança de nome Mayara Wosniak, que veio a falecer no dia seguinte.

Pronunciado como incurso nos arts. 121, § 2º, IV, e 121, caput, do Código Penal, o acusado foi submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, restando condenado ao cumprimento de dezoito anos de reclusão, inicialmente, em regime fechado.

Inconformado, apelou com fundamento no art. 593, III, c e d, do CPP, sustentando, em síntese: I) que a decisão do Conselho de Sentença é manifestamente contrária à prova dos autos, porque não agiu de forma a impossibilitar a defesa da vítima, tendo ocorrido coação moral irresistível por parte da família dela; II) ter havido equívoco na aplicação da pena, visto

que os crimes foram cometidos em concurso formal e não material, sendo reconhecida agravante que não constava expressamente do libelo.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser provido parcialmente o recurso.

O apelante foi condenado por dois homicídios, sendo o primeiro cometido contra Dione Raquel Wosniak, que se encontrava grávida e já no final da gestação, vindo a criança nascida do parto a que foi submetida a vítima depois de ser atingida pelo disparo da arma de fogo a falecer no dia seguinte.

Com esse desenho do quadro fático, impõe-se, mesmo sem ter sido a matéria agitada em qualquer fase do processo, responder a uma indagação fundamental: qual o crime cometido contra o ser que, à época da ação delituosa, ainda se encontrava no ventre da mãe e veio a falecer no dia seguinte ao prematuro nascimento, em decorrência de anoxia grave?

A solução mais consentânea com o inusitado da situação, pareceu à Câmara, é aquela apontada por Magalhães Noronha, segundo a qual se está diante, no caso dos autos, de dois homicídios distintos.

Importante trazer à colação, nesse passo, pela clareza da demonstração, a precisa abordagem do tema produzida pelo ilustre professor da Universidade Mackenzie, de São Paulo:

“Caso muito mais complexo foi o que constituiu objeto de consulta que nos foi feita e que depois reduzimos a artigo, pelas colunas do semanário técnico Tribuna da Justiça. Certo

indivíduo, por motivos que não nos foram apontados, desferiu uma facada no ventre de mulher grávida de nove meses, sem matá-la; dias depois nasce a criança, que, entretanto, vem a falecer dez dias após, devido à lesão que lhe foi produzida, quando no ventre materno.

“À falta de outros esclarecimentos, máxime da esfera volitiva do agente, vamos assentar dois dados que nos parecem naturais, diante dos termos em que a consulta nos foi dirigida. Temos como certo que o delinqüente quis matar a mulher e a criança. Demonstrado também temos que esta nasceu a termo.

“Positivada a questão, há, sem qualquer dúvida, tentativa de morte da mulher. O dolo com que agiu o sujeito ativo foi o *occidendi* ou *necandi* sem, entretanto, alcançar o resultado (morte), por circunstâncias alheias a sua vontade.

“Quis ele também destruir o feto, sem que o conseguisse. Não houve, por conseguinte, aborto, que é a cessação da gravidez com a morte do ovo, embrião ou feto, e, no caso, a gestação prosseguiu, nascendo a criança a termo.

“Ora, não logrado o evento, teria o réu, como em relação à mulher, ficado em grau de tentativa? Pondo-se de lado a questão de que alguns Códigos Penais não punem o aborto tentado, como o argentino, teríamos ilogismo não mui fácil de defender. Se, logo após haver recebido a facada, a mulher expulsasse o feto morto, configurar-se-ia o aborto consumado; como, entretanto, a criança nasceu, mas veio a morrer já criatura humana, devido à ação causal do

agente, diminui-se-lhe a pena: o delito é mera tentativa de abortamento.

“Não nos parece que tal solução resguarde os interesses sociais e condiga com a tutela da vida que o Código pátrio tem em consideração no Capítulo I do Título I da Parte Especial.

“Excluída a hipótese de tentativa de aborto, resta o homicídio.

“Bem sabemos que sustentar a existência desse outro delito não é isento de dificuldades. Realmente, ninguém ignora que a ação física do homicídio é realizável contra o nascente e o que já nasceu. Só depois de iniciado o parto (com as dores da dilatação, a nosso ver) é que se pode falar em homicídio. Autores há ainda mais radicais, como Alfredo Molinario, que só admitem homicídios depois da secção do cordão umbilical, isto é, quando o neonato está inteiramente separado do organismo materno. Todavia a opinião que proclama que matar durante o parto é homicídio é a do Código, como se vê do confronto entre os arts. 121 e 123. Se, neste, é infanticídio, a puerpera matar o próprio filho, durante o parto ou logo após, será homicídio se ela (fora do estado puerperal) ou terceiro matar o nascente nessas mesmas situações. Conseqüentemente, dir-se-á que no caso em exame não se trata do delito do art. 121, porque ao ser atingido pela facada o fruto da concepção era um feto e não um homem.

“Não cremos, entretanto, haver óbices intransponíveis para se aceitar outra conclusão.

“Primeiramente, examinemos o lado subjetivo do delito. O sujeito ativo quis matar o feto, mas, ao agir, ele as-

sume o risco de matá-lo fora do claustro materno e, por via de consequência, a imputação desse resultado não foge ao dolo com que agiu; não há falar, então, em culpa e muito menos em responsabilidade objetiva.

“Depois, se é exato que a ação física foi realizada quando o sujeito passivo estava no útero materno, não menos certo é que, quando o crime reuniu todos os elementos de sua definição legal (art. 14, I), isto é, se consumou, o ofendido era criatura humana, era homem. Realizou-se nesse momento a figura ‘matar alguém’, embora a ação tenha sido anterior. Observe-se que o tipo do art. 121 não é ‘ofender para causar a morte’ e sim ‘matar alguém’, e que, no caso, houve alguém que foi morto.

“A confirmar o que dizemos, configure-se esta outra hipótese, onde o elemento subjetivo é ainda mais positivo. Certo homem, por quaisquer fins, deseja que uma criança nasça viva, mas que morra logo após. Ministra, então, substância à gestante, causando lesão ou dano ao feto. Não se interrompe a gravidez, dá-se o nascimento normal, mas ocorre a morte do neonato dias após.

“É patente que o sujeito ativo não quis o aborto (cessação da gravidez com a morte do fruto da concepção), querendo, antes, que houvesse nascimento a termo, com a vida autônoma, embora ocorresse a morte dias depois.

“Tal caso não difere do formulado na consulta, senão que neste há margem para a culpa e o preterdolo.

“Como se falou, é exato que a ação do agente deve incidir sobre quem está vivo, mas excepcionalmen-

te pode o crime ocorrer, desde que o exício se verifique, tendo já a criatura vida autônoma, embora a lesão haja sido praticada quando ela se achava no ventre materno.

“Em tais circunstâncias, não é absurdo considerar-se, desde o instante do ferimento, o feto como pessoa. Não está o aborto, que pode ter por objeto material o simples ovo, colocado num título cuja rubrica é ‘Dos crimes contra a pessoa’?

“Tenha-se em vista ainda que não só o direito penal, mas o direito não se subordina cegamente a conceitos biológicos. Assim é que os arts. 353, 357, parágrafo único, 462 e 1.718 do Código Civil dispõem respectivamente acerca de legitimação do filho antes do nascimento, do reconhecimento na mesma situação, da curatela do nascituro, da capacidade deste para adquirir por testamento, chegando, por isso, alguns civilistas a falar até em personalidade do nascituro.

“Cremos, dessarte, que o crime é homicídio, sob pena de ficar impune o agente, já que abortamento não houve, e tentativa de aborto com homem morto não só não corresponde a princípios elementares de justiça como também nos parece uma *contradictio in adjecto*” (Direito Penal, Saraiwa, São Paulo, 21ª ed., 1986, págs. 53/55).

Analisada essa questão, passa-se ao exame do recurso.

A possibilidade de anulação dos veredictos do Tribunal Popular, sob pena de ofensa à garantia constitucional de sua soberania (art. 5º, XXXVIII, d), restringe-se àqueles casos em que a decisão dos jurados

apresenta-se em flagrante contradição com a prova dos autos.

A propósito, Frederico Marques escreveu:

“Estando manifestamente contrário à prova dos autos, o veredicto é rescindível por vício ou erro in judicando, pois neste se inclui o malum iudicatum decorrente da apreciação de fatos e de provas.

“Manifesto é o que é certo (quod certum est), segundo Strykio. É aquilo que se apresenta evidente, unívoco e sem possibilidade de dúvidas. Sem esses atributos, a discordância entre a prova dos autos e o veredicto não autoriza a rescisão deste” (O Júri no Direito Brasileiro, Saraiva, São Paulo, 2ª ed., 1955, pág. 193).

Julio Fabbrini Mirabete não discrepa:

“Não é qualquer dissonância entre o veredicto e os elementos de convicção colhidos na instrução que autorizam a cassação do julgamento. Unicamente, a decisão dos jurados que nenhum apoio encontra na prova dos autos é que pode ser invalidada” (Código de Processo Penal Interpretado, Atlas, São Paulo, 1997, 5ª ed., pág. 751).

No caso, a versão apresentada à apreciação do Conselho de Sentença pela defesa, no sentido de que o crime cometido por Nilton Sales dos Santos foi o cumprimento de um “pacto de morte” que teria sido acordado entre ele e Dione Raquel Wosniak, em razão da coação moral irresistível exercida pela mãe daquela, encontra arrimo tão-somente nas declarações do próprio acusado.

O réu e essa vítima viviam jun-

tos há aproximadamente dois anos, tendo-se separado por diversas vezes nesse período, o que foi atribuído, pelos familiares de Nilton, à interferência direta de Terezinha Gomes Wosniak, mãe de Dione, que seria contrária à união.

Todavia, como entendeu o Conselho de Sentença, a pressão psicológica exercida pela mãe da vítima, que contava com apenas dezesseis anos quando faleceu, e até a sua interferência direta na relação do casal não teve o condão de configurar a coação moral irresistível.

Como cediço, a excludente de culpabilidade inserta no art. 22 do CP é admitida quando exercida a chamada coação moral que, segundo Damásio de Jesus, “é o emprego de grave ameaça contra alguém, no sentido de que realize um ato ou não” (Código Penal Comentado, Saraiva, São Paulo, 1996, 6ª ed., pág. 72).

Não basta, portanto, que exista constrangimento, deve este ser de tal forma irresistível que não se pode exigir que o agente tenha comportamento diverso do apresentado.

Alberto Silva Franco e outros ensinam:

“A coação moral irresistível é uma das hipóteses de exclusão da culpabilidade, na qual o coacto, em razão de constrangimento moral que sobre ele é exercido, atua em condições anormais, de forma que não se lhe pode exigir um comportamento de acordo com a ordem jurídica. O constrangimento moral deve ser irresistível e por irresistível, segundo o Des. Cunha Camargo (JUTACrim. 44/412), se entende o constrangimento ‘inevitável, insuperável ou inelutável’, ‘uma força

de que o coacto não se pode subtrair, tudo sugerindo situação à qual ele não se pode opor, recusar-se ou fazer face, mas tão-somente sucumbir, ante o decreto do inexorável” (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, RT, São Paulo, 1997, 6ª ed., vol. I, t. I, pág. 327).

Deste Tribunal:

“A coação moral, para ser aceita como excludente de culpabilidade, há de ser irresistível, devendo ficar substancialmente comprovada por elementos concretos existentes dentro do processo; não basta a simples versão dada pelos próprios agentes envolvidos, especialmente quando a alegada coacta tinha a opção de não agir sem que lhe adviesse o mal prometido” (Ap. Crim. n. 96.008483-5, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 15/10/96).

Não sendo possível imputar à mãe da vítima o emprego de grave ameaça contra o apelante, também não há que se falar que o crime foi impulsionado pela dor moral advinda da separação do casal, pois, para a configuração da coação irresistível, é necessário que exista a figura do coator, não sendo possível atribuí-la à dor moral, à família da vítima ou a preconceito racial, circunstâncias abstratas que não podem ser tidas como responsáveis pelo constrangimento.

Nesse sentido:

“Não se pode considerar a dor moral, entidade vaga e abstrata, como órgão coator que impulsiona o agente para praticar o delito. Nem se define a coação irresistível através de conceitos imprecisos, da mentalidade do grupo social, atento ao princípio de

que *societas non delinquere potest*” (RT 519/438).

E do corpo do aresto:

“A coação irresistível supõe a existência de um coator, que os autos não revelam. Como se sabe, a coação pode ser física ou moral. Em ambas, exige-se que alguém tivesse força suficiente — física ou moral — para impor sua vontade ao coacto. Nos autos não se atribui a ninguém tal posicionamento, nem por violência — vis corporalis — nem por ameaça, que é a forma típica da coação moral — vis compulsiva. Procura-se, então, ver a dor moral sofrida pelo acusado como elemento propulsor do crime.

“Quem seria o coator, punível de acordo com a lei? Não se pode atribuir a entidade vaga e abstrata, como assinala a douta Procuradoria da Justiça, a figura do coator. A dor moral? A sociedade? Não são entes capazes de delinquir, e, por isso, afastados da conceituação jurídica da coação irresistível”.

Inadmissível, da mesma forma, afastada a tese do “pacto de morte”, a anulação da decisão do Tribunal do Júri por ter reconhecido a agravante da surpresa.

Os jurados acolheram a versão apresentada pelos pais da vítima, os únicos que presenciaram os momentos imediatamente anteriores ao crime, segundo a qual o recorrente chamou Dione para conversar no quintal da casa e logo em seguida efetuou os disparos contra ela e contra si mesmo, ato que foi repentino e inesperado, impossibilitando qualquer gesto de defesa.

Terezinha Gomes Wosniak relatou:



“que a filha da depoente foi casada com o indiciado durante três anos, sendo que da união não tinham filhos, porém Dione estava grávida de nove meses; que fazia um mês, aproximadamente, que o casal havia-se separado, sendo que a separação não era a primeira, tendo-se separado outras vezes, contudo retornavam; que desta vez a separação iria se concretizar, pois o indiciado já havia levado algumas coisas da vítima para a casa da depoente, onde a vítima passou a morar após a separação, sendo que faltava levar outros objetos, como máquina de lavar roupas e mesa com cadeiras; que no dia de hoje, por volta das 15 horas, estava a depoente com a vítima assistindo televisão quando o indiciado passou pela casa e chamou a vítima para conversar, acreditando a depoente que o mesmo iria entregar os objetos que faltavam; que o esposo da depoente também desceu e foi para a lavação da casa para arrumar espaço para os objetos, tendo cumprimentado o indiciado; que tão logo o esposo da depoente entrou na lavação, escutou a vítima chamá-lo e em seguida ouviu dois tiros, encontrando o casal no pátio da casa, tendo o indiciado dado um tiro de arma de fogo na vítima, na cabeça, e outro em si próprio” (fls. 13).

No mesmo sentido, Celso Wosniak declarou:

“que no dia de hoje, por volta das 15h30min, apareceu na casa do depoente o esposo da vítima, Nilton Sales dos Santos, o qual, devido a separação, foi conversar com a vítima para resolver os últimos objetos que faltavam ser divididos; que a vítima desceu para o pátio acreditando que o indiciado iria trazer a máquina de la-

var roupas e a mesa; que o depoente também desceu para arrumar lugar na lavação para os objetos, tendo cumprimentado o indiciado e entrado na lavação e passados aproximadamente três minutos o depoente ouviu um grito de socorro da vítima chamando-o e, após dois tiros, correu até o pátio e encontrou vítima e o indiciado caídos no chão” (fls. 14).

O próprio apelante, ainda na fase policial, afirmou:

“que no dia dos fatos o depoente foi até a casa dos pais da vítima a fim de conversarem e quando lá chegou a vítima disse que sua mãe havia visto o depoente com outra mulher, alegando não ser verdade; que neste ato o depoente, que já estava armado de revólver, sacou-o, mirou o revólver na cabeça da vítima, apertando o gatilho e após atirou em si próprio, na cabeça”.

Ora, se o casal estava separado há quase um mês, até mesmo partilhando amigavelmente seus bens, não existia motivo para que a vítima esperasse a agressão.

Não fosse isso, a surpresa estaria caracterizada pelo ataque de inopinado, sem que houvesse discussão entre eles, vez que o apelante chamou a vítima para conversar e, logo em seguida, disparou contra ela.

Julio Fabbrini Mirabete preleciona:

“A surpresa, não mencionada expressamente na lei, é figura que se aproxima da traição, da emboscada e da simulação; é não ter a pessoa ofendida razões, próximas ou remotas, para esperar o procedimento do agressor ou mesmo suspeitá-lo” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 13ª ed., vol. 1, pág. 291).

Já se decidiu:

“Constitui surpresa não ter o ofendido razões próximas ou remotas para esperar o procedimento ex abrupto do agressor ou suspeitá-lo, máxime sendo o ato agressivo precedido de uma conversa disfarçada de amistosa” (JC 59/260).

Ainda:

“O ataque de inopino, brusco, sem discussão, colhendo de surpresa a vítima, é ato típico caracterizador da traição” (RT 624/339).

O recurso merece acolhida, porém no tocante à definição legal das ações praticadas pelo recorrente.

A sentença reconheceu equivocadamente o concurso material, quando os crimes foram cometidos mediante uma única ação, haja vista que com um só disparo o apelante causou a morte de sua companheira naquela oportunidade e de sua filha, no dia seguinte, em razão da mencionada anoxia neonatal grave.

Assim, é de ser aplicada a pena mais grave, ou seja, doze anos do homicídio qualificado, acrescida de um sexto pelo concurso formal, totalizando quatorze anos de reclusão.

O recurso deve ser provido, ainda, para ser afastada a agravante do art. 61, h, pois, como bem observou o Procurador de Justiça, o fato criminoso foi praticado antes da promulgação da Lei n. 9.318, de 5/12/96, que tipificou como agravante o crime cometido contra mulher grávida, incidindo o princípio da irretroatividade da lex gravior (art. 5º, XL, da CF, e art. 2º, parágrafo único, do CP).

Damásio de Jesus observa:

“O princípio da irretroatividade

da lei mais gravosa constitui um direito subjetivo de liberdade, com fundamento no art. 5º, XXXVI e XL, da Constituição Federal. Diz aquele que ‘a lei não prejudicará o direito adquirido’. Diz este que ‘a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu’. O direito adquirido do sujeito consiste em fazer tudo que não é proibido pela norma penal e, assim, não sofrer pena além das cominadas para os casos previstos. Desta forma, se a lei nova define uma conduta como crime, antes lícita, os fatos cometidos no período anterior à sua vigência não podem ser apenados. Ela não pode retroagir, uma vez que a retroprojeção encontra o óbice do direito adquirido pelo cidadão na vigência do anterior” (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1992, 16ª ed., vol. 1, pág. 62).

Excluída a agravante em questão, permanece a atenuante da confissão espontânea, já agora sem nenhum sentido concreto, posto ter a reprimenda sido estipulada no mínimo legal.

Por tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, tão-somente para reconhecer o concurso formal entre os delitos e excluir a agravante do art. 61, h, do CP, reduzindo a pena a 14 anos de reclusão, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Souza Varella e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 30 de junho de 1998.

*Amaral e Silva,  
Presidente com voto;  
Paulo Gallotti,  
Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006575-5, DE PAPANDUVA**

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Processo crime — Defesa deficiente — Ausência de prejuízo — Defensor dativo que sucintamente formula teses visando à absolvição de réu confesso ou à desclassificação para delito de menor gravidade — Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal — Nulidade inócurrenente.*

*A teor do enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, para que se reconheça a nulidade decorrente da deficiência de defesa, faz-se necessária a demonstração do prejuízo ocasionado, hipótese inócurrenente quando, embora sucintamente, o defensor dativo formula teses visando à absolvição de réu confesso ou à desclassificação para delito de menor gravidade.*

*Latrocínio — Roubo de caminhão que não se verificou por motivos alheios à vontade dos agentes — Morte do caminhoneiro quando tentava fugir — Delito consumado — Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal — Desclassificação para furto de veículo automotor e homicídio — Impossibilidade — Prova — Confissão judicial corroborada pela palavra dos co-réus — Condenação mantida.*

*Sendo o latrocínio crime complexo, em que se conjugam os delitos de roubo e homicídio, ainda que a subtração não se tenha consumado por motivos alheios à vontade dos agentes, mas sendo a morte da vítima consequência direta da ofensa patrimonial, não há que se falar em outro tipo que não o do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, em sua forma consumada.*

*A confissão prestada perante a autoridade judiciária, ainda que parcial, é elemento valioso na formação do juízo de convicção e, quando confirmada pela palavra dos co-réus e demais indícios e circunstâncias constantes dos autos, autoriza a prolação de decreto condenatório.*

*Pena-base — Estipulação acima do mínimo legal — Possibilidade.*

*O magistrado, ao proceder a individualização da pena, diante das diversas diretrizes do art. 59 do Código Penal, fixará a sanção em quantidade que for necessária e suficiente para alcançar a reprovação e prevenção do delito.*

*Concurso de agravante e atenuante — Organização da atividade criminosa e confissão espontânea — Art. 67 do Código Penal — Preponderância.*

*No concurso entre circunstâncias agravante e atenuante, segundo o art. 67 do Código Penal, na segunda fase da estipulação da reprimenda, deve prevalecer a de caráter subjetivo, assim entendida a que resultar dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.*

*Sanção pecuniária — Critérios de fixação — Art. 59 do Código Penal — Adequação.*

*Na fixação da quantidade de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, é de levar-se em conta as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que servem ao juiz como referenciais para a dosagem da pena-base. Assim, estabelecida a sanção corporal um pouco acima de seu mínimo legal, da mesma forma deve-se proceder em relação à multa.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.006575-5, da comarca de Papanduva, em que é apelante Nelson de Lima, sendo apelada a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao recurso, para reduzir a sanção corporal a vinte e dois anos e dez meses de reclusão, bem como a pena pecuniária a doze dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Na comarca de Papanduva, Nelson de Lima, juntamente com Julio César Lencina Velasques, Claudio Soares da Cunha, Claudete Jungles de Souza e Valmir Antonio Hoffmann, foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 148, 157, § 3º, parte final, e 288, todos do Código Penal, porque:

“No dia 30 de julho do corrente ano (1996), período da noite, os denunciados Julio César Lencina Velasques, Claudio Soares da Cunha e Nelson de Lima encontraram-se na cidade de Caçador, onde pernovernaram na residência de um irmão de Nelson,

conhecido por Osmar. Julio César e Claudio tinham vindo da cidade de Foz do Iguaçu, PR.

“Faziam parte todos de uma organização criminosa, cuja atividade ilícita consistia na subtração violenta de caminhões em rodovias brasileiras. Naquela oportunidade, já estavam adrede preparados para, no dia seguinte, saírem em busca de um caminhão que pudessem roubar e posteriormente revender.

“Faziam parte todos, assim como a denunciada Claudete Jungles de Souza, e mais um elemento infelizmente ainda não identificado, conhecido apenas pela alcunha de ‘Coca’, de um grupo, como dito, cuja única e lastimável atividade era mesmo a de subtraírem, mediante violência e ameaça, caminhões que trafegavam pelas estradas do país, para depois revendê-los, aqui e também no estrangeiro.

“No dia seguinte, ou seja, 31 de julho, os denunciados Julio César, Claudio e Nelson, ainda na cidade de Caçador, foram até a residência do tal ‘Coca’ e, também em Caçador, apanharam ainda a denunciada Claudete, que consta ser sobrinha do denunciado Nelson.

“De acordo com o modo de agir anteriormente preparado, Claudete deveria servir como ‘isca’, ou seja, ficaria parada no acostamento da rodovia onde o bando tencionava agir, acenando para o motorista escolhido como alvo, de modo a que, em vindo este efetivamente a parar o veículo, seria abordado por outros dentre os denunciados e então ocorreria a subtração do veículo por ele conduzido.

“Combinado este procedimento, embarcaram os quatro denuncia-

dos, e mais o tal ‘Coca’, no veículo marca Volkswagen, modelo Gol, cor cinza prata metálico, dirigindo-se de Caçador a Papanduva, pela rodovia BR 116, onde pretendiam realizar a abordagem do motorista que escolhessem.

“Trafegaram por algum tempo pela rodovia BR 116, no aguardo de encontrarem um caminhão com as características que lhes agradassem.

“Conduziam o Gol no sentido sul—norte quando em dada altura, no território do município de Papanduva, cruzaram com o caminhão marca Mercedes-Benz, modelo L 1518, ano 1989, modelo 1989, placas BWY 9266, cor azul, chassi 9BM35305KB835261, código Renavam 422530107, com documentos em nome de Paulo Sérgio dos Santos, mas já pertencente a Jair Fernandes Nóbrega, caminhão esse na oportunidade conduzido pela vítima fatal Luiz Donizetti Batista.

“Ao cruzarem com o caminhão, perceberam que na cabina vinha apenas o motorista, e que aquele veículo lhes interessava.

“Fizeram então o retorno na rodovia e passaram a seguir o caminhão, ultrapassando-o e seguindo bem à frente.

“Pararam mais adiante na beira da rodovia e ali desembarcaram os denunciados Claudio Soares da Cunha, Nelson de Lima e Claudete Jungles de Souza.

“Os denunciados Julio César Lencina Velasques e o tal de ‘Coca’ permaneceram no veículo Gol, que era pilotado por este último, seguindo mais adiante. A função do denunciado Julio César seria a de pilotar o cami-

não subtraído até o local onde seria posteriormente entregue a terceiros, não identificados.

“Claudio e Nelson esconderam-se na vegetação, a certa distância do acostamento da pista, e Claudete permaneceu no acostamento, sinalizando para a vítima.

“Esta parou e conversou com Claudete, momento em que os denunciados Claudio e Nelson se aproximaram por detrás do caminhão, tendo Nelson consigo um revólver calibre 38, dando voz de assalto à vítima. A denunciada Claudete nesse momento seguiu adiante, caminhando pelo acostamento da rodovia. Foi apanhada depois pelo denunciado Julio César e por ‘Coca’.

“Abordada a vítima, os denunciados Claudio e Nelson a capturaram, retirando-a da cabina do caminhão e levando-a, sempre sob a ameaça do revólver, para o interior da vegetação, onde seria mantida cativa.

“Assim capturada e mantida presa a vítima, o denunciado Claudio embarcou na cabina do caminhão e tentou acionar seu motor, sem sucesso. Comunicou esse fato ao acusado Nelson, que então trouxe a vítima momentaneamente de volta do seu cativo, para que fizesse funcionar o motor do veículo.

“A vítima não o fez e em dado instante conseguiu fugir dos captores, tentando cruzar a pista da rodovia. Foi perseguida pelo acusado Nelson, que com ela entrou em luta corporal, desferindo-lhe finalmente vários tiros, dois dos quais a atingiram, provocando-lhe a morte, como evidencia o auto de exame cadavérico de fls. do auto de prisão.

“Nesse instante, retornaram ao local o denunciado Julio César e o tal ‘Coca’, já trazendo consigo, no automóvel Gol, a denunciada Claudete. O denunciado Julio César desembarcou e conversou com os demais, vendo o que ali se havia passado. A vítima estava caída à beira do asfalto, agonizante. Os denunciados Claudio e Nelson embarcaram no veículo Gol e Julio César, assustado, fugiu para o interior da vegetação adjacente. Os ocupantes do veículo Gol, mais precisamente os denunciados Claudio, Nelson e Claudete, assim como o tal de ‘Coca’, fugiram dali no interior do aludido veículo. O caminhão pilotado pela vítima, e que não conseguiram acionar, foi deixado ali, no acostamento.

“A testemunha Davi Ferentz passava pelo local no instante em que Nelson fazia os disparos contra a vítima. Assustado, Davi seguiu mais adiante e parou no acostamento, continuando a observar a cena.

“Pouco depois, já evadidos os réus, um outro caminhão parou próximo daquele conduzido pela vítima, e então Davi também foi ao local. Em seguida chegou a polícia, que vasculhou as adjacências e encontrou o denunciado Julio César Lencina Velasques, prendendo-o em flagrante delito. Ainda foi tentada a condução da vítima a atendimento médico, mas esta infelizmente veio a falecer, vítima dos disparos feitos por Nelson.

“A partir de suas informações, foram identificados os outros denunciados. O denunciado Claudio Soares da Cunha já estava preso na cidade de Palmas, PR, por haver participado lá de outro crime idêntico” (fls. 2/6).

Não tendo Nelson de Lima sido encontrado para citação pessoal, desmembrou-se a ação em relação a ele, decretando-se, posteriormente, a suspensão do processo com base no art. 366 do CPP (fls. 127).

Regularmente processados, os demais restaram condenados, por roubo qualificado pelo resultado morte, às seguintes penas:

a) Julio César Lencina Velasques, ao cumprimento de seis anos e oito meses de reclusão (beneficiado com a redução de dois terços pela aplicação do art. 6º da Lei n. 9.034/95), em regime fechado, mais o pagamento de dez dias-multa;

b) Claudio Soares da Cunha, a vinte e dois anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de doze dias-multa;

c) Claudete Jungles de Souza e Valmir Antonio Hoffmann, individualmente, a vinte anos de reclusão, em regime fechado, mais o pagamento de dez dias-multa.

A decisão de Primeiro Grau foi confirmada por este órgão fracionário em 4/11/97, no julgamento da Apelação Criminal n. 98.007024-1, ocasião em que se deu provimento parcial ao recurso interposto por Julio César Lencina Velasques, tão-somente para reduzir a pena de multa a ele cominada.

Com a prisão em flagrante de Nelson de Lima, na comarca de Caçador, pela prática de crime de roubo, fls. 131, o processo retomou seu curso normal, sobrevivendo, ao seu final, a sentença que o condenou ao cumprimento da pena de vinte e três anos de reclusão, em regime fechado, e pagamento de cinquenta dias-multa, por in-

fração ao art. 157, § 3º, parte final, do CP.

Irresignado, apelou por cota nos autos, postulando seu defensor nomeado, em petição não muito clara, a desclassificação do crime para aquele previsto no art. 155, § 5º, do CP.

Com as contra-razões, subiram os autos, manifestando-se a Procuradoria-Geral de Justiça no sentido de ser negado provimento ao recurso.

De início, antes de qualquer incursão no mérito da causa, registre-se que, a teor do enunciado da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal, para que se reconheça a nulidade decorrente da deficiência de defesa, faz-se necessária a demonstração de prejuízo para o acusado.

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Scarance Fernandes e Antonio Magalhães Gomes Filho, tratando da nulidade por falta ou deficiência de defesa, observam:

"A infringência à norma constitucional com conteúdo de garantia acarreta, como sanção, a nulidade absoluta.

"Mas é preciso examinar, caso a caso, se o vício ou ausência do ato processual defensivo prejudica a ampla defesa como um todo, ou se não têm eles esse alcance.

"Nessa linha — nulidade absoluta quando for afetada a defesa como um todo; nulidade relativa com prova de prejuízo (para a defesa) quando o vício do ato defensivo não tiver essa consequência — é que deve ser resolvida a questão das nulidades por vício ou inexistência dos atos processuais inerentes à defesa técnica e à autode-

fesa" (As Nulidades no Processo Penal, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., pág. 75).

Como observado pelo prolator da sentença, ainda que de forma sucinta, o defensor nomeado para patrocinar a defesa de Nelson Lima, que já havia confessado perante a autoridade judiciária a prática do crime de latrocínio, formulou em suas derradeiras alegações teses visando à absolvição do réu ou à desclassificação do delito imputado para outro de menor gravidade, muito embora se reconheça que o munus poderia ter sido exercido com maior empenho.

Do Superior Tribunal de Justiça:

"Distingue-se a falta de defesa da simples deficiência. Nesta, a nulidade processual está condicionada à demonstração do efetivo prejuízo. Naquela, fica vulnerado o princípio do due process of law, consubstanciando nulidade absoluta, que afasta o do pas de nullité sans grief. Exegese que se extrai da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal" (HC n. 2.999-2, do Rio de Janeiro, rel. Min. Vicente Leal, publicado no DJU n. 69, de 10.4.95, pág. 9.301).

Em caso semelhante, este Tribunal já decidiu:

"Processo crime — Defesa — ausência — Acusado preso em flagrante que confessa o crime perante a autoridade judiciária, na presença de curador — Defensor que se limita a postular a redução da pena e não a absolvição — Nulidade repelida.

"A nulidade por ausência ou deficiência de defesa deve ser entendida conforme as circunstâncias do caso concreto, à vista das provas colhidas

e das declarações prestadas pelo acusado; havendo expressa confissão em Juízo, na presença de curador (advogado), corroborada por outros elementos de prova, não há como reconhecer prejuízo pelo fato do defensor ter apenas postulado a redução da reprimenda e não a absolvição" (Ap. Crim. n. 97.012864-9, da Capital, julgada em 2/12/97).

De outra parte, no tocante às pouco claras razões de recurso, vale lembrar que o apelo foi interposto pessoalmente pelo acusado, não ficando a Câmara limitada aos termos do arrazoado, eis que, na espécie, foi devolvido o conhecimento integral de toda a matéria debatida nos autos.

A pretensão manifesta no inconformismo, visando à absolvição de Nelson de Lima ou à desclassificação da infração, não pode ser acolhida.

Sendo o latrocínio crime complexo, em que se conjugam os delitos de roubo e de homicídio, ainda que a subtração não se tenha consumado por motivos alheios à vontade dos agentes, mas sendo a morte da vítima consequência direta da ofensa patrimonial, não há que se falar em outro tipo que não o do art. 157, § 3º, parte final, do Código Penal, em sua forma consumada.

No entender de Nelson Hungria, para que se aperfeiçoe o latrocínio, "a violência característica de roubo deve ser exercida para o fim da subtração patrimonial ou para garantir, depois desta, a impunidade do crime ou a detenção da coisa" (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 1955, vol. VII, pág. 57).

Tratando do roubo qualificado pelo resultado morte, na hipótese do



homicídio consumar-se e a subtração patrimonial não, Damásio de Jesus adverte:

“Uma terceira posição entende que, quando o agente pratica homicídio consumado e tentativa de subtração patrimonial, responde por latrocínio consumado. Carrara já dizia que ‘no latrocínio, o delito é perfeito, embora o culpado, depois de matar a vítima, não tenha podido consumir o furto’ (Programa do Curso de Direito Criminal, Parte Geral, São Paulo, Saraiva, 1956, trad. de José Luiz V. de A. Franceschini e J. R. Prestes Barra, vol. I, pág. 274, n. 378). No mesmo sentido: Pincherle (Manuale, pág. 49), Crivellari (Concetti Fondamentalli, pág. 79) e Ricardo C. Nuñez (Delitos Contra la Propriedad, pág. 217). Esta é a lição adotada entre nós por Darcy de Arruda Miranda (Latrocínio, Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos Jurídico-Econômico-Sociais da ITE, Bauru, 1966, 2/51). Entende a corrente que o CP não exige a efetiva subtração para que haja latrocínio consumado, uma vez que emprega a expressão ‘se resulta morte’. Ora, se o fato produz a morte da vítima, é típico e consumado diante da figura do art. 157, § 3º, segunda parte. Além disso, confrontando-se os tipos do roubo próprio e impróprio (caput e § 1º), vê-se que o código não exige a consumação da subtração para a aplicação do § 3º: no roubo impróprio (§ 1º), o código fala em ‘depois da subtração’; no próprio, fala em subtração mediante violência à pessoa (violência em sentido amplo). Assim, aplica-se a forma qualificada pelo resultado morte quando esta tenha sido produzida como meio para subtração, embora não consumada” (Direito Penal, Saraiva,

São Paulo, 1993, 15ª ed., vol. II, pág. 312).

Essa orientação vem expressa no enunciado da Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, que dispõe:

“Há crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima”.

Segundo o apurado nos autos, em 31 de julho de 1996, previamente acordado com Julio César Lencina Velasques, Claudio Soares da Cunha, Claudete Jungles de Souza e Valmir Antonio Hoffmann, o recorrente dirigiu-se à BR 116, onde pretendia roubar um caminhão para posterior revenda, possivelmente no Paraguai.

Passado algum tempo, Nelson avistou um veículo com as características que procurava, o caminhão Mercedes-Benz, placas BWY 9266, conduzido por Luiz Donizetti Batista, ocasião em que determinou a Valmir, o condutor do Gol no qual o bando trafegava, que fizesse o retorno, passando a seguir o referido automotor, a fim de melhor observar suas características.

Ultrapassado o caminhão, em local considerado apropriado para a abordagem, o automóvel ocupado pelos assaltantes parou, dele saltando Claudete, Claudio e o apelante. Ato contínuo, os dois homens se esconderam nas proximidades, ficando a moça no acostamento, passando a sinalizar para a vítima, como se pretendesse uma carona.

Logo que estacionou, Luiz Donizetti Batista foi abordado por Claudio e Nelson, este portando um revólver, sendo retirado do caminhão e levado até um matagal. Como os de-

linqüentes não conseguiram fazer o veículo funcionar, a vítima foi trazida novamente até o caminhão, ocasião em que, aproveitando-se de um descuido dos que o assaltavam, saiu correndo, tentando atravessar a rodovia, sendo então perseguida por Nelson, que acabou por alvejá-la com dois tiros.

Ao ser ouvido em Juízo, buscando emprestar um colorido de legitimidade à sua conduta, o apelante tentou fazer crer que, ao perceber que o caminhão conduzido por Luiz Donizetti Batista não era novo, desistiu do assalto e, quando se preparava para partir, a vítima passou a agredi-lo, ocasião em que efetuou os disparos contra ela, com a finalidade de defender-se.

Disse ele:

“que confirma os fatos descritos na inicial acusatória, no sentido de que, juntamente com Julio César, Claudio da Cunha, Claudete de Souza e ‘Coca’ (Valmir), haviam planejado efetuar a subtração de um caminhão na BR 116; que dirigiram-se até a rodovia BR 116, quando, utilizando Claudete de Souza como ‘isca’, a mesma deveria acenar para um caminhoneiro, com a finalidade de receber carona; que ao aproximar-se a vítima Luiz Donizetti Batista parou o caminhão a pedido da denunciada Claudete; que imediatamente a vítima foi imobilizada pelos denunciados Nelson e Claudio; que o interrogando alega que após examinar os documentos da vítima alega que o mesmo tratava-se de um caminhão muito antigo e portanto não deveria ser furtado; que o interrogando teria determinado aos demais companheiros que não seria efetuada a sub-

tração; que o interrogando determinou à vítima que a mesma deveria conduzir o caminhão, uma vez que houve uma mudança nos planos; que a vítima não atendeu a determinação do denunciado, correndo para o lado contrário da pista e arremessou uma pedra contra o denunciado; que o denunciado então teria disparado um tiro para o solo como forma de intimidar a vítima; que, mesmo assim, a vítima partiu ao seu encaço, ocasião em que o interrogando desferiu mais dois tiros, que vieram a atingir a vítima; que diante desse fato, o denunciado, acompanhado de Claudio e Claudete, fugiu utilizando um veículo Gol, ao passo que o denunciado Julio César embrenhou-se no mato, vindo a ser localizado pela autoridade policial” (fls. 143/144).

Contudo, tal versão é desmentida por seus próprios comparsas, que em momento algum mencionaram ter havido desistência da prática do roubo, afirmando, ainda, que Nelson atirou em Luiz Donizetti quando este tentava fugir.

Claudio Soares da Cunha relatou:

“que rumavam em direção a Curitiba pela BR; que quem dirigia o veículo era o ‘Coca’ (Valmir); que depois disso passaram por um caminhão, no trajeto de Papanduva; que o Nelson disse para o ‘Coca’ fazer a volta; que encostaram atrás do caminhão e depois passaram; que aí nós vimos que só tinha um senhor dentro; que o Nelson disse para a ‘Preta’ (Claudete) ficar abaixada; que a ‘Preta’ estava tremendo, porque era a primeira vez dela; que não sabe se era a primeira vez do ‘Coca’, pois só o conheceu na-

quele dia; que depois que nós passamos o caminhão um bom tempo, o Nelson mandou o 'Coca' parar e aí descemos eu, o Nelson e a 'Preta'; que o Julio e o 'Coca' ficaram dando voltas; que o Nelson disse para a 'Preta' parar o caminhão; que a 'Preta' não queria parar; que aí o Nelson gritou com a 'Preta', dizendo que era para ela parar o caminhão; que enquanto isso, o interrogando e o Nelson foram para a barranca, ao lado da BR; que aí a 'Preta' parou o caminhão; que quando o caminhão parou, a 'Preta' pediu carona e o motorista abriu a porta do lado direito; que aí nós chegamos devagarinho e o Nelson já entrou no caminhão e eu também; eu passei por cima do motorista e sentei no lugar dele; que ninguém falou nada, só o Nelson disse para o motorista se abaixar; aí eu fui dar a partida e o caminhão morreu no mesmo lugar; que a 'Preta', nesse momento, já saiu fora, não ficou mais perto; que nisso o 'Coca' já veio e levou a 'Preta'; que quando o motor do caminhão morreu, o motorista disse que tinha entrado ar no motor, aí eu disse que não; que quando eu pisei na embreagem e engatei a primeira, o motor morreu; aí o Nelson desceu do caminhão com o motorista e encaminhou ele para o mato; aí eu fui tentando fazer o motor pegar; que ele pegava, mas não firmava; que o motorista ficou deitado na barranca ao lado do asfalto e o Nelson ficou de pé; daí eu disse para o Nelson que aquele caminhão não dava, porque o motor não firmava; aí o motorista disse de novo que tinha entrado ar no motor e eu disse que não; aí o Nelson disse que o motorista tinha que fazer o motor pegar; que aí o motorista subiu no caminhão e ficou ten-

tando injetar óleo para fazer o motor pegar, mas não era esse o problema; que nisso o Julio já tinha chegado; aí o motorista viu o movimento de carros no asfalto e saiu correndo; que nesse momento eu estava embaixo do caminhão e o Julio no volante tentando fazer o motor pegar; que o Nelson estava do lado do motorista, segurando ele para que ele não fugisse; que o Nelson estava com a arma na mão; que vários carros passaram e o motorista gritava, mas os carros não paravam, desviavam e iam embora; que, então, veio uma Monteiro, um carro importado, aí o motorista quase se agarrou nele; aí o Nelson veio por trás e agarrou o motorista, quando eu escutei os tiros" (fls. 115/116).

De igual teor as declarações prestadas por Julio César Lencina Velasquez, no ponto em que narrou como se deu o assalto:

"que encostaram atrás do caminhão e Nelson disse que servia, pois o motorista estava sozinho; que seguiram passando pelo caminhão e uns três quilômetros após, mais ou menos, pararam o Gol, descendo a 'Preta', o Nelson e o 'Negão' (Claudio); que o interrogando e Claudio vieram até o trevo de Papanduva, contornaram e voltaram; que passaram pelo caminhão e ele estava parado; que a 'Preta' estava se dirigindo a pé pelo acostamento; que passaram pelo caminhão e foram cerca de um quilometro e meio à frente e retornaram; que vieram novamente até o trevo; que quando passaram pelo caminhão, a 'Preta' continuava a se deslocar pelo acostamento e o caminhão continuava parado; que quando estavam voltando na primeira passagem pelo caminhão, viu que o 'Negão' estava

fazendo sinal para os caminhoneiros que passavam, dizendo que estava tudo bem; que retornaram novamente e encontraram a 'Preta'; que a 'Preta' havia atravessado a estrada e estava vindo em direção a Papanduva, pelo lado esquerdo da pista, ou seja, direito do interrogando; que aí nós paramos para pegar a 'Preta'; que o 'Coca' estava preocupado porque o caminhão não saía do lugar; que passaram pelo caminhão e retornaram; que aí o 'Coca' me disse para pegar o caminhão e sair; que aí o 'Coca' me deixou no local e seguiu viagem; que o 'Negão' estava no caminhão tentando acioná-lo; que ele disse que tinha entrado ar na bomba; que aí eu entrei no caminhão e tentei ligá-lo; que não dava partida na chave; que o 'Negão' estava embaixo do caminhão tentando fazer uma ligação direta; que o motorista do caminhão estava no cativieiro, no mato, junto com Nelson; que após algumas tentativas de fazer o caminhão funcionar, já que ele funcionava e logo apagava, o Nelson desceu do mato com o motorista; que o motorista não estava amarrado; que eu estava na cabine e escutei Nelson dizer que se o motorista não fizesse o caminhão pegar ele o mataria; aí o motorista disse que precisava das ferramentas e o 'Negão' foi pegar as ferramentas; que o motorista foi tentar sanar o problema; que o motorista fez o caminhão funcionar, mas não levantava o giro do motor; que enquanto Nelson e 'Negão' estavam na frente do caminhão, o motorista veio na janela e perguntou se eu era motorista, aí eu disse que sim; quando eu respondi, o motorista do caminhão saiu em disparada para trás do caminhão, pelo meio da pista, tentando parar um Gol branco, com

dois senhores velhos, que vinha no sentido sul—norte da pista; que o motorista do caminhão chegou a parar o Gol, bater no capô e dizer que estava sendo assaltado; que eu vi Nelson, então, sair em direção ao motorista do caminhão e desci pela porta do lado direito e fiquei encostado no pneu dianteiro; aí escutei dois tiros" (fls. 113v./114).

E Davi Ferentz, que trafegava pela BR naquela oportunidade, informou:

"que passou pelo local do crime quando o mesmo estava sendo praticado; que observou um caminhão estacionado no acostamento com o capô aberto e com a frente voltada para o sul; que viu um homem saindo do caminhão e ir até o meio do asfalto, com uma chave de fenda na mão, pedindo ajuda; que o depoente não parou; que logo à frente viu um homem perseguir outro; que os dois se agarravam e um tentava escapar e o outro segurava; que havia dois automóveis passando pelo local e eles também não pararam; que quando percebeu que era um assalto, fugiu para uma estradinha lateral; que pôde observar quando um dos assaltantes disparou os tiros; que viu quando a vítima caiu, sendo que o assaltante que atirou na vítima foi para o lado onde estava o depoente, com o objetivo de ir até o caminhão; que apenas um dos assaltantes perseguiu a vítima, sendo que outra pessoa ficou no caminhão" (fls. 160).

A confissão prestada perante a autoridade judiciária, ainda que parcial, é elemento valioso na formação do juízo de convicção e, quando confirmada pela palavra dos co-réus e

demais indícios e circunstâncias constantes dos autos, autoriza a prolação de decreto condenatório.

Ao tratar da confissão, Camargo Aranha anota:

“A confissão é só um meio de prova, entre as existentes, com o mesmo valor teórico; apenas, como se trata de uma admissão de culpa feita pelo próprio acusado, assume realce excepcional.

“O sentido valorativo dado pela jurisprudência é apreciado da sua natureza: judicial ou extrajudicial.

“A confissão judicial, por presumir livre dos vícios de inteligência e vontade, tem um valor absoluto, servindo como base condenatória, ainda que seja o único elemento incriminador. Só perderá sua força se desmentida pelas provas restantes, como pode ocorrer nos casos de auto-acusação falsa” (Da Prova no Processo Penal, Saraiva, São Paulo, 1983, pág. 68).

Julio Fabbrini Mirabete não destoa, ao observar que “a confissão judicial livre, espontânea e não posta em dúvida por qualquer elemento dos autos pode levar à condenação do acusado. Já se tem decidido, por isso, que a confissão judicial é prova para a condenação, máxime quando compatível com a materialidade do delito e realizada na presença do defensor ou corroborada por depoimentos, mesmo do inquirido policial” (Processo Penal, Atlas, São Paulo, 1994, 3ª ed., pág. 276).

Na mesma linha de raciocínio, o Supremo Tribunal Federal proclamou:

“As confissões judiciais ou ex-

trajudiciais valem pela sinceridade com que são feitas ou verdade nelas contidas, desde que corroboradas por outros elementos de prova inclusive circunstanciais” (RTJ 88/371).

De outra parte, constatado que a morte de Luiz Donizetti Batista deu-se em meio à atividade criminosa, quando tentava ele fugir dos assaltantes chefiados pelo ora recorrente, ainda que a subtração não se tenha efetivado em razão de defeito mecânico apresentado pelo veículo que se pretendia roubar, circunstância alheia à vontade dos agentes, consumado está o crime de latrocínio.

Nesse sentido:

“Latrocínio. Crime complexo que se aperfeiçoa com a morte da vítima, independentemente da não subtração de bens. ‘Há o crime de latrocínio, quando o homicídio se consuma, ainda que não realize o agente a subtração de bens da vítima’ (Súmula 610 do STF)” (Ap. Crim. n. 31.080, de Balneário Camboriú, rel. Des. Solon d’Eça Neves, publicado no DJSC de 5/9/94, pág. 9).

Ou:

“Segundo a Súmula 610 do Supremo Tribunal Federal, no crime de latrocínio, é indiferente se ocorre ou não a subtração da coisa alheia por parte do agente” (Rev. Crim. n. 2.737, da Capital, rel. Des. Genésio Noll, julgada em 27/9/95).

Ainda:

“Está tipificado o crime de latrocínio quando o homicídio se consuma, ainda que não realizem os agentes a subtração (manifestada no elenco probatório) de bens da vítima” (Ap.

Crim. n. 25.348, de Biguaçu, rel. Des. Tycho Brahe, julgada em 14/12/89).

Estando presentes as elementos do tipo previsto no art. 157, § 3º, in fine, do Código Penal, vale dizer, a morte como consequência direta da tentativa de ofensa patrimonial, não há que se falar em furto, onde a subtração se dá sem violência contra a pessoa, sendo de todo despropositada, igualmente, a alegação de que o apelante havia desistido de tomar para si o caminhão dirigido por Luiz Donizetti Batista, apenas desferindo dois tiros neste em razão da agressão por ele praticada.

Nesse passo, merece nota a circunstância de o acusado ter sido preso em flagrante delito, na comarca de Caçador, pela prática de roubo, existindo nos autos notícia de que ele cometeu outro latrocínio na comarca de Palmas, o que só vem a reforçar a certeza de sua responsabilidade nos fatos objeto da presente ação penal.

Sendo assim, a condenação de Nelson de Lima era mesmo medida de rigor, devendo, portanto, permanecer inalterada.

No tocante à estipulação da pena-base, tem-se que o Sentenciante agiu com acerto ao exasperá-la na primeira fase da dosimetria, analisando detalhadamente os antecedentes, personalidade e conduta social do acusado, não havendo razão para reduzi-la.

Cumpra aqui assinalar que o Magistrado ao proceder à individualização da pena, diante das diversas circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixará a reprimenda em quantidade que for necessária e suficiente

para alcançar a reprovação e prevenção do delito.

Novamente do Superior Tribunal de Justiça:

“Ao proceder a individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e consequências do crime —, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade” (RT 732/605).

E desta Corte:

“A pena-base pode ser fixada acima do mínimo legal, em decorrência do conjunto das circunstâncias judiciais fixadas no art. 59 do CP, mesmo ao agente primário e sem maus antecedentes, especialmente quando motivada na péssima conduta social e má personalidade do agente, não confundidas com a reincidência, que é circunstância legal, incidente na segunda fase” (Rev. Crim. n. 96.006351-0, de Trombudo Central, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 25/9/96).

Contudo, a sentença está a merecer pequenos ajustes.

No concurso entre circunstâncias agravante e atenuante, segundo o art. 67 do Código Penal, deve prevalecer a de caráter subjetivo, assim

entendida a que resultar dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência.

A classificação das circunstâncias legais em objetivas e subjetivas é feita pela doutrina, esclarecendo Damásio de Jesus que "objetivas são as que se relacionam com os modos e os meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e qualidades da vítima. Subjetivas são as que só dizem respeito com a pessoa do agente, sem qualquer relação com a materialidade do crime, como os motivos determinantes, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido" (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1997, 20ª ed., vol. I, pág. 544).

Alberto Silva Franco, a seu turno, complementa:

"As circunstâncias preponderantes são aquelas que devem prevalecer no concurso entre agravantes e atenuantes. O próprio texto legal, para efeito de orientar o julgador, definiu como prioritárias as circunstâncias referentes aos motivos determinantes do crime, à personalidade do agente e à reincidência. A enumeração legal destas circunstâncias indica que o legislador de 84 deu primazia às circunstâncias de conotação subjetiva, em detrimento das de caráter objetivo, numa posição, aliás, coerente com o princípio do direito penal da culpa, que informou toda a reformulação da Parte Geral do Código Penal de 1940" (Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1997, 6ª ed., vol. I, tomo I, pág. 1.056).

Na espécie, concorrendo a agravante da organização da atividade

de criminosa, de caráter objetivo, com a atenuante da confissão espontânea, de índole subjetiva, na segunda fase da dosimetria esta deveria prevalecer.

Veja-se:

"Pena criminal — Circunstâncias legais — Concurso de agravantes e atenuantes — Preponderância e equivalência — Distinção — Recurso provido.

"Circunstâncias objetivas são aquelas relacionadas com os modos e meios de realização da infração penal, tempo, ocasião, lugar, objeto material e condições ou qualidades pessoais do ofendido; subjetivas são as que só dizem respeito ao agente, suas condições ou qualidades pessoais e relações com o ofendido, sem qualquer vinculação com a materialidade do crime.

"Há concurso de circunstâncias legais agravantes e atenuantes quando estão presentes concomitantemente, devendo ser consideradas de per si; havendo equivalência, poderá proceder-se à compensação, o que vale dizer, agrava-se e em seguida atenua-se, com o mesmo valor. No entanto, quando não haja equivalência, decorrente de uma delas ser preponderante (art. 67 do CP — de índole subjetiva), esta deve prevalecer para aumento ou diminuição, em relação àquelas de cunho objetivo" (Ap. Crim. n. 33.397, de São João Batista, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 5/9/95).

Desse modo, mantida a pena-base estipulada em Primeiro Grau, ou seja, vinte e três anos, aumenta-se-a de seis meses em razão da agravante do art. 62, I, do CP, sendo reduzida, na sequência, de oito me-

ses, pela confissão espontânea, totalizando vinte e dois anos e dez meses de reclusão, patamar em que a reprimenda corporal é tornada definitiva.

Finalmente, é de se ter em conta que, na fixação da quantidade de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, devem ser levadas em consideração as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, que servem ao juiz como referenciais para a dosagem da pena. Assim, estabelecida a sanção corporal um pouco acima de seu mínimo legal, da mesma forma se deve proceder em relação à multa.

A propósito:

“No que tange à fixação do número de dias-multa, são as regras norteadoras o atual artigo 59 do CP que orientam o juiz na tarefa individualizadora. Assim, a multa-base deve acompanhar os critérios da pena-base, de molde que a uma pena-base fixada no mínimo abstrato do tipo corresponda uma multa-base de dez dias-multa” (Ap. Crim. n.

27.269, de Itajaí, rel. Des. José Roberge, publicada no DJE n. 8.279, de 25/6/91, pág. 18).

Destarte, observados os mesmos critérios da sentença, reduz-se a quantidade de dias-multa para doze, mantido o valor unitário determinado em Primeiro Grau.

Por tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao recurso, para reduzir a sanção corporal a vinte e dois anos e dez meses de reclusão, bem como a pena pecuniária a doze dias-multa, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves; lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Vilmar José Loef.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente com voto;*  
*Paulo Gallotti,*  
*Relator.*

## **APELAÇÃO CRIMINAL N. 98.006981-5, DE CRICIÚMA**

**Relator: Des. Paulo Gallotti**

*Casa de prostituição — Art. 229 do Código Penal — Manutenção de estabelecimento destinado a encontros libidinosos — Erro de proibição — Tolerância por parte do Poder Público não demonstrada e irrelevante frente às circunstâncias do caso — Potencial consciência da ilicitude do fato — Exclusão da culpabilidade inócurrenente — Condenação mantida.*

*Pratica o crime de casa de prostituição, a teor do art. 229 do Código Penal, o agente que mantém boate destinada a encontros para fins libidinosos, estabelecimento com quartos que são utiliza-*



*dos na realização de “programas” sexuais.*

*Mediação para servir à lascívia de outrem — art. 227, § 1º, do Código Penal — Induzimento de menores à satisfação da libido de várias pessoas — Condenação mantida.*

*“Nélson Hungria sustenta que o delito existe só quando a mediação é exercida para a satisfação da lascívia de pessoa determinada. Tal afirmação não é totalmente exata. O artigo não exige que se trate de determinado indivíduo. Podem ser até vários, a cuja lascívia o sujeito passivo se prestará na mesma ação. O que se exige é que as pessoas sejam certas, pois se o induzimento se referir a número indeterminado, vago e impreciso de indivíduos, o crime passa a ser o do artigo seguinte: favorecimento da prostituição” (Magalhães Noronha).*

*Rufianismo qualificado — Art. 230, § 1º, do Código Penal — Participação direta nos lucros da prostituição alheia — Vítimas maiores de quatorze e menores de dezoito anos — Delito caracterizado.*

*Formando o acervo probatório um todo monolítico a indicar a participação direta do acusado nos lucros provenientes da prostituição de pessoa maior de quatorze e menor de dezoito anos, a condenação por infração ao art. 230, § 1º, do Código Penal, é medida de rigor.*

*Pena-base — Fixação acima do mínimo legal — Possibilidade.*

*A nenhum acusado é conferido o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu grau mínimo, podendo o magistrado, diante das diretrizes do art. 59, caput, do CP, aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime).*

*Sanção pecuniária — Número de dias-multa — Critérios de fixação — Art. 59 do Código Penal — Adequação.*

*Na fixação da quantidade de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, é de levar-se em conta as circunstâncias judiciais que servem ao juiz como referenciais para a dosagem da pena.*

*Narcotraficância — Art. 12 da Lei n. 6.368/76 — Não apreensão de qualquer substância entorpecente — Prova da existência material do delito ausente — Absolvição mantida.*

*O fato de não ter sido apreendida qualquer substância entorpecente, impossibilitando a realização do exame toxicológico, mesmo diante da existência de farta prova testemunhal dando conta do fornecimento de drogas, torna duvidosa a existência material do crime de narcotráfico.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 98.006981-5, da comarca de Criciúma (1ª Vara), em que são apelantes e apeladas a Justiça, por seu Promotor, e Maria Salete Medeiros:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, dar provimento parcial ao apelo de Maria Salete Medeiros, para reduzir a sanção pecuniária relativa ao delito de rufianismo a treze dias-multa, desacolhendo o recurso interposto pelo representante do Ministério Público, mantidas as demais cominações da sentença.

Custas na forma da lei.

Perante o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Criciúma, Maria Salete Medeiros foi denunciada como incurso nas sanções dos arts. 227, § 1º, 228, §§ 1º e 3º, 229 e 230, § 1º, todos do Código Penal, e ainda do art. 12 da Lei n. 6.368/76 e art. 1º da Lei n. 2.252/54, em concurso material, dizendo a peça acusatória, no que interessa:

“Consta do inquérito policial e demais documentos inclusos que Maria Salete Medeiros, há mais de quatro anos, é proprietária e responsável pelo estabelecimento comercial conhecido por ‘Boate Oba-Oba’, localizado na Avenida Centenário, n. 64, nas proximidades do terminal rodoviário urbano central, nesta Cidade. Contudo, o re-

ferido local, em verdade, foi montado pela denunciada para servir de fachada à prática de tráfico e consumo de drogas, receptação de objetos furtados, corrupção de menores e lenocínio.

“Assim, visando a concretizar tal objetivo, Maria Salete Medeiros passou a receber e hospedar no estabelecimento em questão, sem o consentimento e muitas vezes com a oposição dos responsáveis legais, vários adolescentes, dentre eles A. G. dos S., E. da S., J. C. D., P. M. G., R. A., S. G. dos S. e T. da S. F.

“Ao longo desse período, M. S. M. atraiu, induziu e facilitou a prostituição das irmãs A. G. dos S. e S. G. dos S., bem como de E. da S., R. A. e T. da S. F., dentre outras. Para tanto, valendo-se da frágil estrutura familiar das referidas adolescentes, a denunciada fez amizade e passou a conviver com elas. Atraiu-as a com ela residir na mencionada ‘Boate Oba-Oba’, a partir do que persuadiu-as a se prostituírem, comercializando, com habitualidade, o próprio corpo para a satisfação de indiscriminado número de pessoas. Mais do que isso, passou a manter na ‘Boate Oba-Oba’ um local destinado à prática da prostituição por A., S., E., R. e T., dentre outras, intermediando tal conduta, dela tirando proveito próprio e participando do lucro.

“Concomitantemente, Maria

Salete Medeiros passou a incentivar e ordenar a A. G. dos S., C. F. M., E. da S., J. C. D., P. M. G., R. A., S. G. dos S., e T. da S. F. que praticassem furtos em residências e estabelecimentos comerciais desta cidade, o que efetivamente passou a ocorrer, furtos esses muitas vezes planejados pela própria denunciada, e sobre os quais tinha ela participação no produto do crime, ora receptando os bens subtraídos, ora aproveitando-se do dinheiro havido com a alienação a terceiros receptadores.

“Como se já não bastasse, Maria Salete Medeiros passou a vender e fornecer a A. G. dos S., C. F. M., E. da S., J. C. D., P. M. G., R. A., S. G. dos S. e T. da S. F. crack e cocaína, substâncias capazes de determinar dependência física e psíquica dos usuários, o que acabou por ocorrer. Para a satisfação do vício, reincidiam os referidos menores na prática da prostituição e de pequenos furtos, do que tirava proveito a denunciada, estabelecendo-se um verdadeiro círculo vicioso a conduzir os adolescentes à marginalidade e a garantir o sustento da denunciada.

“Finalmente, por tudo isso, Maria Salete Medeiros corrompeu A. G. dos S., C. F. M., E. da S., J. C. D., P. M. G., R. A., S. G. dos S. e T. da S. F., induzindo-as a praticar infrações penais, furtando, prostituindo-se e drogando-se” (fls. 2/4).

Ao final da instrução processual, foi proferida sentença que absolveu Maria Salete Medeiros da imputação do crime de tráfico de entorpecentes, condenando-a ao cumprimento da pena de onze anos e seis meses de reclusão, em regime fe-

chado, e ao pagamento de cinquenta dias-multa, por rufianismo e mediação para servir à lascívia de outrem, qualificados em razão da idade das vítimas, assim como por manutenção de casa de prostituição, sendo o delito do art. 228 considerado absorvido por este último.

Inconformada, Maria Salete Medeiros apelou sustentando em síntese: a) a inexistência de provas suficientes para a condenação por crime de rufianismo, pois o dinheiro que recebia das vítimas lhe era dado em pagamento de alimentos, roupas e abrigo que fornecia, aduzindo ainda que o reconhecimento dessa infração importa em verdadeiro bis in idem, já que, na espécie, ela se confunde com o delito de casa de prostituição; b) a ocorrência de erro de proibição com relação ao tipo previsto no art. 229 do CP, vez que sua boate era tolerada pelo Poder Público; c) a não caracterização da mediação à satisfação da lascívia de outrem, pois as menores seriam instadas a se entregarem sexualmente a um número indeterminado de pessoas; d) a estipulação exacerbada das reprimendas.

A seu turno, a representante do Ministério Público também recorreu buscando o reconhecimento da prática de tráfico ilícito de entorpecentes.

Com as contra-razões, subiram os autos, tendo a Procuradoria-Geral de Justiça se manifestado pelo desprovimento dos apelos.

De início, cabe registrar que a sentença não apreciou todos os crimes descritos na denúncia, silenciando sobre a acusação de corrupção de menores (art. 1º da Lei n. 2.252/54),

reafirmada em sede de alegações finais.

Todavia, pareceu à Câmara que, não se insurgindo o recurso do Promotor de Justiça contra a omissão, a declaração de nulidade sob esse fundamento implicaria em verdadeira *reformatio in pejus*, contrariando o enunciado da Súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

No mérito, é de ser analisado primeiramente o recurso interposto por Maria Salete Medeiros.

Forçoso é reconhecer que o comércio carnal é uma fatalidade da vida em sociedade, conhecida desde tempos imemoráveis. Contudo, apesar de não reprimi-la, o legislador se empenha em punir aqueles que corvejam em torno da prostituição alheia, como mediadores, fomentadores ou auxiliares do meretrício.

A teor do disposto no art. 229 do Estatuto Repressivo, caracteriza o crime de casa de prostituição a conduta de “manter, por conta própria ou de terceiro, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fim libidinoso, haja, ou não, intuito de lucro ou mediação direta do proprietário ou gerente”.

A propósito, Nélson Hungria assinala:

“O texto legal incrimina a manutenção de local destinado, permanentemente, habitualmente, ao agasalho de casais para fins sexuais. A vigente lei penal dispensa, para a caracterização da modalidade em questão, a mediação direta e o fim de lucro, mas não a habitualidade, a constância da destinação específica do local a encontros para fim libidinoso. É o que, aliás, se deduz da leitura atenta da Exposição

de Motivos do Ministro Campos, no ponto em que trata do assunto. Ali se explica que, ‘na prestação de local a encontros para fim libidinoso, é taxativamente declarado que o crime existe independentemente de mediação direta do agente para esses encontros ou de fim de lucro’” (Comentários ao Código Penal, Forense, Rio de Janeiro, 4ª ed., 1959, vol. VIII, pág. 288).

Julio Fabbrini Mirabete comenta:

“A conduta típica é manter, ou seja, sustentar, conservar, prover, fazer com que exista a casa de prostituição ou qualquer lugar destinado a encontros libidinosos. É um crime habitual, exigindo-se a repetição de atos de meretrício ou libidinagem” (Manual de Direito Penal, Atlas, São Paulo, 1992, pág. 470).

Segundo apurado nos autos, Maria Salete Medeiros era proprietária da ‘Boate Oba-Oba’, estabelecimento, na verdade, destinado à prostituição, onde menores eram aproximadas de clientes para combinarem e, até mesmo, ali realizarem programas sexuais, residindo no local diversas adolescentes que se dedicavam ao meretrício, para as quais, além de abrigo, a acusada fornecia substâncias entorpecentes, notadamente crack, em troca da participação nos rendimentos por elas auferidos.

Nesse sentido, pela riqueza de detalhes que apresenta, valem transcritas as declarações prestadas em Juízo pelas vítimas.

Disse A. G. dos S.:

“que desde 1992 vem-se prostituindo, principalmente em programas na rua, e algumas vezes fez programas na boate, onde o resultado finan-

ceiro era dividido pela metade com a acusada; que o nome da boate era 'Oba-Oba', na Avenida Centenário; que também sabe que outras menores freqüentavam a boate 'Oba-Oba', como S., C. M., E. da S., R. A., T. da S. F., P. M. G.; que também furtava e o resultado do furto era trocado por droga na boate, justamente com M. S. M.; que as menores citadas tinham o mesmo comportamento, principalmente sua irmã; que a acusada tinha pleno conhecimento do comportamento das menores e recebia uma porcentagem sobre o apurado, principalmente quanto à prostituição, bem como transacionava drogas através de objetos furtados" (fls. 120).

S. G. dos S., irmã de A., declarou:

"que conhece Maria Salete Medeiros da boate 'Oba-Oba', visto que residia com ela; que viveu algum tempo na boate, mas em algumas oportunidades saía e retornava à boate; que muitas vezes realizou programas nas dependências da boate, onde pagava a título de indenização a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) para uso do quarto; (...) que C. F. M. deve ter, pelo menos, doze anos e também freqüentava a boate, onde se prostituía e usava drogas; que muitas vezes C. arrumava clientes na rua e o programa era feito na boate; que S. recebia comissão dos programas que as meninas faziam na boate; que tanto R. como C. moravam na boate e as mesmas tinham o mesmo procedimento de prostituição e consumo de drogas" (fls. 132/133).

C. F. M., por sua vez, relatou "que no ano de 1993 conheceu a acusada Maria Salete Medeiros e, a

convite desta, passou a freqüentar a boate 'Oba-Oba', onde realizava programas com pessoas agendadas por Maria Salete e cujo resultado financeiro era dividido com a acusada" (fls. 134/135).

Igualmente T. da S. F., após informar que desde os treze anos de idade freqüenta o estabelecimento da acusada, afirmou "que quando se deslocou para a boate não fazia programas na rua e era virgem, tal fato modificou-se na boate" (fls. 148/149).

Marina dos Santos Sebastião, comissária de menores, fls. 118, esclareceu que na referida boate existem vários quartos, restando evidente que esses cômodos eram utilizados nos encontros sexuais promovidos pela recorrente.

Emprestando maior veracidade a essas declarações, têm-se, ainda, os depoimentos de T. G. dos S. (fls. 124) e J. dos S. (fls. 61), pais de S. e A., bem como do Delegado de Polícia Adalto de Souza (fls. 115), da conselheira tutelar Josephina Nápoli Dias (fls. 116), e de P. M. G., sendo relevante observar que esta testemunha, que ao ser ouvida na fase policial, de certa forma, procurou encobrir a conduta ilícita da apelante, disse, a fls. 123, que "esse depoimento fora orientado por Maria Salete no sentido de 'aliviar sua barra'".

Destarte, conclui-se que, ao contrário do sustentado pela acusada em suas razões de recurso, a boate por ela mantida era ponto habitual de prostituição.

Da jurisprudência:

"O delito configurado no art. 229 da Lei Penal se exprime pela ação física do verbo 'manter', que sig-

nifica sustentar, conservar etc., por conta própria ou de outrem, casa de prostituição ou lugar destinado a encontros para fins libidinosos, haja ou não o intuito de lucro" (RJTJSP 9/495).

E deste Tribunal:

"Casa de prostituição — Delito caracterizado.

"Quem mantém sob sua responsabilidade, ou em nome de terceiro, local destinado a hospedagem de mulheres, com a finalidade de receber homens para atividades sexuais, realiza o tipo penal incriminador" (Ap. Crim. n. 31.433, de Ibirama, rel. Des. Cláudio Marques, julgada em 23/8/94).

Ou:

"Tratando-se de crime relacionado com a manutenção de casa de prostituição, uma vez comprovada através de testemunhas a regularidade de funcionamento do local, fica óbvia a reiteração, estando preenchido o requisito da habitualidade necessária à configuração do delito" (Ap. Crim. n. 31.186, de Canoinhas, rel. Des. José Roberge, julgada em 10/6/94).

Por outro lado, a alegação de que a acusada ignorava a ilicitude de seu comportamento, já que sua atividade seria fiscalizada pela polícia e pelo Conselho Tutelar de Criciúma, circunstância que afastaria um dos pressupostos da aplicação da pena, a culpabilidade não merece acolhida.

Labora em erro de proibição, previsto no art. 21 de nossa Lei Penal, o sujeito que atua sem a consciência da ilicitude do fato por si praticado, supondo erroneamente que sua conduta é permitida pelo Direito.

Luiz Flávio Gomes adverte:

"A consciência da ilicitude, no entanto, 'não se trata de juízo técnico-jurídico, que não se poderia exigir do leigo, mas, sim, de um juízo profano, um juízo que é emitido de acordo com a opinião comum dominante no meio social e comunitário. Daí a denominação de 'erro de proibição', ou 'erro sobre o estar proibido', para designar esta forma muito especial de erro ou de ignorância que se traduz numa espécie de cegueira para com os preceitos fundamentais de convivência social que chegam necessariamente ao conhecimento de todos e cada um, na maioria dos casos, através dos usos e costumes, da escola, da religião, da tradição, da família, da educação e até mesmo 'juntamente com o ar que se respira', numa bela metáfora de Binding'" (Erro de Tipo e Erro de Proibição, Revista dos Tribunais, São Paulo, 1996, 3ª ed., pág. 107).

E prossegue:

"Quanto à escusabilidade do erro de proibição, total ou parcial, urge em cada caso concreto saber se se trata de erro vencível (evitável) ou invencível (inevitável). O erro de proibição invencível é escusável, isto é, 'não pode reprovar-se ao autor, pois quem não se encontra em situação de conhecer o injusto do fato não demonstra nenhuma atitude censurável para o Direito quando o viola. O erro de proibição invencível deve, assim, desculpar sempre'.

"É o que diz o art. 21, 2ª parte, do nosso CP: 'O erro sobre a ilicitude do fato, se inevitável, isenta de pena'.

"De outro lado, quando o erro de proibição é vencível (evitável) ele não é escusável: o agente, nesta hipó-

tese, responde pelo crime doloso e há tão-somente a possibilidade de diminuir-lhe a pena (CP, art. 21, 3ª parte).

“Matéria que ainda continua polêmica é a pertinente aos ‘critérios de evitabilidade’ do erro de proibição. Nosso Código Penal, sobre a questão, diz: ‘considera-se evitável o erro se o agente atua ou se omite sem a consciência da ilicitude do fato, quando lhe era possível, nas circunstâncias, ter ou atingir essa consciência’ (CP, art. 21, parágrafo único)” (obra citada, pág. 110).

Veja-se, também, o caso julgado:

“Só se reconhece o erro sobre a ilicitude do fato, para isentar de pena (erro inevitável) ou atenuar o castigo nos limites permitidos pela lei (erro evitável), quando o agente se equivoca sobre a injuricidade de sua conduta. Se, ao contrário, possuindo escolaridade ginásial, tem pleno conhecimento de que atua ilicitamente, não pode invocar o erro de proibição, que não se confunde com o motivo do crime” (Ap. Crim. n. 30.849, de Joaçaba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, publicada no DJE n. 9.003, de 7/6/94, pág. 8).

Desse modo, ainda que se reconheça que a manutenção de casa de prostituição em local apropriado, às claras, com conhecimento e tolerância da parte de órgãos do Poder Público, pode descaracterizar o delito previsto no art. 229 do CP, não há que se falar, na espécie, em exclusão da culpabilidade, pois, descurando-se do disposto no art. 156 do CPP, deixou a acusada de juntar ao processado prova cabal de que sua boate possuía alvará de licenciamento e pagava tribu-

tos, como alega, restando, ao contrário, evidenciado que as autoridades locais não concordavam com o seu funcionamento, por certo em decorrência do antro em que se transformou o local, de influência a mais nefasta na formação de inúmeros jovens que o freqüentavam.

O policial Silvio Soares Coutinho deu conta de ter “conhecimento que o local é constantemente freqüentado por drogados, prostitutas e menores que se prostituem em troca de drogas”, afirmando ainda “que a conduzida já tem contra si inquéritos policiais por crimes capitulados nos arts. 180, 228 e 229 do CP” (fls. 42).

Da mesma forma, Creusa Maria Longuinho declarou que Maria Salete Medeiros responde a outros inquéritos policiais, “sendo indiciada por crimes capitulados nos arts. 180, 228 e 229, todos do CP” (fls. 43).

Confirmando essa conclusão, encontram-se nos autos: portaria da autoridade policial determinando a instauração de inquérito para apurar a ocorrência de crime de casa de prostituição, fls. 60; ações promovidas pelo representante do Ministério Público com o objetivo de proteger os menores que residiam na boate “Oba-Oba”, fls. 19/21 e 32/35; relatórios do Conselho Tutelar e da AFASC — Associação Feminina de Assistência Social de Criciúma, fls. 8, 22/23, e 30, e a sentença proferida na representação administrativa n. 467/96, fls. 140/144, que impôs o fechamento temporário do referido estabelecimento por infração ao art. 250 do Estatuto da Criança e do Adolescente.

São precedentes da Corte:

“Casa de prostituição — Art.

229 do CP — Agentes que mantinham estabelecimentos com quartos destinados a encontros amorosos — Prova testemunhal e pericial que autorizam a condenação.

“Inexiste erro de proibição se o acusado já respondia processo pelo mesmo delito, e além do mais os estabelecimentos não possuíam alvará de funcionamento, o que descaracteriza a tolerância da autoridade pública” (Ap. Crim. n. 96.006520-2, de São Miguel do Oeste, rel. Des. Genésio Noll, julgada em 10/9/96).

E:

“Casa de prostituição — Erro de fato — Inocorrência no caso — Condenação.

“Constitui crime previsto no art. 229 do Código Penal manter, por conta própria, casa de prostituição ou lugar destinado para fins libidinosos, incorrendo, na espécie, erro de proibição quando a atividade não estava acobertada por qualquer alvará, não era fiscalizada pela autoridade policial e não recolhia qualquer tributo” (Ap. Crim. n. 29.633, de Imbituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, publicada no DJE de 11/6/93, pág. 6).

Diante de tudo que se expôs, o reconhecimento da infração ao art. 229 do CP era mesmo de rigor.

Por outro lado, a decisão que condenou a apelante pelo cometimento do crime de mediação para servir à lascívia de outrem também deve ser mantida.

Segundo Heleno Fragoso, “induzir significa persuadir, aliciar, levar, por qualquer meio, alguém à prática de alguma ação” (Lições de Direito

Penal, Parte Especial, Forense, Rio de Janeiro, 1981, 3ª ed., pág. 57).

E Bento de Faria assevera:

“Induz a satisfazer a lascívia de outrem quem, agindo por conta própria ou por encargo de terceiro, insinua, aconselha, persuade ou excita alguém a realizar as respectivas práticas.

“(…)”

“A lei alude a satisfação da lascívia de alguém, mas é claro que o ato do alcaide pode visar essa satisfação em relação a mais de um, seja ou não do seu conhecimento” (Código Penal Brasileiro Comentado, Parte Especial, Distribuidora Recorde Editora, Rio de Janeiro, 1959, págs. 92/93).

Magalhães Noronha completa:

“Nelson Hungria sustenta que o delito existe só quando a mediação é exercida para a satisfação da lascívia de pessoa determinada. Tal afirmação não é totalmente exata. O artigo não exige que se trate de determinado indivíduo. Podem ser até vários, a cuja lascívia o sujeito passivo se prestará na mesma ação. O que se exige é que as pessoas sejam certas, pois se o induzimento se referir a número indeterminado, vago e impreciso de indivíduos, o crime passa a ser o do artigo seguinte: favorecimento da prostituição” (Código Penal Brasileiro Comentado, Saraiva, São Paulo, 1954, vol. VII, pág. 427).

Verifica-se no processo que Maria Salete Medeiros induzia as adolescentes mencionadas na denúncia a satisfazer a lascívia de várias pessoas, chegando até mesmo a agendar encontros sexuais para elas.

A deixar como certa a ocorrên-



cia desse crime estão os depoimentos das vítimas e também daquelas pessoas que tinham conhecimento da atividade desenvolvida pela recorrente no sentido de promover os mencionados encontros das menores com homens que iam à boate com a finalidade de dar vazão a sua luxúria.

T. da S. F. informou:

“que conhece Maria Salete Medeiros e sabe informar que a mesma é proprietária de uma boate denominada ‘Oba-Oba’ e que passou a frequentar a boate quando tinha 13 anos de idade, onde ali fazia programas com homens, nos quartos, e pagava à acusada Maria Salete a importância de R\$ 5,00 pelo uso do quarto; que em algumas oportunidades Maria Salete também lhe arranjava programas; (...) que conhece A. e S. G. dos S. e que essas duas também frequentavam a boate, onde faziam programas orientadas pela acusada” (fls. 148/149).

S. G. disse “que em algumas oportunidades Maria Salete Medeiros teria indicado pessoas do sexo masculino para fazerem programas com as menores já mencionadas, sendo que também nessas circunstâncias Salete auferia lucros” (fls. 132/133).

De sua parte, C. F. M. relatou:

“que no ano de 1993 conheceu a acusada Maria Salete Medeiros e, a convite desta, passou a frequentar a boate ‘Oba-Oba’, onde realizava programas com pessoas agendadas por Maria Salete e cujo resultado financeiro era dividido com a acusada; que normalmente permanecia na boate ‘Oba-Oba’, onde fazia programas, por aproximadamente 3 a 4 dias, depois voltava à casa de sua avó, sita na Vila Esperança” (fls. 134/135).

Assim, não há como negar a prática do delito previsto no art. 227, § 1º, do CP, prevalecendo a condenação.

No tocante ao crime de rufianismo, qualificado em virtude da idade das vítimas, melhor sorte não assiste à acusada, posto que o acervo probatório forma um todo monolítico a indicar sua participação direta nos ganhos advindos da prostituição alheia.

Magalhães Noronha, sobre o assunto, observa:

“A ação física ou elemento material do crime consiste em o agente tirar proveito da prostituição de outrem. E isso ele o faz por duas maneiras: participando diretamente dos lucros ou fazendo-se sustentar no todo ou em parte, como reza o dispositivo.

“A primeira modalidade do comportamento delituoso é, portanto, a participação dos lucros. Estes podem consistir em dinheiro — o que é a regra — ou qualquer outra vantagem econômica. É o rufião uma espécie de sócio da meretriz, sócio quase sempre implacável, a lhe exigir cotidianamente a fêria. A lei fala em participar, o que traduz partilha; entretanto é claro puni-lo também quando ele abocanha todos os proventos, deixando-a sem real, pois, se a lei pune o menos, evidentemente, pune o mais” (Direito Penal, Saraiva, São Paulo, 1986, 18ª ed., vol. III, pág. 269).

As declarações das vítimas, todas maiores de quatorze e menores de dezoito anos, não deixam dúvidas quanto ao fato de que a acusada participava diretamente dos lucros obtidos com o meretrício, dividindo com elas o resultado financeiro dos programas realizados.

A alegação de que o dinheiro recebido das menores era em pagamento de alimentos e vestuário que fornecia não afasta a ocorrência do ilícito, sendo que C. F. M. chegou a afirmar que a acusada "jamais lhe deu roupa ou comida, ao contrário, tomava tudo que tinha" e que, "inobstante Salete ficar com tudo que a depoente tinha, quando a mesma resolvia não voltar à boate a acusada ia buscá-la e a agredia" (fls. 134/135).

Do mesmo modo, não constitui bis in idem a condenação por esse delito e também por crime de casa de prostituição, que, como visto, consuma-se independentemente do auferimento de qualquer vantagem econômica por parte do sujeito ativo, porquanto não existia simples pagamento de alugueres pelo uso de dependências da boate, mas, sim, verdadeira divisão dos ganhos.

Finalmente, quanto às penas impostas, tem-se que o Magistrado fundamentou suficientemente a exasperação na primeira fase da dosimetria, examinando com detalhes as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, do CP.

Consta da sentença:

"Analisando as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, tenho a culpabilidade em grau alto, pois tinha clara e perfeita consciência da ilicitude de suas ações e sabia que se portava contrariamente ao direito; a conduta social é reprovável em razão de outras infrações anteriores; a personalidade mal formada; o motivo, desejo de lucro fácil; as circunstâncias são normais à espécie; conseqüências graves, pois que corrompida a vida dos menores no que diz respeito à

disciplina da vida sexual, aos bons costumes, à moralidade pública e à organização da família; o comportamento das vítimas, embora se trate de adolescentes de rua e oriundos de organização familiar desestruturada, em nada contribuiu para a prática da infração".

Cumpra observar, nesse passo, que a nenhum acusado é conferido o direito subjetivo à estipulação da pena-base em seu menor grau.

Nesse sentido:

"A pena-base pode ser fixada acima do mínimo, em decorrência do conjunto das circunstâncias judiciais fixadas no art. 59 do CP, especialmente quando motivada na péssima conduta social e má personalidade do agente, não confundidas, no caso, com a reincidência, que é circunstância legal, incidente na segunda fase" (Rev. Crim. n. 2.795, Blumenau, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 24/4/96).

E:

"O condenado, ainda que primário e sem maus antecedentes, não tem o direito a ver sua pena aplicada no mínimo legal; o magistrado, diante das diversas circunstâncias do art. 59, caput, do CP, pode aumentá-la para alcançar os objetivos da sanção (prevenir e reprimir o crime)" (Ap. Crim. n. 97.000011-1, de Chapecó, julgada em 12/8/97).

Do Superior Tribunal de Justiça:

"Ao proceder à individualização da pena, o juiz, após aferir um leque de circunstâncias de natureza subjetiva — culpabilidade, antecedentes, conduta social e personalidade do

agente — e de natureza objetiva — motivos, circunstâncias e conseqüências do crime —, fixará aquela aplicável dentre as cominadas, em quantidade que for necessária e suficiente para reprovação e prevenção do delito, definindo, a seguir, o regime inicial de cumprimento da pena, a qual não deve ser excessiva, nem demasiadamente branda, mas justa, adequada e idônea, em qualidade e quantidade suficientes para reprimir a prática da infração e promover a tutela da sociedade” (RT 732/605).

Contudo, a sentença está a merecer pequeno reparo no que concerne à pena pecuniária do crime de rufianismo, haja vista que, na fixação da quantidade de dias-multa, variável de dez a trezentos e sessenta, devem ser levadas em conta as circunstâncias norteadoras da dosagem da pena, previstas no art. 59 do Código Penal.

Invoca-se o ensinamento de Damásio de Jesus sobre a aplicação da pena:

“1ª operação: no tocante à quantidade dos dias-multa (CP, art. 49, caput), que varia entre dez e trezentos e sessenta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59, caput, que servem ao juiz de critério de dosagem da pena: culpabilidade do agente, antecedentes, conduta social, personalidade, motivos, gravidade objetiva do crime e circunstâncias inominadas, conforme seja necessário e suficiente para os fins de reprovação e prevenção; 2ª operação: o valor do dia-multa deve ser fixado de acordo com a situação econômica do réu (CP, art. 60, caput)” (Código Penal

Anotado, Saraiva, São Paulo, 1997, 7ª ed., pág. 162).

Em caso semelhante, já se decidiu:

“A fixação do número de dias-multa se opera com a apreciação das circunstâncias judiciais contidas no art. 59, caput, do Código Penal, guardando correspondência com a estipulação da pena corporal” (Ap. Crim. n. 97.008520, de Joinville, julgada em 9/9/97).

Desse modo, observado o critério adotado na fixação da reprimenda corporal, reduz-se a multa para treze dias, mantido o valor unitário estabelecido na sentença.

O recurso interposto pela representante do Ministério Público, objetivando a condenação de Maria Salete Medeiros por tráfico ilícito de entorpecentes, por sua vez, não merece acolhimento.

Para que se tenha como certa a existência material do narcotráfico, é necessária a apreensão da substância tida como suspeita, que deve ser, em caráter provisório, reconhecida como entorpecente, natureza a ser definitivamente confirmada, depois, através da realização do exame toxicológico.

Celso Delmanto aponta:

“É o exame toxicológico que a Lei de Tóxicos exige seja feito para comprovar que a substância apreendida é, realmente, uma daquelas consideradas entorpecentes ou causadora de dependência física ou psíquica.

“Não basta que se conclua ser a substância examinada uma das indicadas em lei ou relacionadas pelo ór-

gão oficial competente. Deve o exame toxicológico atestar, também, que a substância conserva as suas propriedades, que não as perdeu. Caso se tenha tornado inócua, o crime é impossível (CP, art. 14), em vista da absoluta imprópriedade do objeto" (Tóxicos, Saraiva, São Paulo, 1982, pág. 69).

A despeito da farta prova testemunhal dando conta de que a acusada fornecia drogas para os menores que freqüentavam a boate, conduzindo à convicção íntima da ocorrência do ilícito, não foi apreendida qualquer substância, inexistindo, assim, prova da materialidade do delito previsto no art. 12 da Lei n. 6.368/76, impondo-se a manutenção do decreto absolutório.

A respeito do tema:

"Crime contra a saúde pública — Cocaína — Posse para uso próprio — Condenação — Ausência do termo de apreensão do material tóxico e do laudo de constatação previsto no artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76 — Inconfiguração do delito — Absolvição do agente escudada na insuficiência de prova (CPP, art. 386, VI) — Apelo provido.

"A ausência do termo de apreensão do material tóxico e do laudo de constatação a que se alude o artigo 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76, tem o condão de gerar dúvida sobre a materialidade do delito e sua prova. E, como dúvida e ausência de prova se equivalem, em casos que tais a solução mais adequada é a absolvição do agente

com fulcro no art. 386, inciso VI, do CPP" (Ap. Crim. n. 96.004512-0, de Itajaí, rel. Des. Alberto da Costa, julgada em 15/10/96).

Ou:

"Crime contra a saúde pública — Narcotraficância — Cocaína — Ausência de materialidade — Absolvição.

"Para comprovação da materialidade da narcotraficância é imprescindível apreensão da droga e exame toxicológico definitivo, não podendo ser suprida por prova testemunhal ou confissão do acusado" (Ap. Crim. n. 96.001955-3, de Imbituba, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgada em 18/6/96).

Por tais fundamentos, dá-se provimento parcial ao apelo de Maria Salete Medeiros, para reduzir a sanção pecuniária relativa ao delito de rufianismo a treze dias-multa, desacothendo o recurso interposto pelo representante do Ministério Público, mantidas as demais cominações da sentença.

Participou do julgamento, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. Solon d'Eça Neves; lavrando parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Valdir Vieira.

Florianópolis, 11 de agosto de 1998.

*Amaral e Silva,  
Presidente com voto;  
Paulo Gallotti,  
Relator.*

## MANDADOS DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.002688-1, DE ITAJAÍ

**Relator: Des. Amaral e Silva**

*Processual penal e constitucional — Seqüestro de bem em nome de pessoa jurídica — Sonegação fiscal — Dec.-Lei n. 3.240/41 — Hipótese de embargos de terceiro — Writ não conhecido — Precedentes jurisprudenciais.*

*O Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941, que regulamenta o seqüestro de bens em caso de delitos de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, não foi revogado pelo Código de Processo Penal.*

*O mandado de segurança não se presta a substituir embargos de terceiro.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.002688-1, da comarca de Itajaí, em que é impetrante Companhia Fábrica de Papel Itajaí, sendo impetrado o Dr. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal, Fazenda e Execuções Penais da comarca de Itajaí:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, não conhecer do pedido.

Custas na forma da lei.

### I — Relatório

Trata-se de mandado de segurança contra ato judicial.

Alega a impetrante, em resumo, que o Decreto-Lei n. 3.240/41, que fundamentou o seqüestro, não está mais em vigor, tendo sido tacitamente revogado pelo Código de Processo Penal vigente; que por se tratar de pessoa jurídica, estranha ao processo crime de sonegação fiscal, não poderia ter seus imóveis seqüestrados; que, estando a dívida garantida por penhora na execução fiscal, a me-

dida torna-se absolutamente desnecessária.

Prestadas as informações, foi indeferida a liminar (fls. 87/88).

A douta Procuradoria é pela denegação da ordem. Entende que o ato não se caracterizou pela manifesta ilegalidade.

O processo seguiu os trâmites legais.

## II — Voto

1 — Inexiste a alegada revogação do Decreto-Lei n. 3.240, de 8 de maio de 1941, que regulamenta o seqüestro de bens na prática de delitos contra o erário público, conforme já decidiu o colendo STJ:

“Administrativo. Mandado de segurança. Seqüestro de bens em favor da Fazenda Pública e perda do produto do crime. Categorias legais diversas. Convivência do Decreto-Lei n. 3.240/41 com o Código de Processo Penal. Aplicação do § 1º do art. 2º da LICC. Recurso conhecido e improvido” (Recurso Ordinário em Mandado de Segurança n. 4.161—PB, 6ª T., rel. Min. Adhemar Maciel, j. 20/9/94, DJU 5/8/96, pág. 26.416).

Idêntico o entendimento desta egrégia Corte:

“Mandado de segurança — Matéria criminal — Crime de sonegação fiscal — Medida de seqüestro dos bens — Possibilidade.

“Insubsiste a impugnação pretendida, sob a argüição de ilegalidade da decisão judicial que se embasou no Dec.-Lei n. 3.240/41, pois não existe qualquer manifestação expressa de revogação desta norma legal.

“Pertinente, portanto, a decisão da Magistrada que determinou o seqüestro dos bens do indiciado por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública Estadual.

“Ordem denegada” (MS n. 7.956, de Turvo, rel. Des. Solon d’Eça Neves).

No mesmo sentido: MS n. 7.952, de Turvo, relatado pelo culto Des. Álvaro Wandelli.

2 — Os bens seqüestrados pertencem à impetrante, cujos sócios/denunciados Roni Lavratti e Paulo Hermógenes Cardoso são os diretores (Estatuto Social de fls. 12), não sendo necessário que os imóveis tenham sido adquiridos com o proveito da sonegação fiscal, bastando o provável prejuízo à Fazenda Pública, que em outubro de 1997 equivalia a R\$ 25.443,81 (vinte e cinco mil, quatrocentos e quarenta e três reais e oitenta e um centavos).

Dispõe o art. 1º do Dec.-Lei n. 3.240/41, *verbis*:

“Ficam sujeitos a seqüestro os bens de pessoa indiciada por crime de que resulta prejuízo para a Fazenda Pública, ou por crime definido no Livro II, Títulos V, VI e VII, da Consolidação das Leis Penais desde que ele resulte locupletamento ilícito para indiciado” (grifei).

A existência do locupletamento, sendo matéria dependente de prova, pela sua complexidade escapa aos estreitos limites do writ.

Como se vê, inexistem fatos certos capazes de gerar direito líquido e certo a ser amparado pelo writ, que, salvo casos excepcionalíssimos, não se presta a substituir outras ações, co-

mo, por exemplo, os embargos de terceiro.

O seqüestro foi deferido fundamentadamente como garantia eventual da reparação do dano.

Observou, com acuidade, o culto Procurador de Justiça, Dr. Gilberto Callado de Oliveira:

“Da própria exposição feita pela impetrante verifica-se, sem esforço, a inconsistência do direito que se pretende revestir com o caráter de indubitável. Com efeito, a decretação do seqüestro, a requerimento do Ministério Público, aponta para os bens da empresa impetrante cujos sócios Roni Lavratti e Paulo Hermógenes Cardoso integram como sujeitos principais a relação jurídica processual penal. Existe, portanto, vinculação entre os bens da impetrante e os réus da ação penal.

“A admissibilidade do mandamus (e também a admissibilidade de eventual embargos da impetrante, estaria condicionada à distinção entre os títulos que tivesse sobre os imóveis da constrição judicial, o que se deveria demonstrar em prova pré-constituída” (fls. 115).

Além disso, repiso, para o exercício do direito, a impetrante dispõe dos embargos de terceiro, nos termos do art. 129 e seguintes do Código de Processo Penal.

Finalmente, tratando-se de mandado de segurança contra ato judicial, é invocável a Súmula 267 do colendo Supremo Tribunal Federal.

3 — Pelo exposto, não conheço o writ.

### III — Decisão

Nos termos do voto do relator, não conheceram do mandamus.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Genésio Nolli e Paulo Gallotti e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Gilberto Callado de Oliveira.

Florianópolis, 25 de agosto de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente e Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA N. 96.003820-5, DA CAPITAL

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Mandado de segurança. Militar. Promoção ao posto de Tenente Coronel. Critério de merecimento. Exclusivamente.*

*Apreciação do mérito pelo Governador do Estado que pode decidir por qualquer dos nomes observado o regulamento.*

*Afastada a alegada ilegalidade do art. 52 do Decreto n. 19.236/83. Inexistência de erro administrativo ensejador de ressar-*

*cimento de preterição. Ordem denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos este autos de Mandado de Segurança n. 96.003820-5, da comarca da Capital, em que é impetrante Jairo Amaral, sendo impetrado o Governador do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, negar a segurança.

Custas na forma da lei.

Jairo Amaral, Major da Polícia Militar, interpôs mandado de segurança contra ato do Exmo. Sr. Governador do Estado, que o preteriu na promoção ao posto de Tenente Coronel em 5/5/96, alegando, em síntese, que ocupante do posto de Major PM desde 31 de janeiro de 1989, apto fisicamente, o impetrante preencheu as condições básicas exigidas para aquela função.

Que em decorrência do art. 10, IV, da Lei n. 6.215/83, todas as vagas para o posto de Tenente Coronel deveriam ser preenchidas por merecimento, através da elaboração de quadro de acesso.

O quadro de acesso por merecimento é a relação dos oficiais habilitados ao acesso resultante da apreciação do mérito e qualidades exigidas para a promoção.

A apuração do mérito é feita por órgão competente — CPOPM (Comissão de Promoção de Oficiais PM), e este é obrigado a remeter o quadro de acesso elaborado para a aprovação do Comandante-Geral, Presidente da CPOPM.

Preenchidas as condições o

impetrante ocupou o segundo lugar no quadro de acesso, para concorrer à promoção de 5/5/96, ao posto de Tenente Coronel.

Alega que foi preterido na promoção haja vista ter ocorrido promoção de oficiais com conceitos inferiores ao seu, em face da aplicação do art. 52 do Decreto n. 19.236/83, que prevê que o ato de promoção é efetivado pelo Governador.

Afirma ser ilegal o art. 52 do Decreto n. 19.236/83, que autoriza o Governador do Estado a realizar promoções, e a existência do seu direito líquido e certo.

Diz, ainda, ser aplicável a Lei Federal n. 5.821, de 10 de novembro de 1972 (Lei de Promoções dos Oficiais das Forças Armadas), de acordo com o art. 161 da Lei n. 6.218/83.

Juntou vários documentos e pediu que a segurança seja-lhe concedida liminarmente. A final, requereu a notificação dos litisconsortes passivos necessários à concessão da segurança definitiva para, anulando o ato ilegal de promoção de 5 de maio de 1996, determinar que o Sr. Governador do Estado promova o impetrante a contar daquela data.

Noutra hipótese, requer que o Tribunal notifique o Comando-Geral da Polícia Militar de Santa Catarina, para que este proceda à promoção como ressarcimento de preterição, prevista no art. 17, letra e, da Lei n. 6.215/83.

Às fls. 139, em face da matéria a ser apreciada, foram solicitadas informações à autoridade coatora indi-



cada, para posterior manifestação sobre a concessão da liminar.

Em 4 de junho de 1996, às fls. 136, o impetrante retifica a exordial, para esclarecer que ocupou o 8º (oitavo) lugar na ordem do mérito para concorrer à promoção de 31/1/96, e não o 2º (segundo) lugar para concorrer à promoção de 5/5/96, como anteriormente afirmado.

O Governador do Estado prestou as suas informações, alegando às fls. 144/150 todas as razões que o levaram a efetivar os atos de promoção junto à Corporação Policial Militar.

Às fls. 105, foi certificado que os litisconsortes nada apresentaram, alegaram ou requereram.

A liminar foi negada às fls. 160/161.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela denegação da ordem (fls. 197).

É o relatório.

Não procedem as pretensões do impetrante.

A Lei n. 6.215, de 10 de fevereiro de 1983 (Lei de Promoção de Oficiais), e o Decreto n. 19.236, de 14 de março de 1983 (Regulamento da Lei de Promoção de Oficiais), estabelecem os critérios a serem seguidos para a promoção de oficiais.

O inconformismo do impetrante reside no fato de tendo-se habilitado a concorrer ao ingresso no quadro de acesso por merecimento (QAM), para a promoção de 31/1/96, ao posto de Tenente Coronel, foi o 8º (oitavo) colocado na análise do mérito feita pela CPOPM (Comissão de Promoção de Oficiais PM), constando, dessa forma, no quadro de acesso por merecimen-

to, para preenchimento de 9 vagas. Todavia, não foi promovido pelo Governador do Estado.

Sustenta então que o art. 52 do Decreto n. 19.236/83, que estabelece que cabe ao Governador do Estado, nas promoções por merecimento, a decisão da escolha do oficial a ser promovido, é ilegal.

Entretanto não existe ilegalidade no art. 52 do Decreto n. 19.236/83, que regulamenta a Lei n. 6.215/83.

A Lei n. 6.215/83 prescreve que as promoções podem ser efetuadas pelos critérios de antiguidade e merecimento e que para tanto é indispensável que o oficial esteja incluído no Quadro de Acesso, e para que este ingresse neste quadro é necessário que satisfaça os requisitos do art. 14. Sendo que o ato de promoção é efetivado por decreto do Governador do Estado de Santa Catarina, art. 18.

Dispõe ainda a lei que a promoção por antiguidade é feita na seqüência do respectivo quadro de acesso por antiguidade e a promoção por merecimento é feita com base no quadro de acesso por merecimento, de acordo com a regulamentação desta lei.

Tem-se do exposto que tanto a promoção por antiguidade como a por merecimento são de competência exclusiva do Governador do Estado. E que no quadro de acesso por merecimento não implica em ordem a ser observada para a promoção, ou seja, a Lei n. 6.215/83 em momento algum determina a contemplação obrigatória do oficial mais bem colocado no quadro de acesso, sendo lícito ao Governador do Estado efetivar a promoção dentre os oficiais elencados naquele quadro.

Não se vislumbra em nenhum momento que o Decreto regulamentador infringiu a Lei n. 6.215/83. O que se pode afirmar é que o regulamento restringiu a norma. A Lei n. 6.215/83 só estabelece que o oficial a ser promovido deve integrar o quadro de acesso, sem que haja observância da ordem ali elencada (critérios fixados nos artigos 49 e 50 do Decreto n. 19.236/83).

Assim, não existe qualquer ilegalidade do art. 52 do Decreto n. 19.236/83, que deixa ao Governador do Estado, nos casos de promoção por merecimento, liberdade de apreciar o mérito dos oficiais e decidir-se por qualquer dos nomes, não sendo viável a aplicação da Lei Federal n. 5.821/72, de acordo com o art. 161 da Lei n. 6.218/83, como pretende o autor, vez que existe legislação estadual pertinente à matéria.

Ausente, dessa maneira, o direito líquido e certo do autor, pois não existe ilegalidade no artigo posto em discussão.

Relativamente ao pedido alternativo de promoção como ressarcimento de preterição, com base no art. 61, § 1º, da Lei n. 6.218/83, c/c art. 62, §§ 1º e 2º, do mesmo ordenamento, e art. 17, letra e, da Lei n. 6.215/83, também não pode ser deferido. Prescrevem os respectivos artigos:

"Art. 61 — O acesso na hierarquia policial militar é seletivo, gradual e sucessivo e será feito de conformidade com o disposto na legislação e regulamentação de promoção de oficiais e praças de modo a obter-se um fluxo regular e equilibrado de carreira para os policiais militares a que esses dispositivos se referem.

"§ 1º — O planejamento da carreira dos oficiais e das praças a que se refere este artigo é atribuição do Comando-Geral da Polícia Militar.

"Art. 62 — As promoções serão efetuadas pelos princípios de antiguidade, merecimento, por bravura ou post mortem.

"§ 1º — Em casos extraordinários e independentemente de vaga, poderá haver promoção em ressarcimento de preterição.

"§ 2º — A promoção de que trata o parágrafo anterior será efetuada segundo os princípios de antiguidade ou merecimento, recebendo ele o número que lhe competir na escala hierárquica, como se houvesse sido promovido na época devida pelo princípio em que ora é feita a sua promoção sem que haja modificação nos atos anteriores".

Lei n. 6.215/83:

"Art. 17 — O oficial PM será ressarcido da preterição, desde que seja reconhecido o seu direito à promoção, quando:

"e) tiver sido prejudicado por comprovado erro administrativo".

Depreende-se dos artigos acima transcritos e da matéria debatida neste mandamus que inexistem nos autos prova de prejuízo por comprovado erro administrativo. Como já foi elucidado o impetrante ingressou no quadro de acesso para promoção, e depois dos trâmites legais não obteve a promoção desejada. Não existiu erro administrativo no processo para apuração da promoção e tampouco prova desse erro.

Vem de encontro ao explicitado o parecer do douto Procurador de Jus-

tiça que discorre: "...a autoridade incumbida de realizar a promoção pode escolher, dentre aqueles que foram classificados como possíveis candidatos à promoção, o que lhe convier, observando o princípio da oportunidade. Ademais, o simples fato de o imetrante figurar em 8º lugar na lista de merecimento, existindo nove vagas para o cargo de Tenente Coronel, não lhe dá direito (líquido e certo) de ser promovido. Portanto, quando um funcionário entra em lista de merecimento, a fim de que venha a ser promovido posteriormente, é porque a administração pública teve interesse em tomar conhecimento da capacidade de seus funcionários, para que possa escolher, dentre os 'aprovados', aquele do qual necessita para exercer a função mais elevada. Essa atitude do Poder Público não pode ser tachada de ilegal ou arbitrária, ensejadora de concessão da ordem mandamental".

Dessa maneira, inexistente a ilegalidade e não comprovado o direito líquido e certo, denega-se a ordem.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Jorge Mussi, Sérgio Paladino, Wilson Guarany, Francisco Oliveira Filho, João José Schaefer, Eder Graf, Alcides Aguiar, José Roberge, Alberto Costa, Álvaro Wandelli e Anselmo Cerello. Lavrou parecer, pela douda Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Eduardo Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 1º de julho de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## PERDA DE GRADUAÇÃO

### PERDA DE GRADUAÇÃO N. 97.012216-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. Álvaro Wandelli**

*Representação para a perda de graduação. Pedido da defesa objetivando a produção de provas. Descabimento. Cabo bombeiro militar. Condenação por homicídio simples. Indignidade e incompatibilidade com a função pública.*

*Para a perda da graduação, o procedimento a ser observado é o previsto nos arts. 87, 122, inciso II, e 123, do Regimento Interno do colendo Superior Tribunal Militar, de acordo com o § 8º do art.*

*42 da Constituição da República, com a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar. Neste procedimento sumário, após a citação, deve ser ofertada defesa, indo para julgamento, sendo facultada às partes a sustentação oral por vinte minutos. Não há, portanto, produção de provas, mas tão-somente a defesa escrita e a sustentação oral.*

*Nos crimes cometidos por militares, a conduta realizada pode denotar a inadequação do agente com os valores éticos necessários ao exercício daquela função pública. Estes servidores são elementos de suma importância para assegurar a ordem e a paz social, pois sua missão é preservar a segurança jurídica, através da prevenção e repressão dos desvios ilícitos da conduta. Por isso, cobra-se destes servidores um comportamento adequado à função e o respeito pela norma jurídica, ainda mais porque são responsáveis pela exigência da conduta correta dos demais cidadãos.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Perda de Graduação n. 97.012216-0, da comarca da Capital, em que é representante a Justiça Pública, e representado Pedro Miranda:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, decretar a perda da graduação, vencido, em parte, o Exmo. Sr. Des. Relator que votou, ainda, pela declaração de indignidade e incompatibilidade para a função militar.

Custas na forma da lei.

Trata-se de representação para declaração de perda de graduação da praça e exclusão dos quadros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, formulada pelo Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça, contra Pedro Miranda, brasileiro, casado, Cabo Bombeiro Militar do Estado de Santa Catarina, filho de Henrique Miranda e Damásia Prestes Miranda,

exercendo suas funções na 3ª Companhia do Pelotão de Comando e Serviço do 2º Batalhão de Bombeiros do município de Lages, onde cumpre pena imposta pela 1ª Vara Criminal daquela comarca, nos seguintes termos:

“Consoante documentação acostada à presente verifica-se que o representado foi condenado, por sentença prolatada nos autos de Processo Crime n. 027/94, que tramitou perante a 1ª Vara Criminal da comarca de Lages, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime semi-aberto, por infração ao art. 121, caput, do Código Penal (homicídio simples), por sentença proferida pelo Tribunal do Júri, confirmada integralmente pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado, em 17 de junho de 1997, com trânsito em julgado para as partes e para o Ministério Público em 15 de agosto de 1997 (certidão fornecida pelo Sr. Diretor da Diretoria Judiciária do colendo Tribunal de Justiça, em anexo).

“Verifica-se, assim, que o requisito mínimo indispensável para a decretação da perda da graduação da praça representada acha-se presente, qual seja, a existência de condenação à pena privativa de liberdade superior a dois anos, em decorrência de sentença condenatória passada em julgado, como disposto nos §§ 7º e 8º do artigo 42 da Constituição Federal, aplicáveis, como já visto, às praças, por força do contido no § 4º do artigo 125 da mesma Constituição.

“Desnecessário dizer que as circunstâncias em que ocorreu o crime praticado pelo representado — que, após discutir em um bar, situado no Bairro Tributo, em Lages, com a vítima Paulo César Garcia, a respeito de um seguro-desemprego, saiu do local e voltou, cerca de dez minutos após, armado com um revólver Rossi, calibre 38, e, assim que avistou a vítima, impossibilitando-lhe qualquer defesa, efetuou contra a mesma um tiro mortal, sem motivo que o justificasse — revelam personalidade perigosa e agressiva, absolutamente incompatível com o exercício das nobres funções cometidas aos policiais e bombeiros militares, guardiães que são, por excelência, da segurança, da vida e da ordem públicas” (fls. 9 e 10).

Citado, o representado Pedro Miranda apresentou defesa, por intermédio de seu defensor, aduzindo, em síntese, que a perda de graduação somente deve ocorrer se, além de condenado à pena privativa de liberdade superior a dois anos, o oficial for considerado indigno do oficialato ou com ele incompatível. Finalizou requerendo: a) o apensamento dos autos originais; b) o interrogatório do representado; c) o depoimento pessoal, ou por

declaração, do comandante do oficial; d) a realização do exame da personalidade do representado e, por fim, e) a improcedência da representação.

Instada, a douta Procuradoria-Geral de Justiça, por seu Procurador-Geral, opinou pela “declaração da perda da graduação da praça representada, com sua exclusão da Corporação” (fls. 57).

É o relatório.

Prefacialmente, para bom entendimento do caso em discussão, é necessário ressaltar qual a norma que regula o procedimento de declaração de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato.

A Carta Magna brasileira, promulgada em 1988, determinou que o oficial das forças armadas só perderá o posto e a patente quando julgado não merecedor, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra, de permanecer nos quadros militares.

A mesma Lei das Leis prevê que o oficial condenado à pena privativa de liberdade superior a dois anos deverá submeter-se a este julgamento.

Há que se sublinhar, no entanto, ante a inexistência de Tribunal Militar nesta unidade federativa, que a Constituição do Estado de Santa Catarina atribuiu a competência para o julgamento destes casos ao Tribunal de Justiça.

Ocorre que o procedimento a ser adotado para o julgamento de representação para perda de graduação, por indignidade ou incompatibilidade com oficialato, é o estabelecido

pelos artigos 87, 122, inciso II, e 123, todos do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar.

Nesse sentido, já decidiu esta Corte:

“Representação para declaração da indignidade e incompatibilidade para o oficialato — Competência do Tribunal de Justiça e das Câmaras Criminais Reunidas.

“Há duas situações em que o oficial da Polícia Militar fica sujeito à perda do posto e patente por indignidade e incompatibilidade para o oficialato (art. 98, incisos I, II e III, do CPM): uma é como na hipótese vertente, ou seja, quando o oficial é condenado por pena privativa de liberdade superior a 2 (dois) anos, onde o procedimento a ser observado é o previsto nos arts. 87, 122, II, e 123, do Regimento Interno do colendo Superior Tribunal Militar, de acordo com o § 8º do art. 42 da Constituição da República, com a competência do Tribunal de Justiça para processar e julgar a representação proposta pelo Ministério Público, determinada pela própria Carta Magna (§§ 7º e 8º do art. 42, e § 4º do art. 125), pela Constituição do Estado (§§ 9º e 10 do art. 31, e § 1º do art. 90), e pelo art. 122 da Lei Estadual n. 6.218/83.

“A outra situação é a observada pela Lei Federal n. 5.836, de 5/12/1972, que ‘dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências’, que é quando o oficial é condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente à segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, ‘à pena restritiva de liberdade individual até 2 (dois) anos’ (art. 2º, IV). Nesta hipóte-

se a competência para decidir acerca da indignidade ou incompatibilidade para o oficialato também é do Tribunal de Justiça.

“A omissão do Regimento Interno desta Corte reside no fato de mencionar somente, quanto à competência das Câmaras Criminais Reunidas, o julgamento ‘em instância única, nos termos da legislação militar, os processos de indignidade para o oficialato ou de incompatibilidade com o mesmo oriundos de Conselho de Justificação’ (art. 9º, do Ato Regimento n. 02/89).

“Contudo, esta lacuna é suprida pelos expressos mandamentos constitucionais e legais, garantindo a competência da Corte, e do respectivo Órgão Fracionário, para também processar e julgar a representação de indignidade ou incompatibilidade para o oficialato, como na primeira situação exposta” (Representação n. 33, da Capital, deste relator, j. 25/9/96).

O procedimento para julgar indigno do oficialato ou com ele incompatível, para fins de perda do posto e patente correspondentes se aplica também à perda da graduação das praças, porque dispõe a Constituição Federal:

“Art. 125. (...)

“§ 4º. Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Sobre o que já se manifestou o Supremo Tribunal Federal:

“O artigo 125, § 4º, in fine, da Constituição, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o artigo 102 do CPM, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos. A nova garantia constitucional dos graduados das polícias militares é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina legal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo” (STF – RE n. 121.533-0—MG — TP — rel. Min. Sepúlveda Pertence - DJU 30/11/90).

Conclui-se, do exame dos dispositivos citados, que o rito a ser seguido prevê, após recebida a representação do Ministério Público, a citação do acusado para oferecimento de defesa escrita, no prazo de 10 (dez) dias.

Ofertada defesa, o processo deverá ser julgado, em sessão secreta, exigido quorum de dois terços dos membros do tribunal, sendo facultada às partes a sustentação oral por vinte minutos.

Apreende-se, portanto, do exposto acerca do procedimento prescrito, que este não prevê a produção de provas, mas tão-somente permite ao representado a defesa escrita e a sustentação oral.

Saliente-se que a sentença condenatória à pena privativa de liberdade superior a dois anos é requisito objetivo para a instauração de processo de perda da graduação por indigni-

dade ou incompatibilidade com a função militar.

No entanto, a mera condenação à pena privativa maior que dois anos não enseja, automaticamente ou por determinação do magistrado, a expulsão dos quadros militares, o que, fatalmente, transformaria a perda de graduação numa espécie de pena acessória.

E nem poderia ser diferente, pois a Constituição claramente determina a realização de um julgamento específico para esta decisão e, como é sabido e consabido, a Carta Magna não comporta palavras inúteis.

Mostra-se adequado o ensinamento de Celso Ribeiro Bastos:

“O militar condenado pela justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, só perderá o posto e a patente se declarada sua indignidade ou incompatibilidade com o oficialato em novo julgamento perante o tribunal militar competente. Nesta hipótese, o militar é submetido a duplo julgamento. Embora a condenação à pena restritiva de liberdade por mais de dois anos não acarrete, por si só, a perda do cargo, implica, necessariamente, o julgamento de indignidade e de incompatibilidade” (in Comentários à Constituição do Brasil, Ed. Saraiva, 1992, pág. 266).

Nessa conformidade, em respeito ao princípio de veracidade da res judicata, não cabe, em processo de perda de graduação, questionamento acerca da materialidade, autoria e circunstâncias que cercam o crime cometido, mas, tão-somente, a verificação se, em decorrência do deli-

to, o representado deve permanecer nos quadros da corporação militar.

Compulsando os autos, verifica-se que o representado foi condenado, com sentença transitada em julgado, pelo crime de homicídio simples (art. 121, caput, do CP), tendo sido negadas pelos jurados as teses de que agiu impelido por relevante valor social, moral ou sob violenta emoção.

Observa-se, também, que o representado, após ingerir dois copos de aguardente e discutir com a vítima, ressaltou a todos estar desarmado, retirando-se quieto do local, em direção ao seu domicílio para, posteriormente, voltar, já empunhando o revólver, e disparar os tiros mortais, sendo desnecessário dizer que, com tal ato, ao matar um semelhante em decorrência de uma briga de bar, demonstrou, no mínimo, sua desconsideração com a vida humana.

Com efeito, se o ser humano é capaz de perceber que toda ação provoca um resultado específico e, podendo optar entre dois modos de agir, ao escolher proceder de uma determinada forma, também seleciona o efeito decorrente desta conduta.

Diante disso, o crime em análise torna-se especialmente reprovável pelo fato de, premeditadamente, buscar o instrumento de execução em outro local. O representado, entre sair do bar, caminhar até sua casa, procurar a arma e voltar, teve tempo suficiente para melhor apreciar a situação e voltar atrás, estando em plenas condições cognitivas de perceber o resultado superveniente de sua ação, ponderar sobre a reprovabilidade da ofensa ao bem jurídico vida e interromper o iter criminis.

Ora, dentre os valores que o policial militar deve possuir está com certeza o respeito à vida humana, e o homicídio, pela sua natureza, por si só, é uma afronta à dignidade da pessoa humana.

Como bem salienta o insigne autor E. Magalhães Noronha:

“A vida é um bem jurídico individual e social. Cada indivíduo tem o direito de gozá-la e desfrutá-la, incumbindo ao Estado assegurar as condições de sua existência” (in Direito Penal, Ed. Saraiva, 23ª edição, pág. 14).

Nesse mesmo diapasão, o ilustre doutrinador Julio Fabbrini Mirabete já comentou acerca do crime de homicídio:

“Tutela-se com o dispositivo o mais importante bem jurídico, a vida humana, cuja proteção é um imperativo jurídico de ordem constitucional (art. 5º, caput, da CF). Tem a vida primazia entre os bens jurídicos, sendo indispensável à existência de todo direito individual porque ‘sem ela não há personalidade e sem esta não há cogitar de direito individual’” (in Manual de Direito Penal, Ed. Atlas, 6ª edição, pág. 46).

Por outro lado, certo é que todo o crime resulta numa lesão à sociedade e, como tal, é recebido com repúdio e ojeriza pela coletividade, tornando o seu autor merecedor da sanção penal correspondente à conduta realizada, circunstância que determinou que o legislador, ao estabelecer as normas incriminadoras, prescrevesse, para cada ação delitiva, tendo em vista a escala valorativa dos bens jurídicos protegidos, a justa retribuição da sociedade ao criminoso.



Registre-se porém que, nos casos de crimes cometidos por militares, a conduta realizada pode denotar a inadequação do agente com os valores éticos necessários ao exercício daquela função pública, ainda mais se considerarmos que estes servidores são elementos de suma importância para assegurar a ordem pública e a paz social, e, na busca deste objetivo, têm garantias e prerrogativas especiais.

Ademais, os policiais militares estão imbuídos da missão de preservar a segurança jurídica na sociedade e, portanto, a prevenção e repressão dos desvios ilícitos de conduta.

Nessa linha de raciocínio, torna-se necessário que estes servidores tenham um comportamento adequado à atividade, em especial pelo fato de serem os responsáveis pela missão de exigir a conduta correta dos demais cidadãos.

Acerca disso, já opinou o estudioso do assunto, Sidney Alves Pacheco:

“Representa o policial militar a garantia da ordem pública, atuando, na concepção clássica, na esfera da sociedade civil, tirando disso um motivo de orgulho e de auto-exaltação pública. Tem o papel preponderante de ser reconhecido como um verdadeiro guardião da paz social” (in *O policial militar em ação*, Ed. Adjuris, 1987, pág. 22).

Segue ainda o autor:

“De acordo com o Estatuto dos Policiais Militares, são suas obrigações: — o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever policial militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria e integral devo-

tamento à manutenção da ordem pública, até com o sacrifício da própria vida” (ob. cit., pág. 36).

Por fim, a Lei n. 6.218, de 1983, que dispõe sobre o Estatuto dos Policiais Militares do Estado de Santa Catarina, indica o conjunto de valores racionais e morais que devem ser observados pelos policiais militares.

Cumpramos ressaltar o disposto no artigo 29 da referida lei:

“O sentimento de dever, o pun-donor policial militar e o decoro de classe impõem, a cada um dos integrantes da Polícia Militar, conduta moral e profissional irrepreensível, com a observância dos seguintes preceitos de Ética Policial Militar:

“I — Amor à verdade e à responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal;

“II — Exercer, com autoridade, eficiência e probidade as funções que lhe couberem em decorrência do cargo;

“III — Respeitar a dignidade da pessoa humana”.

Vislumbra-se portanto, com clareza meridiana, que a atitude de tirar a vida de outrem, demonstrando não ter conhecimento do valor desta, é totalmente incompatível com o decoro de classe exigido de um servidor militar que tem obrigação de zelar pela integridade física e moral dos demais membros da sociedade.

Diante do exposto, o representado não merece continuar fazendo parte dos quadros da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Por tais razões, acolhe-se a apresentação formulada pelo Exmo.

Sr. Dr. Procurador-Geral de Justiça, por votação unânime para decretar a perda da graduação, vencido, em parte, o Exmo. Sr. Des. Relator que votou, ainda, pela declaração de indignidade e incompatibilidade para a função militar.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa, Amaral e Sil-

va, Genésio Nolli, Jorge Mussi, Paulo Gallotti e Souza Varella.

Florianópolis, 29 de abril de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente;*  
*Álvaro Wandelli,*  
*Relator.*

## PERDA DE GRADUAÇÃO N. 97.012215-2, DA CAPITAL

**Relator: Des. Genésio Nolli**

*Policial Militar — Perda da graduação de praça.*

*Compete ao Tribunal de Justiça, inexistindo Tribunal de Justiça Militar, através de suas Câmaras Criminais Reunidas (exegese do art. 9º do Ato Regimental n. 2/90), a decisão sobre a perda da graduação de praças das polícias e bombeiros militares. Aplicação do art. 125, § 4º, da CF.*

*Segundo o disposto no art. 13 da Lei n. 6.218/83, Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, o cidadão ao ingressar em suas fileiras adquire a graduação de soldado PM 3ª classe.*

*Soldado da polícia militar condenado à pena de seis anos e cinco meses de reclusão pelo cometimento do crime de homicídio doloso e lesões corporais (arts. 205, caput, 209, caput, artigo 70, I, e 46, todos do CPM) — Representado que demonstrou ser indigno e incompatibilizado para pertencer aos quadros da Polícia Militar — Procedência da representação para declarar a perda da graduação do militar.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Perda de Graduação n. 97.012215-2, da comarca da Capital, em que é representante a Justiça Pública, sendo representado Mauro Cezar Silva:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, deferir o pedido.

Custas de lei.

Cuida-se de representação oferecida pelo Procurador-Geral de

Justiça contra Mauro Cezar Silva, Soldado da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina.

Requer o Exmo. Sr. Procurador-Geral de Justiça a perda da graduação e conseqüente exclusão do representado das fileiras da Polícia Militar, sob o argumento de que foi condenado, por decisão transitada em julgado, à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, por infração aos arts. 205, caput, e 209, caput, combinado com os arts. 70, inciso I, e 46, todos do Código Penal Militar (homicídio doloso e lesões corporais).

Citado, o representado ofereceu defesa escrita requerendo a desconsideração do pedido formulado pelo representante do Ministério Público, com a manutenção de sua graduação e conseqüente permanência nas fileiras da corporação.

A douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pela procedência da representação.

É o relatório.

I — Competência

Reconhece-se a competência deste Tribunal para a decretação da perda da graduação de praças, na forma do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, que dispõe:

“Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças” (grifei).

Em nosso Estado, ante a ausência de Tribunal de Justiça Militar, a

competência é, segundo a Constituição Estadual, do Tribunal de Justiça, verbis:

“Art. 90 — Os Conselhos de Justiça funcionarão como órgãos de Primeiro Grau da Justiça Militar, constituídos na forma da lei de organização judiciária, com competência para processar e julgar, nos crimes militares definidos em lei, os integrantes da Polícia Militar.

“§ 1º — Como órgão de Segundo Grau funcionará o Tribunal de Justiça, cabendo-lhe decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

A competência destas Câmaras Criminais Reunidas, em face da omissão do Regimento Interno sobre a matéria, é estabelecida por analogia com o art. 9º, e inciso II, do Ato Regimento n. 2/89:

“Art. 9º — Compete às Câmaras Criminais Reunidas:

“II — julgar, em instância única, nos termos da legislação militar, os processos de indignidade para o oficialato ou de incompatibilidade com o mesmo oriundos de Conselho de Justificação”.

Assim, a competência deste Areópago, através de suas Câmaras Criminais Reunidas, é reconhecida.

In casu, por tratar-se o representado de soldado da Polícia Militar, discute-se a competência do Tribunal ante a circunstância deste militar ser ou não graduado.

O Decreto-Lei n. 667, de 2 de julho de 1969, que reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, dos Territó-

rios e do Distrito Federal, estabelece em seu art. 8º, § 2º, alínea b:

"Art. 2º — Os Estados, Territórios e o Distrito Federal poderão, se convier às respectivas Polícias Militares:

"a) (...);

"b) subdividir a graduação de soldado em classes até o máximo de três".

E o Estatuto da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina (Lei n. 6.218, de 10/2/83) dispõe que:

"Art. 13 — O ingresso na Polícia Militar no quadro de praças dar-se-á na graduação de soldado PM 3ª classe (CI)" (grifei).

Logo, os soldados da Polícia Militar catarinense são graduados e assim abrangidos pelo mandamento constitucional (art. 125, § 4º, da CF).

A respeito da matéria:

"Militar: praças da Polícia Militar Estadual: perda da graduação: exigência constitucional de processo específico (CF 88, art. 125, § 4º, parte final) de eficácia imediata: caducidade do art. 102 do Código Penal Militar.

"O art. 125, § 4º, in fine, da Constituição, subordina a perda de graduação dos praças das polícias militares à decisão do tribunal competente, mediante procedimento específico, não subsistindo, em consequência, em relação aos referidos graduados o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória de condenação criminal a prisão superior a dois anos.

"A nova garantia constitucional dos graduados das polícias militares é de eficácia plena e imediata, aplicando-se, no que couber, a disciplina le-

gal vigente sobre a perda de patente dos oficiais e o respectivo processo" (STF — RE n. 121.533 — MG — rel. Min. Sepúlveda Pertence — RTJ 133/1.343).

"Constitucional. Militar. Praça da polícia militar. Expulsão. CF. Art. 125, § 4º.

"I — A prática de ato incompatível com a função policial militar pode implicar a perda da graduação como sanção administrativa, assegurando-se à praça o direito de defesa e o contraditório. Neste caso, entretanto, não há invocar julgamento pela Justiça Militar estadual. A esta compete decidir sobre a perda da graduação das praças, como pena acessória do crime que a ela, Justiça Militar estadual, coube decidir, não subsistindo, em consequência, relativamente aos graduados, o art. 102 do Código Penal Militar, que a impunha como pena acessória da condenação criminal a prisão superior a dois anos.

"II — RE não conhecido" (STF — RE n. 199.800-8—SP — rel. Min. Carlos Velloso — publicado no Jornal da AMAJME nº 9, Maio/Jun. 97).

II — A presente representação deve proceder.

O representado foi condenado à pena de 6 (seis) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime fechado, por infração aos artigos 205, caput, e 209, caput, c/c os arts. 70, I, e 46, todos do Código Penal Militar (homicídio doloso e lesões corporais), por sentença datada de 12 de novembro de 1993 e confirmada por este Tribunal em 25 de outubro de 1994, com trânsito em julgado tanto para as partes como para o Ministério Público.

As disposições aplicáveis à hi-

pótese sub examen, soldado graduado da Polícia Militar, encontram-se na Constituição Federal de 1988.

O art. 125, § 4º, da CF, equiparou a perda da graduação das praças à perda do posto e da patente dos oficiais. E a Carta Magna em seu art. 42, §§ 7º e 8º, dispõe:

“§ 7º — O oficial das Forças Armadas só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra.

“§ 8º — O oficial condenado na justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior”.

In casu, o representado enquadra-se nas duas hipóteses, merecendo, por isso, seja decretada a perda de sua graduação e a conseqüente exclusão dos quadros da honrosa Polícia Militar catarinense.

Sobre o tema a lição do Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

“Indignidade. Esta consiste na ausência das qualidades morais, que leve o indivíduo a destoar do padrão, necessariamente elevado, dos membros da corporação (cf. Themístocles B. Cavalcanti, A Constituição Federal comentada, cit., vol. 4, pág. 124).

“Incompatibilidade. Na verdade, este termo é mais amplo. Abrange, inclusive, a própria indignidade. A incompatibilidade consiste, em última análise, na inadequação do indivíduo em relação às exigências ínsitas à natureza da corporação. Caso patente e

especial dessa inadequação é a indignidade que torna o indivíduo prejudicial à entidade, depondo contra esta e conseqüentemente comprometendo o seu prestígio e sua respeitabilidade. Entretanto, outras podem ser as razões de incompatibilidade, como a falta de aptidão, o desajustamento à disciplina, tendências psicológicas etc.” (in Comentários à Constituição Brasileira de 1988, vol. 1, Ed. Saraiva, SP, 1997, pág. 270).

Poder-se-iam classificar os dois requisitos para que seja decretada a perda de graduação: um de caráter subjetivo, relativo ao mérito do militar, sua dignidade e compatibilidade com a função policial; outro de caráter objetivo, relativo ao tempo de condenação.

Quanto ao requisito subjetivo, entendemos ser o representado indigno e incompatibilizado para o exercício da função pública de Policial Militar, senão vejamos:

O representado cometeu um crime bárbaro. Utilizando-se de fardamento e armamento da corporação, quando tentava reprimir a presença de jovens, em frente de um bar denominado “Barulho Urbano”, situado na Av. Rio Branco, de forma violenta, distribuindo golpes de cassetetes e lançando granadas de gás lacrimogêneo, atirou na indefesa vítima, ceifando-lhe a vida, que estava desarmada e tentava acalmar os ânimos dos civis.

Sua atitude revelou uma personalidade extremamente perigosa, utilizando-se da sua condição de policial militar para cometer um crime hediondo. Demonstrou o representado completo despreparo para o munus público que lhe foi atribuído e uma irremediável insensibilidade moral pa-

ra com os bens e a vida alheia. Logo, não pode permanecer engajado na honrosa e digna Polícia Militar de nosso Estado, sob pena de termos, garantindo a nossa segurança, pessoas do mais completo despreparo.

No que tange ao requisito de caráter objetivo, encontra-se perfeitamente caracterizado, eis que condenado a pena muito superior (seis anos e cinco meses de reclusão) aos dois anos previstos na Constituição Federal.

A constestação apresentada em nada altera o posicionamento acima explicitado, e, quanto aos documentos trazidos, conforme ressaltou o nobre Procurador-Geral de Justiça, “demonstram, tão-somente, que o representado está, atualmente, no gozo do regime aberto, e que, por vários períodos, esteve afastado do serviço em virtude de doença, sem especificar, no entanto, qual a doença que o acome-

tia, fato que, em todo caso, não é importante para o deslinde desta ação”.

Assim, comprovada a indignidade e incompatibilidade do representado para figurar nos quadros da Polícia Militar, à representação é dado procedência, a fim de declarar a perda da graduação da praça.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti, Souza Varela, Alberto Costa, Amaral e Silva e Álvaro Wandelli. Lavrou parecer pela douta Procuradoria-Geral de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho.

Florianópolis, 29 de abril de 1998.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Genésio Nolli,*  
*Relator.*

## RECURSO DE AGRAVO

### RECURSO DE AGRAVO N. 98.000987-1, DA CAPITAL

Relator: Des. Genésio Nolli

*Livramento condicional. Suspensão. Decisão que atendeu ao disposto no art. 145 da Lei de Execução Penal. Reeducando que cometeu nova infração durante a vigência do seu livramento. Extinção da pena. Impossibilidade. Aplicação do disposto no art. 89 do Código Penal. Recurso desprovido.*

*“Não pode ser julgada extinta a pena imposta ao liberado condicionalmente enquanto não passar em julgado a sentença proferida em processo por crime por ele perpetrado na vigência do livramento” (TACrimSP — Rec. — rel. Silva Franco — RT 572/357).*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso de Agravo n. 98.000987-1, da comarca da Capital (Vara de Execuções Penais), em que é recorrente Juari Metzner, sendo recorrida a Justiça, por seu Promotor:*

ACORDAM, em Primeira Câmara Criminal, por votação unânime, negar provimento ao recurso.

Custas de lei.

Trata-se de recurso de agravo interposto por Juari Metzner, porque inconformado com a decisão do Ma-

gistrado da Vara de Execuções Penais que suspendeu o seu livramento condicional anteriormente concedido.

Instado, o representante do Ministério Público manifestou-se pela manutenção da condenação (fls. 32/33).

O MM. Juiz manteve a decisão (fls. 34).

Nesta Instância a douta Procuradoria-Geral de Justiça opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

Razão não assiste ao recorrente.

O recorrente gozava do benefício do livramento condicional quando foi preso novamente e condenado nas disposições do art. 16 da Lei Antitóxicos. Registre-se que a condenação foi confirmada por este Tribunal, pela Primeira Câmara Criminal, em 17/2/98.

Dispõe o art. 145 da Lei de Execuções Penais (Lei n. 7.210/84):

“Praticado pelo liberado outra infração penal, o juiz poderá ordenar a sua prisão, ouvidos o Conselho Penitenciário e o Ministério Público, suspendendo o curso do livramento condicional, cuja revogação, entretanto, ficará dependendo da decisão final”.

In casu foi ouvido o Conselho Penitenciário (fls. 27/28) que opinou pela suspensão do livramento condicional e o Ministério Público que também se manifestou no mesmo sentido (fls. 29).

Portanto, nada há que possa autorizar a reforma da decisão.

Quanto a possibilidade de soltura imediata pelo cumprimento do prazo do livramento, temos que inviável.

O art. 146 da LEP condiciona a extinção da pena privativa de liberdade à expiração do prazo do livramento, desde que não tenha havido revogação.

Segundo o Professor Julio Fabbrini Mirabete, “quando a causa de revogação é a prática de crime cometido na vigência do livramento, deve-se conjugar os dispositivos citados com o artigo 89 do Estatuto Repressivo” (in Execução Penal, 6ª ed., Atlas, SP, 1995, pág. 327).

O artigo 89 do Código Penal

Brasileiro veda ao magistrado a declaração da extinção da pena, “enquanto não passar em julgado a sentença em processo a que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento”.

A jurisprudência sobre a matéria:

“O liberado condicional, cometendo novo crime no curso do prazo do livramento, tem automaticamente suspenso esse prazo até que transite em julgado a sentença que solucione o assunto. Antes disso, não pode o juiz, somente pelo decurso do aludido prazo, julgar extinta a pena” (TJSP — HC — rel. Cantidiano de Almeida — RT 330/157).

“Se durante a vigência do livramento condicional o liberado é acusado da prática de novo delito, o período de prova se prorroga até o trânsito em julgado da nova infração, não podendo, assim, a pena ser declarada extinta na pendência de ação penal” (TACrimSP — Rec. — rel. Sérgio Pitombo — RT 660/309).

Diante do acima exposto, o recurso é desprovido.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Paulo Gallotti e Souza Varella. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Jorge Orofino da Luz Fontes.

Florianópolis, 10 de março de 1998.

*Amaral e Silva,*  
*Presidente;*  
*Genésio Noll,*  
*Relator.*



## REVISÃO CRIMINAL

### REVISÃO CRIMINAL N. 96.008144-5, DE SÃO CARLOS

**Relator: Des. Jorge Mussi**

*Revisão criminal. Estelionato. Recurso pretendendo a absolvição, com fulcro no art. 621, I, do CPP. Crime com pena mínima igual a um ano. Réu primário e que não registra antecedentes criminais. Possibilidade de aplicação do art. 89 da Lei 9.099/95. Magistrado singular que, sem abrir vista ao Ministério Público para se manifestar sobre a possibilidade de proposta da suspensão condicional do processo, entendeu inaplicável à espécie a benesse. Competência do órgão ministerial para tanto. Inteligência do art. 564, IV, do CPP. Nulidade absoluta do feito, a partir da sentença. Declaração de ofício. Prejudicado o mérito do pedido.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Revisão Criminal n. 96.008144-5, da comarca de São Carlos (Vara Única), em que é requerente Balduino Geuda:*

ACORDAM, em Câmaras Criminais Reunidas, por votação unânime, conceder habeas corpus de ofício para anular o processo a partir da sentença, inclusive, determinando a baixa dos autos à comarca de origem, para que seja aberto vista ao Ministério Público, para

que se manifeste acerca da suspensão condicional do processo, ex vi do art. 89 da Lei n. 9.099/95, pondo-se o réu em liberdade, prejudicado o pedido revisio-nal.

Custas de lei.

Na comarca de São Carlos, o representante do Ministério Público ofereceu denúncia contra Balduino Geuda, dando-o como incurso nas penas dos arts. 171, § 2º, inciso V, e 29, caput, ambos do Código Penal, por-

que, segundo narra a exordial acusatória: no dia 17 de maio de 1992, o denunciado conduziu sua amásia e seus filhos em viagem e, na madrugada do dia seguinte, ateou fogo na residência da família, com o propósito de receber o dinheiro do seguro previamente contratado. Para tal ato, o réu serviu-se de terceira pessoa não identificada.

Encerrada a instrução criminal, restou o acusado condenado ao cumprimento de 2 anos e 2 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 70 dias-multa, cada dia valor de 1/2 do salário mínimo vigente ao tempo do crime, tudo por infração ao art. 171, § 2º, inciso V, c/c art. 29, todos do Código Penal.

Dessa decisão, inconformado, o réu interpôs recurso de apelação, o qual não restou conhecido, vez que extemporâneo, consoante se vê da Certidão de Julgamento de fls. 204 e do aresto de fls. 205/207.

Transitada em julgado a sentença condenatória, consoante se vê da certidão de fls. 208, o réu aforou a presente revisão criminal nos autos do Processo crime n. 1.093/92, insculpido no art. 621, I, do CPP, postulando a reforma da sentença, para ver-se absolvido, vez que a decisão apoiou-se tão-somente em indícios.

Recebido e processado o pedido, foram apensados os autos originais, indo o processo com vista à ilustrada Procuradoria-Geral de Justiça, que em parecer subscrito pelo Dr. Pedro Sérgio Steil, opinou pelo indeferimento da presente revisão criminal.

É o relatório.

Contudo, antes de adentrar-se na análise do mérito, verifica-se a existência de nulidade absoluta, ao

teor do contido no art. 564, IV, do Código Instrumental Penal, que por isso merece ser declarada de ofício, mesmo em sede revisional.

Verifica-se que o revisionando foi denunciado pelo cometimento do crime descrito no art. 171, § 2º, V, do Código Repressivo, tipo que comina pena de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, e multa, ao seu infrator.

Vê-se, outrossim, que a sentença condenatória foi prolatada em data de 21 de dezembro de 1995, então já na vigência da Lei n. 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, e que em seu art. 89 dispõe o seguinte:

“Nos crimes em que a pena mínima for igual ou inferior a um ano, abrangidas ou não por esta lei, o Ministério Público, ao oferecer a denúncia, poderá propor a suspensão do processo por dois a quatro anos, desde que o acusado não esteja sendo processado ou não tenha sido condenado por outro crime, presentes os demais requisitos que autorizam a suspensão condicional da pena (art. 77 do Código Penal)”.

Assim, consoante maciça jurisprudência desta egrégia Corte de Justiça, o Magistrado singular deveria ter intimado o representante do Ministério Público em exercício naquele Juízo, para que este se manifestasse sobre a possibilidade de proposta de suspensão do processo, segundo o art. 89 da Lei n. 9.099/95, uma vez que como a própria decisão assinala, a fls. 173, tratava-se de agente primário e sem registro de antecedentes criminais.

A falta de intimação do órgão ministerial, para os fins do art. 89 da

lei nova, e o que é mais grave, a manifestação do MM. Juiz a quo, no sentido da impossibilidade da aplicação da citada lei, originou a nulidade da sentença, já que, de acordo com os mestres Ada Pellegrini Grinover e outros, in "Juizados Especiais Criminais, Comentários à Lei n. 9.099/95", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, pág. 210:

"A proposta de suspensão do processo, pelo que diz a Lei, cabe exclusivamente ao Ministério Público (art. 89). (...) O juiz não pode tomar a iniciativa. Não pode agir ex officio. (...) Pelo ius positium, entretanto, quem detém a iniciativa é o Ministério Público".

E ainda:

"O juiz não pode impedir que o Ministério Público formule a proposta de suspensão. A tanto não chega sua função de fiscal do exercício do princípio da discricionariedade, função fiscalizatória essa que ele exerce também em relação ao princípio da obrigatoriedade (a prova está no art. 28 do CPP)" (ob. cit., pág. 213).

Desse entendimento não discrepa o autor Catarinense Joel Dias Figueira Junior, que juntamente com Maurício Antonio Ribeiro Lopes, na obra "Comentários à Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais — Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995", Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 1995, à pág. 380, leciona:

"A suspensão condicional do processo, que será feita mediante proposta do Ministério Público, logo depois de oferecer a denúncia (...)".

E mais:

"Caberá a suspensão condicio-

nal do processo desde que seja oferecida denúncia pelo Ministério e esta venha a ser recebida pelo Juiz (...). A fixação desse instante para a proposição não quer dizer, em absoluto, que não possa o Promotor de Justiça fazê-la em outro momento que considere mais oportuno" (ob. cit., pág. 382).

Os requisitos para aplicação da suspensão condicional do processo, de acordo com o art. 89 da Lei n. 9.099/95, são os seguintes, segundo o festejado Damásio E. de Jesus:

a) pena mínima abstrata não superior a um ano, sejam os crimes apenados com reclusão ou detenção, quer se incluam ou não na competência dos Juizados Especiais Criminais;

b) o acusado não pode estar sendo processado por outro crime, nem ter sido condenado por outro crime;

c) estejam presentes as outras condições para a concessão do sursis, previstas no art. 77 do Código Penal ("Lei dos Juizados Especiais Criminais Anotada", Saraiva, São Paulo, 1995, pág. 115).

Ora, compulsando-se os autos, infere-se que o acusado efetivamente preenchia todos os requisitos elencados no citado dispositivo legal, e, portanto, poderia o Ministério Público ter-se manifestado favoravelmente quanto à suspensão do processo, não cabendo ao Juiz singular, que nesses casos exerce função meramente fiscalizatória, decidir unilateralmente pela inaplicabilidade da benesse, uma vez que quem detém a iniciativa da proposta de suspensão do feito é o Ministério Público, por seu Promotor, segundo a literal disposição legal (art. 89 da Lei n. 9.099/95).



Dessa feita, outra solução não há que a declaração da nulidade da sentença de Primeiro Grau, e de todos os atos posteriores a ela, vez que omitida formalidade essencial, ex vi do disposto no art. 564, inciso IV, do Codex Processual Penal.

Ex positis, a Câmara resolve conceder habeas corpus de ofício para anular o processo a partir da sentença, inclusive, determinando a baixa dos autos à Comarca de origem, para que seja procedida a intimação do representante do Ministério Público no Juízo, para que este se manifeste sobre a possibilidade de suspensão condicional do processo em favor do denunciado, ora revisionando, e para que seja expedido o competente alva-

rá de soltura em favor de Balduino Geuda, se por al não estiver preso, restando prejudicado, portanto, o exame do mérito da revisão criminal por este aforada.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Souza Varella, Nilton Macedo Machado, Alberto Costa e Genésio Nollí, e lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. Pedro Sérgio Steil.

Florianópolis, 30 de outubro de 1996.

*José Roberge,*  
*Presidente com voto;*  
*Jorge Mussi,*  
*Relator.*

# **JURISPRUDÊNCIA CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVA**

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 98.005026-0, DE CHAPECÓ

**Relator: Des. Francisco Borges**

*Ação direta de inconstitucionalidade. Lei Complementar n. 47/97. Alterações na sistemática tributária do IPTU. Publicação. Princípio da anualidade. Pedido de liminar deferido.*

*Como bem ensina o insigne José Afonso da Silva, “A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequiabilidade, quando a lei ou regulamento a exige”.*

*Assim, o que justifica o princípio da anualidade é o controle direto dos atos do Poder Executivo, permitindo a adequação do orçamento anual à arrecadação prevista.*

*A constatação de que a publicação da indigitada LC não se deu no exercício anterior viabiliza a aparência de que foi violado o art. 128, III, b, da Constituição Estadual, consagrador do princípio da anualidade, que veda ao Estado e seus municípios cobrarem tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 98.005026-0,*

*da comarca de Chapecó, em que é requerente a Associação Comercial e Industrial de Chapecó — ACIC, sendo*

*requeridos o município de Chapecó e outros:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por decisão unânime, conceder a liminar.

Custas de lei.

A Associação Comercial e Industrial de Chapecó — ACIC ingressou com Ação Direta de Inconstitucionalidade contra o município de Chapecó, seu Prefeito e Câmara Municipal em face da Lei Complementar n. 47, de 17 de dezembro de 1997, que introduziu alterações no sistema tributário do Município, e do Decreto n. 3.219, de 11 de agosto de 1993, que restringe a publicidade obrigatória dos atos legislativos do Município à publicação em edital afixado no mural da sede da Prefeitura.

Expõe a requerente, inicialmente, a legitimidade da ACIC para propor a ADIn, juntando documentação comprobatória da regularidade formal de sua constituição e de sua iniciativa em pedir a jurisdição.

Após, noticia irregularidades formais que estariam a macular a Lei Complementar 47/97, de cujo texto diz decorrer a majoração significativa do IPTU — Imposto Predial e Territorial Urbano, naquela cidade; a inserção, nos bloquetes de recolhimento do referido imposto, de taxas extras referentes à coleta de lixo e segurança contra incêndio; e a majoração das alíquotas para cobrança do ISS — Imposto Sobre Serviços.

Entende “ser ilegal e inconstitucional a exigência de recolhimento do IPTU, do ISS e da Taxa de Coleta de Lixo nos termos da LC 47/97, dado

que referida LC não obedeceu aos ditames da Lei Orgânica Municipal e da Constituição do Estado de Santa Catarina, haja vista que não foi objeto de publicação no órgão oficial do Município e em jornal de circulação local, bem como desrespeitou o princípio constitucional da anterioridade em normas tributárias”.

Fundamenta suas razões no fato de o Município possuir periódico oficial, criado pela Lei n. 44, de 20 de julho de 1973, destinado à divulgação dos atos oficiais da Municipalidade, no qual não foi oportunamente publicado o édito legal combatido.

Diz a requerente que, na tentativa de remediar a falta, o Prefeito teria promovido a circulação, em janeiro de 1998, de boletim complementar ao do mês de dezembro de 1997, contendo apenas parte da LC 47/97.

Denuncia, ainda, que a redação aprovada na Câmara de Vereadores foi alterada unilateralmente na Prefeitura, com a elevação dos percentuais de incidência para cobrança do IPTU, fato que já dado ciência ao Ministério Público local, no fito de promover a apuração da responsabilidade criminal.

Expende longa argumentação acerca do princípio da anterioridade das normas tributárias e discorre sobre a publicidade necessária à validação dos atos legislativos, cuja ausência contraria o art. 13 da Lei Orgânica do município de Chapecó que estabelece, norteados os atos da administração municipal, a obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade e publicidade em respeito à normatização hierarquicamente superior.



Indica violados os dispositivos da Constituição Estadual, notadamente o art. 16, que impõe o princípio da publicidade dos atos da administração pública; o parágrafo único do art. 111, que dispõe que “Os atos municipais que produzam efeitos externos serão publicados no órgão oficial do Município ou da respectiva associação municipal e em jornal local ou da microrregião a que pertencer e, na falta deles, em edital que será afixado na sede da Prefeitura e da Câmara”; bem como o art. 128, III, b, que veda a cobrança de tributos no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou.

Quanto ao Decreto n. 3.219/93, no qual as autoridades municipais justificam a falta de publicação em periódico oficial da LC 47/97, afirma a incompatibilidade vertical com os ditames da Lei Orgânica do município de Chapecó e da Constituição Estadual.

A requerente anexou ao petítório exordial volumoso dossiê, com documentos para comprovar suas assertivas, de onde se extrai a informação de que a lei hostilizada vem ensejando reações da população local, sendo alvo de mandado de segurança coletivo, ação civil pública e ações mandamentais individuais, estando os tributos e taxas sobre os quais versa a indigitada lei, em alguns casos, com a exigibilidade suspensa por via de liminar, concedida no mandado de segurança coletivo impetrado pela OAB/SC — Subseção de Chapecó, cuja suspensão foi requerida a esta egrégia Corte, mas indeferida pelo eminente Vice-Presidente, Des. Wilson Guarany.

Por fim, dentre outros pedidos, requer “seja deferida a medida liminar pleiteada, suspendendo-se a eficácia da Lei Complementar Municipal n. 47/97, pela falta de publicação (art. 111, parágrafo único, da CE/SC) ou, caso assim não se entenda, pela violação ao princípio da anterioridade (art. 128, III, b, da CE/89), comunicando-se tal medida aos Requeridos”.

É o relatório.

Trata-se de Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada em face da Lei Complementar n. 47/97 e do Decreto n. 3.219/93, do município de Chapecó.

Em razão de prejudicialidade relativa, prioriza-se a análise da incompatibilidade do aludido Decreto, em face do dispositivo constitucional dito contrariado.

Com efeito, dispõe a Constituição Estadual, em seu art. 111, parágrafo único, verbis:

“Os atos municipais que produzam efeitos externos serão publicados no órgão oficial do Município ou da respectiva associação municipal e em jornal local ou da microrregião a que pertencer e, na falta deles, em edital que será afixado na sede da Prefeitura e da Câmara”.

Basta a interpretação meramente gramatical para inferir-se o alcance da norma, que impõe cumulatividade de publicação em órgão oficial e em jornal local, apenas excluindo a obrigatoriedade da providência na hipótese de indisponibilidade dos veículos mencionados.

O regramento disciplinador da matéria no município de Chapecó é bem anterior à Constituição Estadual,

pois já constava do sistema normativo local, em 20 de julho de 1973, a Lei n. 44, com o seguinte teor:

“Art. 1º — Fica criado o Boletim Oficial do município de Chapecó, destinado a fazer circular a matéria oficial desta municipalidade, devendo ser sua tiragem normal de 500 exemplares, tamanho 35x5 colunas de 4,5 centímetros, perfazendo o total de 14 páginas mensais”.

Esse texto foi inegavelmente recepcionado pela Carta Política Estadual, eis que com ela compatível, podendo subentender-se, da leitura conjugada dos dois dispositivos, que, no município de Chapecó, os atos oficiais serão publicados no veículo criado pela Lei n. 44/73 e em jornal de circulação local, à medida que não exclui a outra forma de divulgação contida na norma constitucional.

Porém, entre a Lei e a Constituição Estadual, o Poder Executivo daquele Município editou o Decreto de n. 3.219/93, restringindo as publicações dos atos de efeitos externos da Municipalidade ao mural instalado no Paço Municipal, com a seguinte redação:

“Art 1º — Fica estabelecido que os atos legais do Município de Chapecó que produzem efeitos externos, inclusive aqueles licitatórios, serão afixados, para efeitos de publicação, no Mural Público, localizado na entrada do Edifício Sede da Prefeitura”.

A redação alude aos efeitos da divulgação editalícia, fazendo presumir o aperfeiçoamento do ato pela simples afixação no local indicado, sem menção às formas usuais e necessárias para a eficaz publicidade dos atos administrativos.

Em primeiro plano, vislum-

bra-se a inocuidade do ato perante a lei anterior, em face da graduação hierárquica que os separa. A divergência acentua-se, em análise ainda que superficial, quando comparado ao texto constitucional supratranscrito.

Quanto à Lei Complementar n. 47/97, é mais sutil a evidência de vício, exigindo estudo criterioso na apreciação do pedido acautelatório.

O Juiz de Direito da 1ª Vara Cível de Chapecó, Dr. Valério Braun, ao apreciar o pedido de liminar nos autos do mandado de segurança coletivo promovido pela Ordem dos Advogados do Brasil, cujo objeto é a refalada LC n. 47/97, assim se manifestou:

“Efetivamente, este é um fato incontroverso, a LC n. 47/97 não foi publicada no Boletim Oficial do Município no ano de 1997, mas tão-somente no Boletim Complementar — Dezembro de 1997, que circulou ou foi publicado somente no mês de janeiro de 1998, tanto que, na página 14, transcreveu a Portaria n. 382, de 7 de janeiro de 1998, e que assinada pelo Sr. Prefeito Municipal. Os impenetrados, assim noticiam os documentos juntados, alegam que a lei em questão foi publicada no mural instituído pelo Decreto n. 3.219, de 11 de agosto de 1993, fato que torna suprida a exigência constitucional da anterioridade da lei. Referido Decreto também é objeto deste writ no sentido que se o declare inconstitucional.

“Todavia, mesmo que se tenha como válida a publicação da LC n. 47/97, os demais vícios apontados na presente ação, quer no que diz respeito ao processo legislativo e uso de Tabelas diversas daquelas que foram aprovadas pela lei em comento, con-

vencem acerca da existência do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*, pelo menos de forma parcial, em favor da impetrante. Demonstrou a impetrante, através de documentos, que a lei, ao ser sancionada, adotou, para cobrança da Taxa de Coleta de Lixo, Tabela diversa da que foi votada e aprovada na Câmara de Vereadores. Este é um fato que entendo ser relevante e pesa em desfavor dos impetrados. Também não é menos digno de nota que, mesmo admitindo-se estar em plena vigência a LC n. 47/97, parte de seus dispositivos não vinham sendo observados pela Administração do Município, sob alegação de serem inconstitucionais, matéria, aliás, pendente de decisão em outras ações mandamentais já ajuizadas contra o Município de Chapecó”.

De certo modo, o ilustre Magistrado considerou suprida a exigência da publicação, em face do que dispõe o Decreto n. 3.219/93. Todavia, a evidência da incompatibilidade acima abordada conduz a outros contornos que obstam os efeitos do referido Decreto, indicadores da aparente deficiência do ato administrativo impugnado, porquanto, para o seu aperfeiçoamento, impõe-se a observância da Lei Maior, que só é possível considerar-se atendida se, comprovadamente, estivessem indisponíveis os veículos usuais para tanto.

Portanto, aos motivos colacionados na transcrição das palavras do Magistrado, a suposta adulteração das Tabelas do Anexo da LC e a fundada suspeita de publicação do Boletim Complementar de Dezembro de 1997 somente em janeiro de 1998, com apenas parte do texto combatido, acresça-se, ainda, que não se vislum-

bra hipótese de publicação legítima capaz de inserir a norma dos ditames constitucionais que determinam a observância do princípio da anterioridade da lei tributária, ao menos na análise perfunctória que ora se faz.

A propósito, cite-se a sempre adequada ensinança de José Afonso da Silva:

“A publicidade sempre foi tida como um princípio administrativo, porque se entende que o Poder Público, por ser público, deve agir com a maior transparência possível, a fim de que os administrados tenham, a toda hora, conhecimento do que os administradores estão fazendo. Especialmente exige-se que se publiquem atos externos, fora dos órgãos da Administração.

“A publicidade, contudo, não é um requisito de forma do ato administrativo, não é elemento formativo do ato; é requisito de eficácia e moralidade. Por isso mesmo os atos irregulares não se convalidam com a publicação, nem os regulares a dispensam para sua exequibilidade, quando a lei ou regulamento a exige.” (Curso de Direito Constitucional Positivo, Malheiros, 13ª ed., 1997, pág. 617).

Sobretudo em atos que refletem diretamente na vida do contribuinte, como o que aqui se cuida, não se podem relegar a publicação e divulgação necessárias, e muito menos a antecedência exigível para que o cidadão comum, que recolhe seus impostos, possa programar-se para fazê-lo, sem que seja surpreendido com a elevação do tributo.

O que justifica o princípio da anualidade é o controle direto dos atos do Poder Executivo, permitindo a

adequação do orçamento anual à arrecadação prevista. Aliomar Baleeiro, comentando as razões políticas que sustentam o princípio, observa:

“É que o orçamento transformou-se de escudo de defesa do bolso dos contribuintes em plano de governo que o Legislativo aprova quando lho apresenta o Executivo.” (Enciclopédia Saraiva do Direito, vol. 7, pág. 54).

Sendo o princípio da anualidade peça-chave do sistema de freios e contrapesos que se traduz na convivência harmônica dos Três Poderes, é de rigor a sua conservação.

A constatação de que a publicação não se deu no exercício anterior, decorrente da evidência inarredável de que o Boletim Oficial que a divulga contém também ato só assinado em janeiro de 1998, viabiliza a aparência de que foi violado, também, o art. 128, III, b, da Constituição Estadual, consagrador do princípio da anualidade, ao dispor ser “vedado ao Estado e seus Municípios:

“III — cobrar tributos:

“a)...

“b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou”.

Pelas razões supra, presentes estão o *fumus boni juris* e o *periculum in mora*, que autorizam a concessão da almejada liminar.

Quanto aos efeitos que exsurgem da medida acautelatória, apropriadas as razões aduzidas pelo eminente Des. João José Schaefer, ao relatar o pedido de liminar na ADIn. n. 97.008690-3:

“A suspensão de uma lei, con-

tra a qual se oferece representação de inconstitucionalidade em tese, é, indubitavelmente, acentuou o Sr. Ministro Moreira Alves na Representação n. 1.017, do Rio de Janeiro (RTJ 101/502), medida de caráter excepcional, para cuja concessão se faz mister que na ponderação de sua conveniência ou inconveniência, aquela se imponha, de modo manifesto, pelo interesse público prevalecente.

“(..)

“Em voto que proferiu na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 513, DF (RTJ 141/739), o eminente Ministro Celso de Mello acentuou que o valor jurídico do ato inconstitucional é nenhum. É ele desprovido de qualquer eficácia no plano do Direito. Por isso mesmo, a doutrina (Walter Theodósio, ‘Da Declaração de Inconstitucionalidade da Lei’, *Justitia*, vol. 118/97, v. g.) e a própria jurisprudência deste Tribunal (Rp 1.077-RJ, RTJ 101/503) têm proclamado a absoluta ineficácia derogatória das leis inconstitucionais”.

“E depois de acentuar que a lei inconstitucional, por ser nula e, conseqüentemente, ineficaz, reveste-se de absoluta inaplicabilidade. Falecendo-lhe legitimidade constitucional, a lei se apresenta desprovida de aptidão para gerar e operar qualquer efeito jurídico. Sendo inconstitucional, a regra jurídica é nula (RTJ 102/671), conclui:

“A lei eivada de inconstitucionalidade, por isso mesmo, não possui eficácia derogatória de leis anteriores. A decisão do Supremo Tribunal Federal, declaratória de inconstitucionalidade e a conseqüente ineficácia de ordem jurídica, que se projeta e atin-

ge todos os possíveis efeitos que uma lei inconstitucional é capaz de gerar”.

A suspensão dos efeitos da Lei Complementar operada na concessão da liminar tem o poder de suspender, igualmente, o efeito revogatório da lei anterior que regulava a matéria tratada no diploma ora impugnado.

Portanto, sem risco de inviabilizar o plano orçamentário aprovado, resguarda-se a Administração Municipal, como também o interesse prevalente do administrado, concedendo-se a liminar pleiteada para, no município de Chapecó, suspender a vigência da Lei Complementar n. 47, de 17 de dezembro de 1997, integralmente, até o julgamento de mérito desta ação, ou até o dia 31 de dezembro do corrente ano de 1998, se até então não tiver sido levado a termo o presente procedimento, vigorando, para regular as matérias nela contidas, a legislação pertinente utilizada no período anterior à sua adoção.

Ex vi dos arts. 5º e 6º, preste, em 10 (dez) dias, o Ilmo. Sr. Prefeito Municipal as devidas informações, citando-se também o Procurador do

município de Chapecó, no prazo de 30 (trinta) dias, o qual deverá defender o ato impugnado (§ 3º do art. 103 da Magna Carta). Diante da particularidade da espécie, em 10 (dez) dias, o Ilmo. Sr. Presidente da Câmara de Vereadores igualmente poderá prestar informações.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Des. Silveira Lenzi, Cláudio Barreto Dutra, Sérgio Paladino, Wilson Guarany, João José Schaefer, José Roberge, Álvaro Wandelli, Anselmo Cello e Jorge Mussi.

Presidiu a sessão, com voto vencedor, o Exmo. Sr. Des. João Martins.

Funcionou como Procurador de Justiça o Exmo. Sr. Dr. Raulino Jacó Brüning.

Florianópolis, 20 de maio de 1998.

*Wilson Guarany,*  
*Presidente para o acórdão;*  
*Francisco Borges,*  
*Relator.*

## MANDADO DE SEGURANÇA

### MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.007570-0, DA CAPITAL

**Relator: Des. José Roberge**

*Mandado de segurança requerido por funcionária estadual do quadro do Poder Judiciário para permanecer à disposição da*

*Justiça Eleitoral, com exercício em outro Estado da União, onde seu marido exerce as elevadas funções de juiz federal, em razão de indeferimento de seu pedido pelo Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Hipótese em que não existe interesse nem sede da administração estadual no novo domicílio e sequer remoção ex officio do magistrado. Inocorrência de direito líquido e certo. Segurança denegada.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Mandado de Segurança n. 98.007570-0, da comarca da Capital, em que é impetrante Lívia Medeiros de Azevedo Ávila, sendo impetrado o Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por maioria de votos, denegar a segurança.

Custas de lei.

1. Lívia Medeiros de Azevedo Ávila, funcionária pública estadual — Escrivã Judicial do Poder Judiciário do Estado de Santa Catarina — impetra o presente mandado de segurança contra ato do Tribunal de Justiça, por seu Presidente, alegando que em 25 de maio de 1995 foi cedida ao Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul para prestar serviços na 76ª Zona Eleitoral de Novo Hamburgo; que a cedência ocorreu em virtude do acatamento do princípio da unidade familiar, conforme disposto no artigo 443 da Lei Estadual n. 5.624/79, tendo em vista que, desde 1986, é casada com o Dr. Alexandre Rossato da Silva Ávila, ex-Promotor de Justiça deste Estado, atualmente Juiz Federal vinculado ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com exercício em Novo Hamburgo; que presta, conseqüentemente, seus serviços no

Juízo Eleitoral de Novo Hamburgo, acompanhando seu marido que foi promovido de Florianópolis para aquela jurisdição; que, em março último, foi surpreendida com a comunicação de que o Exmo. Sr. Des. Presidente do Tribunal de Justiça — ora autoridade coatora — revogou todas as cedências e que cada interessado deveria formular novo pedido para, cada caso, ser apreciado isoladamente; que a impetrante elaborou seu pedido, fazendo nele juntar ofício do TRE/RS, onde era novamente requisitada para continuar exercendo suas funções naquele já referido Cartório Eleitoral; que, todavia, tal solicitação foi indeferida; que tal indeferimento levou o Presidente do TRE/RS a reiterar o pedido de permanência da impetrante no já citado cartório, dada a carência de servidores e necessária colaboração da impetrante; que, novamente, a pretensão foi negada; que, levados pela convicção de equívoco do ato, o pai e o marido da impetrante mantiveram contato direto e pessoal com o Secretário-Geral do TJSC, oportunidade em que seu Presidente encontrava-se em exercício no cargo de Governador do Estado e, em acolhendo orientação do ilustre Secretário-Geral, fez novo pedido juntando novo expediente do Presidente do TRE/RS solicitando, em nome da unidade familiar e interesse do serviço eleitoral, per-

manecesse a impetrante prestando serviços em Novo Hamburgo, RS, à disposição daquela alta Corte; que, todavia, o Presidente desta Casa, mantendo o entendimento anterior, decidiu que a cedência somente seria possível até o dia 15 de novembro deste ano, mesmo assim sem ônus para o Estado de Santa Catarina.

Fundamenta sua impetração na alegação de que o ato coator violou, de uma só vez, três princípios constitucionais: o da igualdade, da legalidade e da unidade familiar, vulnerando o disposto no art. 5º, caput, e inciso I, e artigo 226, ambos da CF; o art. 5º da Lei de Introdução do Código Civil; § 2º do art. 84 da Lei n. 8.112/90 — com redação dada pela Lei n. 9.527/97; art. 126, segunda parte, do CPC; art. 443 da Lei Estadual n. 5.624/79 e art. 75 da Lei Estadual n. 6.745/85.

Alega que o ato impugnado tratou desigualmente pessoas iguais, posto que outros funcionários, colocados à disposição da Justiça Eleitoral em Santa Catarina, poderiam permanecer, sem perdas de seus rendimentos, até 15 de novembro, mas a impetrante somente poderia permanecer até aquela data, sem ônus para o Estado.

Sustenta, ainda, que não é possível esquecer o princípio da manutenção da unidade familiar e da proteção da criança (o filho da impetrante nasceu em Florianópolis) a quem o Estado tem o dever de assegurar o direito à convivência com a família (art. 227 da CF), garantindo à mulher direito à permanência junto ao marido e filho.

Após analisar a situação familiar

que será criada com a aplicação do ato impugnado, requereu a impetrante seja-lhe assegurado o direito de continuar a exercer suas atividades funcionais na Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul ou em qualquer outro órgão público que eventualmente venha requisitá-la, sem qualquer prejuízo, mormente no que tange aos seus vencimentos e vantagens, mantendo íntegro o princípio da unidade familiar.

A liminar foi negada, tendo a egrégia Presidência do Tribunal de Justiça prestado informações, ressaltando que:

a) a Resolução 08/98—GP, publicada no DJSC de 5/2/98, revogou todas as concessões de disposição no âmbito do Poder Judiciário Catarinense, determinando que os funcionários atingidos deveriam reassumir suas funções nas lotações de origem, no prazo máximo de 15 dias, prazo esse prorrogado por mais 60 dias, a fim de que os pedidos de manutenção da disposição pudessem ser analisados com mais cautela;

b) a impetrante formulou seu pedido e sua disposição com ônus para o Judiciário Catarinense foi mantida somente até 31/5/98, oportunizando-se permanecesse naquele Estado até 15/11/98, porém sem ônus para o Estado Catarinense;

c) que a disposição do funcionário público, de modo geral, longe de ser um direito adquirido, configura mera liberalidade da Administração;

d) que a própria legislação citada pela impetrante, ao contrário de conferir-lhe qualquer direito, é exatamente o contrário;

e) que o disposto no art. 443 do CDOJESC confere direito à funcioná-

ria estadual esposa de magistrado estadual, o que não é o caso da impetrante, estando a pretensão exposta na inicial despida de amparo legal;

f) que a Lei n. 8.112/90, citada na inicial, disciplina o Regime Jurídico Único dos Servidores Públicos Federais, ao qual não pertence a impetrante, e também não procede a alegada desigualdade de tratamento, posto que os funcionários que permanecerão até 15/11/98 à disposição com ônus para o Estado, estão à disposição do TRE, porém com exercício neste Estado;

g) que o mandado de segurança destina-se a proteger direito líquido e certo, pressuposto este que não porta a impetrante, incorrendo no ato impugnado qualquer ilegalidade.

O ilustre Procurador de Justiça, doutor José Galvani Alberton, em parecer, manifestou-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

2. A matéria sub judice não pode ser apreciada sob o prisma da requisição de servidores públicos pela Justiça Eleitoral.

É que a funcionária impetrante não se encontra requisitada pela Justiça Eleitoral, mas tão-somente cedida pelo Desembargador Presidente desta Corte em atenção ao expediente que lhe encaminhou o Exmo. Sr. Desembargador Presidente do Tribunal Regional Eleitoral do Estado do Rio Grande do Sul. No referido documento, que se encontra a fls. 29, aquela autoridade diz o seguinte: "Tenho a honra de dirigir-me a Vossa Excelência a fim de solicitar-lhe a cedência da funcionária Lívia Medeiros de Azevedo Ávila, Escrivã Judicial do Quadro

de Pessoal da Justiça de Primeiro Grau desse Estado, para ficar à disposição da 76ª Zona Eleitoral, Novo Hamburgo/RS. O pedido se deve à carência de servidores naquele Juízo para dar atendimento às inúmeras atribuições que lhe competem". Tal expediente recebeu despacho favorável, nos termos "Junte-se. Defiro. Lavre-se o ato". Segue a assinatura do Presidente deste Tribunal.

Como se vê, a impetrante foi cedida ao Juízo da 76ª Zona Eleitoral do Rio Grande do Sul, tão-somente em face da carência de servidores naquele Juízo, sem, pois, qualquer conotação oficial com a função exercida por seu marido, Juiz Federal naquela circunscrição. Assim, não há nenhum vínculo entre a situação da impetrante e as normas constitucionais ou legais, trazidas na impetração. Na verdade, a impetrante não foi colocada à disposição do Cartório Eleitoral de Novo Hamburgo por força de qualquer dispositivo de lei, mas tão-somente por mera liberalidade desta Corte, em atenção ao pedido formulado pelo nobre Presidente do TRE/RS. E nem poderia tratar-se de funcionário requisitado, posto que tal instituto obedece as regras ditadas na n. Lei n. 6.999/82. É bem verdade que o servidor requisitado para o serviço eleitoral conservará os direitos e vantagens inerentes ao exercício de seu cargo ou emprego (art. 9º da lei citada), mas (art. 2º) "as requisições para os Cartórios Eleitorais deverão recair em servidor lotado na área de jurisdição do respectivo Juízo Eleitoral, salvo em casos especiais, a critério do Tribunal Superior Eleitoral".

Ademais, evidencia-se que a impetração é contra o ato do Presi-



dente do Tribunal de Justiça, que, de caráter geral, fez cessar todas disposições concedidas aos funcionários, resultando atingida a impetrante, e não contra indeferimento de requisição.

E, no mais, a impetrante não se socorre de direito líquido e certo.

É bem verdade que a Constituição protege a família, tema básico da impetração, mas não foi por tal razão que o ato de cedência legitimou-se, e sim, como consta, por necessidade de serviço, embora se saiba que a razão tenha sido outra.

Ora, se para aquela cedência ou disposição não se encontrou, na época, fundamento legal, como encontrá-lo agora? Conforme afirma o Min. Aldir Passarinho, em caso assemelhado, “não se pode compreender que, havendo possibilidade de realizar-se remoção, não fosse ela deferida, pois a regra que deve prevalecer é a de que o Estado deve facilitar a lotação de seus servidores, que sejam marido e mulher, para que possam estar juntos.

“Por certo que o princípio constitucional do mais alto sentido é o de proteção da família e, por isso, dispõe expressamente a Carta Magna que a família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado. Entretanto, (...) entre a conveniência do casal e os critérios que normatizam as lotações nas repartições públicas, hão de sobrepor-se estes”.

Pelo que se tem nos autos é que o marido da impetrante, antes Promotor de Justiça neste Estado, passou a exercer as nobres funções de Juiz Federal lotado em Novo Hamburgo—RS, em razão de nomeação

decorrente de promoção pelo critério de antigüidade.

Ora, a legislação estatutária, à qual se submete a impetrante, estabelece que “sempre que possível, sendo ambos funcionários, a remoção de um dos cônjuges assegurará o aproveitamento do outro em serviço estadual na mesma localidade. Conseqüentemente, os pressupostos fixados no dispositivo referido, que é o art. 22, § 5º, do Estatuto dos Funcionários Públicos do Estado (Lei n. 6.745/85), devem estar presentes para o sucesso da impetração”.

São eles:

a) que se trate de funcionários casados entre si ou que vivam em união estável;

b) que um deles seja removido para local diverso daquele onde o casal tem o domicílio;

c) que nesse novo domicílio esteja sediado serviço estadual.

Ora, a lei exige, para uso do pretense direito reclamado na inicial, que os pressupostos apontados se ofereçam cumulativos, o que não acontece no caso dos autos. A remoção provocadora da mudança de domicílio de um dos cônjuges, “há que ser compulsória, por iniciativa da Administração Pública, no interesse do serviço”. Conforme adverte o Min. Célio Borja, “não há direito à reunião (re=união) quando a separação decorre de iniciativa do próprio funcionário (remoção a pedido, por exemplo), nem quando deriva de ato de iniciativa da Administração, mas cuja eficácia depende de aceitação do funcionário (promoção, nomeação etc.)”.

Por último, verifica-se que a

pretensa disposição compulsória é para serviço de natureza Federal, e não Estadual e, mesmo assim, fora do Estado Catarinense.

“A inexistência de dois dos três pressupostos cumulativos basta para demonstrar a legalidade do ato impugnado e a inexistência de direito líquido e certo do impetrante”.

Por igual razão, a impetrante, ao contrário do alegado, não encontra, também, proteção no art. 75 da Lei n. 6.745/85 (Estatuto), que estabelece, cumulativamente:

- a) mudança compulsória de domicílio do cônjuge (ou companheiro);
- b) impossibilidade de exercer o cargo;
- c) poderá servir em outra repartição, órgão ou serviço Estadual.

Também aqui, dois dos três pressupostos estão ausentes: mudança compulsória e repartição, órgão ou serviço Estadual compatível com a função.

Por seu turno, o Código de Divisão e Organização Judiciárias do Estado também faz referência à matéria ao fixar em seu art. 443 que “será removida ou designada para a sede onde residir o marido a funcionária pública casada com magistrado, sem prejuízo de quaisquer direitos ou vantagens”. Corrigidas as expressões “marido” e “funcionária” para adaptar-se à nova realidade constitucional, há que se entender que o dispositivo não pode ser analisado isoladamente.

Como se vê, trata-se de lei estadual que disciplina a divisão e organização judiciárias do Estado de Santa Catarina, com dispositivos dirigidos ao judiciário catarinense. É evidente e

lógico que somente pode estabelecer disciplina aos magistrados catarinenses, assegurando aos funcionários (também estaduais) acompanhá-los em suas andanças, respeitados, contudo, os princípios gerais atinentes à matéria, como remoção compulsória e existência de órgão estadual da administração.

O douto parecer de fls., da Procuradoria-Geral de Justiça, agasalhou a pretensão acolhendo as razões da impetração, ao estribar-se no art. 84, § 2º, da Lei n. 8.112/90 (verbis): “No deslocamento se servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público, civil ou militar, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em Órgão ou entidade da administração federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício de atividade compatível com o seu cargo”.

Como se vê, além do referido dispositivo disciplinar, o regime de funcionários federais deslocados contém apenas uma permissibilidade, sem estabelecer nenhuma regra coercitiva de remoção ou disposição, de funcionário estadual para acompanhar o cônjuge que exerce funções federais.

A mesma lei, em seu artigo 36, disciplina a remoção ao estabelecer que “Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

“Parágrafo único — Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidade de remoção:

“... ”

“III — ...

“a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público, civil ou militar, de qualquer dos poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios, que foi deslocado no interesse da administração”.

Novamente aqui faltam dois dos pressupostos: interesse da administração, que ocorre com a remoção ex officio, e que nesse novo domicílio esteja sediado órgão da administração estadual.

Em suas bem organizadas alegações, a impetrante se diz injustiçada por não receber o tratamento igual a outros funcionários colocados à disposição de diversos órgãos, reclamando que estes ficam mantidos até o dia 15 de novembro de 1998. Embora possa ter “razoáveis razões”, pouco importa se estes funcionários estão à disposição da Justiça Eleitoral em Santa Catarina ou no Rio Grande do Sul, anota-se que este não é o objetivo nem o interesse da impetração que almeja “invalidar definitivamente o ato ilegal da autoridade impetrada, assegurando o direito de continuar a exercer as suas atividades funcionais na Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul ou em qualquer outro órgão público que eventualmente venha a requisitá-la, sem qualquer prejuízo, mormente no que tange aos seus vencimentos e vantagens...”.

Por derradeiro, vale citar aqui o teor do voto do preclaro Ministro Néri da Silveira, proferido em caso idêntico (MS n. 20.318/MG, j. em 24/3/82):

“Não há, na Constituição, dispositivo que caiba, desde logo, ser invocado, em relação àqueles órgãos

do Poder Judiciário, que têm seus quadros próprios e sem base física de funcionamento em outras partes do território nacional, em ordem a obrigá-los a assegurar a servidores de seus quadros, em princípio, restritos, o desempenho das funções específicas, em unidades do Poder Executivo. Essa matéria tem sido causa de imensas dificuldades para quem administra órgãos do Poder Judiciário, especialmente em Brasília, pelos problemas referentes à necessidade de movimentação, que, de ordinário, sucede com as pessoas que ocupem cargos e tenham vinculações em outros estados. Dentre eles, destaca-se o caso de funcionária casada, que deva acompanhar o cônjuge, designado para servir em outra parte do território nacional.

“... ”

“No caso concreto, em verdade, a solução, que o Tribunal deu, anteriormente, prendeu-se, antes, ao atendimento de interesses decorrentes de intento do Tribunal de não prejudicar a sua funcionária, cumprindo vê-lo como um ato de liberalidade, ao possibilitar a essa servidora acompanhar seu esposo em órgão do Poder Judiciário, em Minas Gerais.

“Nada havia, realmente, a obrigar a Administração do Tribunal, à época, a assim proceder. Mas a Administração resolveu, no interesse dos seus serviços e no exercício da competência da Corte, regulamentar essa matéria, fazendo-o, através de um ato regimental, como foi o Ato Regimental n. 14, de 9/4/81, editado com invocação, precisamente, dos arts. 15, n. II, da Constituição, e 355, § 1º, do Regimento Interno.

“Dessa maneira, posta a questão em termos de legalidade do ato administrativo, em verdade, não vejo ilegalidade no indeferimento do pedido da funcionária casada. Realmente, lamento, e muito, as dificuldades que possam advir, não só, pessoalmente, à funcionária, que houver de ficar privada dos vencimentos, que recebe, enquanto permanecer fora do serviço do Tribunal, como também compreendo que essa privação dos vencimentos pode dar-se num interesse superior da família. Melhor seria, à evidência, houvesse a possibilidade de conciliar a situação da servidora com a disciplina objetiva do serviço. Entretanto, sendo também este o princípio geral consagrado no art. 115, caput, do Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, de que ‘a funcionária casada terá licença sem vencimento ou remuneração, quando o seu cônjuge for mandado servir, ex officio, em outro ponto do território nacional, ou quando eleito para o Congresso Nacional’, desde que não haja possibilidade de aplicar o disposto no § 1º do mesmo artigo, penso que essa mesma dificuldade poderia encontrar uma funcionária do Poder Executivo, em princípio.

“Assim sendo, por não haver ilegalidade no ato administrativo do Tribunal, que acolheu a súplica da funcionária, também sou levado a indeferir o mandado de segurança, embora lamente o que possa ocorrer, particularmente, à funcionária”.

Acompanhou este raciocínio o também Ministro Rafael Mayer:

“O poder de dispor normativamente sobre direitos e deveres de seus funcionários cabe a cada um dos Po-

deres. Assim, o Poder Legislativo dispõe, notoriamente, em suas resoluções, sobre a relação estatutária dos seus funcionários. E quando o Supremo Tribunal Federal se reporta, para incorporá-los nas suas normas, aos regulamentos do Poder Executivo está praticando um ato de recepção daquele ordenamento, mas é pelo seu próprio poder de dispor que se lhe atribui validade, no âmbito em que irá ser aplicado.

“Não há razão alguma em dizer-se que o Estatuto dos Funcionários Públicos (...) aplica-se automaticamente aos Funcionários dos Tribunais. Este Estatuto é especificamente destinado aos servidores do Poder Executivo Federal, e poder-se-ia tirar de suas próprias normas o convencimento dessa destinação, desse âmbito de validade, porquanto foi necessário o art. 252 até para torná-las extensivas aos extranumerários e servidores das autarquias”.

Ausentes, pelo exposto, a liquidez e a certeza da pretensão deflagrada denega-se a segurança.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alberto Costa, Anselmo Cereello, Jorge Mussi, Carlos Prudêncio, Silveira Lenzi, Sérgio Paladino e Francisco Oliveira Filho, e, com votos vencidos, os Exmos. Des. Xavier Vieira e Álvaro Wandelli, que votaram pela concessão da ordem. Lavrou parecer, pela douta Procuradoria-Geral de Justiça, o Exmo. Sr. Dr. José Galvani Alberton.

Florianópolis, 2 de setembro de 1998.

*Wilson Guarany,*  
*Presidente,*  
*José Roberge,*  
*Relator.*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Xavier Veira:

Vencido pelas razões expostas na sessão de julgamento.

*Xavier Vieira*

Declaração de voto vencido do Exmo. Sr. Des. Álvaro Wandelli:

Segundo consta dos autos, a impetrante é funcionária do quadro do Poder Judiciário de Santa Catarina, com cargo de escritvã judicial que, através da Portaria n. 380, de 14/6/95, foi colocada à disposição da Justiça Eleitoral do Rio Grande do Sul, para acompanhamento do cônjuge, em conformidade com dispositivo da Lei Estadual n. 5.624/79 (CDOJSC) (fls. 32), que dispõe:

“Art. 443. Será removida ou designada para sede onde residir o marido a funcionária pública, casada com magistrado, sem prejuízo de quaisquer direitos ou vantagens”.

In casu, o marido da impetrante não é magistrado estadual.

Por outro lado, perfeitamente aplicável seria a Lei n. 6.745/85 (Estatuto dos Funcionários Públicos), cujo art. 75 estabelece que “o funcionário estável que por motivo de mudança compulsória de domicílio do cônjuge ou companheiro (a) esteja impossibilitado de exercer o cargo, poderá servir em outra repartição, órgão ou serviço estadual, eventualmente existente no local, compatível com sua função, sem perda da remuneração, se a lei

não restringisse a faculdade às hipóteses em que haja no local “órgão ou serviço estadual”.

Acontece que a situação se vê agasalhada, em razão do cargo exercido pelo marido da impetrante — juiz federal —, na Lei Federal n. 8.112/90, que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais:

“Art. 36. Remoção é o deslocamento do servidor, a pedido ou de ofício, no âmbito do mesmo quadro, com ou sem mudança de sede.

“Parágrafo único. Para fins do disposto neste artigo, entende-se por modalidades de remoção:

“(…)

“III — a pedido, para outra localidade, independentemente do interesse da Administração:

“a) para acompanhar cônjuge ou companheiro, também servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, que foi deslocado no interesse da Administração”.

Mais adiante, no § 2º do seu art. 84, com a nova redação que lhe foi dada pela Lei n. 9.527, de 10/12/97, assinala que “no deslocamento de servidor cujo cônjuge ou companheiro também seja servidor público civil ou militar, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, poderá haver exercício provisório em órgão ou entidade da Administração Federal direta, autárquica ou fundacional, desde que para o exercício

de atividade compatível com o seu cargo”.

Assim, se a legislação estadual somente contempla a remoção no caso de esposa de magistrado estadual e há dispositivo de lei federal, que não pode ser contrariado por ato da administração, nem mesmo da União, que ampara o cônjuge ou companheira de servidor público federal, não vejo como negar o direito da impetrante.

Aliás, além de entender clara a aplicabilidade do dispositivo assinalado, tenho para mim que se deve dar exegese extensiva aos dispositivos legais autorizadores do deslocamento aos servidores federais, estaduais e municipais, tendo em vista o caráter dessas normas e o dever social de

preservação da unidade familiar, inserto no texto constitucional:

“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”.

Essas as razões pelas quais divergi dos meus pares.

Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

Álvaro Wandelli

## REPRESENTAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA

### REPRESENTAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 98.000598-1, DA CAPITAL

**Relator: Des. Eder Graf**

*Representação — Crime de responsabilidade — Governador do Estado e Secretário de Estado — Conexão.*

*Comprovado o abusivo descumprimento de decisão judicial impõe-se a deflagração do processo por crime de responsabilidade para a preservação do Estado Democrático de Direito.*

*Vistos, relatados e discutidos estes autos de Representação no Mandado de Segurança n. 98.000598-1, da comarca da Capital, em que é*

*representante o relator, Des. Wilson Eder Graf, sendo representados o Governador do Estado e o Secretário de Estado da Fazenda:*

ACORDAM, em Órgão Especial do Tribunal Pleno, por votação unânime, acolher a representação e determinar a formalização dos atos para a instauração do processo por crime de responsabilidade do Governador Paulo Afonso Evangelista Vieira e do Secretário de Estado da Fazenda Marco Aurélio Dutra.

Fecapoc — Federação Catarinense dos Policiais Cíveis impetrou o presente mandado de segurança coletivo com o fim de ver cumprida a norma legal que obriga o pagamento do 13º salário de seus filiados no prazo e a correção monetária caso ocorra atraso, apontando como autoridades coatoras o Governador do Estado e o Secretário da Fazenda.

Deferida pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina a liminar ordenando o imediato pagamento do 13º salário dos Policiais Cíveis associados pela Federação Catarinense dos Policiais Cíveis — Fecapoc (fls. 53/54), ingressou o Estado de Santa Catarina com agravo regimental (fls. 105/117), o qual restou não conhecido (fls. 178/189).

Vieram as informações (fls. 136/148) e o esclarecimento quanto à paralisação injustificável dos autos por fatos estranhos a este Relator (fls. 190 e 192).

Dado o fluxo de grande lapso temporal, concedeu-se o prazo de dez dias para o cumprimento da liminar (fls. 194), com notificação do Senhor Governador do Estado e de seu Secretário da Fazenda (fls. 199/200).

Seguiu-se um despacho ordenando a renovação da intimação, com

reabertura do prazo para cumprimento (fls. 204).

Não havendo êxito, outro despacho foi proferido por este Relator, agora com mais contundência, a saber:

“O Senhor Governador do Estado, notificado da liminar deferida pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça em 29/1/98, ordenando o imediato pagamento do 13º salário aos filiados da Fecapoc, utilizou mecanismos diversos para discuti-la, retardando a apreciação da matéria até os dias atuais (veja-se fls. 105/117, 121/127 e 178/189 e 194), ensejando o último despacho, assim vazado:

‘Ao ser notificado em 20/5/98, o Senhor Governador do Estado viajou para o exterior, ficando em exercício seu substituto, o Senhor Presidente do Tribunal de Justiça do Estado ante a ausência dos demais agentes políticos, na ordem de precedência constitucional.

‘Obviamente nesse lapso temporal não haveria como o Senhor Governador em exercício solucionar o impasse criado, há muito, pelo Chefe do Poder Executivo Estadual.

‘Nesse contexto, se insere a petição de fls. 201/202, firmada por um Procurador de Estado, que também nada diz de positivo, e por isso mesmo é ignorada.

‘Como se trata de um mandado de segurança, cuja liminar foi concedida pelo Vice-Presidente do Tribunal de Justiça de Santa Catarina — e cuja suspensão junto ao Supremo Tribunal Federal não foi postulada até os dias atuais — deve ela ser cumprida integralmente pela autoridade impetrada, in casu, o Senhor Governador Paulo

Afonso Evangelista Vieira, porque a responsabilidade é pessoal.

‘Conseqüentemente, reabro-lhe o prazo de dez dias para seu cumprimento integral, valendo o silêncio como recusa formal de recalcitrância à decisão judicial com plena eficácia.

‘Recomendo que a nova intimação — acompanhada de cópia da liminar — se faça tão logo reassuma ele o cargo de Governador e que, fluído o prazo, venham os autos com a devida certidão para os conseqüentários legais’ (fls. 204).

“A resposta do Senhor Governador contém a mesma cantilena fastidiosa de falta de recursos, engastada em conceitos doutrinários de administração pública e de críticas ao legislador ordinário, sem ofertar qualquer perspectiva de pronto atendimento (fls. 211/214).

“Porém, não há mais como tolerar tanta recalcitrância, tornando-se necessário o uso de meios legais para fazer prevalecer o primado da lei, pressuposto básico do Estado Democrático de Direito.

“A impetrante pede o bloqueio de verbas do Erário Estadual, indicando até o número das contas bancárias; todavia, isso é inviável, posto que não se trata da hipótese do art. 100, § 2º, da CF/88, ou da do art. 731 do CPC, únicas nas quais o seqüestro de valores da Fazenda Pública pode ser ordenado.

“Neste diapasão, há valiosos subsídios em despacho do Ministro Néri da Silveira, na Ação Originária n. 147-1/320 (MS), de Alagoas.

“Também nos Agravos Regi-

mentais ns. 665-8 e 666-6, ambos de Alagoas, relatados pelo Ministro Octávio Gallotti (DJU n. 209, de 4/11/94, pág. 29.830), mais uma vez foi reiterado que o bloqueio e/ou seqüestro de contas bancárias do Estado não pode fugir das estritas hipóteses já antes referidas.

“Conseqüentemente, in casu, inexistem os pressupostos legais para acolher-se o pedido de bloqueio de contas.

“O pedido de prisão do Secretário de Estado da Fazenda é inviável, haja vista que o Titular da Pasta está subordinado ao Senhor Governador, o qual, pessoalmente e por escrito, chamou para si a responsabilidade integral pelo descumprimento, pretendendo justificá-lo, como anteriormente já se explicitou.

“Em conseqüência, impende analisar a situação pessoal do Senhor Governador Paulo Afonso Evangelista Vieira, que há cinco meses não cumpre a liminar deferida neste mandado de segurança.

“Com relação ao pedido de intervenção federal, estão presentes os seus pressupostos, a teor do art. 34, VI, da Carta Magna, porquanto está o Chefe do Poder Executivo recusando obediência à decisão judicial, impondo-se a ação do Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, para os fins do art. 36, II, da Constituição Federal.

“Valioso este precedente do Superior Tribunal de Justiça:

‘O óbice oposto pelo Poder Executivo Estadual ao cumprimento da decisão judicial implica no deferimento de intervenção federal no Estado.



‘A alegação de que a intervenção federal só se justifica quando se tratar de descumprimento de ‘decisão de mérito’, com trânsito em julgado, não impede a providência excepcional, porquanto, se assim fosse, cometer-se-ia, ao Governador, o poder de postergar, indefinidamente, o andamento de todos os processos em que o auxílio da força pública fosse necessária à execução de decisões interlocutórias’ (RSTJ 74/65).

‘No pertinente ao crime de responsabilidade, diz o art. 72 da Carta Estadual:

‘São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Estado que atentem contra a Constituição Federal, contra a Constituição Estadual e especialmente contra:

‘(...).

‘VII — o cumprimento das leis e das decisões judiciais’.

‘Por sua vez, preceitua o art. 40 da CE/89:

‘É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa:

‘I — (...)

‘XX — processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles’.

‘Nada mais claro, sob o aspecto fático/constitucional, para impor a representação contra o Senhor Governador do Estado por Crime de Responsabilidade.

‘Resta verificar a imputação de cometimento de Crime de Desobediência, sendo oportuno lembrar que já houve situação similar, em que este

Relator representou ao Superior Tribunal de Justiça.

‘Do despacho do Ministro José Dantas, ordenando o arquivamento de inquérito, extrai-se o seguinte excerto:

‘Em face da nova composição da Corte Especial deste eg. Tribunal vieram-se agora redistribuídos os autos do presente inquérito, instaurado com vistas ao indiciamento do Governador Vilson Pedro Kleinubing, e Secretários do Estado de Santa Catarina, pela possível prática de crime de desobediência.

‘Contrário ao indiciamento do referido Governador, pronunciou-se, porém, o Ministério Público Federal, por seu Subprocurador-Geral Paulo Sollberger, segundo petição de 30/11/93, assim concebida:

‘Trata-se de inquérito policial instaurado para apurar a possível prática do crime de desobediência, tipificado no art. 330 do Código Penal, atribuindo ao Governador do Estado de Santa Catarina, Vilson Pedro Kleinubing, e aos Secretários de Estado Raimundo Uessler e Luiz Fernando Verdine Salomon’.

‘2. Instruiu o inquérito com cópia dos Mandados de Segurança ns. 6.161 e 6.324 impetrados perante o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina contra o Governador e os referidos Secretários.

‘3. Consoante despacho proferido pelo ilustre Desembargador Relator dos mandamus (fls. 4 e 7), ditas autoridades teriam deixado de cumprir decisões liminares exaradas naqueles processos, apesar de devidamente notificadas.

‘4. Contudo, em face da nossa

legislação penal, não pode o Governador de Estado ser sujeito ativo do delito tipificado no art. 330 (desobediência), porquanto este crime somente pode ser praticado por particulares, ou por funcionários públicos que ajam como particulares, o que, na hipótese, não se verifica.

‘5. É certo que o colendo Supremo Tribunal já decidiu que tal conduta pode caracterizar o ilícito penal capitulado no art. 319 do Código, ou seja, prevaricação (RTJ 92/1.095), o que, entretanto, não nos parece ocorrer in casu, à falta do elemento subjetivo do tipo, expresso pela especial finalidade de agir (‘para satisfazer interesse ou sentimento pessoal’).

‘6. Pelo que se infere dos elementos colhidos no inquérito (fls. 191/241), a demora no atendimento das liminares se deve, não a uma recusa da Administração, mas a dúvidas surgidas quanto ao modo de cumpri-las.

‘Assim sendo, requer o Ministério Público Federal o arquivamento do inquérito no tocante ao Governador Wilson Kleinubing, restituindo-se os autos à Justiça de Santa Catarina para que se decida em relação às demais autoridades envolvidas.’ — fls. 253/255.

‘Sem razão para discordar dessa fundamentação, quer quanto ao delito de desobediência quer quanto ao de prevaricação, acolho o pedido de arquivamento do inquérito, para deferi-lo nos exatos termos de sua formulação’ (STJ, Inq. n. 117-3/SC, DJU n. 35, de 22/2/94, pág. 2.220).

‘Aliás, a jurisprudência é expressa:

‘Processual penal. Habeas cor-

pus. Crime de desobediência. Funcionário público.

‘1. Se a ordem desrespeitada pelo funcionário público se refere às suas funções, não pratica ele o crime de desobediência, mas, eventualmente, outro’ (STJ, HC n. 2.374-9/DF, Min. Anselmo Santiago, DJU n. 115, de 20/6/94, pág. 16.125).

‘Ou ainda:

‘Criminal. Servidor público. Ordem judicial. Ação penal. Atipicidade.

‘— Desobediência. Orientação deste Superior Tribunal sobre que ‘o funcionário somente pratica esse delito, caso a ordem desrespeitada não seja referente às suas funções’ (STJ, HC n. 5.043/RS, Min. José Dantas, DJU n. 233, de 2/12/96, pág. 47.692).

‘O Ministro Antônio Neder, no Supremo Tribunal Federal, assim se posicionou, em voto:

‘Vê-se logo que o Paciente, por ser funcionário a quem por lei competia cumprir o mandado judicial expedido no caso, visto que a segurança fora deferida, liminarmente, para o fim de remediar o ato ilegal que ele praticara, não pode responder pelo crime que lhe fora imputado, o do art. 330 do Cód. Penal (desobediência).

‘É que tal crime, imputável em princípio ao particular, só excepcionalmente pode ser cometido por funcionário, isto é, quando a este não compete o cumprimento da ordem.

‘É conhecida, quanto ao pormenor, a lição do saudoso Mestre Hungria (Com., IX, 1958, pág. 377):

‘Recentemente, agitou-se a seguinte questão: qual o crime do funcionário administrativo (alheio à

hierarquia na órbita judiciária) que se nega a cumprir um mandado judicial, ainda mesmo depois de rejeitados os argumentos de sua obtemperação? Será o crime desobediência (art. 330) ou o de prevaricação? O crime de desobediência é incluído pelo Código entre os praticados por particular (ou por funcionários entre cujos deveres funcionais não se inclua o cumprimento da ordem) e, assim, não pode ser identificado na hipótese formulada. O que se tem a reconhecer será, então, o crime de prevaricação, desde que apurado haver o funcionário agido por interesse ou sentimento pessoal (como tal devendo entender-se o próprio receio de descumprir ordens ilegais ocultamente expedidas por seus superiores hierárquicos, ou a preocupação de não incorrer na reprovação da opinião pública, acaso contrária à decisão judicial). Fora daí, nada mais será cabível além da pena disciplinar, cuja aplicação será solicitada pela autoridade judicial à administrativa competente.'

'Fragoso repete o mesmo entendimento (Lições, 4º, 2ª ed., 1965, n. 1.046).

'Também o faz Magalhães Noronha (Dir. Pen., 4º vol., 1962, n. 1.400).

'Bento de Faria também sustenta a mesma opinião (Cód. Pen. Bras. Com., VII, 1961, pág. 125).

'Argumentou o eg. Tribunal de Justiça catarinense que, no caso, o crime imputável ao Paciente é o de prevaricação, tal qual se lê no ensinamento de Hungria, transcrito acima, e que a denúncia descreve esse crime, razão bastante para validar o ato acusatório, pois o relevante, no porme-

nor, é a descrição do crime, e não a sua classificação.

'Essa razão, todavia, não é aplicável à espécie agora discutida, porque a denúncia não descreve o crime de prevaricação' (RTJ 92/1.099).

"Portanto, não se pode falar em crime de desobediência.

"Quanto ao crime de prevaricação, não há, ainda, nos autos, elementos probatórios suficientes dos seus essentia, sendo conveniente a extração de peças após a conclusão do julgamento se até lá surgirem elementos de convicção, evitando-se açosamentos precoces.

"Em consequência, determino a extração de peças e encaminhamento ao Senhor Presidente do Tribunal de Justiça para a deflagração do processo de Intervenção Federal no Estado de Santa Catarina (uma via) e à Assembléia Legislativa do Estado para o processo por Crime de Responsabilidade, cuja representação será formalizada pelo Tribunal de Justiça, após deliberação de seu Órgão Especial (duas vias, com firma reconhecida na representação e rubrica em todas as folhas).

"Quanto ao processo criminal por desobediência e ao bloqueio de contas, indefiro-os, por absoluta impossibilidade jurídica" (fls. 216/221).

É o relatório.

O pedido de intervenção federal no Estado já foi encaminhado ao Senhor Presidente do Tribunal de Justiça, em 29/6/98, através do ofício n. 341-98-OE-TP (fls. 229).

Faz-se mister agora o cumprimento da parte final do comando decisório monocrático, qual seja, a forma-



lização da representação para a instauração do processo por crime de responsabilidade contra as mencionadas autoridades, para a preservação do Estado Democrático de Direito, na forma prevista na Constituição Catarinense, assim vazada:

“Art. 72 — São crimes de responsabilidade os atos do Governador do Estado que atentem contra a Constituição Federal, contra a Constituição Estadual e especialmente contra:

“(…)

“VII — o cumprimento das leis e das decisões judiciais”.

Ademais, está na Carta Estadual:

“Art. 40 — É da competência exclusiva da Assembléia Legislativa:

“XX — processar e julgar o Governador e o Vice-Governador do Estado nos crimes de responsabilidade e os Secretários de Estado nos crimes da mesma natureza conexos com aqueles”.

Realmente, diante da recalculância dos representados no descumprimento de decisão judicial, não há como fugir da representação do Órgão Especial, ante o preceituado no art. 74 da Lei n. 1.079/50, para que a

augusta Assembléia Legislativa do Estado instaure o devido processo por crime de responsabilidade contra o Senhor Paulo Afonso Evangelista Vieira, Governador do Estado, e o Senhor Marco Aurélio Dutra, Secretário de Estado da Fazenda, previsto no artigo 12, itens 2 e 4, da supracitada lei.

Determina-se, pois, a formalização da representação consoante prevê o art. 243 e parágrafos do Regimento Interno da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina.

Participaram do julgamento, com votos vencedores, os Exmos. Srs. Des. Alcides Aguiar, José Roberge, Alberto Costa, Anselmo Cerello, Genésio Nollí, Jorge Mussi, Sérgio Paladino, Xavier Vieira e Francisco Oliveira Filho.

Pela douta Procuradoria-Geral de Justiça lavrou parecer o Exmo. Sr. Dr. José Antônio Salvadori.

Florianópolis, 2 de setembro de 1998.

*João Martins,*  
*Presidente;*  
*Eder Graf,*  
*Relator.*

# JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

### AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE N. 1.035 (AgRg) — SC (Tribunal Pleno)

**Relator:** O Sr. Ministro Carlos Velloso

**Agravante:** Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

**Agravada:** Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina

*Constitucional. Ação direta de inconstitucionalidade. Juízo de constitucionalidade dependente de prévio exame de outras normas infraconstitucionais. Não cabimento da ação.*

*I — Não admissibilidade da ação direta de inconstitucionalidade quando, para o deslinde da questão, é indispensável o exame do conteúdo de outras normas infraconstitucionais ou de matéria de fato.*

*II — Precedentes do STF: ADIn. 842—DF, Celso de Mello, RTJ 147/545; ADIn. 1.286—SP, Galvão, Lex 219/12.*

*III — Agravo regimental não provido.*

### ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, negar provimento ao agravo. Ausente, justificadamente,*

*neste julgamento, o Sr. Ministro Celso de Mello, Presidente. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Carlos Velloso, Vice-Presidente (RISTF, art. 37, I).*

*Brasília, 26 de maio de 1997.*

*Carlos Velloso,  
Presidente e Relator.*

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Velloso: Trata-se de agravo regimental, interposto pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, contra a decisão de fls. 359/360, que negou seguimento à ação direta de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei n. 1.141, de 25 de março de 1993, do Estado de Santa Catarina. O despacho agravado tem a seguinte conclusão:

“Está correto o entendimento dos eminentes Advogado-Geral e Procurador-Geral da República. A lei nova, Lei Federal n. 9.099, de 1995, revogou a Lei n. 7.244/84, afastando, também, as normas estaduais que, no tema, dispunham de forma contrária. A presente ação, portanto, está prejudicada, dado que, repetese, as disposições da lei objeto da ação, que estejam em desacordo com a nova lei federal, estão afastadas. E dizer, há uma nova ordem normativa a respeito, de natureza infraconstitucional, que necessita ser examinada antes do exame da questão constitucional, o que prejudica a ação direta de inconstitucionalidade”.

Sustenta o agravante:

a) é verdade que existe uma nova lei federal que trata do tema, tornando-se necessário perquirir se ainda estão em vigor os dispositivos catarinenses, quando confrontados com a Lei Federal n. 9.099/95;

b) entretanto, não está prejudicada a ação. “Não tendo havido revogação expressa, pelo legislador sulista, da lei estadual atacada (assim informa a Seccional de Santa Catarina), o exame preliminar da vigência

ou não dos preceitos arrolados na inicial, em face da edição da Lei Federal n. 9.099, pode e deve ser feito pelo Supremo Tribunal Federal. Não faz sentido a Corte — que tem todos os elementos para fazer essa análise — julgar a ação prejudicada e delegar ao autor esse exame, para depois, em uma nova ação (como sugere o Ministério Público), fazê-lo novamente, por imperativo lógico, quando do julgamento da constitucionalidade nessa segunda demanda”;

c) a análise da inconstitucionalidade precisa ser feita; basta perquirir se houve ou não excesso do legislador catarinense; se as normas estaduais ofendem ou não o devido processo legal; se os preceitos vulneram ou não a Constituição Federal.

Esse exame pode e deve ser feito, principalmente quando se tem notícia dos graves problemas que ocorrem, em Santa Catarina, para a administração da Justiça. Assim, pede o Conselho Federal da OAB seja reformada a decisão agravada, para que seja apreciado o mérito da ação.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Carlos Velloso (Relator): O agravante reconhece, lealmente:

“(…)

“É certo que há uma nova ordem normativa federal de natureza infraconstitucional que do tema trata. Não há dúvida. É certo que o exame da constitucionalidade dos preceitos atacados exige prévia análise da vi-



gência ou não desses comandos em face da nova lei federal. De fato, necessário perquirir se estão ou não em vigor os dispositivos catarinenses, quando confrontados com a Lei Federal n. 9.099 (fls. 365).

(...)"

Acontece que o Supremo Tribunal Federal não admite a ação dire-

ta de inconstitucionalidade quando, para o deslinde da questão, é indispensável o exame do conteúdo de outras normas infraconstitucionais ou de matéria de fato (ADIn. 842—DF, Celso de Mello, RTJ 147/545; ADIn. 1.286-SP, Galvão, Lex/JSTF 219/12).

Assim posta a questão, nego provimento ao agravo.

## HABEAS CORPUS

### HABEAS CORPUS N. 74.809 — SC (Segunda Turma)

**Relator:** O Sr. Ministro Marco Aurélio

**Paciente:** Rui Cercal

**Impetrante:** Aldano José Vieira Neto

**Coator:** Vice-Presidente do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

*Competência — Habeas corpus — Ato de Tribunal de Justiça. Na dicção da ilustrada maioria (seis votos a favor e cinco contra), em relação à qual guardo reservas, compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus impetrado contra ato de tribunal, tenha este, ou não, qualificação de superior.*

*Intimação — Trancamento de extraordinário — Representante processual. Há de observar-se, na veiculação da notícia sobre o trancamento do recurso, o nome do profissional da advocacia que o subscreveu e que foi credenciado nos autos mediante instrumento de mandato (procuração). Mostra-se de duvidosa eficácia, devendo, por isso mesmo, ser afastada, a intimação da qual constou nome de profissional da advocacia que atuara unicamente perante o Tribunal do Júri, em conjunto com os demais advogados. Situações ambíguas não de merecer enquadramento que viabilizem o exercício do direito de defesa.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, deferir o habeas corpus, nos termos do voto do Relator.*

Brasília, 18 de março de 1997.

*Néri da Silveira,*  
*Presidente;*  
*Marco Aurélio,*  
*Relator.*

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Neste habeas corpus argúi-se inicialmente o vício na publicação do ato mediante o qual foi negado trânsito a recurso extraordinário. Sustenta-se que o Diário da Justiça do Estado de Santa Catarina veiculou a notícia da negativa de processamento do extraordinário com nome de advogado que não possui, nos autos da ação penal, instrumento de mandato ou de substebelecimento e que fora contratado apenas para auxiliar nos trabalhos perante o Tribunal do Júri. Alude-se mais à circunstância de as intimações anteriores sempre terem sido feitas com o nome dos profissionais da advocacia que realmente prestaram assistência, em todo o processo, ao paciente.

Solicitadas informações ao Tribunal apontado como coator, pres-  
taram-as o então Vice-Presidente, Dou-  
tor Francisco Xavier Medeiros Vieira,  
na forma do ofício de folhas 54 e 55.

Em síntese, revela a peça que o paci-  
ente, ao ser interrogado perante o  
Tribunal do Júri, declinou, como repre-  
sentantes processuais, os advogados  
Aldano José Vieira Neto e José Ma-  
noel Soar, este último intimado via a  
citada publicação. Com a peça, junta-  
ram-se os documentos de folhas 56 a  
71.

A Procuradoria-Geral da Repú-  
blica emitiu o parecer de folhas 74 a  
76, da lavra do Subprocurador-Geral,  
Doutor Marden Costa Pinto, pugnan-  
do pela concessão da ordem, "para  
anular a intimação em causa, para  
que outra se faça de forma regular,  
com a conseqüente devolução do pra-  
zo recursal". Eis a ementa da peça:

"Irregularidade comprovada na  
intimação do despacho que negou  
acesso à via extraordinária eis que  
constou apenas o nome do advogado  
contratado exclusivamente para fun-  
cionar perante o Plenário do Júri.  
Concessão da ordem para que outra  
intimação seja feita de forma regular,  
ou seja, constando o nome do advoga-  
do do impetrante com a conseqüente  
devolução do prazo recursal" (folha 74).

Estes autos vieram-me conclu-  
sões em 12 de março de 1997, sendo  
que lancei visto no dia imediato, de-  
signando como data de julgamento a  
de hoje, 18 de março, isso visando à  
ciência do impetrante.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio  
(Relator): Inicialmente, ressalvo en-  
tendimento pessoal sobre a compe-  
tência para julgar este habeas corpus,  
cuja definição, continuo convencido,

ocorre consideradas as pessoas envolvidas na hipótese sob exame. O paciente não goza de prerrogativa de foro. Assim, cabe perquirir a situação daqueles que integram o órgão apontado como coator — o Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Os desembargadores estão submetidos à jurisdição direta, nos crimes comuns e de responsabilidade, do Superior Tribunal de Justiça — alínea a do inciso I do artigo 105 da Constituição Federal, o que atrai a pertinência do disposto na alínea c do referido inciso, segundo a qual compete àquela Corte julgar os habeas corpus quando o coator ou o paciente for qualquer das pessoas mencionadas na alínea a, ou quando o coator for Ministro de Estado, ressalvada a competência da Justiça Eleitoral. Todavia, até aqui este não é o entendimento prevalente. O Plenário, ao concluir o julgamento da Reclamação n. 314/DF, em que funcionou como relator o Ministro Moreira Alves, assentou que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar todo e qualquer habeas corpus, desde que não seja substitutivo de recurso ordinário, interposto contra ato de tribunal, ainda que não guarde a qualificação de superior. Na oportunidade, fiquei vencido na companhia honrosa dos Ministros Ilmar Galvão, Carlos Velloso e Celso de Mello, tendo findado o julgamento em 30 de novembro de 1993. Conheço do pedido ora formulado.

Na espécie, o habeas corpus não está dirigido contra ato monocrático em si. As publicações são preparadas pelo próprio Tribunal de Justiça, por meio da secção competente, ou seja, a Secretaria Judiciária. Assim, penso que não cabe atribuir possível

deficiência na publicação a órgão individual, ou seja, ao Vice-Presidente do Tribunal de Justiça. Daí haver determinado a retificação da autuação para constar como órgão coator o próprio Tribunal.

No mérito, se de um lado, quando da realização do julgamento no Tribunal do Júri atuou o advogado cujo nome foi lançado na oportunidade da veiculação da notícia do trancamento do extraordinário, de outro não menos correto — conforme, aliás, salientado na inicial e na manifestação da Procuradoria-Geral da República — que tal atividade ficou restrita àquele julgamento, e ainda em parceria com os profissionais da advocacia devidamente credenciados pelo paciente (folha 20). Ademais, o recurso extraordinário restou subscrito não pelo causídico que, ao que tudo indica, somente foi arregimentado para agir perante o Tribunal do Júri, mas por um dos advogados cujo nome constou da procuração formalizada, ou seja, o Doutor Aldano José Vieira Neto (folhas 20 e 62 a 67). Assim, incumbia observar, na intimação, os advogados que, desde o início da ação penal, realmente vinham prestando assistência no processo. Ainda que se possa tomar a situação concreta como ambígua a definição há de ser harmônica com a necessidade de viabilizar-se a defesa.

Por tais razões, ressaltando precedente desta Corte, no sentido de que, “em havendo dúvida sobre a legitimidade da intimação, é de se restituir ao acusado o prazo para a apelação” (Recurso em Habeas Corpus n. 42.521-65/RJ, relatado pelo Ministro Pedro Chaves, com acórdão publicado no Diário da Justiça de 25

de agosto de 1965 e na Revista Trimestral de Jurisprudência n. 33/178), concedo a ordem para determinar a republicação do ato mediante o qual foi negado trânsito ao recurso extraordinário, devendo constar o nome de pelo menos um dos advogados credenciados pelo paciente (Doutor Reinoldo João Corrêa e Doutor Aldano José Vieira Neto), com atenção especial para a circunstância de que este último subscreveu o extraordinário.

É como voto na espécie.

# **JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**



## RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.006 — SC (96/0077860-4)**

**Relator: Sr. Ministro Garcia Vieira**

**Recorrente: Câmara Municipal de Vereadores de Joaçaba**

**Recorrido: Estado de Santa Catarina**

**T. Origem: Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina**

**Impetrados: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina e o**

**Exmo. Sr. Governador do Estado de Santa Catarina**

**Advogados: Drs. Waltoir Menegotto e outros, e Osmar José Nora**

### *EMENTA*

*Emancipação de Município — Legislação aplicável.*

*A legislação aplicável é a vigente no dia em que o pedido de emancipação do município é protocolado na Assembléia Legislativa.*

*Não se pode exigir requisitos contidos em lei posterior.*

*Recurso improvido.*

### **ACÓRDÃO**

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Exmos. Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas*

*taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao recurso.*

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Ministros Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira e José Delgado.

Brasília, 11 de maio de 1998.  
(data do julgamento).

*Ministro Milton Luiz Pereira,*  
*Presidente;*  
*Ministro Garcia Vieira,*  
*Relator.*

## RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: — A Câmara Municipal de Vereadores de Joaçaba (fls. 620/633) interpõe recurso ordinário fundado na Constituição Federal, artigo 105, inciso II, letra b, e na conformidade do Código de Processo Civil, artigo 539, inciso II, letra a, aduzindo malferimentos aos artigos 135 e 139 das Leis Complementares Estaduais de ns. 135 e 139/95 e a Lei Estadual n. 10.050, de 29 de dezembro de 1995, que criou o município de Luzerna, desmembrado de Joaçaba, expondo, de primeiro aspecto a ser censurado “é o da regência da lei vigente à época da protocolização do pedido emancipatório na Assembléia Legislativa”, é que tal doutrina o professor Washington de Barros Monteiro (Curso de Direito Civil, 1º volume, 17ª edição de 1978, pág. 32) “que entre a retroatividade e a irretroatividade existe uma situação intermediária, a da aplicabilidade imediata da lei nova a relações que, nascidas embora sob vigência de lei antiga, ainda não se aperfeiçoaram, não se consumaram”.

Pede provimento.

O recurso foi recebido, fls. 657.

Contra-razões da Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina às fls. 659/674.

Cuida-se de mandado de segu-

rança a requerimento da Câmara Municipal de Vereadores de Joaçaba contra ato ilegal do Plenário da Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina pleiteando segurança para decretar a nulidade dos atos inquinados e a sustação de seus efeitos, compelindo a Assembléia Legislativa a adequar o eventual processo de emancipação do distrito Luzerna aos rigores das Leis Complementares ns. 135/95 e 139/95 (fls. 19/30).

O venerando acórdão de fls. 363/373 denegou a ordem.

É o relatório.

## VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA(RELATOR): Sr. Presidente — Na espécie em exame, não se trata de mandado de segurança contra lei em tese (Súmula 266 do STF). O ato impugnado é de efeitos concretos e pode ser atacado pelo remédio heróico. Hely Lopes Meirelles, no seu Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção e Habeas Data, 18ª ed. atualizada por Arnoldo Wald, pág. 38, ensina que:

“Por leis e decretos de efeitos concretos entendem-se aqueles que trazem em si mesmos o resultado específico pretendido, tais como as leis que aprovam planos de urbanização, as que fixam limites territoriais, as que criam municípios ou desmembram distritos, as que concedem isenções fiscais; as que proíbem atividades ou condutas individuais; os decretos que desapropriam bens, os que fixam tarifas, os que fazem nomeações e outros dessa espécie. Tais leis ou decretos nada têm de normativos; são atos



de efeitos concretos, revestindo a forma imprópria de lei ou decreto por exigências administrativas. Não contém mandamentos genéricos, nem apresentam qualquer regra abstrata de conduta; atuam concreta e imediatamente como qualquer ato administrativo de efeitos individuais e específicos, razão pela qual se expõem ao ataque pelo mandado de segurança”.

Como se vê, é cabível o presente mandado de segurança contra o ato que criou o município de Luzerna.

Quanto ao mérito, resume-se a questão em se saber qual a legislação aplicável, se o pedido de emancipação foi protocolado na Assembléia Legislativa no dia 3/12/90 (fls. 193). A exemplo do v. aresto hostilizado, também entendo que a legislação aplicável é a vigente no dia em que o pedido foi protocolado na Assembléia Legislativa (3/12/90). Nessa época vigorava a Lei Complementar n. 29/90 que não fazia as exigências da Lei Complementar n. 135/95 e só determinava (art. 7º) que recebido o requisito, o Presidente da Assembléia Legislativa expedirá em favor da Comissão de Emancipação credencial e dará ciência do feito ao Prefeito e ao Presidente da Câmara de Vereadores do Município a que pertença a área emancipada. Como foram satisfeitos, pelo distrito de Luzerna, os requisitos exigidos pela citada Lei Complementar n. 29/90, não se pode exigir outros requisitos, somente exigidos por lei posterior, Lei Complementar n. 135/95. Com razão, o v. acórdão recorrido (fls. 579/580) ao salientar que:

“Assim, se a lei vigente ao tempo em que foi requerida a emancipação reclamava apenas ciência ao Pre-

feito e à Câmara Municipal do Município de origem, importa em novação vedada pelo ordenamento jurídico, passar-se a exigir, posteriormente, manifestação favorável daquelas autoridades, numa alteração que se pode dizer ao sabor das circunstâncias e que verdadeiramente institui um direito de veto por parte do Prefeito e da Câmara, quando o processo se iniciara sem tal condicionante.

“Não houve, pois, descumprimento da lei de criação do município de Luzerna quanto a esse aspecto da manifestação do Prefeito e da Câmara.

“Por igual, quanto à distância mínima entre a sede do distrito de Luzerna e o perímetro urbano de Joaçaba.

“A LC n. 29/90 não fazia tal exigência. Limitava-se, no § 1º, alíneas b e c do art. 2º, a dizer que:

‘Não será criado Município se esta medida implicar:

‘a) — (omissis);

‘b) — descontinuidade territorial;

‘c) — quebra da continuidade e da unidade histórica-cultural do ambiente urbano’.

“Com a LC n. 37, de 18/4/91, que alterou a LC n. 29, de 21/6/90, é que se fez a exigência de que houvesse, entre a sede do distrito emancipando e o perímetro urbano da sede do município de origem, uma distância mínima de 5 (cinco) quilômetros, esclarecendo o § 2º entender-se por sede do distrito a sede da intendência.

“Tal exigência, contudo, não havia como fazer-se em relação ao pedido do distrito de Luzerna, que, relativamente aos requisitos substan-

ciais, regia-se pela legislação vigente à data do requerimento de emancipação, ou seja, 3/12/90 (fls. 193), com o credenciamento da comissão a 5/3/91 (fls. 264/5).

“Ao ser editada a Lei Complementar n. 37, de 18/4/91, o processo de criação do Município se iniciara e não se lhe aplicam as alterações na legislação estadual pertinente.

“Irrelevante, pois, que a Lei Complementar n. 135/95 haja reafirmado a exigência de distância mínima de 5km” (fls. 579/580).

Com referência à vistoria in loco, a lei vigente à época do protocolo do pedido não a exigia. Esclarece o v. acórdão recorrido que:

“Encaminhado ao plenário o Projeto de Lei n. 353/95, criando o Município (fls. 472/3), foi ele aprovado em turno único em 27/12/95, sendo, na mesma data, expedidos os autógrafos para encaminhamento ao Exmo. Sr. Governador do Estado, tudo como fez certa a ficha de tramitação do projeto de fls. 189.

“Alega-se, agora, que descumprida a formalidade da vistoria.

“Tal diligência, contudo, é endereçada ao próprio Legislativo, por forma a dotar seus integrantes de mais um elemento de convicção quanto à pertinência do pedido de emancipação.

“Se, entretanto, a própria Comissão de Constituição e Justiça votou pela dispensa da vistoria, que a ela competiria fazer (art. 9º da LC n. 135, na redação do art. 1º da LC n. 139/95, fls. 29), e tendo o Plenário aprovado o Projeto com dispensa dessa diligência, que se entendeu substituída pelo conhecimento pessoal da

maioria dos membros da Comissão, é essa uma questão que diz respeito ao andamento interno do processo no âmbito do Legislativo Estadual, cujo Plenário, como instância legislativa suprema, tem a última e definitiva palavra na matéria.

“Foi o que decidiu o eg. STF na ADIn. n. 652-5, do Maranhão, Tribunal Pleno, em que relator o eminente Min. Celso de Mello (DJU de 2/4/93 e RT 695/233).

“Assentou o Excelso Pretório, de fato, que ‘o procedimento instituído por lei complementar estadual, que confere poder decisório à Comissão da Assembléia Legislativa, para o efeito de criação de municípios, subverte os postulados disciplinadores do processo de formação das leis, pela transgressão do princípio geral da reserva de Plenário, que comete a este órgão colegiado a competência exclusiva para, enquanto instância legislativa suprema, discutir, apreciar e votar os projetos de lei’.

“E adiante:

‘O princípio da reserva de Plenário, que sempre se presume, só pode ser derogado, em caráter de absoluta excepcionalidade, nas situações previstas pelo texto constitucional. O novo direito constitucional positivo admite é certo, a possibilidade de se afastar a incidência desse princípio sempre que, na forma do regimento — e não de qualquer outro ato normativo, se outorgar às comissões das Casas Legislativas, em razão da matéria de sua competência, a prerrogativa de discutir, votar e decidir as proposições legislativas (CF, art. 58, § 2º, I)’.

“No corpo do acórdão, após a indicação dos fundamentos que deci-

diram pela exclusão do § 4º do art. 1º da LC n. 10 do Maranhão, que condicionavam a solicitação de plebiscito ao TRE à 'aprovação do projeto-lei na Comissão de Constituição e Justiça', fundamentos que, a final, constituíram a própria ementa do v. julgado, rematou o eminente Min. Celso de Mello seu voto em torno dessa questão com estas palavras:

'Em suma, a norma em questão parece traduzir um elemento desestabilizador do esquema constitucional de competências, porque, subjacente ao postulado da reserva de lei, está

sempre, salvo disposição em contrário da Lei Maior, o princípio da reserva de Plenário'.

"Inadmissível, pois, que se subordinasse a eficácia da lei ao cumprimento de uma diligência da Comissão de Constituição e Justiça, se esta própria entendeu desnecessária tal diligência e, sobretudo, se o Plenário da Assembléia Legislativa, instância legislativa suprema no âmbito daquele Poder, votou pela criação do Município, aprovando a lei de sua criação" (fls. 582/583).

Nego provimento ao recurso.

## RECURSO ESPECIAL

### RECURSO ESPECIAL N. 98.644/SANTA CATARINA (96/0038429-0)

**Relator:** O Exmo. Senhor Ministro Waldemar Zveiter

**Recorrente:** Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD

**Recorrido:** Município de Lages

**Advogados:** Drs. Neltair Piccolotto e Kleber Schmitz Silva e outros

#### EMENTA

*Civil — Ação de cobrança — Direitos autorais — Sonorização ambiental — Retransmissão radiofônica — Terminal Rodoviário Municipal. I — O Poder Público não está isento do pagamento dos direitos autorais, a teor do disposto no art. 73 da Lei n. 5.988/73, quando proporciona sonorização ambiental no terminal rodoviário municipal, por retransmissão radiofônica, para maior conforto e entretenimento de seus usuários. II — O pagamento dessa verba decorre do proveito da obra executada, haja ou não vantagem econômica; e vem contida na opção legislativa em valorizar o talento e trabalho do artista. Precedentes do STJ. III — Recurso conhecido e provido.*

## ACÓRDÃO

*Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso especial e lhe dar provimento. Participaram do julgamento os Senhores Ministros Menezes Direito, Costa Leite e Eduardo Ribeiro. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves.*

Brasília, 8 de setembro de 1997.  
(data do julgamento).

*Ministro Costa Leite,  
Presidente;*

*Ministro Waldemar Zveiter,  
Relator.*

## RELATÓRIO

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER — Cuida-se de Ação de Cobrança proposta pelo Escritório Central de Arrecadação e Distribuição — ECAD contra o município de Lages—SC, objetivando o recebimento de direitos autorais devidos em face de execução de obras musicais, via sonorização ambiental no Terminal Rodoviário Municipal, sem a devida autorização do autor.

Julgado improcedente o pedido (fls. 62/66), e interposta apelação (fls. 68/139), a Quarta Câmara Civil do colendo Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, à unanimidade, negou-lhe provimento, ao fundamento de que sem o intuito de lucro direto ou indireto via captação de clientela, mas de apenas distrair o usuário de trans-

porte coletivo, a retransmissão de programa musical nas condições acima não viola o direito autoral, este, via de regra, já pago às emissoras (fls. 173/184).

Inconformado, interpôs o ECAD Recurso Especial, com base no art. 105, III, a e c, da Constituição, alegando contrariedade aos artigos 29, 30, 35 e 73, da Lei n. 5.988/73. Sustenta, em síntese, que, independentemente do aspecto lucro, a paga aos autores e compositores, pela utilização que, se faça de suas obras, vem contida na opção legislativa em valorizar o trabalho e o talento do artista. Apon-ta, ainda, dissídio jurisprudencial com julgados de outros tribunais, trazendo à colação os REsp. ns. 6.962-0-PR, 8.973-SP, 24.478-3-RS e 32.295-2-SP (fls. 186/247).

Com contra-razões (fls. 251/257), o nobre Vice-Presidente daquela Corte, acatando manifestação do Ministério Público Estadual (fls. 260), o admitiu, apenas pela letra c (fls. 262/263).

Remetidos os autos a esta Superior Instância, opinou a douta Subprocuradoria-Geral da República fosse submetido o processo à colenda Segunda Seção, com base no art. 14, II, c/c o art. 118 do RISTJ (fls. 268/270).

É o relatório.

## VOTO

EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER (RELATOR):

O Acórdão, concluindo, aduziu que (fls. 183/184):

“Do exame acurado do que foi carreado aos autos, infere-se que os

julgados que abonam a exigência do direito autoral circunscrevem-se a audições ou espetáculos em recintos fechados, onde é visível a captação de clientela no sentido de aumentar a arrecadação dos respectivos proprietários ou produtores de eventos ou promoções culturais.

“A situação sob exame, porém, é diversa.

“Com efeito, a presunção de lucro direto ou especialmente indireto — no caso concreto resulta ilidido, na medida em que o Município não afe-re vantagem alguma com a sonorização do Terminal. Apenas oferece um serviço de entretenimento ao público que ali ocorre evidentemente não em razão da música ambiente, mas porque não pode prescindir da utilização dos serviços que lhe são próprios. Com ou sem o aludido serviço, o público seria o mesmo.

“Assim, porque não se vislumbra presente, na espécie, a existência de lucro, mesmo indireto, a par do que a cobrança pretendida revelaria um bis in idem, pois já pagos os direitos pelas emissoras, nega-se provimento ao recurso”.

Por outro lado, insurge-se o recorrente sustentando que, sem autorização do autor da composição musical, esta não pode ser utilizada em audições públicas, tenha ou não objetivo de lucro, onde quer que sejam executadas, mediante quaisquer processos fonomecânicos, eletrônicos ou audiovisuais.

Para corroborar sua tese, traz à colação julgados da Corte.

E, assim, examino o Especial.

A matéria já foi objeto de deba-

te na Turma, quando do julgamento do REsp. n. 79.821-RS, em que fiquei vencido, relator designado para lavrar o acórdão o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, onde deixou consignado:

“A matéria posta em julgamento alcança o pagamento de direitos autorais pelo poder público. Entendo, Senhor Presidente, que a questão não é de simples solução, como supedâneo em circunstância que, a meu juízo, não autoriza a dispensa do pagamento dos direitos autorais devidos.

“O art. 73 da Lei n. 5.988/73 estabelece, expressamente, a necessidade de autorização do autor para a transmissão pelo rádio, serviço de alto-falantes, televisão ou outro meio análogo, para representação ou execução ‘em espetáculos públicos e audições públicas, que visem a lucro direto ou indireto’, mencionando os (parágrafos 1º e 2º) os requisitos para a cobrança, tanto por explicitar o que são espetáculos e audições públicas como para a obtenção da aprovação para o espetáculo ou da transmissão, referindo-se, com toda claridade, a participação de artistas remunerado”.

Assim como na hipótese versante, se a Municipalidade proporcionou sonorização ambiental no terminal rodoviário, e se ela é executada como forma de entretenimento da população, sem o intuito de lucro, direto ou indireto, ela não está isenta do pagamento de direitos autorais na forma prevista em lei.

Tal como anotara o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, inconcebível como se possa impor, a quem trabalhou, deva ceder gratuitamente sua obra (REsp. n. 79.821-RS).

A interpretação dada aos termos do art. 73 da Lei de Direito Autoral é a que melhor se afina ao princípio constitucional da proteção do direito autoral.

Conforme assinalado pelo eminente Ministro Costa Leite, naquela assentada, em voto de desempate, o que determina o pagamento do direito autoral é o proveito da obra, haja ou não vantagem econômica.

Não vejo, assim, como deixar de aderir à orientação adotada nos precedentes citados da Turma, cumprindo a função maior da Corte, que é de uniformizar a interpretação do Direito Federal, ressalvado meu ponto de vista expendido, anteriormente, sobre a matéria.

Ante o exposto, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, cassadas as decisões recorridas, julgar procedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

Senhor Ministro Waldemar Zveiter, nessa matéria existe uma dificuldade muito grande diante de alguns precedentes nossos. Temos discutido hipóteses em que a entidade municipal faz o evento ou em próprio seu ou na rua. Dependendo de cada circunstância concreta, mandamos ou não pagar direito autoral. Cito alguns exemplos: quando houve reclamação de pagamento de direito autoral em evento organizado em próprio da Municipalidade, mas cedido para que alguns promotores realizassem efetivamente esse evento, dissemos que a entidade municipal não deveria pagar o direito autoral, mas, sim, os promotores. Por outro lado, em eventos de rua, mas em que o ingresso foi cobrado e em que os artistas foram remunerados, determinamos que a entidade teria que pagar o direito autoral devido. Há, portanto, uma análise de cada caso concreto para saber se houve o intuito de lucro direto ou indireto.

Entendo, bem como o Senhor Ministro Eduardo Ribeiro, que o lucro indireto deve ter a maior amplitude possível, não significando apenas o lucro econômico.

O EXMO. SENHOR MINISTRO WALDEMAR ZVEITER:

Senhor Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, quando se cuida de terminal rodoviário, a municipalidade ou quem explora o terminal cede o local e nele se instalam estabelecimentos comerciais. Nesse caso, há giro de proveito econômico inquestionável.

O EXMO. SENHOR MINISTRO CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO:

O Senhor Ministro Waldemar Zveiter, mas, nesse caso, há concessão de exploração e interesse econômico da Municipalidade.

Não tenho dúvida quanto ao cabimento, apenas explícito que a variação da jurisprudência nessa matéria é ligada à circunstância concreta.

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





## PEDIDO FORMULADO NO RECURSO ESPECIAL

### PEDIDO FORMULADO NO RECURSO ESPECIAL N. 97.005350-9, DE TIMBÓ

**Requerente: Nilton Theilacker**

**Advogado: Amilcar José Berri**

**Interessado: Ministério Público Estadual**

**Procurador de Justiça: Vidal Vanhoni Filho**

O requerente Nilton Theilacker insurge-se contra a execução do acórdão proferido pela Primeira Câmara Criminal.

Diz que a decisão não transitou em julgado, haja vista a interposição de recurso especial, que se encontra pendente de agravo de instrumento no egrégio Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta que a execução de sentença penal antes do trânsito em julgado viola o princípio constitucional da presunção de inocência.

Por fim, requer a suspensão da execução provisória.

Improcede a irresignação.

Os recursos especial e extraordinário não impedem a execução do acórdão, porquanto não possuem

efeito suspensivo (art. 542, § 2º, CPC), ensejando o recolhimento imediato do condenado à prisão.

O Supremo Tribunal Federal, em diversas oportunidades, manifestou-se a respeito do assunto, afastando a inconstitucionalidade da execução do acórdão antes do trânsito em julgado.

A exemplo cito decisão do Ministro Celso de Mello, no HC nº 77.678-1-PE, publicado no DJU de 14/8/98, pág. 20:

"(...)

"A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, após ampla discussão em torno da matéria, firmou-se no sentido de que 'o direito de recorrer em liberdade não se estende ao recurso

especial e ao recurso extraordinário, eis que essas modalidades excepcionais de impugnação recursal não se revestem de eficácia suspensiva' (HC 72.465-SP, rel. Min. Celso de Mello).

"Essa orientação jurisprudencial apóia-se no entendimento de que o postulado constitucional da não-culpabilidade do réu não se qualifica como obstáculo jurídico à imediata constrição do status libertatis do condenado (RTJ 138/762, rel. Min. Aldir Passarinho — RTJ 142/856, rel. Min. Celso de Mello, v. g.), ainda que se revele passível de impugnação, pela via do recurso especial (STJ) ou do recurso extraordinário (STF), o acórdão do Tribunal inferior que tenha veiculado condenação penal em detrimento do sentenciado, inexistindo, sob esse aspecto, qualquer incompatibilidade da norma inscrita no art. 542, § 2º, do CPC (na redação dada pela Lei nº 8.950/94) com o princípio proclamado pelo art. 5º, LVII, da Carta Federal (HC 71.933-PB, rel. Min. Celso de Mello).

"A fortiori, e tendo presente a situação processual em que se encontra o ora paciente, parece justificar-se plenamente, ante a ausência de suspensividade do recurso extraordinário, o recolhimento imediato

do condenado a estabelecimento prisional.

"Dentro desse contexto, portanto, torna-se irrelevante a circunstância de o ora paciente poder, em tese, recorrer ao Supremo Tribunal Federal, impugnando, em sede de recurso extraordinário, o acórdão proferido pelo Tribunal apontado como coator, eis que essa modalidade de impugnação recursal, porque despojada de eficácia suspensiva (art. 542, § 2º, com a redação dada pela Lei n. 8.950/94), não impede a imediata efetivação da prisão do condenado".

Ainda: HC 70.798-RJ, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU 6/5/94, pág. 10.470; e HC 73.930-RJ, rel. Min. Maurício Correa, DJU 6/6/97, pág. 24.868, entre outros.

Por tais fundamentos, indefiro o pedido.

Dê-se ciência desta decisão ao Juiz de Direito da Segunda Vara da comarca de Timbó.

Intimem-se. Publique-se.

Florianópolis, 13 de outubro de 1998.

*Wilson Guarany,*  
*Vice-Presidente.*

# NOTICIÁRIO



## POSSE DO DESEMBARGADOR CARLOS ALBERTO SILVEIRA LENZI

Em sessão plenária realizada em 3 de fevereiro de 1997, na sala de sessões do Tribunal Pleno, o Dr. Carlos Alberto Silveira Lenzi prestou compromisso legal, sendo empossado no cargo de Desembargador.

À oportunidade o Des. João Martins, em nome do Tribunal de Justiça, saudou o novo Desembargador, assim se pronunciando:

“Há mais de 16 anos tomei posse neste Tribunal. Nesse período tenho sido indicado — algumas vezes — para saudar grandes, respeitáveis e queridos amigos. Hoje, com viva satisfação, experimento nova oportunidade, por carinhosa e generosa delegação de meus ilustres pares, desta feita para receber, em nome de todos, o Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi, oriundo da Ordem dos Advogados do Brasil.

Silveira Lenzi é homem de biografia rica e talentos raros, e o muito que eu pudesse tomar do tempo desta sessão seria insuficiente para dar o exato alcance dessa verdade. Permita-me, por isso, apenas resumir as

muitas de suas qualidades, certo que serei relevado se o fizer de modo demasiado incompleto e impreciso. Quando muito se tem a dizer, e limitado é o tempo de que se dispõe, é preciso selecionar, ainda que correndo o risco de deixar de fora registros igualmente obrigatórios.

Da minha memória, da minha impressão mais presente, gostaria de destacar, em primeiro lugar, o ‘Carlos Alberto Silveira Lenzi Advogado’. E aqui o vejo moço e promissor, concluindo os estudos fundamentais para, em seguida, bacharelar-se pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, na Turma de 1961. E mais à frente o advogado militante por 35 anos, detentor da inscrição de n. 538 da seccional catarinense da Ordem dos Advogados do Brasil, entidade que viria a presidir entre 1983 e 1985, tomando-se membro nato do respectivo Conselho. Lembro ainda do Juiz do Tribunal Regional Eleitoral, pela classe dos advogados, do Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina e do Juiz da Corte Arbitral do Mercosul. E mais ain-

da: do advogado que, repetidas e mercedas vezes, em 1988, 1989 e 1993, integrava honrosamente ao lado de outros grandes nomes a lista sêxtupla da Ordem dos Advogados do Brasil e a lista tríplice do Órgão Especial deste Tribunal de Justiça, para preenchimento da vaga de Desembargador pelo chamado quinto constitucional.

Em segundo lugar, destaco o 'Carlos Alberto Silveira Lenzi Escritor', e também Jornalista, autor de inúmeros e importantes textos e obras publicadas, a maioria jurídicas, e uma ou outra reveladoras de seu pendor literário e de seu compromisso com a história política de Santa Catarina. Cito, com econômica ênfase, os seus Código do Consumidor Comentado, Comentários às Alterações do Código de Processo Civil, Do Procedimento Monitorio, Do Novo Agravo e Aspectos da Execução nos Juizados Especiais Cíveis, desse modo limitando-me apenas aos escritos que compõem sua produção científica mais recente. E já sei que está no prelo o livro 'Celso Ramos — Um perfil Político', um retrato certamente competente e preciso de uma de nossas mais altas personalidades.

Anoto ainda o 'Carlos Alberto Silveira Lenzi Professor', dedicado mestre que por muito anos compartilhou seu conhecimento e sua inteligência privilegiada com gerações e gerações de jovens que nele tiveram um exemplo e um guia de primeira grandeza. Professor de Direito Processual Civil no curso de graduação e também no de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, não restringiu contudo sua vida acadêmica às atividades de ensino, pesquisa e extensão, tendo

exercido inclusive relevantes cargos de administração escolar, como o de Chefe do Departamento de Direito Processual Civil da UFSC, constituindo também bancas examinadoras de concursos Vestibulares nas disciplinas de Português e Literatura. Mas toca-me saber que, para além desse currículo de poucos paralelos, existe um outro Carlos Alberto Silveira Lenzi, que me é mais caro e valoroso, e que eu chamaria simplesmente de 'amigo'. Amigo pessoal de mais de quarenta anos, desde sua vinda para a Capital do Estado, irmão de Sidney Lenzi, com quem mantenho igualmente, até hoje, relação de grande afeto e amizade. Amigo que desde cedo chamou-me a atenção para os seus modos clássicos, dono de uma educação e de um estilo que já não encontramos em toda parte. Sempre primou pelo uso do traje de passeio completo. Raro vê-lo usando o esporte simples. Amigo verdadeiro, amigo leal, amigo honrado, uma das grandes reservas morais deste país, cuja amizade orgulha e sensibiliza. Pois é este eminente advogado, escritor, jornalista, professor e amigo, que toma assento hoje, neste plenário, como Desembargador, realizando o que soa, para mim, como um desígnio de justiça. Era tempo de o recebermos nesta Casa, de festejar o reconhecimento de uma vocação, a vocação de ser Juiz, um juiz pronto para a vida forense, como o advogado, de cultura erudita, como o escritor, de senso crítico, como o professor, atento como o jornalista e humano como o amigo. Tranqüiliza encontrar tantos talentos e méritos em Carlos Alberto Silveira Lenzi, porque todos sabem que ele ascende a esta Corte em momento particularmente difícil do

Poder Judiciário em todos os seus níveis e esferas. O descrédito nas instituições, que é de certo modo histórico e uniforme, se revela nestes dias especialmente severo em relação à Justiça, cuja eficiência é questionada quantitativa e qualitativamente. As relações jurídicas são cada vez mais complexas, os processos se amontoam, e a capacidade de resposta do Judiciário é posta em dúvida pela imprensa, associações, sindicatos, igrejas, empresas e até governos, alimentando no jurisdicionado uma sensação de impotência e uma atitude de revolta. A Reforma do Judiciário está na ordem do dia. Propõe-se alterações substanciais no capítulo que a Constituição Federal dedica ao Poder. Cogita-se, com insistência, da criação do Conselho Nacional de Justiça, para exercer atribuições a rigor já consolidadas nos Tribunais de Justiça, pelas Corregedorias. Insinua-se um novo estatuto para a magistratura, com mudanças a respeito da forma de ingresso na carreira; da vitaliciedade; das promoções. Projeta-se maior rigor disciplinar, inclusive a perda do cargo pela não-residência na Comarca, e ainda o fim da isonomia de vencimentos.

O aperfeiçoamento da instituição a partir de um debate profundo é necessário, sem dúvida, e todo esforço legislativo nessa direção é válido. Mas os bons ventos da renovação não podem soprar sob o impulso de uma tendência hostil, capaz de comprometer a serenidade das soluções. Sou levado mesmo a pensar que, em certa e larga medida, as pretendidas reformas expressam uma reação dos demais Poderes do Estado à situação de supremacia factual, embora não jurídi-

ca, que o Judiciário vem experimentando a partir de atos e decisões judiciais que vulneram abertamente o princípio das competências constitucionais reservadas, resultantes muitas vezes de gravíssimo desprezo pela lei escrita, no embalo de ideologias, filosofias e sociologias jurídicas de última hora, democráticas na aparência, mas totalitárias na sua essência.

Recentemente, tomei conhecimento de esclarecedor despacho subscrito pelo eminente Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Sepúlveda Pertence (aqui presente), suspensivo de liminar que determinava, em mandado de segurança, o bloqueio e a transferência do numerário do Poder Executivo Estadual para pagamento de vencimentos de servidores públicos. Na oportunidade, depois de observar quanto à patente ilegitimidade jurídica da medida executiva deferida, Sua Excelência lançou uma advertência que não poderia ser mais lúcida e definitiva. Foram suas essas palavras que me permito declinar: 'Tenho acentuado, mais de uma vez, que, entre esses casos de flagrante ilegitimidade ou evidente injuridicidade da decisão..., creio situar-se o que claramente ultrapasse os lindes do âmbito material ou dos instrumentos processuais do controle pelo Judiciário da ação dos demais Poderes do Estado. Resguardar essas fronteiras é, particularmente, um dos imperativos mais sérios e delicados impostos ao Supremo Tribunal Federal, como guarda da Constituição: sua autoridade para assegurar a si e aos demais órgãos do Poder Judiciário a integralidade da esfera de controle da constitucionalidade e da legalidade da ação administrativa reclama, em contrapar-

tida, a imposição de estrito respeito pelas instâncias jurisdicionais dos limites formais e substanciais que demarcam a legitimidade de sua intervenção controladora'. Se excesso há, no entanto, não pode o legislador se deixar impressionar por casos insulados, que não exprimem uma generalidade de conduta. Mais do que passar reprimendas ao Poder Judiciário, o que é contrário ao povo e ao cidadão, é preciso reabilitar a Justiça, a sua dimensão civilizadora. Jornalista e historiador, Apolinário Temes recentemente observou, em importante jornal de circulação estadual, que 'no Brasil das reformas, das modernizações e dessa coisa tão esquisita chamada globalização, uma das tarefas mais difíceis que a sociedade precisa empreender é justamente essa, a de reforma do Judiciário'. E completou: 'Precisamos, a sociedade insatisfeita ou, digamos, incomodada com a pouca eficiência da justiça, recuperá-la em toda a sua plenitude e até mesmo em toda a sua sacralidade. Em nome dos bons juízes e mais do que isso, em nome do valor da Justiça, instrumento civilizado de todos os povos'. (A Notícia, de Joinville, edição de 26/1/97).

Nessa luta, a responsabilidade de cada juiz é enorme. E ela começa, medeia e termina pelo primado da lei. Porque conforme alertou J.J. Calmon de Passos, 'nenhum grande magistrado que a história registra foi um malfeitor das leis e um benfeitor dos homens, porque os grandes magistrados sabem que a forma menos nobre de julgar é a que abandona o corretivo da lei e alforria o libertino das paixões'. Digo estas palavras não para confessar ou induzir desânimo, mas para que Carlos Alberto Silveira Lenzi pos-

sa sentir o quanto dele precisaremos nessa jornada.

Desembargador Silveira Lenzi, muito melhor que nós, Vossa Excelência sabe com certeza o quanto é justo e honroso o galardão que se lhe confere neste momento. Mas ainda melhor do que nós, sabe que o triunfo desta hora não vem de uma trajetória solitária. Eu não poderia deixar de, neste momento, render as devidas homenagens à sua esposa e companheira, Dra. Zuleika Mussi Lenzi. Todos sabemos e essas mesmas palavras eu as disse em meu discurso de posse neste Pretório que 'à sombra do vulto que alça há sempre a presença oculta de conforto e estímulo da mulher a coroar-lhe os méritos'. A ela, Dra. Zuleika, e à sua estimada filha Adriana, deixo os parabéns desta Casa pela parte — imensa — que cabe nesta empreitada vitoriosa e tão sonhada. Aceite finalmente, Senhor Desembargador, a nossa singela homenagem nesta data. Bem-vindo ao Poder Judiciário".

Discurso do Dr. Moacyr de Moraes Lima Filho, Procurador-Geral de Justiça:

"Ao abrir suas portas, hoje, marcando o início de suas atividades oficiais, normais e regulares, no ano de 1997, abre-as também este Tribunal para recepcionar o seu mais novo integrante, o recém-empossado, Desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi. Dois acontecimentos deveras marcantes para o mundo jurídico do nosso Estado. Ocorressem, separadamente, em datas diferentes, o destaque de um e de outro, não seria, por isso, menor. Ocorrendo, todavia, num



mesmo dia, o júbilo, sem dúvida, é dobrado. Coincidência? Não. Diria que foi o Destino, sábio, que uniu os dois acontecimentos, reservando-lhes uma data comum, tendo presente, principalmente, os laços que envolviam desde longa data este Tribunal e o novo Desembargador. Um sempre quis o outro. A sua querença, demonstrou-a o empossado, concorrendo em outras ocasiões para o cargo agora alcançado. A reciprocidade, revelou-a esta Casa, acolhendo-o em todas. Consolidada, agora, a nomeação, o Judiciário de nosso Estado, além de um grande jurista, ganha um notável reforço, para ao lado de seus congêneres de todo o Brasil, perseguir as mudanças que mais interessem ao Poder e à sociedade, de modo geral. Refiro-me, por óbvio, à Reforma do Poder Judiciário, incluída na agenda política deste ano. As dificuldades, já se vê, Senhor Presidente, serão muitas e de todas as ordens. Não serão, contudo, impossíveis de ser vencidas. Disso deu provas o eminente Desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi, que as superou todas, na busca firme e decidida do seu objetivo, não se quedando, jamais, como é do seu perfil e da sua personalidade. Intimorato, como devem ser aqueles que, sabendo o seu destino, perseguem-no com obstinação, encarando, resolutamente e sem medo, as dificuldades, S. Exa. demonstrou que o impossível é apenas um espectro, mais subjetivo, pois, que real. Mário Quintana, de saudosíssima memória, já poetava: 'Se as coisas são inatingíveis, ora, nem por isso deixes de querê-las'. O exemplo, decidido, do novo Desembargador e a visão lúcida e ampla do grande poeta demonstram, Sr. Presidente,

que os obstáculos, embora muitos e difíceis, podem, sem dúvida, ser vencidos.

Historicamente, o Judiciário tem sido o mais desprestigiado dos poderes. Negam-lhe os instrumentos minimamente necessários ao seu melhor funcionamento. Já não fosse isso, pretendem, agora, em matéria financeira, subjugar-lo ao Poder Executivo, quando se sabe que, hoje, livre ainda do jugo, o Judiciário, assim como o Ministério Público, estão longe, a uma distância sideral, de concorrer com os salários oferecidos pelas áreas jurídicas privadas, que, além disso, não exigem de seus profissionais os sacrifícios e restrições impostos, naturalmente, aos membros das duas carreiras. Há carência, nas duas instituições, de recursos humanos e materiais. Menos mal, que apesar disso, com sacrifícios cada vez maiores de seus membros, conseguem ambas movimentar ainda a máquina judiciária, embora sem a velocidade desejada e exigida, premidas pelas mazelas que lhes rasgam a carne. Receio, Sr. Presidente e Srs. Desembargadores, pelo dia em que a máquina deixe de ambular.

A litigiosidade cresce, vertiginosamente, em proporção geométrica, enquanto o recrutamento de profissionais, nas duas instituições, tem crescimento ínfimo, atraídos aqueles pelos melhores salários oferecidos por outras áreas. É, essencialmente, isto, a falta de recursos humanos e materiais, a causa da chamada 'crise do Judiciário'. No Brasil, são 6 (seis) milhões de processos para pouco menos de 6 (seis) mil juízes. Um juiz, pois, para cada grupo de 26.400 habitantes. Na Alemanha, a proporção é 1 (um) para

cada 3.500 pessoas, enquanto na Argentina, bem próxima de nós, existe 1 (um) juiz para cada 17.000 habitantes. Esses dados, tirados de um artigo do advogado Manuel Alceu Affonso Ferreira, Desembargador aposentado, do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, põem a nu a triste realidade do Judiciário do nosso País. Mas há, sem dúvida, como revertê-la. Não com a Súmula vinculante, paliativo apenas, de viés autoritário, que desoprimindo a miríade de processos que habitam os escaninhos dos gabinetes atinge, contudo, a liberdade do juiz, senão a sua própria consciência, inibindo, ademais, o debate, caminho, sempre, do bom Direito.

A solução, inescandivelmente, está em se buscar melhores dotações orçamentárias. Com elas virão, naturalmente, mais equipamentos e mais profissionais, recrutados estes, então, de uma seleção mais severa e rigorosa. Para tanto, é preciso sensibilizar os governantes. É preciso ir às ruas buscar o apoio da sociedade, mostrando-lhe que o investimento no Judiciário lhe é também proveitoso, na forma de segurança de resposta mais rápida aos seus conflitos e interesses. O trabalho que se faça nesse sentido, árduo e difícil, renderá, contudo, os frutos desejados.

O ilustre Desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi, em cujo exemplo devemos nos abeberar, deu mostras escancaradas de que todo o esforço vale a pena. Homem público, de notória capacidade intelectual, o Destino quis, repito, que a sua posse ocorresse justamente no dia em que o Judiciário, em nosso Estado, arranca para nova jornada, certamente, mais árida e penosa, em face dos proble-

mas apontados. Dispõe, no entanto, a partir de agora, o Poder, entre seus valorosos membros, de um homem moldado na luta, lageano autêntico, que traz em seu rico currículo, além de obras e artigos diversos, a passagem, como professor, pela Universidade Federal de Santa Catarina, e a presença marcante na entidade de Classe de que é originário, a nossa prestigiada OAB, seccional do nosso Estado, onde exerceu com retidão a sua presidência, e, antes, o cargo de Conselheiro Federal, não contando que é membro do Instituto Histórico e Geográfico de Santa Catarina e da Academia Catarinense de Letras.

Prevendo que a luta se avizinha, e incorporando o Ministério Público no esforço que se fará para vencê-la, eu lembro, Sr. Presidente e Srs. Desembargadores, a sentença de Og Mandino: 'O fracasso jamais nos surpreenderá, se nossa decisão de vencer for suficientemente forte'. Cumprimento Vossa Excelência, Sr. Presidente e os demais membros desta Casa, pelo início oficial dos trabalhos judiciais no corrente ano, fazendo-o, também, pela conquista do novo integrante a quem rendo e à sua família, em especial, à sua digna esposa, Professora Zuleika Mussi Lenzi, de atuação marcante em nossa sociedade, as minhas sinceras homenagens e da instituição que tenho o orgulho de dirigir".

Discurso proferido pelo Sr. Fernando Carioni, Presidente da OAB/SC:

"No reinício dos trabalhos do Poder Judiciário, quando é reaberto o ano no seu mais amplo sentido jurídi-

co, e quando todos os atos atinentes ao Poder Judiciante retomam a plenitude de sua eficácia, quero, em nome do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil de Santa Catarina, o qual tenho a honra de presidir, e de todos os advogados catarinenses, saudar os membros da Magistratura do nosso Estado, Senhores Advogados, Representantes do Ministério Público, Representantes dos Poderes Executivo, Legislativo e demais autoridades presentes.

Senhor Presidente e Senhores Desembargadores, talvez seja esta a última oportunidade que tenho de participar deste ato solene, como Presidente da Instituição que represento, pois que nosso mandato, outorgado pelos advogados catarinenses, finda-se no presente exercício.

No curso do ano de 1996, a Seccional da OAB/SC formulou diversos pleitos junto ao Presidente, Vice-Presidente e Corregedor-Geral desta Corte, bem como ao Procurador-Geral de Justiça e Corregedoria do Ministério Público e seus órgãos Fracionários. Alguns deles não puderam ser atendidos com a agilidade pretendida pelos advogados, mas a maioria deles teve pronta e imediata resposta. Manifesto e reitero o desejo de estabelecer parcerias para a solução dos problemas que afligem o Poder Judiciário. Não só o catarinense, como o do país. Sempre é bom lembrar que, mesmo o Judiciário vivendo à míngua dos parcos recursos orçamentários, conseguiu no ano de 1996, graça ao Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário, oportunizar a construção de diversos fóruns, reformas e ampliações, bem como agilizar a implantação da modernidade da

Justiça, fazendo-a entrar na era da informática. Isso tudo, sem qualquer participação do Poder Executivo do nosso Estado. Ressalte-se, enfaticamente, que em relação ao Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário, hoje presidido pelo Desembargador Francisco José de Oliveira Filho, com a participação efetiva no seu gerenciamento da seccional catarinense da OAB e do Ministério Público, desde a sua criação, jamais foi levantada qualquer dúvida sobre a aplicação de seus recursos, que são oriundos do trabalho desenvolvido pelos advogados catarinenses quando do ajuizamento das ações e transmissões patrimoniais.

O resultado eficiente da administração do Poder Judiciário catarinense, no seu todo, é fruto de uma harmoniosa convivência entre a entidade representativa dos Advogados, do Ministério Público e do próprio Poder Judiciário, que demonstra de forma cristalina a viabilidade de uma administração participativa, onde todos buscam insistentemente a mesma causa, ou seja, a rápida solução dos conflitos aos jurisdicionados. Mesmo sabedores da resistência existente por parte de um segmento da Magistratura Nacional, o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, bem como as seccionais estaduais, continuam a lutar pela implantação do controle externo do Poder Judiciário. Aos renitentes Magistrados, a OAB/SC sugere que venham ao nosso Estado com a finalidade de conhecer, por ser experiência inédita no País, a forma de administração do Fundo de Reaparelhamento do Poder Judiciário, cujos resultados satisfatórios são evidentes, desde a sua implantação e cujos pro-

cedimentos não tolheram em momento algum a liberdade do Magistrado na sua nobre missão de julgador com total independência e isenção; com toda certeza encontrarão o embrião que irá impulsionar o controle externo do Poder Judiciário.

Desejo, em nome de todos os meus colegas advogados, trazer a Vossas Excelências o posicionamento do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil quanto à função social do Judiciário. Reporto-me à Carta de Fortaleza, documento conclusivo dos trabalhos da XVI Conferência Nacional dos Advogados, realizada em setembro transato, citando: 'Confiamos no Judiciário Brasileiro como salvaguarda da Constituição, a serviço do povo. É preciso que os juízes sejam independentes, livres de constrições econômicas e hierárquicas. Por isso alertamos a nação contra as propostas de reforma que pretendem atribuir efeito vinculante às decisões dos Tribunais Superiores. E a conclamamos para exercer o controle da Magistratura.

Importa considerar que a reforma do Poder Judiciário deve fazer-se na linha de uma modificação estrutural, de baixo para cima, para a defesa dos legítimos interesses do povo brasileiro, e não apenas na sua cúpula. As reformas de cúpula têm-se mostrado, ao longo da República, inócuas para resolver o congestionamento dos Tribunais Superiores e do Supremo Tribunal Federal. Na base é que está, primordialmente, a crise do Judiciário. O país não pode ficar 173 anos — quase dois séculos — aquém dos constituintes de 1823, que tinham mais consciência social e mais sensibilidade democrática que os partidários do

neoliberalismo. A Ordem dos Advogados do Brasil prossegue na sua luta e nos seus estudos para aperfeiçoamento da Ordem Jurídica, colocando-se na sua posição inarredável de defesa da Constituição e do Estado Democrático de Direito'. É preocupação da expressiva maioria dos advogados brasileiros a pretendida implantação da súmula vinculante, pois a sua aplicabilidade pode vir a se constituir numa forma de cerceamento do Direito de Defesa, do Direito de Recurso, pois é sabido que no Direito cada caso é um caso, com conotações e características diversas e próprias, onde a lei poderia oferecer maior respaldo, restaria ao cidadão os efeitos da refalada súmula vinculante, caso tenha eficácia, encerrando a demanda de forma autoritária e arbitrária por mera decisão de um único julgador.

É diante dessas colocações que a OAB Catarinense endossa a citação do mestre grego Aristóteles, para quem: 'Não existe república onde as leis não reinem'. No caso, as leis no Brasil existem, mas diante da comprovada crise por que passa o Poder Judiciário, elas não são cumpridas com a celeridade reclamada e desejada pelo povo brasileiro. Para melhor ilustrar as assertivas, socorro-me dos dados estatísticos apresentados pelo ilustre Desembargador Eder Graf em sessão ordinária do Tribunal Pleno, no último mês de dezembro, quando alertou esta egrégia Corte sobre a preocupante situação existente em relação ao exagerado número de processos distribuídos e julgados por cada um dos desembargadores, de janeiro a novembro de 1996, e afirmava literalmente que 'pensar não em acharmos a solução hoje, mas nos

conscientizarmos que não poderemos mais adiar a necessidade de enfrentar esta problemática de imediato, senão, acabaremos soterrados pelo volume de processos'. E continuava Sua Excelência: 'por exemplo, a Loman diz em seu artigo 106, § 1º, 'somente será majorado o número de membros do Tribunal se o total de processos distribuídos e julgados durante o ano superar o índice de 300 (trezentos) feitos por juiz'. Justifica o seu reclamo com os seguintes dados: 'em 1996, 27 desembargadores, sendo 24 julgadores. Processos Cíveis 9.389... No cível, a média por Desembargador foi de 586 processos. No crime, 2.523 processos, divididos por oito, totalizando 315 por Desembargador. Chamo a atenção para as estatísticas que tenho do ano de 1976, quando foram distribuídos 2.285 processos, em 1986, 5.267, e neste ano, 1996, 15.212 processos, até novembro'. Os dados se apresentam assustadores e desesperadores, pois reiteradamente a OAB/SC vem, inclusive quando do processo de elaboração da Carta Constitucional do Estado, pleiteando o aumento do número de desembargadores desta Corte para trinta e sete, e no mínimo o aumento dos magistrados de Primeiro Grau em cinquenta por cento das vagas existentes. O tempo vem provando que estávamos cobertos de razão. Pois aí está o estrangulamento por que passa o Poder Judiciário do nosso Estado com a falta de magistrados, diante das inúmeras conquistas dos cidadãos consignadas na Carta Magna Federal e na sua maior parte repetida na Carta Estadual. O esforço do Poder Judiciário para a implantação da informática visando seu funcionamento em nível de país de primeiro mundo de

nada adiantará se não ocorrer pleno investimento na área de recursos humanos. E, como já foi dito, correr-se-á o risco paradoxal de se ter máquinas e prédios modernos, sem magistrados e serventuários para acioná-los.

Sr. Presidente, Srs. Desembargadores. Outro fato de grave repercussão na administração da Justiça diz respeito ao não pagamento da dívida pendente para com os advogados catarinenses que exercem a Defensoria Dativa e Assistência Judiciária, serviços estes paralisados desde outubro de 1995, por decisão do Conselho Pleno da seccional Catarinense. Apesar dos reiterados esforços que a Seccional envidou junto ao Poder constituído no sentido de que se desse cumprimento às disposições da Lei n. 5.387, de 30 de novembro de 1977, inclusive com a assinatura de um protocolo de intenções firmado pelos Secretários da Justiça e Cidadania e da Fazenda e por este Presidente, não houve até o presente momento qualquer aceno para a solução do impasse. É flagrante a angústia não só da seccional da OAB, bem como a de todos os advogados catarinenses, que zelosamente prestam serviços jurídicos às populações desassistidas do nosso Estado. Com essa paralisação o próprio Poder Judiciário fica inerte, causando considerável acúmulo de causas pendentes, por absoluta falta do insubstituível acompanhamento de advogado, que é indispensável à administração da Justiça, preceito este insculpido no artigo 133 da Constituição Federal. Urge, pois, que se adote uma solução definitiva para solver o débito, dando-se continuidade ao sistema vigente ou criando-se a onerosa Defensoria Pública, estabele-

cida no artigo 134 da Constituição Federal e artigo 104 da Constituição Estadual.

Esse mesmo quadro, Sr. Presidente e Srs. Desembargadores, que permanece atual, já foi mostrado nesta Corte há um ano, demonstrando, assim, flagrante desrespeito ao cumprimento das normas jurídicas, pelo Poder Executivo. Não posso e não devo, na condição de Presidente do órgão de Classe dos Advogados de Santa Catarina, deixar de me reportar ao impasse gerado pelo não repasse da verba para remunerar os advogados que prestam serviços na Defensoria Dativa e Assistência Judiciária, o que é uma obrigação legal do Poder Executivo e que injustificadamente não vem sendo cumprida. Tal embaraço contribui, desta maneira, com o estrangulamento da boa administração da Justiça Catarinense, fato este que pode ser comprovado com a simples verificação dos dados estatísticos do serviço social dos fóruns, onde se verifica quantidade numerosa de conflitos não solucionados na área civil, e a não aplicabilidade de penas restritivas de direito na área penal. Reservamo-me o direito de eximir de responsabilidade qualquer advogado que se negue a prestar serviços aos menos favorecidos, pois a responsabilidade pela sua remuneração não é e nunca foi da OAB, e sim do Executivo Catarinense, que, se não deseja a participação dos advogados, via OAB no processo, então cumpra o comando constitucional, criando a Defensoria Pública Estadual. A crise até agravou-se, na medida em que se estabeleceu o caos nas áreas da Saúde, Educação, Economia e Finanças, com atrasos nos pagamentos de salá-

rios e pensões, trazendo danos maiores à população. Deixou o Poder Executivo de priorizar segurança pública, sistema prisional, pagamento de precatórios, cumprimento de decisões judiciais, entre outras, desrespeitando até o exercício do direito do cidadão no seu conflito com o Estado. Amplamente noticiada pela imprensa escrita, falada e televisada foram criadas Comissões Parlamentares de Inquérito, no Senado Federal e na Assembleia Legislativa do nosso Estado, para apurar o processo de emissão e comercialização de Letras do Tesouro de alguns Estados e Municípios brasileiros, cujos recursos seriam destinados aos pagamentos de precatórios até o ano de 1988, de conformidade com preceito constitucional.

Por ora, não queremos adentrar no mérito da questão, mas esperamos, como cidadãos brasileiros, que as Comissões Parlamentares de Inquérito, e principalmente o Chefe do Poder Executivo do nosso Estado, demonstrem de forma cristalina e legal, em todos os seus aspectos, o comprometimento de mais de seiscentos milhões de reais, cujo valor deverá ser honrado pelo povo catarinense. Outra questão que vem perturbando a administração pública, como também o próprio Poder Judiciário, é a discussão da Emenda Constitucional que permite a reeleição, já votada favoravelmente na Câmara Federal. Tenho minhas reservas quanto à alteração da norma constitucional que permita a reeleição. Comungo com a opinião espositiva pelo ilustre Desembargador João José Ramos Schaefer, Vice-Presidente e Corregedor do Tribunal Regional Eleitoral, que em artigo publicado em jornal de circulação es-

tadual, no último dia 21 de janeiro, assim se manifestou: 'Se se pretende alterar o parágrafo quinto do artigo 14 da Constituição Federal e tornar reelegíveis os que foram sufragados quando vigente cláusula constitucional de inelegibilidade, impõe-se que se consulte o outorgante do mandato — o povo — para que diga se concorda ou não com a alteração do texto constitucional, através de referendo presidido pela Justiça Eleitoral, com ampla garantia de propaganda e voto secreto'.

Mas hoje, Sr. Presidente e Srs. Desembargadores, também é dia de júbilo para os advogados catarinenses, pois após a disputa do certame, ocorrido em 19 de dezembro transato, cumprindo disposição de norma legal contida no artigo 79, da Constituição Estadual, o Conselho Secional da OAB formalizou a escolha da lista sêxtupla, em pleito democrático e transparente, onde votaram todos os conselheiros e membros natos, a nominata composta pelos nobres e ilustres advogados, Doutores Carlos Alberto Silveira Lenzi, Oswaldo José Pedreira Horn, Rogério Otávio Ramos, Antônio Alborghetti, Telmo José Domingues e Edi Machado, todos, indistintamente, com pleno conhecimento das letras jurídicas e preparados para a grandeza do exercício do cargo de desembargador da nossa Corte. Após recebidas as indicações dos nomes suso mencionados, o Tribunal de Justiça formalizou a lista tríplice, enviando-a ao Governador do Estado, que então nomeou o Dr. Carlos Alberto Silveira Lenzi. E é com regozijo que saúdo, em nome de todos os advogados catarinenses, o recém-empossado Desembargador

Carlos Alberto Silveira Lenzi, o qual ocupa a vaga do quinto constitucional, reservada aos advogados militantes.

Além de meu amigo pessoal, exerceu diversos cargos de direção da nossa seccional, como o de Secretário-Geral, Presidente, Conselheiro Federal, Presidente do Instituto dos Advogados de Santa Catarina, Professor Universitário, e conhecido também como escritor de obras jurídicas. Tudo isso o credencia para o pleno exercício da judicatura. Espero e desejo que juntamente com os demais representantes da classe dos advogados, Desembargadores João José Ramos Schaefer e Jorge Mussi, obtenha V. Exa. sucesso na sua nova atividade jurídica que se inicia nesta data, não me restando a menor dúvida do imenso valor da sua presença nesta Corte de Justiça, bem como da representação da Instituição que o teve até o presente dia. Falar mais de Carlos Alberto Silveira Lenzi, para mim, tornar-se-ia repetitivo, pois, diante do respeito e consideração que nossa Instituição tem para com ele, desnecessárias se tornam muitas palavras, que não teriam o efeito desejado senão o da lembrança da pessoa que ele representa.

Por último, e em homenagem ao Desembargador empossado Carlos Alberto Silveira Lenzi, diante de suas lutas Oabianas por mais de três décadas, e a toda classe dos advogados, trago a lição do mestre Ives Gandra da Silva Martins, quando escreveu o decálogo do advogado; '1. O Direito é a mais universal das aspirações humanas, pois sem ele não há organização social. O advogado é seu primeiro intérprete. Se não considerares a tua como a mais nobre profissão sobre a

terra, abandona-a, porque não és advogado. 2. O Direito abstrato apenas ganha vida quando praticado. E os momentos mais dramáticos de sua realização ocorrem no aconselhamento às dúvidas que suscita ou no litígio dos problemas que provoca. O advogado é o deflagrador das soluções. Sê conciliador, sem transigência de princípios, e batalhador, sem tréguas nem leviandade. Qualquer questão encerra-se apenas quando transitada em julgado e, até que isto ocorra, o constituinte espera de seu procurador dedicação sem limites e fronteiras. 3. Nenhum país é livre sem advogados livres. Considera tua liberdade de opinião e a independência de julgamento os maiores valores do exercício profissional, para que não te submetas à força dos poderosos e do poder ou desprezes os fracos e insuficientes. O advogado deve ter espírito do legendário 'El Cid', capaz de humilhar reis e dar de beber a leprosos. 4. Sem o Poder Judiciário não há justiça. Respeita teus julgadores como desejas que teus julgadores te respeitem. Só assim, em ambiente nobre e altaneiro, as disputas judiciais revelam, em seu instante conflitual, a grandeza do direito. 5. Considera sempre teu colega adversário imbuído dos mesmos ideais de que te revestes. E trata-o com a dignidade que a profissão que exerces merece ser tratada. 6. O advogado não recebe salários, mas honorários, pois que os primeiros causídicos, que viveram exclusivamente da profissão, eram de tal forma considerados, que o pagamento de seus serviços representava honra admirável. Sê justo na determinação do valor de teus serviços, justiça que poderá levar-te a nada pedires, se legítima a causa e sem

recursos o lesado. É, todavia, teu direito receberes a justa paga por teu trabalho. 7. Quando os governos violarem o direito, não tenhas receio de denunciá-los, mesmo que perseguições decorram de tua postura e os pusilânimes te critiquem pela acusação. A história da humanidade lembra-se apenas dos corajosos que não tiveram medo de enfrentar os mais fortes, se justa a causa, esquecendo ou estigmatizando os covardes e os carreiristas. 8. Não percas a esperança quando o arbítrio prevalece. Sua vitória é temporária. Enquanto fores advogado e lutares para recompor o direito e a justiça, cumpre teu papel e a posteridade será grata à legião de pequenos e grandes heróis que não cederam às tentações do desânimo. 9. O ideal de justiça é a própria razão de ser do direito. Não há direito formal sem justiça, mas apenas corrupção do direito. Há direitos fundamentais inatos ao ser humano que não podem ser desrespeitados sem que sofra toda a sociedade. Que o ideal de justiça seja a bússola permanente de tua ação, advogado. Para isso estuda sempre, todos os dias, a fim de que possas distinguir o que é justo do que apenas aparenta ser justo. 10. Tua paixão pela advocacia deve ser tanta que nunca admitas deixar de advogar. E se o fizeres temporariamente, continua a aspirar o retorno à profissão. Só assim poderás dizer, à hora da morte: 'cumpri minhas tarefas na vida. Restei fiel à minha vocação. Fui advogado'".

Discurso de posse do Des.  
Carlos Alberto Silveira Lenzi:

"A trajetória a que me propus na atividade jurídica, quer como advogado, ao longo destes trinta e cinco



anos, quer exercendo o magistério, desde 1975, concursando-me na tradicional Faculdade de Direito da Rua Esteves Júnior, desta Capital, a trajetória, repito, conduziu-me, como coroa-mento, ao ingresso nesta Corte, órgão máximo do Poder Judiciário Catarinense. Confesso, Sr. Presidente, que este é o momento mais almejado de minha vida profissional. Estaria tentando a introspecionar e relatar os caminhos e percalços sofridos para chegar a esta situação. Poupo-vos. Não pretendo ser enfadonho, pois entendo que esta não é a ocasião para tais cometimentos personalistas. Este é o momento, Sr. Presidente, para dizer que o homem não chega ao seu destino solitariamente. O homem somente atinge os seus desideratos através da solidariedade e da competência.

No seu 'Pequeno Tratado das Grandes Virtudes', o filósofo André Comte-Sponville sinaliza que pouco se fala hoje em dia das virtudes. Espinoza já dizia que é melhor ensinar as virtudes do que condenar os vícios. É melhor a alegria do que a tristeza, a admiração em vez do desprezo, o exemplo do que a vergonha. As virtudes são nossos valores morais que devem ser vividos em atos. Entre essas, destaco a polidez, a fidelidade aos princípios e aos amigos, que aqui os tenho muitos, aos quais dedico a mais agradável das virtudes — e que não é a mais fácil —, a gratidão. Agradecer é dar; ser grato é dividir, pois nenhum homem é causa de si próprio, escreveu Sponville.

Ingresso nesta Corte pelas mãos dos meus pares, que confiaram na minha capacidade. Sou assim grato aos companheiros do Conselho Seccional da OAB que me colocaram na

lista sêxtupla, instituição na qual desenvolvi, como Conselheiro Estadual, Federal e Presidente, a gama de experiências jurídicas e lutas político-corporativas, bem como à Universidade Federal de Santa Catarina que me trouxe o aprendizado com os mestres na organização dos conhecimentos. Grato também aos Desembargadores componentes do Órgão Especial desta Corte, que me cumularam com expressiva votação na composição da lista tríplice. Sou agradecido, igualmente, aos muito especiais amigos que lutaram pela minha indicação junto ao Poder Executivo e ao Governador Paulo Afonso Evangelista Vieira, pela opção da nomeação para esta elevada e espinhosa função. Assumo a vaga de Desembargador, reservada ao quinto constitucional da advocacia, cujo último ocupante foi o eminente e culto amigo Desembargador Norberto Ungaretti, cômico das responsabilidades que me aguardam. Desejo ser justo para fazer justiça, pois a justiça não pertence a ninguém, devendo atingir a todos. Somos obrigados, moralmente, a defendê-la.

Muitas vezes, a legalidade não é justa. A justiça, na acepção Kantiana, não é conceito teórico ou explicativo para uma dada sociedade, mas sim um guia para o julgamento e um ideal para a ação. Comprometo-me com a virtude da justiça que sem a força do Judiciário será impotente, já que a força sem a justiça é tirania. Desejo ser equânime, não desprezando a prudência, a coragem, a generosidade e a tolerância, pondo as minhas forças a serviço do direito.

Em nossos dias, Sr. Presidente, a elaboração legislativa dos últimos tempos, oriunda do Poderes Exe-

cutivo e Legislativo, vem afetando o equilíbrio dos Poderes, com conseqüências no Judiciário, pelo excesso de litigiosidade que determina, sendo neste concentrada a averiguação da legalidade de tão intensa atividade normativa. Como assinala o Professor Dalmo de Abreu Dallari, no seu recentemente lançado 'O Poder dos Juizes', 'As Questões Jurídicas então ocorrentes se tornam cada vez mais complexas, demandando o saber altamente especializado e qualificado, o que contribui para reduzir a delicada problemática da distribuição da Justiça a uma problemática técnica, de manipulação de procedimentos, respaldados na processualística'.

Como afirmou recentemente o jurista Miguel Reale, em artigo na Folha de São Paulo, a reforma do Poder Judiciário não será eficiente 'Se não houver mudança de mentalidade'. Esta é a velha tecla na qual venho batendo desde a 9ª Conferência Nacional da OAB, realizada em 1982, nesta Capital, quando apresentei e vi aprovada a tese: 'Acesso à Justiça às maiorias não privilegiadas', e em escritos posteriores. Com efeito, dentre as mudanças que devem ser provocadas no Poder Judiciário, a da mentalidade de seus integrantes, principalmente os que militam no Primeiro Grau de jurisdição entre os quais juizes, advogados e promotores públicos, é a mais importante. Essa mentalidade para mim é interpretada no conjunto de comportamento e atitudes arreigadas no excesso de formalismo que se expressa no apego desmesurado às normas procedimentais, na sensação de estar sua suprema autoridade na preocupação primordial com a legalidade em detrimento da aplicação da

justiça, retardando por isso o julgamento para o qual a sociedade pede mais agilização.

Em Santa Catarina felizmente o Poder Judiciário já vem tomando providências reformistas continuadas na gestão do Presidente Napoleão do Amarante com os mecanismos de engenharia, compactação de entrâncias, informatização de varas e fóruns em todo o Estado, criando unidades judiciárias intensivas em Universidades e no continente da grande Florianópolis conforme foi bem explicitado pelo eminente Presidente.

Não poderia, senhoras e senhores, findar estas palavras sem antes agradecer a presença de todos que vieram prestigiar a instalação de mais este ano judiciário e que coincidiu com a minha posse nesta Corte. Agradeço as bondosas e imerecidas palavras proferidas sobre a minha pessoa por amigos como o Des. João Martins, o Procurador-Geral de Justiça, Moacyr de Moraes Lima Filho, e o caro amigo Presidente da OAB, Fernando Carioni. Aos amigos mais próximos, a felicidade de estarmos juntos neste momento; ao especial amigo do nosso pequeno exército brancaleone, Ministro Zé Paulo Sepúlveda Pertence e sua esposa, Sueli, a minha gratidão por terem comparecido a esta solenidade. Meu preito à memória de meus pais e à figura de minha tia-avó; às presenças de Zuleika, mulher perseverante, corajosa em todos os desafios, e da muito querida filha Adriana; o meu carinho especial ao meu irmão, cunhados, sogro, sogra, parentes de Lages que vieram nesta intempérie.

É com orgulho, senhores e senhoras, que a partir deste momento,

sem esquecer as minhas raízes, pertenço ao Poder Judiciário Catarinense, o guardião das liberdades, representante também da soberania do Estado no seu mais alto e profundo alcance. Reafirmo aqui, Sr. Presidente, autoridades, Senhores Desembarga-

dores e amigos que as virtudes elencadas não desejo ensiná-las, mas praticá-las na pluralidade das boas ações e dos exemplos”.



# ÍNDICE NUMÉRICO



## **AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE**

1.035 — Santa Catarina.....	727
98.005026—0 — Chapecó .....	703
98.006701—4 — Blumenau.....	498

## **AÇÕES RESCISÓRIAS**

96.009940—9 — Blumenau.....	510
97.014320—6 — Capital.....	515

## **AGRAVOS DE INSTRUMENTO**

88.090756—8 — Araranguá .....	444
97.003266—8 — Tijucas .....	448
97.004038—5 — Anita Garibaldi .....	429
97.004118—7 — Joinville .....	431
97.004559—0 — Capital.....	436
97.004593—0 — Itajaí .....	441
97.010202—0 — Braço do Norte.....	473
97.011809—0 — Otacílio Costa .....	433
97.013783—4 — Lages .....	459
98.003741—7 — Balneário Camboriú .....	457
98.004883—4 — Lages .....	452
98.006061—3 — Capital.....	469
98.006995—5 — Capital.....	468
98.008327—3 — Taió.....	462
98.011536—1 — Criciúma.....	464

## **AGRAVO NOS EMBARGOS INFRINGENTES OPOSTOS À APELAÇÃO CÍVEL**

97.001959—9 — Criciúma.....	496
-----------------------------	-----

## **AGRAVOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO**

98.004884—2 — Joaçaba .....	480
98.006047—8 — Criciúma.....	478

**AGRAVOS REGIMENTAIS**

97.014154—8	— Capital.....	484
98.006372—8	— Criciúma.....	493

**APELAÇÕES CÍVEIS**

45.231	— Capital.....	208
45.500	— Porto União.....	394
50.696	— São Miguel do Oeste.....	217
52.088	— Xanxerê.....	220
52.121	— Blumenau.....	353
88.076577—8	— São Bento do Sul.....	401
88.077735—9	— Blumenau.....	413
88.079206—8	— Biguaçu.....	419
88.079888—7	— Criciúma.....	425
88.087654—0	— Criciúma.....	248
88.090892—8	— Lages.....	150
96.001679—1	— Lages.....	140
96.006603—9	— Balneário Camboriú.....	292
96.007932—7	— Fraiburgo.....	187
96.007961—0	— Brusque.....	339
96.008407—0	— Pinhalzinho.....	252
96.008756—7	— Laguna.....	146
96.009700—7	— Timbó.....	172
96.010651—0	— Capital.....	96
97.002411—8	— Balneário Camboriú.....	296
97.003241—2	— Rio do Sul.....	228
97.003250—1	— Blumenau.....	235
97.005987—6	— Balneário Camboriú.....	157
97.007065—9	— Criciúma.....	342
97.007701—7	— São José.....	114
97.008265—7	— Capital.....	117
97.008328—9	— Itapiranga.....	257
97.009072—2	— São José.....	345
97.009181—8	— Capital.....	302
97.009717—4	— Capital.....	178
97.010139—2	— São Miguel do Oeste.....	124
97.010744—7	— Chapecó.....	315
97.011178—9	— Taió.....	282
97.011180—0	— Tangará.....	193
97.011438—9	— Capital.....	262
97.012128—8	— Itajaí.....	126



97.012220—9	— Capital.....	130
97.012833—9	— São José.....	205
97.013136—4	— Timbó.....	240
97.013992—6	— Blumenau.....	100
97.014124—6	— Turvo.....	164
97.014130—0	— Xanxerê.....	167
97.014391—5	— Capital.....	363
98.001092—6	— Criciúma.....	326
98.001176—0	— Capital.....	271
98.001202—3	— Capital.....	368
98.001806—4	— Blumenau.....	350
98.001843—9	— Itajaí.....	356
98.001957—5	— Itapiranga.....	376
98.002118—9	— Balneário Camboriú.....	334
98.003077—3	— Capital.....	359
98.004138—4	— Palhoça.....	311
98.004173—2	— Capital.....	137
98.004792—7	— Otacílio Costa.....	383
98.005530—0	— Capital.....	105
98.006946—7	— Jaraguá do Sul.....	290
98.008792—9	— Itajaí.....	387
98.009030—0	— Concórdia.....	111
98.009907—2	— Capital.....	337

## APELAÇÕES CRIMINAIS

29.020	— Blumenau.....	569
31.250	— Lages.....	633
96.004134—6	— Porto União.....	573
96.004512—0	— Itajaí.....	575
96.007855—0	— Sombrio.....	639
96.008965—9	— Brusque.....	577
97.010022—1	— Itajaí.....	604
97.013727—3	— Joinville.....	611
97.014977—8	— São José do Cedro.....	615
97.015679—0	— Itajaí.....	578
98.001623—1	— Gaspar.....	625
98.001078—0	— Quilombo.....	619
98.003287—3	— Criciúma.....	630
98.003439—6	— Lages.....	559
98.005452—4	— Blumenau.....	644
98.006575—5	— Papanduva.....	652
98.006763—4	— Concórdia.....	562

98.006976—9	— Criciúma.....	591
98.006981—5	— Criciúma.....	665
98.007036—8	— Videira.....	565
98.007624—2	— Timbó.....	597
98.007855—5	— Ponte Serrada.....	600

**EMBARGOS INFRINGENTES**

302	— Capital.....	523
-----	----------------	-----

**HABEAS CORPUS**

74.809	— Santa Catarina.....	729
96.006763—9	— Pinhalzinho.....	537
98.005992—5	— Içara.....	540

**MANDADOS DE SEGURANÇA**

96.003820—5	— Capital.....	680
96.008189—5	— Capital.....	81
97.009859—6	— Capital.....	85
97.014461—0	— Capital.....	91
98.002688—1	— Itajaí.....	677
98.007570—0	— Capital.....	709

**PEDIDO FORMULADO NO RECURSO ESPECIAL**

97.005350—9	— Timbó.....	745
-------------	--------------	-----

**PERDAS DE GRADUAÇÃO**

97.012215—2	— Capital.....	690
97.012216—0	— Capital.....	684

**PETIÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA**

98.000665—1	— Capital.....	747
-------------	----------------	-----

**RECURSO DE AGRAVO**

98.000987—1	— Capital.....	695
-------------	----------------	-----

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA**

8.006	— Santa Catarina.....	735
-------	-----------------------	-----

**RECURSO ESPECIAL**

98.644	— Santa Catarina.....	739
--------	-----------------------	-----

**RECURSOS CRIMINAIS**

10.084 — Araranguá .....	550
96.001817—4 — Jaraguá do Sul.....	556
98.007852—0 — Joinville .....	548

**REPRESENTAÇÃO NO MANDADO DE SEGURANÇA**

98.000598—1 — Capital.....	718
----------------------------	-----

**REVISÃO CRIMINAL**

96.008144—5 — São Carlos .....	697
--------------------------------	-----



# **ÍNDICE POR ASSUNTO**



## A

### **ABUSO DE AUTORIDADE**

- Cumulação com lesão corporal — Policiais civis. Agressão e arrombamento da casa da vítima com prisão injustificada. Caracterização. Omissão e adesão dos apelantes na ação delitosa dos co-réus demonstradas. Depoimento das vítimas. Coerência. Condenação mantida. Pena. Redução. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. .... 625

### **AÇÃO**

- Carência — Decretação. Ação rescisória. Juizado Especial. Sentença proferida e transitada em julgado ao tempo em que era vedada a rescisória pela Lei Complementar n. 77/93 e Lei n. 9.099/95. Alteração da competência. Deslocamento para a esfera comum. Retroatividade. Inadmissibilidade. Regra da perpetuatio jurisdictionis inaplicável. Extinção do processo. .... 510

### **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

- Interposição ministerial contra Prefeito Municipal e empresa — Atos de improbidade administrativa. Desapropriação superfaturada. Procedência parcial no juízo a quo. Recurso da Câmara Municipal. Alegação de terceira interessada. Ausência de legitimidade e interesse recursal. Demonstração. Apelações interpostas pela empresa e seus sócios, estes espontaneamente. Condição de terceiros interessados. Inconfiguração. Intempestividade. Caracterização. Não conhecimento dos pleitos recursais. .... 282

### **AÇÃO DE ALIMENTOS**

- Vide Alimentos.

### **AÇÃO DE COBRANÇA**

- Direitos autorais — Sonorização ambiental. Retransmissão radiofônica. Terminal rodoviário municipal. Conforto e entretenimento dos usuários. Verba devida pela municipalidade. Pedido procedente. Recurso especial provido. .... 739

- Sindicato — Contribuições assistencial e confederativa. Pressupostos. .... 178
- Vendas de maçãs — Frutas já perecidas parcialmente à data do negócio em face do tempo de armazenagem. Pagamento parcial. Preço do quilo da mercadoria. Dúvida. Questão não dirimida na instrução. Pedido certo. Aferição do quantum devedor em liquidação de sentença. Possibilidade. Interpretação do art. 459, parágrafo único, em consonância com o art. 131, ambos do CPC. Pedido parcialmente procedente. Condenação ao pagamento do saldo devedor. .... 140

### **AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO**

- Vide Consignação em pagamento.

### **AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO**

- Vide Desapropriação.

### **AÇÃO DE DESPEJO**

- Vide Locação.

### **AÇÃO DE INDENIZAÇÃO**

- Vide Indenização.

### **AÇÃO DE INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Vide Investigação de paternidade.

### **AÇÃO DE PARTILHA**

- Vide Partilha.

### **AÇÃO DE REINTEGRAÇÃO DE POSSE**

- Vide Possessória.

### **AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANO**

- Vide Responsabilidade civil.

### **AÇÃO DE SONEGADOS**

- Vide Inventário.

### **AÇÃO DECLARATÓRIA**

- Inexistência de relação jurídico-tributária — Cumulação com restituição de valores depositados em juízo. Imóvel. Bem inserido no Parque Estadual Serra do Tabuleiro. Declaração de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação. Aposseamento indireto do poder público. Comprovação. Pretendida inexigibilidade da cobrança do IPTU referente àquela área e restituição de valores pagos. Pedido procedente. Remessa e recurso desprovidos. 311



**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE**

- Câmara de Vereadores — Decreto Legislativo e Resolução. Criação de cargos de provimento em comissão. Legalidade. Ausência de inconstitucionalidade e de violação ao princípio da moralidade pública. Liminar indeferida. .... 498
- Lei Complementar — IPTU. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Liminar concedida. .... 703
- Recurso extraordinário — Demanda que depende do exame do conteúdo de normas infraconstitucionais ou de matéria de fato. Incabimento. Agravo regimental desprovido. .... 727

**AÇÃO MONITÓRIA**

- Pressupostos de admissibilidade. .... 126

**AÇÃO ORDINÁRIA**

- Reconhecimento de direito — Cumulação com obrigação de fornecimento de medicamento. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Contenção da progressão da moléstia. Obrigação do Estado. Aplicação do art. 1º da Lei n. 9.313/96. Pedido procedente. .... 271
- Reconhecimento de direito — Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Obrigação de fornecimento gratuito de medicação. Direito de todos e dever do Estado. Procedência do pedido. ... 368
- Restituição de valores pagos — Contrato de empreitada. Quitação da obrigação. Comprovação. Arras confirmatórias. Perda em favor da outra parte. Inocorrência in casu. Necessidade de previsão na avença. Arras penitenciais e cláusula penal. Distinção. Multa contratual. Impossibilidade de cobrança. Ofensa ao art. 1.092 do CC. Pacto de adesão. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Restituição das parcelas pagas. Determinação. Recurso desprovido. .... 187

**AÇÃO PENAL**

- Trancamento — Falta de justa causa. Configuração. Ausência de indícios da participação do acusado no fato delituoso. Habeas corpus concedido. .... 537

**AÇÃO REIVINDICATÓRIA**

- Vide Reivindicatória.

**AÇÃO RESCISÓRIA**

- Juizado Especial — Sentença proferida e transitada em julgado ao tempo em que era vedada a rescisória pela Lei Complementar n. 77/93 e Lei n. 9.099/95. Alteração da competência. Deslocamento para a esfera comum. Retroatividade. Inadmissibilidade. Regra da perpetuatio jurisdictionis inaplicável. Carência da ação. Extinção do processo. Decretação. .... 510
- Violação a literal disposição de lei e obtenção de documento novo — Desconstituição de acórdão proferido em ação de reconhecimento de direito e indenização. Funcionário público. Exercício de cargos em comissão. Cômputo exigido pela Lei n. 6.901/86. Atendimento. Desconsideração pelo julgador. Violação de direito expresso. Caracterização. Aposentadoria da autora superveniente a referida lei. Aplicação da Súmula 359 do STF. Agregação reconhecida. Rescisória procedente. .... 515

**ACIDENTE DE TRÂNSITO**

- Atropelamento — Homicídio culposo. Alegação de culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Excesso de velocidade. Conduta imprudente. Omissão de socorro. Descaracterização. Exclusão da majorante. Prazo de suspensão condicional da pena. Redução. Recurso parcialmente provido. .... 565
- Homicídio culposo e lesões corporais culposas — Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Ausência de prejuízo à defesa. Motorista que imprimindo alta velocidade em local de grande movimento e em dia de chuva invade a contramão de direção, provocando várias colisões. Alegação de culpa exclusiva de ciclista embriagado. Circunstância que não afasta a culpa do apelante. Imprudência caracterizada. Recurso desprovido. .... 604

**ADJUDICAÇÃO**

- Venda judicial — Praça. Ausência de concorrentes. Arrematação pelo credor. Adjudicação fática. Valor da avaliação. Aquisição por preço inferior ao constante do edital. Impossibilidade. Inteligência do art. 714 do CPC. Nulidade da hasta pública. Declaração de ofício. .... 459

**ADVOGADO**

- Apelação — Renúncia posterior. Constituição de novo causídico. Inexistência. Não conhecimento do recurso. Aplicação do art. 267, IV, do CPC. .... 124
- Falsificação de documento público — Rasura da data da certidão lavrada pelo escrivão judicial certificando a sua intimação como

forma de tornar tempestivo o recurso de apelação. Alteração observada pelo magistrado. Ausência de prejuízo. Delito descaracterizado. Absolvição decretada. Decisão reformada..... 562

**AGRAVO DE INSTRUMENTO**

— Vide Recurso.

**AGRAVO REGIMENTAL**

— Vide Recurso.

**ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA**

- Busca e apreensão — Liminar. Deferimento. Presença dos requisitos do art. 3º do Dec.-Lei n. 911/69. Tramitação de revisional do contrato. Irrelevância. Bem não essencial às atividades da empresa. Reconhecimento. Nomeação do credor fiduciário como depositário. Manutenção. Recurso desprovido..... 431
- Garantia — Busca e apreensão. Bens infungíveis não adquiridos com o produto do financiamento. Depósito atípico. Prisão civil. Inadmissibilidade. Condição de depositário infiel inconfigurada. Apelo parcialmente provido. .... 425

**ALIMENTOS**

- Cumulação com investigação de paternidade — Alimentante que aufera pequena renda. Reconhecimento. Fixação da verba em um terço do salário mínimo. Aplicação do art. 400 do CC. .... 167
- Cumulação com investigação de paternidade — Exceptio plurium concumbentium. Incomprovação. Exame de DNA. Probabilidade que se aproxima da certeza absoluta. Honestidade da mãe do autor. Comprovação. Pensão alimentícia. Fixação em um salário mínimo mensal. Razoabilidade. Pedido procedente..... 350
- Cumulação com investigação de paternidade — Proporcionalidade da verba alimentar. Incidência do art. 400 do CC. Fixação a partir da citação. .... 164
- Cumulação com separação judicial — Verba alimentar. Fixação por liminar. Possibilidade. Culpa concorrente dos cônjuges. Comprovação. Reconvenção. Procedência parcial de ambos os pleitos. Apelo duplo. Provimento parcial ao da mulher e declarado deserto o do varão. .... 117
- Exoneração — Filha maior de 24 anos. Jovem que não frequenta curso universitário nem é portadora de enfermidade que impeça o exercício de uma profissão. Verba indevida. .... 359
- Temporário — Ex-cônjuge. Incapacidade de auto-sustentar-se. Reconhecimento. Verba devida. Pedido parcialmente provido. ... 137

**ANTECIPAÇÃO DE TUTELA**

- Medida cautelar — Distinção. .... 469

**APELAÇÃO CÍVEL**

- Vide Recurso.

**APELAÇÃO CRIMINAL**

- Vide Recurso crime.

**ARRAS**

- Confirmatória — Perda em favor da outra parte. Inocorrência in casu. Necessidade de previsão na avença. .... 187
- Penitenciais e cláusula penal — Distinção. .... 187

**ARREMATÇÃO**

- Execução — Intimação pessoal. Via telefone. Meio idôneo. Inteligência do art. 687, § 5º, do CPC. Preço vil. Inocorrência. Lanço superior a 63% do valor atualizado do bem. Recurso provido parcialmente. .... 387

**ARRENDAMENTO**

- Mercantil — Contrato de leasing. Inadimplemento do arrendatário. Veículo. Reintegração de posse. Cumulação com perdas e danos. Admissibilidade. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Multa contratual. Incidência. Exclusão das prestações vincendas. Cobrança do Valor Residual Garantido juntamente com as prestações mensais. Possibilidade. Honorários advocatícios. Fixação adequada. Pedido procedente. Recursos desprovidos. .... 228

**ARRENDAMETO**

- Mercantil — Leasing. Veículo. Obrigação com prazo certo. Inadimplência. Mora. Caracterização. Aplicação do art. 960 do CC. Rescisão do contrato. Reintegratória de posse. Procedência. .... 383

**ARROLAMENTO**

- Medida cautelar — Apensamento à demanda principal. Deslinde simultâneo. Necessidade. Ineficácia restrita da sentença no concernente à ausência de fundamentação da actio cautelar. Reconhecimento de ofício. Determinação de provimento autônomo ao deslinde da medida incidental. .... 117

**ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA**

- Escritório modelo de advocacia — Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Prazo em dobro. Admissibilidade. Aplicabilidade do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50. Agravo provido. .... 441

**ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL**

- Art. 14..... 493
- Art. 17, § 2º ..... 252
- Art. 47, § 3º, IV ..... 248

**ATO REGIMENTAL**

- N. 02/1989 — Art. 9º, II..... 690

**AUTORIA**

- Furto qualificado — Tentativa. Agente reconhecido pela vítima e testemunhas por ocasião da prática delituosa. Autoria e materialidade. Comprovação. Condenação mantida. .... 591

**AVALISTA**

- Ação de consignação em pagamento — Correção monetária. Isenção. Benefício do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Pleito formulado por avalista. Admissibilidade. Direito do coobrigado à anistia. Reconhecimento. Sentença reformada. Recurso provido. .... 248

**B****BANCO**

- Cheque — Devolução irregular pelo banco. Erro culposo. Caracterização. Inclusão do nome da requerente no Serviço de Proteção ao Crédito. Incabimento. Dano moral. Ocorrência. Verba indenizatória devida. .... 105

**BUSCA E APREENSÃO**

- Alienação fiduciária — Liminar. Deferimento. Presença dos requisitos do art. 3º do Dec.-Lei n. 911/69. Tramitação de revisional do contrato. Irrelevância. Bem não essencial às atividades da empresa. Reconhecimento. Nomeação do credor fiduciário como depositário. Manutenção. Recurso desprovido. .... 431

- Alienação fiduciária — Garantia. Bens infungíveis não adquiridos com o produto do financiamento. Depósito atípico. Prisão civil. Inadmissibilidade. Condição de depositário infiel inconfigurada. Apelo parcialmente provido. .... 425
- Veículo — Compra e venda. Tradição perfectibilizada. Inadimplemento da obrigação. Impropriedade da medida..... 235

## C

### CÂMARA DE VEREADORES

- Ação civil pública — Interposição ministerial contra Prefeito Municipal e empresa. Atos de improbidade administrativa. Desapropriação superfaturada. Procedência parcial no juízo a quo. Recurso da Câmara Municipal. Alegação de terceira interessada. Ausência de legitimidade e interesse recursal. Demonstração. Edilidade que não figurou na relação processual. Decisum judicial que não lhe produziu efeitos desfavoráveis. Não conhecimento do apelo..... 282
- Ação direta de inconstitucionalidade — Interposição pelo Ministério Público. Decreto Legislativo e Resolução. Criação de cargos de provimento em comissão. Legalidade. Ausência de inconstitucionalidade e de violação ao princípio da moralidade pública. Liminar indeferida..... 498

### CAMBIAL

- Duplicata — Cártula aceita e protestada. Execução. Embargos do devedor. Acolhimento em face da prova testemunhal produzida. Incabimento. Liquidez e certeza da cambial caracterizadas. Acostamento, aos autos, das notas fiscais comprobatórias da transação. Irrelevância. Sentença reformada. Apelo provido. .... 257
- Duplicata — Falta de pagamento. Protesto. Desnecessidade de individualização na certidão. Entrega da intimação no endereço constante do título. Nulidade do ato afastada..... 157
- Duplicata simulada — Delito do art. 172 do CP. Caracterização. Cártula assinada pelo réu sem a correspondente transação comercial. Condenação mantida. .... 569

### CARÊNCIA DA AÇÃO

- Vide Ação.

### CARLOS ALBERTO SILVEIRA LENZI (Des.)

- Discurso de posse..... 751
- Novos procedimentos nos tribunais..... 3

**CARTA PRECATÓRIA**

- Intimação de advogado — Homologação de laudo pericial. Ajuizamento de queixa-crime. Prazo do art. 529 do CPP. Contagem. Fluência a partir da juntada aos autos da precatória. .... 556

**CASA DE PROSTITUIÇÃO**

- Vide Crime contra os costumes.

**CÉDULA DE CRÉDITO INDUSTRIAL**

- Embargos à execução — Cláusula penal. Multa contratual. Redução. Aplicação do art. 52, § 2º, do Código do Consumidor. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Capitalização de juros. Admissibilidade. Exegese do art. 16, V, do Decreto-Lei n. 413/69. Juros reais. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade. Recurso parcialmente provido. .... 240

**CERCEAMENTO DE DEFESA**

- Acidente de trânsito — Homicídio culposo e lesões corporais culposas. Ausência de inquirição de testemunha e de degravação de fita de videocassete. Ausência de prejuízo à defesa. Cerceamento inocorrente. Preliminar repelida. .... 604
- Inocorrência — Ação de consignação em pagamento. Julgamento antecipado. Viabilidade. Dilação probatória desnecessária. Preliminar rejeitada. .... 401
- Inocorrência — Dilação probatória desnecessária. Preliminar repelida. .... 296
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Dispensabilidade da prova pericial requerida. Preliminar rejeitada. .... 228
- Inocorrência — Julgamento antecipado da lide. Admissibilidade. Prova eminentemente documental. .... 187
- Inocorrência — Produção de prova testemunhal e pericial. Desnecessidade. Fatos cabalmente provados no contrato firmado. .... 353
- Interrogatório — Realização no juízo deprecado. Intimação dos defensores para acompanhamento do ato. Desnecessidade. Cerceamento inocorrente. Preliminar afastada. .... 540

**CHEQUE**

- Devolução irregular — Erro culposo do estabelecimento bancário. Caracterização. Inclusão do nome da requerente no Serviço de Proteção ao Crédito. Incabimento. Dano moral. Ocorrência. Verba indenizatória devida. .... 105

**COBRANÇA**

- Cumulação com perdas e danos — Apelação. Renúncia posterior do advogado. Constituição de novo causídico. Inexistência. Não conhecimento do recurso. Aplicação do art. 267, IV, do CPC. .... 124

**COCAÍNA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**CÓDIGO CIVIL**

- Art. 20..... 73
- Art. 75..... 271
- Art. 159..... 31, 105, 302 e 376
- Art. 225..... 334
- Art. 260, I..... 334
- Art. 262..... 334
- Art. 265..... 334
- Art. 271, V..... 334
- Art. 289, II..... 334
- Art. 363, II..... 167
- Art. 389..... 334
- Art. 396..... 164
- Art. 397..... 164
- Art. 399..... 164
- Art. 400..... 117, 164 e 167
- Art. 401..... 164
- Art. 405..... 164
- Art. 489..... 205
- Art. 492..... 523
- Art. 520..... 523
- Art. 524..... 235 e 311
- Art. 536..... 464
- Arts. 623 a 634..... 130
- Arts. 629 e seguintes..... 130
- Art. 715..... 334
- Art. 717..... 394
- Art. 739..... 334
- Art. 920..... 187
- Art. 924..... 228
- Art. 945..... 187
- Art. 960..... 383
- Art. 1.009..... 290
- Art. 1.030..... 146
- Art. 1.062..... 100
- Art. 1.092..... 187



— Art. 1.097.....	187
— Art. 1.136.....	172
— Art. 1.402.....	401
— Art. 1.436.....	337
— Art. 1.458.....	376
— Arts. 1.518 e seguintes .....	31
— Art. 1.521, III.....	302
— Art. 1.525.....	376
— Art. 1.531 .....	172
— Art. 1.533.....	262
— Art. 1.537, II .....	315 e 376
— Art. 1.554.....	315
— Art. 1.572.....	433
— Art. 1.611, § 1º .....	334
— Art. 1.784.....	292

### **CÓDIGO COMERCIAL (Lei n. 556/1850)**

— Art. 335, n. 5.....	419
— Art. 336, n. 3.....	419

### **CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR (Lei n. 8.078/1990)**

— Art. 4º, I .....	187
— Art. 42.....	193
— Art. 43.....	217
— Art. 51 .....	187 e 228
— Art. 52, § 1º.....	228 e 240

### **CÓDIGO DE DIVISÃO E ORGANIZAÇÃO JUDICIÁRIAS DO ESTADO DE SANTA CATARINA**

— Art. 443.....	709
-----------------	-----

### **CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL**

— Art. 12, I.....	480
— Art. 14, III.....	296
— Art. 17.....	100, 262 e 296
— Art. 18 .....	100 e 262
— Art. 18, § 2º .....	296
— Art. 20.....	296
— Art. 20, § 3º.....	228 e 302
— Art. 20, § 3º, a, b e c .....	164, 290 e 413
— Art. 20, §§ 3º e 5º .....	315
— Art. 20, § 4º .....	100, 111, 290, 413 e 515
— Art. 21, caput.....	290
— Art. 21, parágrafo único.....	425

— Art. 45.....	124
— Art. 87.....	510
— Art. 125.....	315
— Art. 125, IV.....	31
— Art. 126.....	315
— Art. 126, segunda parte.....	709
— Art. 130.....	220
— Art. 131.....	140 e 187
— Art. 165.....	117
— Art. 188.....	462
— Art. 191.....	462
— Art. 219.....	383
— Art. 236.....	478
— Art. 241, IV.....	556
— Art. 242.....	478
— Art. 250, parágrafo único.....	31
— Art. 259, VI.....	114 e 350
— Art. 267, IV.....	124 e 292
— Art. 267, IV e VI.....	363
— Art. 267, V.....	296
— Art. 267, VI.....	150, 292 e 510
— Art. 267, VI, § 3º.....	345
— Art. 272.....	31
— Art. 273.....	469
— Art. 273, II.....	448
— Art. 282, II.....	117
— Art. 292, § 1º, III.....	469
— Art. 292, § 2º.....	457
— Art. 294.....	448
— Art. 295, parágrafo único.....	130
— Art. 295, parágrafo único, II.....	510
— Art. 295, I.....	368
— Art. 296.....	429
— Art. 302.....	262
— Art. 303.....	262
— Art. 303, I.....	150
— Art. 319.....	334
— Art. 322.....	387
— Art. 330, I.....	178, 187 e 401
— Art. 330, I e II.....	353
— Art. 333.....	73
— Art. 333, I.....	473
— Art. 335.....	105
— Art. 344.....	387

— Art. 364.....	157
— Art. 365.....	208
— Art. 397.....	140 e 296
— Art. 401.....	187
— Art. 402.....	187
— Art. 403.....	187
— Art. 405, § 3º, IV.....	140
— Art. 421.....	31
— Art. 435.....	31
— Art. 458, II.....	117
— Art. 459, parágrafo único.....	140
— Art. 462.....	140 e 150
— Art. 485, V e VII.....	515
— Art. 488, II.....	510 e 515
— Art. 490, I.....	510
— Art. 508.....	441 e 462
— Art. 511.....	178 e 496
— Art. 515.....	130
— Art. 519.....	178
— Art. 524.....	480
— Art. 525.....	480
— Art. 525, I.....	480
— Art. 526.....	473
— Art. 527, I e III.....	473
— Art. 527, III.....	429
— Art. 532.....	496
— Art. 539, II, a.....	735
— Art. 542, § 2º.....	745
— Art. 557, parágrafo único.....	478 e 480
— Art. 569, parágrafo único.....	387
— Art. 584, II.....	376
— Art. 584, III.....	100
— Art. 585, II.....	111 e 457
— Art. 585, IV.....	457
— Art. 593, II.....	208
— Art. 602.....	315
— Art. 612.....	452
— Art. 613.....	452
— Art. 639.....	363
— Art. 641.....	363
— Art. 659, § 4º.....	208
— Art. 668.....	401 e 436
— Art. 687, § 5º.....	387
— Art. 694, I.....	459

— Art. 711.....	452
— Art. 712.....	452
— Art. 713.....	452
— Art. 714.....	459
— Art. 731.....	484 e 718
— Art. 733.....	73
— Art. 736.....	296
— Art. 741, V.....	114
— Art. 743, I, II, III, IV e V.....	114
— Art. 746.....	387
— Art. 751.....	452
— Art. 855.....	117
— Art. 860.....	117
— Art. 988, VI.....	292
— Art. 991, III.....	292
— Art. 993.....	292
— Art. 999.....	292
— Art. 1.024.....	292
— Art. 1.026.....	292
— Art. 1.040, I.....	292
— Art. 1.046, caput.....	459
— Art. 1.046, § 2º.....	394
— Art. 1.046, § 3º.....	296 e 459
— Arts. 1.055 e seguintes.....	31
— Art. 1.052.....	459
— Art. 1.102, a.....	126
— Arts. 1.113 e seguintes.....	130
— Art. 1.117, II.....	130
— Art. 1.211.....	510
— Art. 1.218.....	401

## CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

— Art. 3º.....	556
— Art. 6º e incisos.....	575
— Art. 15.....	575
— Art. 28.....	697
— Art. 61, caput.....	600
— Art. 63.....	376
— Art. 71.....	540
— Art. 83.....	540
— Art. 108.....	540
— Art. 109.....	540
— Arts. 129 e seguintes.....	677
— Art. 158.....	611

— Art. 167.....	611
— Art. 187.....	540
— Art. 220.....	540
— Art. 222.....	540
— Art. 239.....	591
— Art. 366.....	652
— Art. 386, III.....	562, 578 e 619
— Art. 386, IV.....	600 e 639
— Art. 386, VI.....	559, 575, 577, 578, 611 e 665
— Art. 394.....	540
— Art. 403.....	540
— Art. 484, III.....	633
— Art. 529.....	556
— Art. 563.....	540
— Art. 564, III, b.....	611
— Art. 564, IV.....	697
— Art. 564, parágrafo único.....	615
— Art. 566.....	540
— Art. 588.....	550
— Art. 589.....	548
— Art. 593, III, a, c e d.....	633
— Art. 593, III, a e d.....	615
— Art. 593, III, c e d.....	644
— Art. 593, § 3º, in fine.....	615
— Art. 600, § 4º.....	604
— Art. 621, I.....	697
— Art. 798, §§ 1º e 3º.....	556

## CÓDIGO PENAL

— Art. 107, VII.....	578
— Art. 121, caput.....	644 e 684
— Art. 121, § 1º.....	633
— Art. 121, § 2º, I e IV.....	548 e 550
— Art. 121, § 2º, II.....	550
— Art. 121, § 2º, II e IV.....	615 e 644
— Art. 121, § 2º, IV.....	550 e 633
— Art. 121, § 3º.....	604 e 633
— Art. 121, §§ 3º e 4º.....	565
— Art. 129, caput.....	625
— Art. 129, § 6º.....	604
— Art. 140, caput.....	577
— Art. 141, III.....	577
— Art. 148.....	652
— Art. 155, § 2º.....	630

— Art. 155, § 4º, I .....	591
— Art. 155, § 4º, I e IV .....	573 e 630
— Art. 155, § 4º, IV .....	597 e 600
— Art. 155, § 5º .....	652
— Art. 157, caput .....	652
— Art. 157, § 1º .....	652
— Art. 157, § 3º, in fine .....	652
— Art. 158, § 1º .....	537
— Art. 171, § 2º, V .....	697
— Art. 172, parágrafo único .....	569
— Art. 184 .....	556
— Art. 213 .....	578, 619 e 639
— Art. 224, a .....	578, 619 e 639
— Art. 225, § 1º, I .....	578
— Art. 225, § 2º .....	578
— Art. 226, III .....	639
— Art. 227, § 1º .....	665
— Art. 228, §§ 1º e 3º .....	665
— Art. 229 .....	665
— Art. 230, § 1º .....	665
— Art. 288 .....	652
— Art. 288, parágrafo único .....	537
— Art. 297, caput .....	562
— Art. 330 .....	718
— Art. 348, caput .....	615

### **CÓDIGO PENAL (Lei n. 7.209/1984)**

— Art. 2º, parágrafo único .....	644
— Art. 14, II .....	591 e 633
— Art. 14, parágrafo único .....	591
— Art. 18, II .....	633
— Art. 21 .....	665
— Art. 22 .....	644
— Art. 27 .....	597
— Art. 29, caput .....	697
— Art. 29 .....	615 e 625
— Art. 33, § 2º, c .....	591
— Art. 49, caput .....	665
— Art. 49 .....	569
— Art. 59 .....	51, 573, 625, 630, 633, 652 e 665
— Art. 60, caput .....	665
— Art. 61 .....	51 e 630
— Art. 61, I .....	600
— Art. 61, h .....	644

— Art. 62 .....	51 e 630
— Art. 62, I.....	652
— Art. 65.....	51
— Art. 65, I.....	600
— Art. 65, III, d.....	578, 633 e 639
— Art. 66.....	51
— Art. 67.....	652
— Art. 68, caput.....	51
— Art. 69.....	600 e 625
— Art. 70.....	604 e 644
— Art. 71, caput.....	639
— Art. 71.....	569, 591 e 644
— Art. 77.....	565, 569, 630 e 697
— Art. 89.....	695
— Art. 109, V.....	600
— Art. 109, VI.....	615
— Art. 110, §§ 1º e 2º.....	600 e 615
— Art. 115.....	600
— Art. 117, I.....	600

### **CÓDIGO PENAL MILITAR (Lei n. 1.001/1969)**

— Art. 46.....	690
— Art. 70, I.....	690
— Art. 98, I, II e III.....	684
— Art. 205, caput.....	690
— Art. 209, caput.....	690

### **CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL (Lei n. 5.172/1966)**

— Art. 32.....	311
— Art. 111.....	311
— Art. 135, III.....	429
— Art. 151, II.....	91
— Art. 187, parágrafo único.....	452

### **COMPETÊNCIA**

- Ação rescisória — Juizado Especial. Sentença proferida e transitada em julgado ao tempo em que era vedada a rescisória pela Lei Complementar n. 77/93 e Lei n. 9.099/95. Alteração da competência. Deslocamento para a esfera comum. Regra da perpetuatio jurisdictionis inaplicável. .... 510
- Conflito de competência — Financiamento habitacional. Contrato. Ação revisional. Atualização da dívida. Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) não pactuado com a Caixa Econômica

- Federal. Inexistência de litisconsorte necessário da CEF. Competência da Justiça Estadual para o conhecimento da causa. .... 468
- Execução — Interposição contra sócios diretores de empresa falida. Impossibilidade. Solidariedade deles perante os credores. Exegese do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Competência do juízo universal da falência. Extinção da execucional. .... 444
- Habeas corpus — Interposição contra ato do Tribunal de Justiça. Julgamento. Competência do STF. Conhecimento do writ. .... 729

### COMPETÊNCIA (matéria penal)

- Crime contra a honra — Injúria. Apelação. Não conhecimento. Infração de menor potencial ofensivo. Competência da Turma de Recursos para o processamento e julgamento do recurso. Inteligência do art. 82 da Lei n. 9.099/95. .... 577
- Incompetência territorial do juízo — Exceção. Ausência de arguição oportuna. Preclusão. Inteligência do art. 108 do CPP. .... 540
- Representação — Policial militar. Homicídio e lesão corporal. Condenação. Perda da graduação. Julgamento. Competência do Tribunal de Justiça. Exegese do art. 90, § 1º, da CE. .... 690

### COMPRA E VENDA

- Veículo — Tradição perfectibilizada. Reivindicatória. Ausência da titularidade dominial do reivindicante. Caracterização. Acordo verbal entabulado pelas partes. Direito pessoal. Resolução do acordo como antecedente da reivindicação. Improriedade e descabimento da reivindicatória. Pedido improcedente. .... 235

### COMPROMISSO DE COMPRA E VENDA

- Vide Promessa de compra e venda.

### CONCURSO DE AGENTES

- Furto qualificado — Qualificadora comprovada. Confissão do co-réu aliada às demais provas produzidas. .... 630

### CONCURSO FORMAL

- Reconhecimento — Agente que pratica dois crimes com uma mesma ação. Aplicação do art. 70 do CP. .... 644

### CONDOMÍNIO

- Título patrimonial de sociedade — Alienação. Validade. Previsão estatutária. Higiene do negócio. Imóvel. Exploração conjunta. Acordo de vontade entre as partes. Comunhão voluntária. Caracterização. Indivisibilidade da coisa. Demonstração. Desinteresse na continuação do condomínio. Extinção. Determinação. Recurso provido. .... 130



**CONFLITO DE COMPETÊNCIA**

- Vide Competência.

**CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO**

- Contrato bancário — Débito. Discussão judicial. Pedido rotulado de antecipação de tutela visando obstar a inscrição do nome dos devedores nos cadastros das instituições de proteção ao crédito. Despacho concessivo. Incabimento. Hipótese de pretensão cautelar que se distingue da antecipação de tutela. Agravo provido para cassar o despacho recorrido..... 469
- Correção monetária — Isenção. Benefício do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Pleito formulado por avalista. Admissibilidade. Direito do coobrigado à anistia. Reconhecimento. Sentença reformada. Recurso provido..... 248
- Julgamento antecipado — Viabilidade. Dilação probatória. Desnecessidade. Cerceamento de defesa incorrente. Preliminar rejeitada..... 401

**CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS DO TRABALHO (Lei n. 5.452/1943)**

- Art. 513, e..... 178
- Art. 548, a e b..... 178
- Arts. 578 e seguintes ..... 178
- Art. 600..... 178
- Art. 625..... 178
- Art. 643..... 178

**CONSTITUIÇÃO ESTADUAL**

- 1989 — Art. 9º, II..... 368
- Art. 16..... 498
- Art. 24, I, II e III ..... 252
- Art. 30, § 3º..... 85
- Art. 31, §§ 9º e 10..... 684
- Art. 40, XX ..... 718
- Art. 72, VII..... 718
- Art. 90, § 1º..... 684
- Art. 111, parágrafo único ..... 703
- Art. 117 ..... 515
- Art. 128, III, b..... 703
- Art. 153 ..... 271 e 368
- Art. 154 ..... 271 e 368
- Art. 155..... 271
- Art. 155, I e II..... 368

**CONSTITUIÇÕES FEDERAIS**

- 1934 — Art. 121, § 1º, h..... 31

— 1937	— Art. 137.....	31
— 1946	— Art. 157, XVI e XVII.....	31
— 1988	— Art. 5º, caput.....	709
	— Art. 5º.....	368
	— Art. 5º, § 1º.....	178
	— Art. 5º, I.....	709
	— Art. 5º, II.....	157
	— Art. 5º, V e X.....	262 e 302
	— Art. 5º, X.....	105
	— Art. 5º, XXIII.....	523
	— Art. 5º, XXXV.....	193
	— Art. 5º, XXXVI.....	85 e 644
	— Art. 5º, XXXVIII, d.....	644
	— Art. 5º, XL.....	644
	— Art. 5º, LV.....	193
	— Art. 5º, LVII.....	745
	— Art. 5º, LXVII.....	425
	— Art. 5º, LXVIII.....	537
	— Art. 6º.....	271 e 368
	— Art. 7º, XXVIII.....	31
	— Art. 8º, IV.....	178
	— Art. 23, II.....	368
	— Art. 29, XI.....	282
	— Art. 34, VI.....	718
	— Art. 36, II.....	718
	— Art. 37, II.....	498
	— Art. 37, XIII.....	85 e 91
	— Art. 37, XIV.....	85 e 91
	— Art. 37, XV.....	85
	— Art. 37, XVI.....	91
	— Art. 37, XVI e XVII.....	252
	— Art. 40.....	91
	— Art. 40, § 4º.....	85 e 91
	— Art. 40, § 6º.....	91
	— Art. 42, §§ 7º e 8º.....	684 e 690
	— Art. 58, § 2º, I.....	735
	— Art. 93, IX.....	117 e 433
	— Art. 95, parágrafo único, I.....	252
	— Art. 100, caput.....	484
	— Art. 100, § 2º.....	484 e 718
	— Art. 105, II, b.....	735
	— Art. 108, II.....	452
	— Art. 109, I.....	31 e 452
	— Art. 125, § 4º.....	684 e 690
	— Art. 128, § 5º, II, d.....	252
	— Art. 129, III.....	282
	— Art. 132.....	480
	— Art. 146, III, a, b e c.....	178

— Art. 149 .....	178
— Art. 150, II .....	91
— Art. 183 .....	150
— Art. 186, II .....	523
— Art. 192, § 2º .....	240
— Art. 192, § 3º .....	240
— Art. 194 .....	31
— Art. 195 .....	31, 91 e 271
— Art. 196 .....	271
— Arts. 196 e seguintes .....	368
— Art. 201 .....	31
— Art. 201, § 2º .....	91
— Art. 204 .....	271
— Art. 225, § 3º .....	51
— Art. 226 .....	709
— Art. 226, § 3º .....	578
— Art. 226, §§ 3º e 5º .....	296
— Art. 226, § 6º .....	356
— Art. 227 .....	271 e 709
— Art. 227, § 1º .....	368
— Art. 228 .....	597 e 600

## CONTRATO

- Compra e venda — Veículo. Tradição perfectibilizada. Reivindicatória. Ausência da titularidade dominial do reivindicante. Caracterização. Acordo verbal entabulado pelas partes. Direito pessoal. Resolução do acordo como antecedente da reivindicação. Impropriedade e descabimento da reivindicatória. Pedido improcedente. .... 235
- Empreitada — Ação ordinária. Restituição de valores pagos. Quitação da obrigação. Comprovação. Arras confirmatórias. Perda em favor da outra parte. Inocorrência in casu. Necessidade de previsão na avença. Arras penitenciais e cláusula penal. Distinção. Multa contratual. Impossibilidade da cobrança. Ofensa ao art. 1.092 do CC. Pacto de adesão. Aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor. Restituição das parcelas pagas. Determinação. Recurso desprovido. .... 187
- Empréstimo — Aval. Letra de câmbio e nota promissória. Vinculação à avença. Alegação de nulidade da execucional. Inacolhimento. Pedido estribado em pacto formalmente perfeito. Atraso no pagamento. Cobrança de comissão de permanência, juros moratórios e multa. Exigibilidade. Recurso parcialmente provido. .... 111
- Financiamento habitacional — Ação revisional. Atualização da dívida. Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) não pactuado com a Caixa Econômica Federal. Inexistência de litis-

- consorte necessário da CEF. Competência da Justiça Estadual para o conhecimento da causa. .... 468
- Financiamento imobiliário — Sistema Financeiro da Habitação. Saldo devedor. Reajustamento. Coeficiente. Utilização do BTNF. Manutenção do equilíbrio entre a instituição financeira e o mutuário. .... 326
- Leasing — Inadimplemento do arrendatário. Veículo. Reintegração de posse. Cumulação com perdas e danos. Admissibilidade. Multa contratual. Incidência. Exclusão das prestações vincendas. Cobrança do Valor Residual Garantido juntamente com as prestações mensais. Possibilidade. Pedido procedente. Recursos desprovidos. .... 228

## **CORREÇÃO MONETÁRIA**

- Isenção — Benefício do art. 47 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Pleito formulado por avalista. Admissibilidade. Direito do coobrigado à anistia. Reconhecimento. Pedido procedente. Sentença reformada. .... 248

## **CRIME CONTRA A HONRA**

- Injúria — Apelação. Não conhecimento. Infração de menor potencial ofensivo. Remessa dos autos à Turma de Recursos competente para o processamento e julgamento do recurso. Inteligência do art. 82 da Lei n. 9.099/95. .... 577

## **CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA**

- Sonegação fiscal — Incomprovação. Agente que não entrega livros e documentos fiscais para alteração da razão social da empresa. Intimação e multa correspondente. Atipicidade. Delito inconfigurado. Recurso ministerial desprovido. .... 559
- Sonegação fiscal — Seqüestro de bem. Pessoa jurídica. Regulação pelo Dec.-Lei n. 3.240/41. Mandado de segurança. Incabimento. Hipótese de embargos de terceiro. Exegese do art. 129 e seguintes do CPP. Matéria dependente de provas. Não conhecimento do writ. .... 677

## **CRIME CONTRA A PAZ PÚBLICA**

- Quadrilha — Conexão com crime de extorsão. Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Configuração. Ordem concedida. .... 537

## **CRIME CONTRA A SAÚDE PÚBLICA**

- Cocaína — Uso próprio. Termo de apreensão do material tóxico e laudo de constatação previsto no art. 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76.

- Ausência. Delito inconfigurado. Absolvição. Decretação escudada na insuficiência probatória. .... 575
- Narcotraficância — Substância entorpecente. Apreensão. Ausência. Prova material. Inexistência. Absolvição mantida. .... 665
- Tráfico de entorpecente — Desclassificação para o delito de uso. Inconformismo do Ministério Público. Laudo toxicológico definitivo. Ausência. Impossibilidade. Peça indispensável. Confissão do acusado. Circunstância que não impede a absolvição de ofício. Reformatio in melius. Recurso desprovido. .... 611

## CRIME CONTRA OS COSTUMES

- Casa de prostituição — Estabelecimento destinado a encontros libidinosos. Configuração. Alegação de erro de proibição. Inocorrência. Tolerância por parte do poder público. Indemonstração e irrelevância. Consciência da ilicitude do fato. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 665
- Estupro — Materialidade e autoria. Comprovação. Adolescente de treze anos. Convivência, por livre e espontânea vontade, com o apelante, mantendo inúmeras relações sexuais. Menor que não se apresenta ingênua ou incrédula. Consciência dos atos praticados. Reconhecimento. Relatividade da ficção de violência. Absolvição decretada. Recurso provido. .... 639
- Estupro — Violência presumida. Delito não caracterizado. Vítima menor de 14 anos. Consentimento na consumação do ato sexual. Demonstração. Absolvição decretada. Recurso provido. .... 619
- Estupro — Violência presumida. Descaracterização. Vítima menor. Coabitação com o réu, contudo, voluntária e espontânea. Delito inconfigurado. Aplicação do art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil. Absolvição decretada. .... 578
- Mediação para servir a lascívia de outrem — Menores. Induzimento à satisfação da libido de várias pessoas. Caracterização. Condenação mantida. .... 665
- Rufianismo — Agente com participação direta nos lucros da prostituição alheia. Vítimas menores. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 665

## CRIME DE RESPONSABILIDADE

- Representação — Governador do Estado e Secretário de Estado. Descumprimento de decisão judicial. Comprovação. Acolhimento. .... 718

**CURADOR**

- Réu menor — Munus que recaiu na pessoa do Escrivão Judicial por ocasião do interrogatório. Inadmissibilidade. Nulidade do feito. Decretação de ofício. .... 573

**D****DANO ESTÉTICO**

- Acidente de trânsito — Vítima. Perda de membro inferior. Verba devida. Majoração do quantum. Procedência. Sentença parcialmente reformada. .... 96

**DANO MORAL**

- Acidente de trânsito — Vítima. Perda de membro inferior. Verba devida. Majoração do quantum. Procedência. Sentença parcialmente reformada. .... 96
- Forma de avaliação — Verba devida. Quantum debeatur. Aplicação razoável. .... 315
- Indenização — Cheque. Devolução irregular pelo banco. Erro culposo. Caracterização. Inclusão do nome da requerente no Serviço de Proteção ao Crédito. Incabimento. Ressarcimento devido. Pretendida majoração do quantum indenizatório. Impossibilidade. Fixação adequada. Sentença confirmada. Recursos desprovidos. . 105
- Indenização — Funcionária de instituição bancária. Alegação de discriminação pessoal e funcional em razão de moléstia grave manifestada em pessoa da família. Comprovação. Violação da intimidade e da vida privada. Caracterização. Atos ofensivos praticados por empregados no exercício do trabalho. Culpa in eligendo demonstrada. Responsabilidade da instituição financeira. Quantum indenizatório arbitrado corretamente. Recursos desprovidos. .... 302
- Serviço de Proteção ao Crédito — SPC. Inscrição do nome de consorciados. Legitimação do lançamento. Débito pendente. Existência de erro material no recibo comprobatório do pagamento. Demonstração. Pedido improcedente. .... 217
- Tratamento odontológico incompleto — Danos causados à cliente. Comprovação. Danos morais. Verba devida. Quantificação exacerbada. Redução. .... 262

**DECADÊNCIA**

- Furto — Menor penalmente imputável. Decadência do ato infracional no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente. Reconhecimento. Exegese do art. 2º, parágrafo único, combinado com o art. 121, § 5º, ambos do ECA..... 600

**DESAPROPRIAÇÃO**

- Direta — Justa indenização. Reconhecimento. Criteriosa e adequada avaliação pericial. Lucros cessantes. Indemonstração. Danos emergentes. Valor encontrado na perícia. Acolhimento. Honorários advocatícios. Ajustamento. Fixação moderada. Recurso parcialmente provido. .... 413

**DESAPROPRIAÇÃO INDIRETA**

- Imóvel — Venda ad corpus. Indenização indevida pelo excesso de área. Sentença extra petita. Caracterização. Adequação do julgado na instância ad quem. Admissibilidade. Recurso voluntário e remessa providos. .... 172

**DESPACHO DA VICE-PRESIDÊNCIA**

- Recurso especial — Direito de recorrer em liberdade. Impossibilidade. Impugnação recursal que não impede a imediata efetivação da prisão do condenado..... 745
- Recurso extraordinário — Mandado de segurança. Funcionário público. Isonomia. Concessão. Pretendida execução provisória do decisum. Impossibilidade. Necessidade do trânsito em julgado. Indeferimento do pleito. .... 747

**DIREITO AUTORAL**

- Ação de cobrança — Sonorização ambiental. Retransmissão radiofônica. Terminal rodoviário municipal. Conforto e entretenimento dos usuários. Verba devida pela municipalidade. Pedido procedente. Recurso especial provido. .... 739

**DIREITO DE PREFERÊNCIA**

- Execução fiscal — Fazenda Pública estadual. Habilitação de crédito por autarquia federal. Invocação do direito de preferência. Impossibilidade. Inexistência de penhora sobre o mesmo bem. Concurso particular. Caracterização. Exegese dos arts. 711 a 713 do CPC. .... 452

**DIVÓRCIO**

- Conversão — Separação judicial consensual em divórcio — Descumprimento de obrigação assumida por ocasião da separação.

Encargo de relevância. Hipótese que obsta a conversão pretendida. Pedido improcedente. .... 356

## DOCUMENTO

- Exibição — Possibilidade. Documentação necessária ao deslinde da ação. Pedido procedente. .... 193
- Juntada na fase de apelação — Impossibilidade. Ausência de prova da força maior impeditiva da apresentação com a petição inicial. .... 140

## DOCTRINA

- Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica — Jorge Luis Costa Beber, Juiz de Direito..... 73
- Crimes ambientais: sursis processual, penas alternativas e dosimetria — Jorge Henrique Schaefer Martins, Juiz de Direito e Professor..... 51
- Da ação acidentária — Eládio Torret Rocha, Juiz de Direito Substituto de Segundo Grau. .... 31
- Deontologia jurídica e meio ambiente — Volnei Ivo Carlin, Juiz de Direito e Professor..... 23
- Novos procedimentos nos tribunais — Carlos Alberto Silveira Lenzi, Desembargador. .... 3
- Proposta substitutiva da alteração parcial do Projeto de Lei n. 4.348/98 (Deputado Ibrahim Abi-Ackel) — Joel Dias Figueira Júnior, Juiz de Direito e Professor. .... 63

## DUPLICATA

- Vide Cambial.

## E

### ELÁDIO TORRET ROCHA (Dr.)

- Da ação acidentária. .... 31

### EMBARGOS À EXECUÇÃO

- Vide Execução.

### EMBARGOS DE TERCEIRO

- Execução — Interposição dos embargos pelo executado. Admissibilidade. Defesa de usufruto. Exegese do art. 1.046, § 2º, do CPC. Embargos procedentes. .... 394



- Imóvel — Constrição. Pretendida liberação da meação, pelo proprietário, do bem indicado em juízo como garantia de dívida assumida pelo cônjuge. Litispendência. Ocorrência. Repetição de ações caracterizada. Extinção da segunda sem apreciação do mérito. Dilação probatória. Desnecessidade. Cerceamento de defesa inocorrente. Fiança. Alegação de nulidade. Questionamento vedado a quem não participou na avença. Casamento com a devedora. Comunicação das dívidas e obrigações. Litigância de má-fé. Configuração. Honorários advocatícios. Fixação. Cumprimento ao disposto no art. 20 do CPC. Recurso desprovido. Sentença confirmada..... 296
- Imóvel — Penhora. Liberação. Embargos fundados em compromisso de compra e venda não registrado. Possibilidade. Inépcia da inicial afastada. Procedência do pedido. Aquisição do bem, porém, contaminada pela fraude à execução. Caracterização. Sentença reformada. Recurso provido. .... 208

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS**

- Vide Recurso.

**EMBARGOS DO DEVEDOR**

- Execução — Sentença homologatória de transação. Alegação de inexigibilidade do título judicial. Improcedência. Exegese do art. 584, III, do CPC. Litigância de má-fé. Caracterização. Honorários advocatícios. Redução. Verba excessiva. Recurso parcialmente provido. .... 100
- Execução — Cambial aceita e protestada. Acolhimento dos embargos em face da prova testemunhal produzida. Incabimento. Liquidez e certeza da cártula caracterizadas. Acostamento, aos autos, das notas fiscais comprobatórias da transação. Irrelevância. Sentença reformada. Apelo provido. .... 257

**EMBARGOS INFRINGENTES**

- Vide Recurso.

**ESTADO**

- Vide Pessoa jurídica de direito público.

**ESTATUTO DA ADVOCACIA E DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL (Lei n. 8.906/1994)**

- Art. 23..... 290

**ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE (Lei n. 8.069/1990)**

- Art. 2º ..... 597
- Art. 2º, parágrafo único ..... 600

- Art. 103..... 600
- Art. 104, parágrafo único..... 597
- Art. 121, § 5º..... 597 e 600

## **ESTATUTO DO MAGISTÉRIO PÚBLICO DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.844/1986)**

- Art. 80..... 515

## **ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DA UNIÃO (Lei n. 8.112/1990)**

- Art. 2º ..... 91
- Art. 3º ..... 91
- Art. 36..... 709
- Art. 84, § 2º ..... 709
- Art. 118, § 2º ..... 252

## **ESTATUTO DOS FUNCIONÁRIOS PÚBLICOS CIVIS DE SANTA CATARINA (Lei n. 6.745/1985)**

- Art. 3º, § 1º ..... 515
- Art. 22, § 5º ..... 709
- Art. 75..... 709
- Art. 90..... 85 e 515
- Art. 196..... 515

## **ESTUPRO**

- Vide Crime contra os costumes.

## **EXECUÇÃO**

- Arrematação — Intimação pessoal. Via telefone. Meio idôneo. Inteligência do art. 687, § 5º, do CPC. Preço vil. Inocorrência. Lanço superior a 63% do valor atualizado do bem. Recurso provido parcialmente..... 387
- Embargos — Cédula de crédito industrial. Cláusula penal. Multa contratual. Redução. Aplicação do art. 52, § 2º, do Código do Consumidor. Teoria da imprevisão. Inaplicabilidade. Capitalização de juros. Admissibilidade. Exegese do art. 16, V, do Decreto-Lei n. 413/69. Juros reais. Limitação a 12% ao ano. Auto-aplicabilidade. Recurso parcialmente provido..... 240
- Embargos — Contrato de empréstimo. Aval. Letra de câmbio e nota promissória. Vinculação à avença. Alegação de nulidade da executória. Inacolhimento. Pedido estribado em pacto formalmente perfeito. Atraso no pagamento. Cobrança de comissão de permanência, juros moratórios e multa. Exigibilidade. Honorários

advocatícios. Redução. Litigância de má-fé. Exclusão. Recurso parcialmente provido. ....	111
— Embargos de terceiro — Interposição pelo executado. Admissibilidade. Defesa de usufruto. Exegese do art. 1.046, § 2º, do CPC. Embargos procedentes. ....	394
— Embargos do devedor — Sentença homologatória de transação. Alegação de inexigibilidade do título judicial. Improcedência. Exegese do art. 584, III, do CPC. Litigância de má-fé. Caracterização. Honorários advocatícios. Redução. Verba excessiva. Recurso parcialmente provido. ....	100
— Extrajudicial — Interposição contra sócios diretores de empresa falida. Impossibilidade. Solidariedade deles perante os credores. Exegese do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Competência do juízo universal da falência. Extinção da execucional. ....	444
— Duplicata — Cambial aceita e protestada. Embargos do devedor. Acolhimento em face da prova testemunhal produzida. Incabimento. Liquidez e certeza da cártula caracterizadas. Acostamento, aos autos, das notas fiscais comprobatórias da transação. Irrelevância. Sentença reformada. Apelo provido. ....	257

## EXECUÇÃO DE SENTENÇA

- Vide Sentença.

## EXECUÇÃO FISCAL

— Empresa — Dissolução irregular. Bens do sócio-gerente. Construção. Possibilidade. Exegese do art. 135 do CTN. ....	429
— Fazenda Pública — Estadual. Habilitação de crédito por autarquia federal. Invocação do direito de preferência. Impossibilidade. Inexistência de penhora sobre o mesmo bem. Concurso particular. Caracterização. Exegese dos arts. 711 a 713 do CPC. Agravo provido. ....	452

## EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

— Declaração de ofício — Prescrição da pretensão punitiva do Estado. ....	615
— Declaração de ofício — Prescrição retroativa. ....	600

## EXTINÇÃO DO PROCESSO

- Vide Processo.

## EXTORSÃO

— Conexão com crime de formação de quadrilha — Habeas corpus. Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Configuração. Ordem concedida. ....	537
--	-----

**EXTORSÃO MEDIANTE SEQÜESTRO**

- Habeas corpus — Morte da vítima. Excesso de prazo na formação da culpa. Inocorrência. Pluralidade de réus e defensores. Atraso justificável. Ordem denegada..... 540

**F****FALÊNCIA**

- Duplicata — Falta de pagamento. Protesto. Desnecessidade de individualização na certidão. Entrega da intimação no endereço constante do título. Nulidade do ato afastada. Recurso provido. Maioria de votos. .... 157
- Sociedade — Cotas de responsabilidade limitada. Decretação. Execução extrajudicial. Interposição contra sócios diretores. Impossibilidade. Solidariedade deles perante os credores. Exegese do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Competência do juízo universal da falência. Extinção da execucional. Decisão mantida..... 444

**FALSIFICAÇÃO DE DOCUMENTO PÚBLICO**

- Advogado — Rasura da data da certidão lavrada pelo escrivão judicial certificando a sua intimação como forma de tornar tempestivo o recurso de apelação. Alteração observada pelo magistrado. Ausência de prejuízo. Delito descaracterizado. Absolvição decretada. Decisão reformada. .... 562

**FAZENDA PÚBLICA**

- Estadual — Execução fiscal. Habilitação de crédito por autarquia federal. Invocação do direito de preferência. Impossibilidade. Inexistência de penhora sobre o mesmo bem. Concurso particular. Caracterização. Exegese dos arts. 711 a 713 do CPC. Agravo provido. .... 452

**FERNANDO CARIONI (Dr.)**

- Discurso proferido na posse do Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi. . 751

**FIANÇA**

- Locação — Penhora. Imóvel. Bem de fiador. Contrato anterior à Lei n. 8.245/91. Impenhorabilidade. .... 464
- Nulidade — Questionamento vedado na via estreita dos embargos de terceiro. .... 296

**FINANCIAMENTO**

- Habitacional — Contrato. Ação revisional. Atualização da dívida. Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) não pactuado com a Caixa Econômica Federal. Inexistência de litisconsorte necessário da CEF. Competência da Justiça Estadual para o conhecimento da causa. .... 468
- Imobiliário — Sistema Financeiro da Habitação. Saldo devedor. Reajustamento. Coeficiente. Utilização do BTNF. Manutenção do equilíbrio entre a instituição financeira e o mutuário. .... 326

**FRAUDE À EXECUÇÃO**

- Imóvel — Penhora. Liberação. Embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda não registrado. Possibilidade. Inépcia da inicial afastada. Procedência dos embargos. Aquisição do bem, porém, contaminada pela fraude à execução. Caracterização. Sentença reformada. Recurso provido. .... 208

**FUNCIONÁRIO PÚBLICO**

- Ação rescisória — Violação a literal disposição de lei e obtenção de documento novo. Desconstituição de acórdão proferido em ação de reconhecimento de direito e indenização. Exercício de cargos em comissão. Cômputo exigido pela Lei n. 6.901/86. Atendimento. Desconsideração pelo julgador. Violação do direito expresso. Caracterização. Aposentadoria da autora superveniente à referida lei. Aplicação da Súmula 359 do STF. Agregação reconhecida. Rescisória procedente. .... 515
- Escrivã Judicial — Pedido de permanência à disposição da Justiça Eleitoral, com exercício em outro estado da União, onde o marido exerce as funções de Juiz Federal. Indeferimento. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. Maioria de votos. . 709
- Inativo — Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Legalidade. Exegese dos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da CF, bem como da Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário de contribuição sobre os proventos. Ausência de direito líquido e certo. Demonstração. Segurança denegada. .... 91
- Magistério — Gratificações. Incidência sobre o vencimento e exclusão nas vantagens da agregação. Inadmissibilidade. Respeito ao princípio do direito adquirido. Incidência sobre gratificação complementar de vencimento. Impossibilidade. Vedação constitucional. Segurança parcialmente concedida. Maioria de votos. . 85

**FURTO**

- Menor inimputável — Decadência do ato infracional no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente e prescrição na órbita penal

comum. Reconhecimento. Recurso parcialmente provido. Extinção da punibilidade. Declaração de ofício. .... 600

## FURTO PRIVILEGIADO

— Descaracterização — Impossibilidade do seu reconhecimento em sede de crime qualificado. .... 630

## FURTO QUALIFICADO

— Arrombamento — Tentativa. Reconhecimento. Autoria e materialidade. Comprovação. Agente reconhecido pela vítima e testemunhas. Pena. Redução de ofício. Iter criminis incompleto. Recurso desprovido. .... 591

— Arrombamento e concurso de agentes — Comprovação. Confissão extrajudicial corroborada pelo restante da prova produzida. Demonstração. Reconhecimento da figura do furto privilegiado. Impossibilidade. Pena. Redução. Adequação. Condenação mantida. Recurso parcialmente provido. .... 630

— Réu menor — Interrogatório. Curador. Munus que recaiu na pessoa do Escrivão Judicial. Inadmissibilidade. Nulidade do processo. Decretação de ofício. .... 573

## H

## HABEAS CORPUS

— Extorsão e formação de quadrilha — Trancamento da ação penal. Falta de justa causa. Configuração. Ordem concedida. .... 537

— Incompetência territorial do juízo — Exceção. Ausência de arguição oportuna. Preclusão. Interrogatório. Realização no juízo deprecado. Possibilidade. Ausência de prejuízo. Intimação dos defensores para acompanhamento do ato. Desnecessidade. Cerceamento de defesa inócua. Nulidades afastadas. Extorsão mediante seqüestro. Morte da vítima. Excesso de prazo na formação da culpa. Inocorrência. Pluralidade de réus e defensores. Atraso justificável. Ordem denegada. .... 540

— Interposição contra ato do Tribunal de Justiça — Julgamento. Competência do STF. Conhecimento do writ. Intimação de advogado. Irregularidade. Comprovação. Ordem concedida. Determinação da republicação do ato. .... 729

**HOMICÍDIO**

- Cumulação com lesão corporal — Delito praticado por policial militar. Condenação. Perda da graduação declarada. Procedência da representação. .... 690
- Policial militar — Cabo bombeiro. Condenação. Representação. Perda de graduação de praça. Pedido da defesa objetivando a produção de provas. Descabimento. Defesa escrita e sustentação oral manifestada. Indignidade e incompatibilidade com a função pública que exerce. Reconhecimento. Decretação da perda da graduação. .... 684

**HOMICÍDIO CULPOSO**

- Acidente de trânsito — Atropelamento. Alegação de culpa exclusiva da vítima. Inocorrência. Excesso de velocidade. Conduta imprudente. Omissão de socorro. Descaracterização. Exclusão da majorante. Prazo de suspensão condicional da pena. Redução. Recurso parcialmente provido. .... 565
- Acidente de trânsito — Motorista que imprimindo alta velocidade em local de grande movimento e em dia de chuva invade a contramão de direção, provocando várias colisões. Alegação de culpa exclusiva de ciclista embriagado. Circunstância que não afasta a culpa do apelante. Imprudência caracterizada. Recurso desprovido. .... 604

**HOMICÍDIO QUALIFICADO**

- Duplamente — Pronúncia. Decisão que exclui a qualificadora do motivo torpe. Circunstância sem amparo na prova colhida. Manutenção. Recurso ministerial desprovido. .... 548
- Duplo — Júri. Qualificadora da surpresa. Caracterização. Coação moral irresistível. Indemonstração. Agente que desferiu tiro contra sua esposa, grávida. Parto prematuro. Morte da criança no dia seguinte. Concurso formal. Reconhecimento. Delitos cometidos mediante única ação. Agravante do art. 61, letra h, do CP. Exclusão. Recurso parcialmente provido. .... 644
- Júri — Quesitação obrigatória de tese defensiva. Ausência. Nulidade do julgamento popular. Eiva reconhecida. Recurso provido. Novo julgamento ordenado. .... 633
- Pronúncia — Qualificadoras. Surpresa. Inclusão pelo Ministério Público. Impossibilidade. Inconfiguração. Motivo torpe. Exclusão manifestada pela defesa. Incabimento. Reconhecimento. Alegação de intempestividade do recurso ministerial. Inocorrência. Pretendida, ainda, a desclassificação do delito para homicídio culposo. Inacolhimento em sede provisional. Recursos ministerial e da defesa improvidos. Maioria de votos. .... 550

**HONORÁRIOS DE ADVOGADO**

— Fixação moderada. Aplicação do art. 20, § 4º, do CPC.....	413
— Ação de investigação de paternidade — Cumulação com alimentos. Autor beneficiário da assistência judiciária. Sucumbente não isento. Verba devida. Aplicação do art. 11 da Lei n. 1.060/50. ....	164
— Beneficiário da assistência judiciária — Fixação. Aplicação do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50. ....	350
— Fixação — Cumprimento do disposto no art. 20 do CPC. ....	296
— Indenização — Acidente de trânsito. Verba suportada pela parte vencida. ....	376
— Indenização — Fixação da verba segundo os critérios do art. 20, § 3º, do CPC, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50. Percentual mantido. ....	302
— Redução — Verba excessiva. Aplicação dos critérios do § 4º do art. 20 do CPC. ....	100
— Redução — Verba excessiva. Aplicação dos critérios do § 4º do art. 20 do CPC. ....	111
— Sucumbência recíproca — Compensação da verba. Inadmissibilidade. Fixação de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC. ....	290
— Verba adequada — Ação possessória. Cumulação com perdas e danos. Aplicação do art. 20, § 3º, do CPC. ....	228

**I****ILEGITIMIDADE AD CAUSAM**

— Passiva — Indenização. Dano moral e material. Funcionária de instituição bancária. Alegação de discriminação pessoal e funcional em razão de moléstia grave manifestada em pessoa da família. Comprovação. Agravo retido. Arguição de ilegitimidade para figurar no pólo passivo. Inocorrência. Atos ofensivos praticados por empregados no exercício do trabalho. Culpa in eligendo demonstrada. Responsabilidade da instituição financeira. Preliminar rejeitada. ....	302
— Passiva — Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenizatória intentada contra pessoa em cujo nome encontra-se registrado, no Detran, o veículo causador do evento. Comprovação da venda do veículo antes do sinistro. Ilegitimidade caracterizada. Extinção do processo. Decretação. ....	345



**IMÓVEL**

- Ação declaratória — Inexistência de relação jurídico-tributária. Cumulação com restituição de valores depositados em juízo. Bem inserido no Parque Estadual Serra do Tabuleiro. Declaração de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação. Apossamento indireto do poder público. Comprovação. Pretendida inexigibilidade da cobrança do IPTU referente àquela área e restituição de valores pagos. Pedido procedente. .... 311
- Condomínio — Título patrimonial de sociedade. Alienação. Validade. Previsão estatutária. Higidez do negócio. Exploração conjunta. Acordo de vontade entre as partes. Comunhão voluntária. Caracterização. Indivisibilidade da coisa. Demonstração. Desinteresse na continuação do condomínio. Extinção. Determinação. Recurso provido. .... 130
- Constrição — Embargos de terceiro. Pretendida liberação da meação, pelo proprietário, do bem indicado em juízo como garantia de dívida assumida pelo cônjuge. Fiança. Alegação de nulidade. Descabimento na via estreita dos embargos. Casamento com a devedora. Comunicação das dívidas e obrigações. Recurso desprovido. Sentença confirmada. .... 296
- Desapropriação indireta — Venda ad corpus. Indenização indevida pelo excesso de área. Sentença extra petita. Caracterização. Adequação do julgado na instância ad quem. Admissibilidade. Recurso voluntário e remessa providos. .... 172
- Financiamento imobiliário — Sistema Financeiro da Habitação. Saldo devedor. Reajustamento. Coeficiente. Utilização do BTNF. Manutenção do equilíbrio entre a instituição financeira e o mutuário. .... 326
- Penhora — Bem de fiador. Contrato anterior à Lei n. 8.245/91. Impenhorabilidade. .... 464
- Penhora — Bem com destinação mista. Terreno com várias construções. Divisibilidade aparente. Impenhorabilidade somente da parte destinada a residência. .... 464
- Penhora — Liberação. Embargos de terceiro fundados em compromisso de compra e venda não registrado. Possibilidade. Inépcia da inicial afastada. Procedência dos embargos. Aquisição do bem, porém, contaminada pela fraude à execução. Caracterização. Sentença reformada. Recurso provido. .... 208
- Promessa de compra e venda — Quitação. Transmissão a terceiro. Cumprimento da avença. Exigibilidade da escritura definitiva da primitiva vendedora. Possibilidade. Registro do contrato no assento imobiliário. Desnecessidade. Recurso provido. Prosseguimento do feito para apreciação das matérias remanescentes. .... 363

- Usufruto — Instituição por convenção e não como resultante do direito de família — Transcrição no registro imobiliário. Indispensabilidade. Exegese do art. 715 do CC. .... 334

## **IMPOSTO SOBRE A PROPRIEDADE PREDIAL E TERRITORIAL URBANA**

- IPTU — Ação declaratória. Inexistência de relação jurídico-tributária. Cumulação com restituição de valores depositados em juízo. Imóvel. Bem inserido no Parque Estadual Serra do Tabuleiro. Declaração de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação. Aposseamento indireto do poder público. Comprovação. Pretendida inexigibilidade da cobrança do imposto referente àquela área e restituição de valores pagos. Pedido procedente. Remessa e recurso desprovidos. .... 311
- IPTU — Lei Complementar. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Ação direta de inconstitucionalidade. Liminar concedida. .... 703

## **INDENIZAÇÃO**

- Acidente de trânsito — Seguro obrigatório. Danos pessoais. Motociclista. Vítima que, em razão da queda, veio a falecer em consequência dos ferimentos provocados por disparo de arma de fogo que portava na cintura no momento da colisão. Tese defensiva de mero acidente pessoal e não de tráfego. Inacolhimento. Relação de causa e efeito entre o evento e o resultado morte evidenciada pelo impacto. Verba devida. Decisão mantida. .... 339
- Dano moral — Cheque. Devolução irregular pelo banco. Erro culposo. Caracterização. Inclusão do nome da requerente no Serviço de Proteção ao Crédito. Incabimento. Ressarcimento devido. Pretendida majoração do quantum indenizatório. Impossibilidade. Fixação adequada. Sentença confirmada. Recursos desprovidos. . 105
- Dano moral e material — Funcionária de instituição bancária. Alegação de discriminação pessoal e funcional em razão de moléstia grave manifestada em pessoa da família. Comprovação. Violação da intimidade e da vida privada. Caracterização. Arguição de ilegitimidade passiva ad causam. Inocorrência. Atos ofensivos praticados por empregados no exercício do trabalho. Culpa in eligendo demonstrada. Responsabilidade da instituição financeira. Preliminar repelida. Quantum indenizatório. Verba corretamente arbitrada. Honorários advocatícios. Fixação. Aplicação do art. 20, § 3º, do CPC, combinado com o art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50. Decisão mantida. Recursos desprovidos. .... 302

- Desapropriação indireta — Venda ad corpus. Verba indenizatória indevida pelo excesso de área. Sentença extra petita. Caracterização. Adequação do julgado na instância ad quem. Admissibilidade. Recurso voluntário e remessa providos. .... 172
- Perdas e danos — Odontólogo. Exercício da função no Estado e no Município. Cumulação indevida. Superposição de horários. Vedação constitucional. Ressarcimento dos valores auferidos. Determinação. Recurso voluntário e remessa providos. .... 252
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Indenizatória intentada contra pessoa em cujo nome encontra-se registrado, no Detran, o veículo causador do evento. Comprovação da venda do veículo antes do sinistro. Ilegitimidade passiva ad causam do réu. Acolhimento. Extinção do processo. Decretação. Exegese do art. 267, VI, do CPC. .... 345
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Preposto da seguradora. Culpa grave. Seguradora. Obrigação de indenizar. .... 337
- Responsabilidade civil — Acidente de trânsito. Sentença penal condenatória passada em julgado. Aplicação do art. 63 do CPP. Pensão. Cabimento. Irrelevância da ausência de prova da relação empregatícia da vítima. 13º salário. Exclusão. Gratificação que não integrava a renda anual da família. Seguro obrigatório. Dedução do montante. Possibilidade. Honorários advocatícios. Verba suportada pela parte vencida. Recurso parcialmente provido. .... 376
- Responsabilidade civil — Homicídio. Vítima jovem. Pensão alimentícia. Verba devida. Tempo de duração. Vinte e cinco ou sessenta anos. Divergência. Dano moral. Cabimento. Forma de avaliação. Quantum debeatur. Aplicação razoável. Recurso desprovido. Maioria de votos. .... 315

## INÉPCIA

- Vide Petição inicial.

## INJÚRIA

- Vide Crime contra a honra.

## INTERROGATÓRIO

- Vide Processo crime.

## INTIMAÇÃO

- Advogado — Irregularidade. Comprovação. Ordem de habeas corpus concedida. Determinação de republicação do ato. .... 729
- Pessoal — Via telefone. Meio idôneo. Inteligência do art. 687, § 5º, do CPC. .... 387

**INTIMAÇÃO (matéria penal)**

- Interrogatório — Realização no juízo deprecado. Intimação dos defensores para acompanhamento do ato. Desnecessidade. Cerceamento de defesa incorrente. Preliminar afastada. .... 540

**INVENTÁRIO**

- Ação de sonegados — Alegação de fraude decorrente da venda de imóveis por interposta pessoa. Arguições alheias ao procedimento eleito. Inventário negativo. Bens e herdeiros não relacionados e falecimento da representante do espólio. Sonegação afastada ante o disposto no art. 1.784 do CC. Ausência de interesse processual. Exegese do art. 267, VI, do CPC. Extinção do feito mantida. Recurso desprovido. .... 292

**INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE**

- Cumulação com alimentos — Exame de DNA. Ausência. Concor-  
dância implícita do investigado. Pretendida realização do exame  
em grau de apelação. Inviabilidade. Honestidade e recato da mãe  
do investigador. Comprovação. Paternidade fundada no domínio  
público e em confidências do indigitado pai relatadas por testemu-  
nhas. Admissibilidade. Ação procedente. Recurso desprovido. .... 167
- Cumulação com alimentos — Exceptio plurium concumbentium.  
Incomprovação. Exame de DNA. Probabilidade que se aproxima  
da certeza absoluta. Honestidade da mãe do autor. Comprovação.  
Pensão alimentícia. Fixação em um salário mínimo mensal. Razo-  
abilidade. Honorários advocatícios. Beneficiário da assistência judi-  
ciária. Fixação. Aplicação do art. 11, § 1º, da Lei n. 1.060/50. Pedi-  
do procedente. Recurso parcialmente provido. .... 350
- Cumulação com alimentos — Proporcionalidade da verba alimen-  
tar. Incidência do art. 400 do CC. Fixação a partir da citação. Hono-  
rários advocatícios. Autor beneficiário da assistência judiciária.  
Sucumbente não isento. Verba devida. Aplicação do art. 11 da Lei  
n. 1.060/50. Ação procedente. Recurso desprovido. .... 164
- Prova convincente da paternidade — Honestidade da mãe do in-  
vestigante. Namoro exclusivo com o investigado. Reconhecimen-  
to. Registro de batismo com o nome do investigando. Constata-  
ção. Exame de DNA e prova fotográfica. Evasivas e recusa. Pre-  
sunção do relacionamento sexual e indício contundente e compro-  
metedor da paternidade. Demonstração. Pedido procedente. .... 220

## J

**JOÃO MARTINS (Des.)**

- Discurso proferido na posse do Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi. 751

**JOEL DIAS FIGUEIRA JÚNIOR (Dr.)**

- Proposta substitutiva da alteração parcial do Projeto de Lei n. 4.348/98 (Deputado Ibrahim Abi-Ackel). ..... 63

**JORGE HENRIQUE SCHAEFER MARTINS (Dr.)**

- Crimes ambientais: sursis processual, penas alternativas e dosimetria. .... 51

**JORGE LUIS COSTA BEBER (Dr.)**

- Alimentos e desconsideração da pessoa jurídica. .... 73

**JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE**

- Ação de consignação em pagamento — Julgamento antecipado. Viabilidade. Dilação probatória desnecessária. Cerceamento de defesa inócurrenente. Preliminar rejeitada. .... 401
- Admissibilidade — Dispensabilidade da prova pericial requerida. Cerceamento inócurrenente. .... 228
- Admissibilidade — Prova eminentemente documental. Cerceamento de defesa inócurrenente. .... 187

**JÚRI**

- Duplo homicídio — Qualificadora da surpresa. Caracterização. Alegação de coação moral irresistível. Indemonstração. Agente que desfere tiro contra sua esposa, grávida. Parto prematuro. Morte da criança no dia seguinte. Concurso formal. Reconhecimento. Delitos cometidos mediante única ação. Agravante do art. 61, letra h, do CP. Exclusão. Recurso parcialmente provido. .... 644
- Homicídio qualificado — Quesitação obrigatória de tese defensiva. Ausência. Nulidade do julgamento popular. Eiva reconhecida. Recurso provido. Novo julgamento ordenado. .... 633
- Segundo julgamento — Recurso ministerial. Alegação de respostas incoerentes e contraditórias aos quesitos. Não conhecimento. Apelação pelo mesmo motivo. Impossibilidade. Aplicação do art. 593, § 3º, do CPP. Extinção da punibilidade. Declaração de ofício. 615

**JUROS**

- Capitalização — Cédula de crédito industrial. Admissibilidade. Exegese do art. 16, V, do Decreto-Lei n. 413/69, e Súmula 93 do STJ. .... 240
- Moratórios — Contrato de empréstimo. Atraso no pagamento. Exigibilidade da verba. .... 111
- Reais — Limitação a 12 % ao ano. Auto-aplicabilidade do art. 192, § 3º, da CF. .... 240

**L****LATROCÍNIO**

- Roubo de caminhão — Fato que não se verificou por motivos alheios à vontade dos agentes. Morte do caminhoneiro. Delito consumado. Aplicação da Súmula 610 do STF. Pretendida desclassificação para furto de veículo e homicídio. Impossibilidade. Prova robusta. Condenação mantida. Pena-base. Estipulação acima do mínimo legal. Possibilidade. Concurso de agravante e atenuante. Preponderância. Sanção pecuniária. Adequação. Recurso parcialmente provido. .... 652

**LEASING**

- Arrendamento mercantil — Veículo. Obrigação com prazo certo. Inadimplência. Mora. Caracterização. Aplicação do art. 960 do CC. Rescisão do contrato. Reintegratória de posse. Procedência. .... 383
- Contrato — Arrendamento mercantil. Inadimplemento do arrendatário. Veículo. Reintegração de posse. Cumulação com perdas e danos. Admissibilidade. Multa contratual. Incidência. Exclusão das prestações vincendas. Cobrança do Valor Residual Garantido juntamente com as prestações mensais. Possibilidade. Pedido procedente. Recursos desprovidos. .... 228

**LEGISLAÇÃO ESTADUAL****DECRETOS**

- N. 203/1995 — Art. 5º ..... 91
- N. 1.260/1975 — ..... 311
- N. 1.261/1975 — ..... 311
- N. 19.236/1983 — Art. 49..... 680

	— Art. 50 .....	680
	— Art. 52 .....	680
<b>LEIS</b>		
— N. 1.141/1993	— .....	727
— N. 3.138/1962	— .....	91
	— Art. 7º .....	81
— N. 4.425/1970	— Art. 160 .....	515
	— Art. 281, parágrafo único .....	515
— N. 4.738/1972	— Art. 9º .....	515
— N. 5.624/1979	— Vide Código de Divisão e Organização Ju- diciárias de Santa Catarina.	
— N. 6.215/1983	— Art. 10, IV .....	680
	— Art. 14 .....	680
	— Art. 17, e .....	680
	— Art. 18 .....	680
— N. 6.218/1983	— Art. 13 .....	690
	— Art. 29 .....	684
	— Art. 61, § 1º .....	680
	— Art. 62, §§ 1º e 2º .....	680
	— Art. 122 .....	684
	— Art. 161, .....	680
— N. 6.745/1985	— Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis de Santa Catarina.	
— N. 6.844/1986	— Vide Estatuto do Magistério Público de Santa Catarina.	
— N. 6.901/1986	— Art. 3º .....	515
— N. 9.831/1995	— .....	91
— N. 10.050/1995	— .....	735

## LEGISLAÇÃO FEDERAL

### DECRETOS

— N. 2.044/1908	— Vide Lei Cambial.	
— N. 3.708/1919	— Art. 3º .....	444
	— Art. 9º .....	444
	— Art. 10 .....	444
	— Art. 15 .....	401
— N. 20.910/1932	— Art. 1º .....	515

### DECRETOS-LEIS

— N. 70/1966	— .....	326
— N. 167/1967	— Art. 3º .....	326
— N. 413/1969	— Art. 16, V .....	240
— N. 667/1969	— Art. 8º, § 2º, b. ....	690

— N. 911/1969	—	.....	383
	—	Art. 3º, caput .....	431
— N. 1.001/1969	—	Vide Código Penal Militar.	
— N. 2.490/1940	—	Art. 10, item 1 .....	523
— N. 3.240/1941	—	Art. 1º .....	677
— N. 3.365/1941	—	Vide Lei das Desapropriações.	
— N. 4.657/1942	—	Vide Lei de Introdução ao Código Civil.	
— N. 7.036/1944	—	Vide Leis de Acidentes do Trabalho.	
— N. 7.661/1945	—	Vide Lei de Falências.	
— N. 7.903/1945	—	Art. 175 e incisos.....	556
— N. 7.937/1945	—	Art. 1º .....	523

## LEIS

— N. 1.060/1950	—	Vide Lei da Assistência Judiciária.	
— N. 1.079/1950	—	Art. 12, itens 2 e 4 .....	718
	—	Art. 74 .....	718
— N. 2.252/1954	—	Art. 1º .....	665
— N. 3.742/1919	—	.....	31
— N. 4.117/1962	—	Art. 84 .....	96 e 105
— N. 4.348/1964	—	Art. 4º .....	747
	—	Art. 5º, parágrafo único .....	747
	—	Art. 7º .....	747
— N. 4.898/1965	—	Art. 3º, b e i .....	625
	—	Art. 4º, a e b .....	625
	—	Art. 6º, § 3º, b .....	625
	—	Art. 6º, § 5º .....	625
— N. 5.172/1966	—	Vide Código Tributário Nacional.	
— N. 5.250/1967	—	Vide Lei de Imprensa.	
— N. 5.316/1967	—	Vide Leis de Acidentes do Trabalho.	
— N. 5.452/1943	—	Vide Consolidação das Leis do Trabalho.	
— N. 5.474/1968	—	Vide Lei das Duplicatas.	
— N. 5.821/1972	—	.....	680
— N. 5.836/1972	—	Art. 2º, IV .....	684
— N. 5.988/1973	—	Art. 73 .....	739
— N. 6.024/1974	—	Art. 39 .....	444
	—	Art. 40 .....	444
— N. 6.367/1976	—	Vide Leis de Acidentes do Trabalho.	
— N. 6.368/1976	—	Vide Lei Antitóxicos.	
— N. 6.404/1976	—	Vide Lei das Sociedades Anônimas.	
— N. 6.515/1977	—	Vide Lei do Divórcio.	
— N. 6.830/1980	—	Vide Lei de Execução Fiscal.	
— N. 6.899/1981	—	.....	111
— N. 6.969/1981	—	.....	150



— N. 6.999/1982	— Art. 2º .....	709
	— Art. 9º .....	709
— N. 7.210/1984	— Vide Lei de Execução Penal.	
— N. 7.244/1984	— .....	510
— N. 7.841/1989	— .....	356
— N. 8.004/1990	— .....	468
— N. 8.009/1990	— Art. 1º .....	464
	— Art. 3º, VII .....	464
— N. 8.024/1990	— Art. 6º, caput .....	326
	— Art. 6º, §§ 1º e 2º .....	326
	— Art. 9º .....	326
	— Art. 17 .....	326
— N. 8.038/1990	— Art. 27, § 2º .....	747
— N. 8.069/1990	— Vide Estatuto da Criança e do Adolescente.	
— N. 8.072/1990	— Art. 2º .....	578
— N. 8.078/1990	— Vide Código de Defesa do Consumidor.	
— N. 8.080/1990	— Art. 2º .....	271
	— Art. 5º .....	271
	— Art. 6º .....	271
	— Art. 7º .....	271
— N. 8.088/1990	— Art. 5º .....	326
	— Art. 6º .....	326
— N. 8.112/1990	— Vide Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União.	
— N. 8.137/1990	— .....	569
	— Art. 1º, V .....	559
	— Art. 1º, parágrafo único .....	559
	— Art. 2º, I .....	559
	— Art. 11 .....	559
	— Art. 19 .....	569
— N. 8.212/1991	— Art. 16 .....	31
	— Art. 51 .....	31 e 452
— N. 8.213/1991	— Art. 11, I, a .....	31
	— Art. 86 .....	31
	— Art. 120 .....	31
	— Art. 121 .....	31
	— Art. 128 .....	31
— N. 8.245/1991	— Vide Lei do Inquilinato.	
— N. 8.408/1992	— .....	356
— N. 8.437/1992	— Art. 1º, § 3º .....	368
— N. 8.666/1993	— Art. 24 .....	271
	— Art. 25 .....	271 e 368
— N. 8.906/1994	— Vide Estatuto da Advocacia e da Ordem dos Advogados do Brasil.	

— N. 8.950/1994	—	.....	496
— N. 8.953/1994	—	.....	387
— N. 8.984/1995	— Art. 1º	.....	178
— N. 9.032/1995	—	.....	31
— N. 9.034/1995	— Art. 6º	.....	652
— N. 9.099/1995	—	..... 63, 510 e	727
	— Art. 61	.....	51
	— Art. 82	.....	577
	— Art. 89	..... 51, 565, 575, 625 e	697
— N. 9.125/1995	—	.....	31
— N. 9.129/1995	—	.....	31
— N. 9.313/1996	—	.....	271
	— Art. 1º, § 1º	.....	368
	— Art. 2º	.....	368
	— Art. 3º	.....	368
	— Art. 4º	.....	368
— N. 9.318/1996	—	.....	644
— N. 9.494/1997	— Art. 1º	.....	747
— N. 9.528/1997	—	.....	31
— N. 9.605/1998	—	.....	51
— N. 9.668/1998	—	.....	100

## LEGISLAÇÃO MUNICIPAL

### DECRETOS

— N. 1.935/1995 (Município de Taió)	.....	282
-------------------------------------	-------	-----

### LEIS

— N. 2.251/1995 (Taió)	.....	282
— N. 311/1977 (Palhoça) — Art. 9º	.....	311

### LEGITIMIDADE AD CAUSAM

— Ativa — Ação de reintegração de posse. Bem pertencente ao espólio. Herdeiros. Legitimidade reconhecida. Aplicação do art. 1.572 do CC.	.....	433
— Ativa — Sociedade comercial. Ação de dissolução parcial. Cumulação com apuração de haveres. Admissibilidade. Morte de sócio. Legitimação dos herdeiros como sócios sucessores do de cujus. Reconhecimento. Aplicação do art. 1.402 do CC.	.....	401

### LEI

— Complementar — Ação direta de inconstitucionalidade. IPTU. Alteração na sistemática do tributo. Ausência de publicação da		
---	--	--

norma no exercício anterior. Impossibilidade. Aplicação do princípio da anualidade. Liminar concedida. .... 703

### **LEI ANTITÓXICOS (Lei n. 6.368/1976)**

- Art. 12 ..... 611 e 665
- Art. 16..... 575, 611 e 695
- Art. 22, § 1º..... 575 e 665
- Art. 25..... 611

### **LEI CAMBIAL (Decreto n. 2.044/1908)**

- Art. 29..... 157

### **LEI DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA (Lei n. 1.060/1950)**

- Art. 5º, 1º ..... 302
- Art. 5º, § 5º..... 363 e 441
- Art. 11..... 164
- Art. 11, § 1º ..... 302 e 350
- Art. 12..... 363

### **LEI DAS DESAPROPRIAÇÕES (Decreto-lei n. 3.365/1941)**

- Art. 30..... 413
- Art. 34..... 311
- Art. 15, II..... 257

### **LEI DAS SOCIEDADES ANÔNIMAS (Lei n. 6.404/1976)**

- Art. 45, § 1º ..... 401

### **LEIS DE ACIDENTES DO TRABALHO**

- Decreto-lei n. 7.036/1944 ..... 31
- Lei n. 5.316/1967 ..... 31
- Lei n. 6.367/1976 ..... 31

### **LEI DE EXECUÇÃO FISCAL (Lei n. 6.830/1980)**

- Art. 15, I..... 436
- Art. 29, parágrafo único..... 452

### **LEI DE EXECUÇÃO PENAL (Lei n. 7.210/1984)**

- Art. 145..... 695
- Art. 146..... 695

### **LEI DE FALÊNCIAS (Decreto-lei n. 7.661/1945)**

- Art. 1º ..... 157
- Art. 6º, parágrafo único ..... 444
- Art. 9º ..... 157
- Art. 10..... 157

**LEI DE IMPRENSA (Lei n. 5.250/1967)**

- Art. 52 ..... 96 e 105

**LEI DE INTRODUÇÃO AO CÓDIGO CIVIL (Lei n. 4.657/1942)**

- Art. 4º ..... 96 e 105
- Art. 5º ..... 96, 105, 578 e 709
- Art. 6º ..... 326

**LEI DO DIVÓRCIO (Lei n. 6.515/1977)**

- Art. 5º ..... 117 e 342
- Art. 7º, § 2º ..... 146
- Art. 10, § 1º ..... 117
- Art. 36 ..... 356
- Art. 37, § 1º ..... 356

**LEI DO INQUILINATO (Lei n. 8.245/1991)**

- Art. 35 ..... 353
- Art. 51 ..... 353
- Art. 54, § 1º, a e b ..... 353
- Art. 54, § 2º ..... 353
- Art. 62, I ..... 457
- Art. 82 ..... 464

**LEIS COMPLEMENTARES**

- N. 29/1990 (Estadual) — Art. 2º, § 1º, b e c ..... 735
- Art. 7º ..... 735
- N. 37/1991 (Estadual) ..... 735
- N. 47/1997 (Município de Chapecó) ..... 703
- N. 77/1993 (Estadual) — Art. 15 ..... 510
- Art. 59 ..... 510
- N. 129/1994 (Estadual) ..... 91
- Art. 5º ..... 81
- N. 135/1995 (Estadual) — Art. 9º ..... 735
- N. 139/1995 (Estadual) — Art. 1º ..... 735
- N. 148/1996 — Art. 90, XXII ..... 484
- N. 155/1997 ..... 441

**LESÃO CORPORAL**

- Cumulação com abuso de autoridade — Policiais civis. Agressão e arrombamento da casa da vítima com prisão injustificada. Caracterização. Omissão e adesão dos apelantes na ação delituosa dos co-réus demonstradas. Depoimento das vítimas. Coerência. Condenação mantida. Pena. Redução. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. .... 625

- Cumulação com homicídio — Delito praticado por policial militar. Condenação. Perda da graduação. Declaração. Procedência da representação. .... 690

## **LESÃO CORPORAL CULPOSA**

- Acidente de trânsito — Motorista que imprimindo alta velocidade em local de grande movimento e em dia de chuva invade a contra-mão de direção, provocando várias colisões. Alegação de culpa exclusiva de ciclista embriagado. Circunstância que não afasta a culpa do apelante. Imprudência caracterizada. Recurso desprovido. .... 604

## **LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA**

- Vide Sentença.

## **LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ**

- Caracterização — Condenação mantida. .... 100
- Configuração — Omissão de informações e documentos relevantes. Exegese do art. 17 do CPC. .... 296
- Incomprovação — Exclusão. .... 111

## **LITISCONSÓRCIO**

- Ativo — Particulares e pessoa jurídica de direito público. Representação pelo mesmo procurador. Recurso dos particulares. Não conhecimento. Intempestividade. Inteligência dos arts. 188 e 191, ambos do CPC. Agravo desprovido. .... 462

## **LITISPENDÊNCIA**

- Ocorrência — Repetição de ações caracterizada. Extinção da segunda sem apreciação do mérito. Exegese do art. 267, V, do CPC. .... 296

## **LIVRAMENTO CONDICIONAL**

- Suspensão — Reeducando que comete nova infração durante a vigência do benefício. Exegese do art. 145 da LEP. Extinção da pena. Impossibilidade. Aplicação do art. 89 do CP. Recurso desprovido. .... 695

## **LOCAÇÃO**

- Despejo — Falta de pagamento. Sala comercial. Shopping center. Alegação de cerceamento de defesa. Inocorrência. Indenização do fundo do comércio. Verba indevida. Direito de retenção por benfeitorias. Incabimento. Disposição contratual expressa. Recurso desprovido. .... 353

- Residencial — Ação de despejo. Cumulação com cobrança de aluguéis. Admissibilidade. Exegese do art. 62, I, da Lei n. 8.245/91. Decisão que inviabiliza a cumulação e determina a opção por um dos pedidos. Incabimento. Sentença reformada. Recurso provido. 457

## LUCROS CESSANTES

- Indemonstração — Pedido improcedente. .... 413

## M

### MANDADO DE SEGURANÇA

- Liminar deferitória — Agravo regimental. Interposição. Impossibilidade. Recurso inadequado. Não conhecimento. .... 493
- Funcionária pública estadual — Pedido de permanência à disposição da Justiça Eleitoral, com exercício em outro estado da União, onde o marido exerce as funções de Juiz Federal. Indeferimento. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. Maioria de votos. .... 709
- Funcionário público — Inativo. Contribuição previdenciária. Legalidade. Exegese dos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da CF, bem como da Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário de contribuição sobre os proventos. Ausência de direito líquido e certo. Demonstração. Segurança denegada. .... 91
- Magistério — Gratificações. Incidência sobre o vencimento e exclusão nas vantagens da agregação. Inadmissibilidade. Respeito ao princípio do direito adquirido. Incidência sobre gratificação complementar de vencimento. Impossibilidade. Vedação constitucional. Segurança parcialmente concedida. Maioria de votos. .... 85
- Município — Emancipação. Legislação. Aplicabilidade daquela vigente no dia em que protocolado o pedido de emancipação na Assembléia Legislativa. Exigibilidade de requisitos contidos em lei posterior. Impossibilidade. Segurança denegada. Recurso extraordinário desprovido. .... 735
- Polícia militar — Preterição na promoção ao posto de tenente coronel. Inconfiguração. Critério de merecimento. Apreciação pelo Governador do Estado. Alegação de ilegalidade do art. 52 do Decreto n. 19.236/83. Inocorrência. Ressarcimento pela preterição. Incabimento. Inexistência de erro administrativo. Incomprovação do direito líquido e certo. Ordem denegada. .... 680

- Prova lastreada em presunções — Incabimento. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. .... 81
- Sonegação fiscal — Seqüestro de bem. Pessoa jurídica. Regulamentação pelo Dec.-Lei n. 3.240/41. Hipótese de embargos de terceiro. Exegese do art. 129 e seguintes do CPP. Matéria dependente de provas. Não conhecimento do writ. .... 677

## MANDATO JUDICIAL

- Agravo de instrumento — Interposição por pessoa jurídica de direito público estadual, por meio de Procurador do Estado. Procuração. Desnecessidade. Posição jurisprudencial. Aplicação dos arts. 132 da CF e 12, I, do CPC. .... 480

## MEDIAÇÃO PARA SERVIR A LASCÍVIA DE OUTREM

- Vide Crime contra os costumes.

## MEDIDA CAUTELAR

- Busca e apreensão — Veículo. Compra e venda. Tradição perfectibilizada. Inadimplemento da obrigação. Improriedade da medida. .... 235
- Ação principal — Sentença que julga em conjunto. Possibilidade. Nulidade inexistente. Manutenção do decisum. .... 368
- Antecipação de tutela — Distinção. .... 469
- Arrolamento de bens — Apensamento à demanda principal. Deslinde simultâneo. Necessidade. Ineficácia restrita da sentença no concernente à ausência de fundamentação da actio cautelar. Reconhecimento de ofício. Determinação de provimento autônomo ao deslinde da medida incidental. .... 117
- Incidental — Julgamento do recurso da ação principal. Prejudicialidade da cautelar. Perda do objeto. .... 130
- Inominada — Pretendida exclusão de inscrição unilateral do nome do devedor no SPC e Serasa enquanto pendente ação em litígio. Admissibilidade. Respeito ao princípio constitucional do contraditório. Fumus boni juris e periculum in mora. Comprovação. Exibição de documentos. Possibilidade. Documentação necessária ao deslinde da ação. Pedido procedente. Recurso provido. Maioria de votos. .... 193

## MEDIDA PROVISÓRIA

- N. 61/1995. .... 85

## MENOR

- Adolescente — Ato infracional. Medida socioeducativa. Advento da maioridade. Irrelevância para efeito do cumprimento da sanção. Recurso ministerial provido. .... 597

- Adolescente — Induzimento à satisfação da libido de várias pessoas. Caracterização. Delito do art. 227, § 1º, do CP. Reconhecimento. Condenação mantida. .... 665
- Crime contra os costumes — Rufianismo. Agente com participação direta nos lucros da prostituição alheia. Vítimas menores. Delito caracterizado. Condenação mantida. .... 665
- Furto — Agente penalmente inimputável. Decadência do ato infracional no âmbito do Estatuto da Criança e do Adolescente e prescrição na órbita penal comum. Reconhecimento. Recurso parcialmente provido. Extinção da punibilidade. Declaração de ofício. .... 600

### **MINISTÉRIO PÚBLICO (matéria penal)**

- Processo crime — Revisão criminal. Réu primário e sem antecedentes criminais. Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Possibilidade. Magistrado que decide pela inaplicabilidade da suspensão condicional do processo sem a manifestação do Ministério Público. Impossibilidade. Competência do órgão ministerial. Nulidade do feito a partir da sentença. .... 697

### **MOACYR DE MORAES LIMA FILHO (Dr.)**

- Discurso proferido na posse do Des. Carlos Alberto Silveira Lenzi. . 751

### **MOTIVO TORPE**

- Vide Homicídio qualificado.

### **MULTA**

- Contrato de empréstimo — Atraso no pagamento. Exigibilidade da verba. .... 111
- Contratual — Arrendamento mercantil. Contrato de leasing. Inadimplemento da arrendatária. Verba devida. Incidência sobre o saldo devedor. Exclusão das prestações vincendas. .... 228
- Contratual — Cobrança. Impossibilidade. Ofensa ao art. 1.092 do CC. .... 187
- Contratual — Redução. Aplicação do art. 52, § 2º, do Código do Consumidor. .... 240

### **MUNICÍPIO**

- Vide Pessoa jurídica de direito público.



## N

**NARCOTRAFICÂNCIA**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**NOTICIÁRIO**

- Posse do Desembargador Carlos Alberto Silveira Lenzi. .... 751

**NULIDADE**

- Fiança — Questionamento vedado na via estreita dos embargos de terceiro. .... 296
- Protesto — Duplicata. Falta de pagamento. Desnecessidade de individualização na certidão de protesto. Entrega da intimação no endereço constante do título. Eiva afastada. .... 157
- Sentença — Decisão que julga em conjunto ação cautelar e principal. Possibilidade. Eiva inexistente. .... 368
- Sentença — Eiva inexistente. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos pelas partes. Desobrigatoriedade do magistrado. Prestação jurisdicional suficientemente fundamentada. Preliminar afastada. .... 342
- Sentença — Inocorrência. Alegação de decisão fundada em prova testemunhal parcial. Indemonstração. Eiva inexistente. .... 345
- Sentença — Inocorrência. Decisão extra petita. Inconfiguração. Decisum que analisa tese jurídica não ventilada, porém guarda estreita relação com o objeto do litígio. .... 394
- Sentença — Inocorrência. Lide principal e cautelar preparatória. Julgamento unificado. Possibilidade. Decisão com fundamentação sucinta. Admissibilidade. Eiva afastada. Preliminares improcedentes. .... 271
- Venda judicial — Praça. Ausência de concorrentes. Arrematação pelo credor. Adjudicação fática. Valor da avaliação. Aquisição por preço inferior ao constante do edital. Impossibilidade. Inteligência do art. 714 do CPC. Meação. Proteção. Bem supostamente divisível. Aplicação do art. 1.046, caput, e § 3º, do CPC. Declaração de ofício. .... 459

**NULIDADE (matéria penal)**

- Interrogatório — Realização no juízo deprecado. Possibilidade. Ausência de prejuízo. Eiva afastada. .... 540

- Júri — Ausência de quesitação obrigatória de tese defensiva. Eiva reconhecida. Novo julgamento ordenado. .... 633
- Processo crime — Declaração de ofício. Revisão criminal. Réu primário e sem antecedentes criminais. Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Possibilidade. Magistrado que decide pela inaplicabilidade da suspensão condicional do processo sem a manifestação do Ministério Público. Impossibilidade. Competência do órgão ministerial. Mérito do pedido prejudicado..... 697
- Processo crime — Inocorrência. Defesa deficiente. Ausência de prejuízo. Aplicação da Súmula 523 do STF..... 652
- Processo crime — Réu menor. Interrogatório. Curador. Munus que recaiu na pessoa do Escrivão Judicial. Inadmissibilidade. Decretação de ofício. .... 573

## O

### OMISSÃO DE SOCORRO

- Acidente de trânsito — Atropelamento. Vítima que teve morte instantânea. Majorante descaracterizada. Exclusão. .... 565

## P

### PARTILHA

- Bens — Separação judicial consensual. Acordo sobre divisão dos bens. Homologação. Alegação de prejuízo na repartição do acervo. Desconstituição da transação. Ação de partilha. Meio impróprio. Pacto realizado passível de execução. Recurso desprovido. .. 146

### PENA CRIMINAL

- Agravante e atenuante — Concurso. Preponderância. .... 652
- Furto qualificado — Tentativa. Iter criminis incompleto. Reconhecimento. Redução de ofício. .... 591
- Livramento condicional — Suspensão. Reeducando que comete nova infração durante a vigência do benefício. Extinção da pena. Impossibilidade. Aplicação do art. 89 do CP. .... 695
- Pena-base — Estipulação acima do mínimo legal. Possibilidade. 652
- Pena-base — Fixação acima do mínimo legal. Possibilidade. .... 665

- Redução — Adequação. .... 630
- Redução — Adequação. Maioria de votos. .... 625

## **PENNA PECUNIÁRIA**

- Adequação — Atendimento aos parâmetros do art. 49 do CP. ... 569
- Critérios de fixação — Exegese do art. 59 do CP. Adequação. ... 652
- Critérios de fixação — Exegese do art. 59 do CP. Adequação. ... 665

## **PENHORA**

- Bens móveis — Pedido de substituição por equivalente em dinheiro. Valor depositado inferior ao débito. Impossibilidade da substituição. Manutenção da constrição. Recurso desprovido. .... 436
- Execução fiscal — Empresa. Dissolução irregular. Bens do sócio-gerente. Constrição. Possibilidade. Exegese do art. 135 do CTN. .... 429
- Imóvel — Bem com destinação mista. Terreno com várias construções. Divisibilidade aparente. Impenhorabilidade somente da parte destinada à residência. .... 464
- Imóvel — Bem de fiador. Contrato anterior à Lei n. 8.245/91. Impenhorabilidade. .... 464
- Imóvel — Liberação. Embargos de terceiro opostos fundados em compromisso de compra e venda não registrado. Possibilidade. Inépcia da inicial afastada. Procedência dos embargos. Aquisição do bem, porém, contaminada pela fraude à execução. Caracterização. Sentença reformada. Recurso provido. .... 208
- Usufruto — Impenhorabilidade do direito. Viabilidade da constrição quanto aos frutos. Exegese do art. 717 do CC. .... 394

## **PERDAS E DANOS**

- Cumulação com ação de cobrança — Apelação. Renúncia posterior do advogado. Constituição de novo causídico. Inexistência. Não conhecimento do recurso. Aplicação do art. 267, IV, do CPC. . 124
- Indenização — Odontólogo. Exercício da função no Estado e no Município. Cumulação indevida. Superposição de horários. Vedação constitucional. Ressarcimento dos valores auferidos. Determinação. Recurso voluntário e remessa providos. .... 252

## **PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO**

- Estado — Ação ordinária. Reconhecimento de direito. Cumulação com obrigação de fornecimento de medicamento. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Contenção da progressão da moléstia. Obrigação do Estado. Aplicação do art. 1º da Lei n. 9.313/96. Pedido procedente. Apelo voluntário e remessa desprovidos. .... 271

- Estado — Ação ordinária. Síndrome da Imunodeficiência Adquirida (AIDS). Obrigação de fornecimento gratuito de medicação. Direito de todos e dever do Estado. Procedência do pedido. .... 368
- Estado — Agravo de instrumento. Interposição por Procurador do Estado. Procuração. Desnecessidade. Posição jurisprudencial. Condição de agente estatal incomprovada. Ausência do ato de nomeação. Agravo desprovido. .... 480
- Estado e Município — Indenização. Perdas e danos. Odontólogo. Exercício da função no Estado e no Município. Cumulação indevida. Superposição de horários. Vedação constitucional. Ressarcimento dos valores auferidos. Determinação. Recurso voluntário e remessa providos. .... 252
- Município — Ação civil pública. Interposição ministerial contra Prefeito Municipal e empresa. Atos de improbidade administrativa. Desapropriação superfaturada. Procedência parcial no juízo a quo. Recurso da Câmara Municipal. Alegação de terceira interessada. Ausência de legitimidade e interesse recursal. Demonstração. Apelações interpostas pela empresa e seus sócios, estes espontaneamente. Condição de terceiros interessados. Inconfiguração. Intempestividade. Caracterização. Não conhecimento dos pleitos recursais. .... 282
- Município — Ação de cobrança. Direitos autorais. Sonorização ambiental. Retransmissão radiofônica. Terminal rodoviário municipal. Conforto e entretenimento dos usuários. Verba devida pela municipalidade. Pedido procedente. Recurso especial provido. ... 739
- Município — Ação declaratória. Inexistência de relação jurídico-tributária. Cumulação com restituição de valores depositados em juízo. Imóvel. Bem inserido no Parque Estadual Serra do Tabuleiro. Declaração de utilidade pública e interesse social para fins de desapropriação. Aposseamento indireto do poder público. Comprovação. Pretendida inexigibilidade da cobrança do IPTU referente àquela área e restituição de valores pagos. Pedido procedente. Remessa e recurso desprovidos. .... 311
- Município — Ação direta de inconstitucionalidade. Interposição pelo Ministério Público. Câmara de Vereadores. Decreto Legislativo e Resolução. Criação de cargos de provimento em comissão. Legalidade. Ausência de inconstitucionalidade e de violação ao princípio da moralidade pública. Liminar indeferida. .... 498
- Município — Emancipação. Legislação. Aplicabilidade daquela vigente no dia em que protocolado o pedido de emancipação na Assembléia Legislativa. Exigibilidade de requisitos contidos em lei posterior. Impossibilidade. Segurança denegada. Recurso extraordinário desprovido. .... 735

**PETIÇÃO INICIAL**

- Inépcia — Inocorrência. Imóvel. Penhora. Liberação. Embargos de terceiro. Oposição fundada em compromisso de compra e venda não registrado. Possibilidade. Aplicação da Súmula 84 do STJ. Preliminar afastada. .... 208

**POLÍCIA CIVIL**

- Lesão corporal e abuso de autoridade — Agressão e arrombamento da casa da vítima com prisão injustificada. Caracterização. Omissão e adesão dos apelantes na ação delitosa dos co-réus demonstradas. Depoimento das vítimas. Coerência. Condenação mantida. Pena. Redução. Recurso parcialmente provido. Maioria de votos. .... 625

**POLÍCIA MILITAR**

- Praça — Homicídio e lesão corporal. Condenação. Representação. Perda da graduação. Declaração. Comprovação da indignidade e incompatibilidade para pertencer aos quadros da Polícia Militar. Procedência da representação. .... 690
- Cabo bombeiro — Homicídio. Condenação. Representação. Perda de graduação de praça. Pedido da defesa objetivando a produção de provas. Descabimento. Defesa escrita e sustentação oral manifestada. Indignidade e incompatibilidade com a função pública que exerce. Reconhecimento. Decretação da perda da graduação. .... 684
- Mandado de segurança — Preterição na promoção ao posto de tenente coronel. Inconfiguração. Critério de merecimento. Apreciação pelo Governador do Estado. Alegação de ilegalidade do art. 52 do Decreto n. 19.236/83. Inocorrência. Ressarcimento pela preterição. Incabimento. Inexistência de erro administrativo. Incomprovação do direito líquido e certo. Ordem denegada. .... 680

**POSSESSÓRIA**

- Reintegração — Bem pertencente ao espólio. Herdeiros. Legitimidade ativa. Reconhecimento. Liminar reintegratória. Deferimento sem audiência de justificação prévia. Admissibilidade. Decisão mantida. Recurso desprovido. .... 433
- Reintegração — Embargos infringentes. Esbulho cometido em área alodial e de marinha. Constatação. Acórdão embargado que excluiu a reintegração de posse do terreno de marinha. Decisão reformada. Prevalência do voto vencido mantendo a reintegração sobre toda a área. Embargos providos. .... 523
- Reintegração — Servidão administrativa. Imóvel. Construção na faixa serviente. Alegação de prescrição aquisitiva. Inocorrência.

- Posse precária caracterizada. Cláusula expressa proibindo qualquer edificação. Pedido procedente. Decisão mantida. .... 205
- Reintegração — Veículo. Contrato de leasing. Inadimplemento da arrendatária. Via adequada para a obtenção, pelo credor, da posse direta do bem. .... 228
- Reintegração de posse — Veículo. Arrendamento mercantil. Leasing. Obrigação com prazo certo. Inadimplência. Mora. Caracterização. Aplicação do art. 960 do CC. Rescisão do contrato. Pedido procedente. Sentença confirmada. .... 383

## PRAÇA

- Vide Venda judicial.

## PRAZO

- Apelação — Parte assistida por escritório modelo da UFSC. Contagem em dobro. .... 363
- Dobro — Assistência judiciária. Escritório modelo de advocacia. Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais. Admissibilidade. Aplicabilidade do art. 5º, § 5º, da Lei n. 1.060/50. .... 441
- Recurso — Agravo de instrumento. Prazo para interposição. Contagem inicial a partir da ciência inequívoca da decisão recorrida. . 478

## PRAZO (matéria penal)

- Carta precatória — Intimação de advogado. Homologação de laudo pericial. Ajuizamento de queixa-crime. Prazo do art. 529 do CPP. Contagem. Fluência a partir da juntada aos autos da precatória. .... 556
- Excesso na formação da culpa — Inocorrência. Pluralidade de réus e defensores. Atraso justificável. Habeas corpus denegado. 540
- Sursis — Redução. Fixação no mínimo legal. .... 565

## PRECATÓRIO

- Transação — Descumprimento. Agravo regimental. Interposição contra decisão que revoga despacho que autorizava o seqüestro dos valores em favor dos agravantes. Preterição do direito de preferência. Inocorrência. Manutenção da decisão. Desapensamento do precatório e remessa dos autos à vara de origem para pagamento das parcelas remanescentes. Agravo desprovido. Maioria de votos. .... 484

## PRECLUSÃO

- Quando ocorre. .... 114

**PRECLUSÃO (matéria penal)**

- Incompetência territorial do juízo — Exceção. Ausência de arguição oportuna. Preclusão. Inteligência do art. 108 do CPP. .... 540

**PREFEITO MUNICIPAL**

- Ação civil pública — Interposição ministerial contra Prefeito e empresa. Atos de improbidade administrativa. Desapropriação superfaturada. Procedência parcial no juízo a quo. Recurso da Câmara Municipal. Alegação de terceira interessada. Ausência de legitimidade e interesse recursal. Demonstração. Apelações interpostas pela empresa e seus sócios, estes espontaneamente. Condição de terceiros interessados. Inconfiguração. Intempestividade. Caracterização. Não conhecimento dos pleitos recursais. . 282

**PREPARO**

- Embargos infringentes — Ausência de preparo. Seguimento ao recurso negado. .... 496

**PRESCRIÇÃO AQUISITIVA**

- Requisitos — Inocorrência. Posse precária caracterizada. Exegese do art. 489 do CC. .... 205
- Prescrição da pretensão punitiva — Declaração de ofício. .... 615
- Prescrição retroativa — Declaração de ofício. Extinção da punibilidade. .... 600

**PREVIDÊNCIA SOCIAL**

- Ipsc — Funcionário público estadual. Inativo. Mandado de segurança. Contribuição previdenciária. Legalidade. Exegese dos arts. 40, § 6º, e 195, ambos da CF, bem como da Lei n. 3.138/62, que instituiu o salário de contribuição sobre os proventos. Ausência de direito líquido e certo. Demonstração. Segurança denegada. .... 91

**PRISÃO CIVIL**

- Busca e apreensão — Alienação fiduciária em garantia. Bens infungíveis não adquiridos com o produto do financiamento. Depósito atípico. Prisão civil. Inadmissibilidade. Condição de depositário infiel inconfigurada. Apelo parcialmente provido..... 425

**PROCESSO**

- Extinção — Responsabilidade civil. Acidente de trânsito. Indenizatória intentada contra pessoa em cujo nome encontra-se registrado, no Detran, o veículo causador do evento. Comprovação da venda do veículo antes do sinistro. Ilegitimidade passiva ad cau-

- sam do réu caracterizada. Exegese do art. 267, VI, do CPC. Decretação. .... 345
- Extinção — Ação rescisória. Juizado Especial. Sentença proferida e transitada em julgado ao tempo em que era vedada a rescisória pela Lei Complementar n. 77/93 e Lei n. 9.099/95. Alteração da competência. Deslocamento para a esfera comum. Retroatividade. Inadmissibilidade. Regra da perpetuatio jurisdictionis inaplicável. Carência do pleito. Decretação. .... 510
- Inventário — Ação de sonegados. Alegação de fraude decorrente da venda de imóveis por interposta pessoa. Arguições alheias ao procedimento eleito. Ausência de interesse processual. Exegese do art. 267, VI, do CPC. Extinção do feito mantida..... 292

## PROCESSO CRIME

- Defesa — Deficiência. Ausência de prejuízo. Nulidade inócurren-te. Aplicação da Súmula 523 do STF..... 652
- Furto qualificado — Réu menor. Interrogatório. Curador. Munus que recaiu na pessoa do Escrivão Judicial. Inadmissibilidade. Nulidade do feito. Decretação de ofício. .... 573
- Interrogatório — Realização no juízo deprecado. Possibilidade. Ausência de prejuízo. Nulidade afastada..... 540
- Nulidade — Declaração de ofício. Revisão criminal. Réu primário e sem antecedentes criminais. Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Possibilidade. Magistrado que decide pela inaplicabilidade da suspensão condicional do processo sem a manifestação do Ministério Público. Impossibilidade. Competência do órgão ministerial. Mérito do pedido prejudicado..... 697

## PROCURAÇÃO

- Vide Mandato judicial.

## PROJETO DE LEI

- N. 4.348/98..... 63

## PROMESSA DE COMPRA E VENDA

- Imóvel — Quitação. Transmissão a terceiro. Cumprimento da avença. Exigibilidade da escritura definitiva da primitiva vendedora. Possibilidade. Registro do contrato no assento imobiliário. Desnecessidade. Recurso provido. Prosseguimento do feito para apreciação das matérias remanescentes..... 363

## PRONÚNCIA

- Homicídio duplamente qualificado — Decisão de pronúncia que exclui a qualificadora do motivo torpe. Circunstância sem amparo na prova colhida. Manutenção. Recurso ministerial desprovido.... 548



- Homicídio qualificado — Qualificadoras. Surpresa. Inclusão pelo Ministério Público. Impossibilidade. Inconfiguração. Motivo torpe. Exclusão manifestada pela defesa. Incabimento. Reconhecimento. Alegação de intempestividade do recurso ministerial. Inocorrência. Pretendida, ainda, a desclassificação do delito para homicídio culposo. Inacolhimento em sede provisional. Recursos ministerial e da defesa improvidos. Maioria de votos. .... 550

**PROTESTO**

- Duplicata — Falta de pagamento. Desnecessidade de individualização na certidão de protesto. Entrega da intimação no endereço constante do título. Nulidade do ato afastada. .... 157

**PROVA**

- Ação de investigação de paternidade — Exame de DNA. Ausência. Concordância implícita do investigado. Pretendida realização do exame em grau de apelação. Inviabilidade. Prova da paternidade fundada no domínio público e em confidências do indigitado pai relatadas por testemunhas. Admissibilidade. Ação procedente. .... 167
- Investigação de paternidade — Exame de DNA. Probabilidade que se aproxima da certeza absoluta. .... 350
- Investigação de paternidade — Honestidade da mãe do investigador. Namoro exclusivo com o investigado. Reconhecimento. Registro de batismo com o nome do investigando. Constatação. Exame de DNA e prova fotográfica. Evasivas e recusa. Presunção do relacionamento sexual e indício contundente e comprometedor da paternidade. Demonstração. Pedido procedente. .... 220
- Mandado de segurança — Prova lastreada em presunções. Incabimento. Ausência de direito líquido e certo. Segurança denegada. .... 81
- Testemunha — Vínculo empregatício com uma das partes. Ouvida como informante. Ausência de contradita e de perquirição sobre o interesse na solução da causa. Presunção de suspeição afastada. Depoimento sopesado no contexto probatório. Validade. Agravo retido desprovido. .... 140
- Testemunhal — Alegação de interesse no litígio. Indemonstração. Agravo retido desprovido. .... 345

**PROVA CRIMINAL**

- Crime contra a saúde pública — Cocaína. Uso próprio. Termo de apreensão do material tóxico e laudo de constatação previsto no art. 22, § 1º, da Lei n. 6.368/76. Ausência. Delito inconfigurado. Absolvição. Decretação escudada na insuficiência probatória. ... 575

- Crime contra a saúde pública — Tráfico de entorpecente. Laudo toxicológico definitivo. Ausência. Impossibilidade. Peça indispensável à materialidade do delito. .... 611

## Q

### QUADRILHA OU BANDO

- Vide Crime contra a paz pública.

### QUEIXA-CRIME

- Recebimento — Rejeição. Intempestividade. Interposição de recurso em sentido estrito. Carta precatória. Intimação de advogado. Homologação de laudo pericial. Erro material na certidão da junta. Caracterização. Tempestividade do ajuizamento. Reconhecimento. Recurso provido. .... 556

## R

### RECURSO

- Ação civil pública — Interposição ministerial contra Prefeito Municipal e empresa. Atos de improbidade administrativa. Desapropriação superfaturada. Procedência parcial no juízo a quo. Recurso da Câmara Municipal. Alegação de terceira interessada. Ausência de legitimidade e interesse recursal. Demonstração. Apelações interpostas pela empresa e seus sócios, estes espontaneamente. Condição de terceiros interessados. Inconfiguração. Intempestividade dos pleitos recursais. Caracterização. Não conhecimento. .... 282
- Agravo de instrumento — Descumprimento ao disposto no art. 526 do CPC. Pressupostos de admissibilidade recursal. Ausência. Não conhecimento. .... 473
- Agravo de instrumento — Intempestividade. Prazo inicial. Contagem a partir da ciência inequívoca da decisão recorrida. Presunção de intimação reconhecida. Negativa ao apelo mantida. Recurso desprovido. .... 478
- Agravo de instrumento — Interposição por pessoa jurídica de direito público estadual, por Procurador do Estado. Procuração. Desnecessidade. Posição jurisprudencial. Condição de agente estatal

incomprovada. Ausência do ato de nomeação. Agravo desprovido. ....	480
— Agravo de instrumento — Tutela antecipatória. Pedido incidental. Possibilidade. Embargos de declaração. Alegação de omissão no decisório. Rejeição. Tutela indeferida. Livre convicção do Julgador. Apelo parcialmente provido apenas para adequação da conclusão dos embargos. ....	448
— Agravo regimental — Interposição contra liminar deferitória em mandado de segurança. Impossibilidade. Apelo inadequado. Não conhecimento. ....	493
— Agravo regimental — Precatório. Transação. Descumprimento. Recurso interposto contra decisão que revoga despacho que autorizava o seqüestro dos valores em favor dos agravantes. Preterição do direito de preferência. Inocorrência. Manutenção da decisão. Desapensamento do precatório e remessa dos autos à vara de origem para pagamento das parcelas remanescentes. Agravo desprovido. Maioria de votos. ....	484
— Apelação — Renúncia posterior do advogado. Constituição de novo causídico. Inexistência. Não conhecimento. Aplicação do art. 267, IV, do CPC. ....	124
— Apelação — Tempestividade. Parte assistida por escritório modelo da UFSC. Prazo. Contagem em dobro. ....	363
— Embargos declaratórios — Alegação de omissão no pedido de tutela antecipatória. Rejeição. Indeferimento. Livre convicção do Julgador. Adequação apenas da conclusão dos embargos. ....	448
— Embargos infringentes — Ação de reintegração de posse. Esbulho cometido em área alodial e de marinha. Constatação. Acórdão embargado que excluiu a reintegração de posse do terreno de marinha. Decisão reformada. Prevalência do voto vencido mantendo a reintegração sobre toda a área. Embargos providos. ....	523
— Embargos infringentes — Preparo. Ausência. Seguimento ao recurso negado. ....	496
— Litisconsórcio ativo — Participação entre particulares e pessoa jurídica de direito público. Representação pelo mesmo procurador. Recurso dos particulares. Não conhecimento. Intempestividade. Inteligência dos arts. 188 e 191, ambos do CPC. ....	462

## RECURSO CRIME

— Apelação — Interposição pelo órgão ministerial. Intempestividade. Inocorrência. Protocolização no prazo legal. Preliminar defensiva improcedente. ....	550
— Apelação — Não conhecimento. Crime contra a honra. Injúria. Infração de menor potencial ofensivo. Competência da Turma de	

- Recursos para o processamento e julgamento do apelo. Inteligência do art. 82 da Lei n. 9.099/95. .... 577
- Júri — Segundo julgamento. Apelação criminal pelo mesmo motivo. Impossibilidade. Aplicação do art. 593, § 3º, do CPP. Não conhecimento. .... 615
- Revisão — Réu primário e sem antecedentes criminais. Aplicação do art. 89 da Lei n. 9.099/95. Possibilidade. Magistrado que decide pela inaplicabilidade da suspensão condicional do processo sem a manifestação do Ministério Público. Impossibilidade. Competência do órgão ministerial. Nulidade absoluta do feito. Declaração de ofício. Mérito do pedido prejudicado. .... 697

## RECURSO ESPECIAL

- Cobrança — Direitos autorais. Sonorização ambiental. Retransmissão radiofônica. Terminal rodoviário municipal. Conforto e entretenimento dos usuários. Verba devida pela municipalidade. Pedido procedente. Apelo provido. .... 739

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO

- Ação direta de inconstitucionalidade — Questão que depende do exame do conteúdo de normas infraconstitucionais ou de matéria de fato. Incabimento da demanda. Agravo regimental desprovido. . 727
- Habeas corpus — Interposição contra ato do Tribunal de Justiça. Julgamento. Competência do STF. Conhecimento do writ. Intimação de advogado. Irregularidade. Comprovação. Ordem concedida. Determinação da republicação do ato. .... 729
- Mandado de segurança — Município. Emancipação. Legislação. Aplicabilidade daquela vigente no dia em que protocolado o pedido de emancipação na Assembléia Legislativa. Exigibilidade de requisitos contidos em lei posterior. Impossibilidade. Segurança denegada. Recurso desprovido. .... 735

## REGIMENTO INTERNO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 243 e parágrafos..... 718

## REGIMENTO INTERNO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR

- Art. 87..... 684
- Art. 122, II..... 684
- Art. 123..... 684

## REGIMENTO INTERNO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SANTA CATARINA

- Art. 195..... 484

- Art. 195, § 1º ..... 493

## REGISTRO DE IMÓVEIS

- Promessa de compra e venda — Imóvel. Quitação. Transmissão a terceiro. Cumprimento da avença. Exigibilidade da escritura definitiva da primitiva vendedora. Possibilidade. Registro do contrato no assento imobiliário. Desnecessidade. Recurso provido. Prosseguimento do feito para apreciação das matérias remanescentes..... 363
- Transcrição — Usufruto. Instituição por convenção e não como resultante do direito de família. Indispensabilidade. .... 334

## REIVINDICATÓRIA

- Veículo — Posse fundada em contrato de compra e venda. Tradição perfectibilizada. Ausência da titularidade dominial do reivindicante. Caracterização. Acordo verbal entabulado pelas partes. Direito pessoal. Resolução do acordo como antecedente da reivindicação. Impropriedade e descabimento da reivindicatória. Pedido improcedente. .... 235

## REPRESENTAÇÃO

- Crime de responsabilidade — Governador e Secretário de Estado. Descumprimento de decisão judicial. Comprovação. Acolhimento. .... 718
- Policial militar — Perda de graduação de praça. Pedido da defesa objetivando a produção de provas. Descabimento. Defesa escrita e sustentação oral manifestada. Cabo bombeiro militar. Homicídio. Condenação. Indignidade e incompatibilidade com a função pública que exerce. Reconhecimento. Decretação da perda da graduação. .... 684
- Policial militar — Praça. Homicídio e lesão corporal. Condenação. Perda da graduação. Declaração. Comprovação da indignidade e incompatibilidade para pertencer aos quadros da Polícia Militar. Procedência. .... 690

## RESOLUÇÃO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA

- N. 04/1997 — Art. 1º..... 496

## RESOLUÇÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA

- N. 6/1995 — Art. 5º..... 577

## RESPONSABILIDADE CIVIL

- Ação de reparação de dano — Acidente de trânsito. Vítima. Perda de membro inferior. Dano moral e estético. Verba devida. Majora-

- ção do quantum. Procedência. Sentença parcialmente reformada. 96
- Ação de reparação de dano — Cirurgião dentista. Tratamento incompleto. Danos causados à cliente. Comprovação. Obrigação ressarcitória. Danos morais. Verba devida. Quantificação exacerbada. Redução. Recurso parcialmente provido. .... 262
- Acidente de trânsito — Indenização. Demanda intentada contra pessoa em cujo nome encontra-se registrado, no Detran, o veículo causador do evento. Comprovação da venda do veículo antes do sinistro. Ilegitimidade passiva ad causam do réu. Acolhimento. Extinção do processo. Decretação. Exegese do art. 267, VI, do CPC. .... 345
- Acidente de trânsito — Preposto da segurada. Culpa grave. Seguradora. Obrigação de indenizar. .... 337
- Indenização — Acidente de trânsito. Sentença penal condenatória passada em julgado. Aplicação do art. 63 do CPP. Pensão. Cabimento. Irrelevância da ausência de prova da relação empregatícia da vítima. 13º salário. Exclusão. Gratificação que não integrava a renda anual da família. Seguro obrigatório. Dedução do montante. Possibilidade. Honorários advocatícios. Verba suportada pela parte vencida. Recurso parcialmente provido. .... 376
- Indenização — Homicídio. Vítima jovem. Pensão alimentícia. Verba devida. Tempo de duração. Vinte e cinco ou sessenta anos. Divergência. Dano moral. Cabimento. Forma de avaliação. Quantum debeat. Aplicação razoável. Recurso desprovido. Maioria de votos. .... 315

## REVISÃO CRIMINAL

- Vide Recurso crime.

## RUFIANISMO

- Vide Crime contra os costumes.

## S

## SEGURADORA

- Acidente de trânsito — Preposto da segurada. Culpa grave. Indenização. Obrigação da seguradora. .... 337
- Seguro obrigatório — Acidente de trânsito. Danos pessoais. Ação de indenização. Motociclista. Vítima que, em razão da queda, veio a falecer em consequência dos ferimentos provocados por disparo de arma de fogo que portava na cintura no momento da colisão.

Tese defensiva de mero acidente pessoal e não de tráfego. Inacolhimento. Relação de causa e efeito entre o evento e o resultado morte evidenciada pelo impacto. Verba devida. Decisão mantida. . 339

## SEGURO

- Acidente de trânsito — Preposto da segurada. Culpa grave. Indenização. Obrigação da seguradora. .... 337
- Obrigatório — Acidente de trânsito. Danos pessoais. Ação de indenização. Motociclista. Vítima que, em razão da queda, veio a falecer em consequência dos ferimentos provocados por disparo de arma de fogo que portava na cintura no momento da colisão. Tese defensiva de mero acidente pessoal e não de tráfego. Inacolhimento. Relação de causa e efeito entre o evento e o resultado morte evidenciada pelo impacto. Verba devida. Decisão mantida. . 339
- Obrigatório — Acidente de trânsito. Dedução do montante indenizatório. Possibilidade. .... 376

## SENTENÇA

- Decisão citra petita — Descaraterização. Ausência de condição da ação. Constatação. Pronunciamento sobre o mérito. Vedação. Aplicação do art. 267, § 3º, do CPC. .... 345
- Decisão extra petita — Caracterização. Adequação do julgado na instância ad quem. Admissibilidade. .... 172
- Decisão que julga em conjunto ação cautelar e principal — Possibilidade. Nulidade inexistente. .... 368
- Decisão ultra petita — Configuração. Correção do decisum aos limites da lide. Possibilidade. .... 342
- Decisão ultra petita — Inocorrência. Julgamento mantido nos limites da pretensão da parte. .... 205
- Execução — Alegação de excesso. Reexame de decisão consolidada pela coisa julgada material. Incabimento. Preclusão. Recurso desprovido. .... 114
- Fundamentação concisa — Possibilidade. .... 433
- Liquidação — Possibilidade ainda que se trate de pedido certo. Interpretação do art. 459, parágrafo único, em consonância com o art. 131, ambos do CPC. .... 140
- Nulidade — Eiva inexistente. Decisão que não enfrenta todos os argumentos deduzidos pelas partes. Desobrigatoriedade do magistrado. Prestação jurisdicional suficientemente fundamentada. Preliminar afastada. .... 342
- Nulidade — Inocorrência. Alegação de decisão fundada em prova testemunhal parcial. Indemonstração. Eiva inexistente. .... 345

- Nulidade — Inocorrência. Decisão extra petita. Inconfiguração. Decisum que analisa tese jurídica não ventilada, porém guarda estreita relação com o objeto do litígio..... 394
- Nulidade — Inocorrência. Lide principal e cautelar preparatória. Julgamento unificado. Possibilidade. Decisão com fundamentação sucinta. Admissibilidade. Eiva afastada. Preliminares improcedentes..... 271

## SEPARAÇÃO JUDICIAL

- Consensual — Conversão em divórcio. Descumprimento de obrigação assumida por ocasião da separação. Encargo de relevância. Hipótese que obsta a conversão pretendida. Recurso desprovido. .... 356
- Consensual — Partilha de bens. Acordo. Homologação. Alegação de prejuízo na repartição do acervo. Desconstituição da transação. Ação de partilha. Meio impróprio. Pacto realizado passível de execução. Recurso desprovido..... 146
- Litigiosa — Culpabilidade do varão. Comprovação. Pedido procedente. .... 342
- Litigiosa — Cumulação com alimentos. Verba alimentar. Fixação por liminar. Possibilidade. Culpa concorrente dos cônjuges. Comprovação. Reconvenção. Procedência parcial de ambos os pleitos. Apelo duplo. Provimento parcial ao da mulher e declarado deserto o do varão. .... 117

## SERVENTUÁRIO DA JUSTIÇA

- Escrivã Judicial — Pedido de permanência à disposição da Justiça Eleitoral, com exercício em outro estado da União, onde o marido exerce as funções de Juiz Federal. Indeferimento. Inexistência de direito líquido e certo. Segurança denegada. Maioria de votos. .... 709
- Escrivão Judicial — Designação como curador, no interrogatório, de réu menor. Inadmissibilidade. Nulidade do feito. Decretação de ofício. .... 573

## SERVIÇO DE PROTEÇÃO AO CRÉDITO

- SPC — Dano moral. Inscrição do nome de consorciados. Legitimação do lançamento. Débito pendente. Existência de erro material no recibo comprobatório do pagamento. Demonstração. Pedido improcedente. .... 217

## SERVIDÃO ADMINISTRATIVA

- Ação de reintegração de posse — Imóvel. Construção na faixa serviente. Alegação de prescrição aquisitiva. Inocorrência. Posse precária caracterizada. Cláusula expressa proibindo qualquer edificação. Pedido procedente. Decisão mantida..... 205



**SERVIDOR PÚBLICO**

- Vide Funcionário público.

**SINDICATO**

- Contribuições assistencial e confederativa. Cobrança. Pressupostos. .... 178

**SISTEMA FINANCEIRO DA HABITAÇÃO**

- Contrato — Financiamento imobiliário. Saldo devedor. Reajustamento. Coeficiente. Utilização do BTNF. Manutenção do equilíbrio entre a instituição financeira e o mutuário. .... 326
- Financiamento habitacional — Contrato. Ação revisional. Atualização da dívida. Fundo de Compensação e Variação Salarial (FCVS) não pactuado com a Caixa Econômica Federal. Inexistência de litisconsorte necessário da CEF. Competência da Justiça Estadual. .... 468

**SOCIEDADE**

- Comercial — Ação de dissolução parcial. Cumulação com apuração de haveres. Admissibilidade. Morte de sócio. Legitimação dos herdeiros como sócios sucessores do de cujus. Reconhecimento. Aplicação do art. 1.402 do CC. Ação de consignação em pagamento concomitante. Julgamento antecipado. Viabilidade. Dilação probatória. Desnecessidade. Cerceamento de defesa inócurrenente. Pedido procedente. Apelo desprovido. .... 401
- Cotas de responsabilidade limitada — Falência. Decretação. Execução extrajudicial. Interposição contra sócios diretores. Impossibilidade. Solidariedade deles perante os credores. Exegese do art. 10 do Decreto n. 3.708/19. Competência do juízo universal da falência. Extinção da execucional. .... 444
- Dissolução irregular — Bens do sócio-gerente. Constrição. Possibilidade. Exegese do art. 135 do CTN. .... 429
- Mercantil — Cotas de responsabilidade limitada. Dissolução total. Estabelecimento de ensino. Rompimento da affectio societatis. Caracterização. Gestão ruinosa de um dos sócios. Reconhecimento. Pedido procedente. Recurso provido. .... 419

**SONEGAÇÃO FISCAL**

- Vide Crime contra a ordem tributária.

**SUCUMBÊNCIA**

- Recíproca — Honorários advocatícios. Compensação da verba. Inadmissibilidade. Fixação de acordo com o art. 20, § 3º, do CPC. . 290

## SÚMULAS

### SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

— N. 14.....	419
— N. 27.....	111
— N. 30.....	111
— N. 37.....	376
— N. 83.....	496
— N. 84.....	208
— N. 93.....	240 e 326
— N. 150.....	452

### SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

— N. 121.....	100 e 240
— N. 156.....	633
— N. 160.....	665
— N. 162.....	633
— N. 266.....	735
— N. 269.....	91
— N. 339.....	85
— N. 359.....	515
— N. 341.....	302
— N. 443.....	515
— N. 523.....	652
— N. 529.....	31
— N. 610.....	652

### TRIBUNAL FEDERAL DE RECURSOS

— N. 112.....	429
— N. 184.....	429

### SURPRESA

- Vide Homicídio qualificado.

### SURDIS

- Vide Suspensão condicional da pena.

### SUSPEIÇÃO

- Testemunha — Vínculo empregatício com uma das partes. Ouvida como informante. Ausência de contradita e de perquirição sobre o interesse na solução da causa. Presunção de suspeição afastada. Agravo retido desprovido. .... 140

**SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA**

- Sursis — Prazo. Redução. Fixação no mínimo legal..... 565

**T****TESTEMUNHA**

- Vide Prova.

**TÓXICO**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**TRÁFICO DE ENTORPECENTE**

- Vide Crime contra a saúde pública.

**U****USUCAPIÃO**

- Especial — Área urbana. Posse anterior ao advento da CF/88. Ajuizamento da ação antes do decurso de cinco anos previsto no art.183 da CF. Citação e contestação apresentadas após o decurso daquele quinquênio. Admissibilidade. Pedido procedente. Pressupostos do permissu constitucional cumprido. .... 150

**USUFRUTO**

- Direito de família e convencional — Distinção..... 334
- Imóvel — Instituição por convenção e não como resultante do direito de família. Transcrição no registro imobiliário. Indispensabilidade. Exegese do art. 715 do CC. .... 334
- Impenhorabilidade do direito — Viabilidade da constrição quanto aos frutos. Exegese do art. 717 do CC. .... 394

## V

**VEÍCULO**

- Ação de reintegração de posse — Arrendamento mercantil. Leasing. Obrigação com prazo certo. Inadimplência. Mora. Caracterização. Aplicação do art. 960 do CC. Rescisão do contrato. Pedido procedente. Sentença confirmada. .... 383
- Arrendamento mercantil — Contrato de leasing. Inadimplemento do arrendatário. Reintegração de posse do bem. Cumulação com perdas e danos. Admissibilidade. Multa contratual. Incidência. Exclusão das prestações vincendas. Cobrança do Valor Residual Garantido juntamente com as prestações mensais. Possibilidade. Pedido procedente. Recursos desprovidos. .... 228
- Reivindicatória — Posse do bem fundada em contrato de compra e venda. Tradição perfectibilizada. Ausência da titularidade dominial do reivindicante. Caracterização. Acordo verbal entabulado pelas partes. Direito pessoal. Resolução do acordo como antecedente da reivindicação. Improriedade e descabimento da reivindicatória. Pedido improcedente. .... 235

**VENDA JUDICIAL**

- Praça — Ausência de concorrentes. Arrematação pelo credor. Adjudicação fática. Valor da avaliação. Aquisição por preço inferior ao constante do edital. Impossibilidade. Inteligência do art. 714 do CPC. Meação. Proteção. Bem supostamente divisível. Aplicação do art. 1.046, caput, e § 3º, do CPC. Nulidade da hasta pública. Declaração de ofício. .... 459

**VOLNEI IVO CARLIN (Dr.)**

- Deontologia jurídica e meio ambiente. .... 23

Composição, revisão e paginação  
executadas pela Seção de Jurisprudência  
da Divisão de Acórdãos e Publicações  
da Diretoria de Infra-Estrutura  
do Tribunal de Justiça.

### **Chefe de Divisão**

Paulo Guilherme Ruver

### **Chefe da Seção de Jurisprudência**

Léa dos Santos de Sousa

### **Composição**

Jorge Silveira  
Valmecir José de Souza

### **Revisoras**

Cleusa Maria de Souza  
Eliane Cardoso de Melo  
Inge Ignez Ruschel Horn  
Tereza Davis dos Santos Winter

### **Índice Numérico e Legislativo**

Jorge Silveira

### **Índice por Assunto**

Bel. Juvenaldo Zangelini

### **Editoração Eletrônica**

Léa dos Santos de Sousa